PROGRAMME
DU
COURS DE DROIT CRIMINEL

FAIT A L'UNIVERSITÉ DE PISE

PAR LE PROFESSEUR

FRANÇOIS CARRARA

Membre de l'Académie des Lincei de Rome, et de la Commission chargée
du projet de code pénal italien ;
Associé honoraire de l'Académie de législation de Toulouse, et de la Société
des amis de l'éducation du peuple de Bellinzona ;
Associé correspondant de l'Académie royale de Belgique, de l'Institut lombard des sciences
et des lettres, et de l'Institut des avocats du Brésil, etc.

PARTIE GÉNÉRALE

TRADUCTION FAITE A PISE SOUS LES YEUX DE L'AUTEUR

Par Paul BARET

Docteur en droit, licencié ès-lettres, Avocat à la Cour d'appel de Paris.

PARIS

MARESCQ AINÉ, LIBRAIRE-ÉDITEUR

17, RUE SOUFFLOT, 17

1876

AVERTISSEMENT

Cette traduction a été faite sur la 4^e édition; les additions et les corrections sont empruntées au manuscrit de la 5^e. Elle a été lue entièrement à l'auteur, et pas un mot n'a été changé ou supprimé dans le texte sans son consentement. On n'a point fait de préface, pensant qu'il valait mieux renvoyer le lecteur à l'excellent travail de M. Molinier : *De l'Enseignement du droit criminel à Pise et des travaux de M. le professeur Carrara.* — Toulouse, 1874 (brochure, chez Gimet).

PROLÉGOMÈNES

Il fut un temps où prévalut la pensée que, pendant le cours d'une période indéterminée, les hommes avaient mené une vie solitaire et sauvage. On croyait que de cet état extra-social ils étaient passés, à une certaine époque, à l'état de société dans lequel aujourd'hui toute la race humaine prospère et s'accroît. Ce changement, quelques-uns ont prétendu l'expliquer par la fable d'une divinité descendue sur la terre pour former les hommes à la vie en commun; d'autres, par la supposition d'une violence exercée sur les faibles : des hommes plus forts que les autres auraient soumis leurs semblables comme on dompte les bêtes féroces; d'autres, par l'hypothèse imaginaire d'une convention librement intervenue entre les hommes.

Tous ces différents systèmes ont eu un point de départ commun, la supposition que la race d'Adam a mené successivement sur la terre deux genres de vie distincts : l'un (qu'on appelle primitif, de nature, ou de liberté) dans l'isolement, et sans rapports constants entre les individus : état de dispersion et sauvage; l'autre dans une association qui, sous une forme quelconque, soumettait les hommes à une autorité et à une loi humaine : c'est l'état de société civile. De cette idée est venue la formule que

L'homme avait renoncé à une partie des droits que lui donnait sa liberté naturelle, qu'on supposait illimitée, pour mieux défendre et conserver le reste.

Tout cela est erroné. Il n'est pas vrai que la race humaine ait vécu pendant un temps hors de tout lien de société. Il n'est pas vrai qu'il y ait eu passage d'un état primitif d'isolement absolu à un état modifié et factice. On doit sans doute admettre une période primitive d'association patriarcale, ou, comme on dit, *naturelle*, à laquelle est venue peu à peu s'ajouter la constitution de lois permanentes et d'une autorité chargée d'en surveiller l'observation, et ainsi l'organisation de cette société qu'on appelle *civile*. Mais une période quelconque d'isolement et de vie sauvage est inadmissible comme une folle vision. L'état de société est le seul état primitif de l'homme; la loi de sa nature l'y a placé dès le premier instant de sa création.

Quand les traditions de tous les peuples ne contrediraient pas cette supposition, les conditions particulières de l'humanité suffiraient pour montrer qu'elle est absolument impossible.

C'est ce que montrent les conditions *physiques* de la race humaine, qui ne lui auraient pas permis de se maintenir, si l'assistance réciproque de l'homme par l'homme n'était continuelle et toujours prête pour les besoins de l'individu; et la nature a révélé par des signes manifestes cette destination de l'homme à une sorte de société constante, et non pas précaire et fugitive comme celle des bêtes: elle l'a révélée, soit par les nécessités auxquelles elle l'a soumis dans le premier âge et dans les maladies, soit en lui refusant les moyens de sauvegarde et de défense contre les bêtes féroces, dont elle avait pourvu les autres animaux, et que l'homme devait trouver dans l'union avec ses semblables, soit en rendant continuelle chez la femme l'aptitude à la conjonction que les femelles des autres ani-

maux n'ont que par intervalles et passagèrement, enfin par la nécessité d'inhumier les cadavres, faute de quoi les hommes s'éteindraient par la contagion.

C'est ce que montrent les conditions *intellectuelles* des hommes, qui leur ont ouvert une voie de progrès indéfini dans les connaissances utiles, voie qu'ils n'auraient pas pu parcourir sans l'usage de la parole, sans l'aide des traditions de leurs ancêtres.

C'est ce que montre la condition d'être *moral*, toute particulière à l'homme, et la *fin* pour laquelle Dieu l'a créé. Dieu ne peut pas avoir créé une œuvre incomplète, et s'être ensuite appliqué, comme instruit par l'expérience, à la perfectionner.

La loi éternelle de l'ordre pousse l'homme à la société: le Créateur, qui l'a fait pour suivre cette loi, l'en rapproche, comme il conduit à ses fins toute la création, au moyen de la tendance, de l'attraction, force unique, immense, par laquelle la puissance divine s'exerce sur toute la création. La tendance physique a produit la première conjonction des corps, la tendance morale a prolongé et perpétué l'union entre les parents, et entre ceux-ci et les enfants, chez toutes les générations qui en sont nées, et chez toutes celles qui en naîtront. Ainsi la société était dans la destinée de l'homme, non-seulement comme moyen indispensable à sa conservation physique et à son progrès intellectuel, mais encore comme complément de la loi morale à laquelle l'homme devait être assujéti.

Dieu a soumis toute la création à une perpétuelle harmonie. Quand, à la sixième époque, il eut fait l'homme à sa ressemblance, c'est-à-dire doué d'une âme spirituelle riche d'intelligence et de libre volonté, l'homme, le plus bel ouvrage de la sagesse divine, mit sur la terre le germe d'une série d'êtres dirigeables et responsables de leurs propres actions. Ces êtres ne pouvaient pas, comme les simples corps, être soumis aux seules lois *physiques*; une

loi morale est née avec eux : la loi naturelle. Qui nierait cette loi nierait Dieu.

Ainsi, au monde physique dont l'homme aussi fait partie, s'est joint, dès que l'homme a paru, un monde moral qui lui est tout à fait propre, et qui se compose de ses rapports avec lui-même, avec son créateur, et avec les créatures semblables à lui.

Les lois *physiques* avaient en elles-mêmes une force de *coaction* et une *sanction* qui en rendaient l'observation *indéfectible*. Ces forces suffisaient à l'harmonie du monde physique.

Les lois *morales*, au contraire, n'avaient pas en elles-mêmes une force de *coaction*, sinon dans le *sens moral*; elles n'avaient pas de *sanction* sur la terre, si ce n'est le *remords*.

Mais les passions, d'ailleurs indispensables à l'homme comme élément d'action, pervertissent souvent le sens moral, et étouffent la voix du remords.

La loi naturelle aurait donc été impuissante à maintenir l'ordre du monde moral, parce qu'elle est plus faible que la loi éternelle qui règle le monde physique. Celle-ci est toujours obéie, celle-là est trop souvent méprisée et foulée aux pieds.

Cet abandon de la loi morale à l'arbitraire humain, sous la seule sanction d'un bien ou d'un mal supra-sensible, pouvait ne pas apporter de trouble à l'harmonie universelle tant que la loi morale atteignait l'homme dans ses rapports avec Dieu ou avec lui-même, mais il n'était pas tolérable alors qu'il s'agissait des rapports de l'homme avec ses semblables. Malgré la loi morale, les hommes auraient été à la merci de celui d'entre eux qui, préférant le bien *sensible* au bien *supra-sensible*, aurait su, par force ou par adresse, violer leurs droits. Sous ce rapport, le désordre dans le monde moral aurait aussi causé du désordre dans le monde physique.

Pour compléter l'application de la loi de l'ordre à la vie

terrestre, il fallait donc un fait ultérieur qui donnât ici-bas à la loi morale l'appui d'une coaction et d'une sanction *sensibles*, afin que le précepte moral qui imposait à l'homme de respecter les droits de ses semblables ne fût pas une parole impuissante, et que le monde moral, en proie à un continuel désordre, ne fût pas un laid contraste avec l'ordre qui domine dans le monde physique.

Cette force coactive et répressive que la loi morale n'avait pas en soi ne pouvait se trouver que dans le *bras* même de l'homme. Dieu aurait pu créer l'homme impeccable, en lui refusant la puissance de transgresser ses préceptes, comme il a refusé aux corps la puissance de résister à la force de gravité; alors il n'y aurait eu ni *devoirs* ni *droits*, tout aurait été *nécessité*. Mais cela détruisait le libre arbitre et rendait l'homme incapable de mérite ou de démérite. Par conséquent, supposé le libre arbitre, ou bien il fallait envoyer sur la terre une légion permanente d'esprits supérieurs chargés de garder et de venger la loi morale, ou bien on en arrivait à ce dilemme inévitable : laisser le précepte moral inobservé, ou en confier la défense au bras de l'homme.

Ainsi, l'homme a été destiné par la loi éternelle de l'ordre à être en même temps le sujet et le défenseur de la loi morale.

Mais cette mission ne pouvait pas être accomplie par l'homme isolé, ni même par les hommes réunis en une simple société fraternelle fondée sur le principe de l'égalité absolue. Là encore, l'inégalité des volontés et l'égalité du pouvoir rendaient impossible la prohibition, la sanction, et le jugement des faits humains; et pourtant la défense, la sanction, et le jugement sont le complément indispensable de la loi morale, en tant qu'elle règle les devoirs de l'homme envers l'humanité. Ce complément, la société *civile* pouvait seule le donner.

La société est, pour le genre humain, une nécessité de

sa nature, elle est indispensable à sa conservation et à la perfectibilité indéfinie à laquelle il est destiné. Mais comme les besoins *physiques* de l'humanité qui demandent l'assistance réciproque, et ses besoins *intellectuels* qui demandent l'instruction réciproque eussent reçu satisfaction au moyen d'une simple association fraternelle, ces besoins ne peuvent pas rendre raison de la *société civile*, et c'est se tromper que de confondre l'origine de cette société avec l'origine d'une société naturelle. Ce fut une illusion très-grave de Rousseau et de ses disciples de supposer la vie sauvage dans la première période de l'humanité, mais ce fut également une illusion de ses adversaires de supposer que la *société civile* est née avec l'homme. Quand les vérités révélées ne réfuteraient pas également cette seconde idée, la raison seule montre l'impossibilité de principes et de magistrats au berceau d'une humanité composée de quelques familles. L'état de société a été contemporain de la naissance du genre humain; l'état de société civile fut un premier progrès de l'humanité croissante : elle y était conduite par une loi d'ordre primitif, mais au moyen de besoins distincts de ceux qui l'avaient poussée à ses relations immédiates.

Il y avait en effet un autre besoin non moins important dans la destinée de l'humanité : celui du respect des droits que la loi naturelle avait donnés à l'homme, avant toute loi politique, comme moyen d'accomplir ses devoirs et d'atteindre sa destination ici-bas. La force des passions individuelles aurait inévitablement et sans remède outragé et détruit ces droits, soit dans l'état d'isolement, soit dans l'état de société naturelle; et c'est là la vraie, la seule raison d'être de la société civile : raison éternelle et absolue, car la loi qui veut l'observation effective des droits humains est primitive et absolue. Puisque la *société civile* était la seule forme qui pût procurer l'observation de l'ordre juridique, et puisque l'observation de l'ordre juri-

dique était voulue par la loi naturelle, cette loi doit avoir voulu et imposé que l'humanité s'accommodât à une forme d'association qui seule pouvait répondre à ces fins. La raison d'être de la société civile est donc primitive et absolue, mais elle réside uniquement dans la *défense du droit* (*tutela giuridica*).

Maintenant, si l'état de société civile était nécessaire à la race humaine pour arriver à l'observation du précepte moral, la société qui devait exprimer la forme particulière de l'ordre imposé à l'homme par l'intelligence suprême, depuis le premier instant de sa création, ne pouvait être qu'une société dont la direction s'unifiât en un centre commun d'autorité; et cette autorité ne pouvait pas ne pas être munie du pouvoir de *prohiber* certaines actions, et de *réprimer* celui qui, malgré la défense, oserait les commettre. La société civile, l'autorité qui y préside, et le droit de punir et de réprimer qui lui est départi, ne sont qu'une chaîne d'instruments de la loi de l'ordre. Donc le droit pénal a son origine et son fondement de raison dans la loi éternelle de l'harmonie universelle.

Le précepte, la défense, et la rétribution du bien et du mal, tant qu'ils sont dans la main de Dieu, ont pour unique fondement et pour unique mesure la justice. Absolue dans l'absolu, infaillible dans l'absolu, dans cet état elle atteint l'homme tant dans ses rapports avec Dieu et avec lui-même que dans ses rapports avec les autres créatures. Ici la justice opère toujours comme principe *unique*. Dieu punit le voleur et l'homicide, non pas pour défendre l'homme, mais parce que l'homicide et le vol sont un mal, et que la justice veut que celui qui fait mal souffre un mal.

Mais le précepte, la défense, et la rétribution, en tant qu'ils s'appliquent aux rapports de l'homme avec l'humanité, se détachent de Dieu, et une partie de leur exercice est par lui cédée sur la terre à l'autorité sociale. En effet,

la violation de ces rapports causant à l'innocent un dommage présent, il est nécessaire qu'il soit protégé contre ces violations par une force présente et sensible.

Ainsi la défense de l'humanité n'est pas la raison primitive de prohiber et de punir, mais c'est la raison pour laquelle le droit de prohiber et de punir sur la terre est exercé par l'homme sur l'homme son semblable; et ce n'est pas là une *nécessité politique*, mais une nécessité de la *loi naturelle*.

Par conséquent, tant que l'on considère *in abstracto* le droit de punir, son fondement est la *justice* seule; mais quand on le considère comme acte de l'homme, il a pour fondement la *défense* de l'humanité.

C'est se tromper que de voir l'origine du droit de punir dans le seul besoin de la *défense*, et d'en méconnaître la source première, qui est la *justice*.

C'est se tromper que de voir le fondement du droit de punir dans le seul principe de la *justice*, sans le renfermer dans les limites du besoin de la *défense*.

Le droit de punir, dans la main de Dieu, n'a pas d'autre règle que la *justice*; le droit de punir, dans les mains de l'homme, n'a pas d'autre légitimité que le besoin de la *défense*, car il n'est concédé à l'homme qu'en tant qu'il est nécessaire à la conservation des droits de l'humanité.

Mais quoique la défense soit l'unique raison de cette délégation, le droit délégué est toujours soumis aux règles de la *justice*, car il ne peut pas perdre son caractère primitif et essentiel en passant aux mains de l'homme.

En donnant à la punition humaine, pour seul fondement, la *justice*, on autoriserait un contrôle moral même là où il n'y a pas de dommage sensible; l'autorité sociale usurperait le rôle de la divinité, et elle se ferait le tyran des pensées, sous prétexte de poursuivre le vice et le péché.

En donnant à la punition humaine, pour seul fondement, la *défense*, on permettrait de restreindre, sous couleur

d'utilité publique, des actes non coupables, et l'on accorderait à l'autorité sociale la tyrannie de l'arbitraire.

Si l'autorité sociale, par une préoccupation de justice, punit quand le besoin de la *défense* ne le demande pas, elle pèche contre la justice *en la forme*, car quoique la punition soit méritée, c'est injustement et abusivement qu'elle l'inflige. Le droit primitif de punir existe, mais il ne lui a pas été délégué.

Si l'autorité sociale, par une considération d'utilité publique, punit quoique le châtement ne soit pas mérité, elle pèche contre la justice *en la substance*, car là où il n'y a pas de délit, le droit primitif de punir n'existant pas, il ne peut pas lui avoir été délégué.

Ces deux principes remontent à la *loi éternelle de l'ordre* d'où dérivent la *société*, l'*autorité*, et le droit pour celle-ci de *prohiber* et de *punir*. La loi de l'ordre *extérieur*, c'est-à-dire le besoin de la *défense*, investit l'autorité humaine d'un pouvoir sur l'homme, mais la loi de l'ordre *intérieur*, c'est-à-dire la *justice*, en domine indéfectiblement l'exercice, comme mesure modératrice. La limite *intérieure* du droit pénal se réduit à la plus simple et à la plus exacte expression, au moyen de la formule suivante : le droit pénal *doit* intervenir là où il est nécessaire pour défendre le droit; le droit pénal *ne peut pas* intervenir là où le droit n'est pas violé et mis en péril imminent. Il est *défectueux* s'il manque à la première règle; il est *exorbitant* et injuste s'il enfreint la seconde, fût-ce à l'égard d'un acte immoral ou intrinsèquement mauvais.

Donc il n'est pas vrai que le droit pénal soit restrictif de la liberté humaine. Ce n'est pas une limitation de liberté que l'obstacle qu'on met entre l'assassin et la victime : en effet, la liberté humaine n'est pas autre chose que la faculté d'exercer son activité propre sans léser les droits d'autrui; la liberté de l'un doit coexister avec la liberté égale de tous. La restriction vient de la loi naturelle, qui

a donné des droits à l'humanité, et imposé aux hommes de les respecter. La loi humaine ne diminue pas la liberté en la contenant dans les limites de sa nature.

Le droit pénal est, au contraire, protecteur de la liberté humaine, non-seulement extérieure, mais encore intérieure : de la liberté extérieure, en ce qu'il protège contre le fort le faible qui jouit de ses droits dans les limites de la justice, ce qui constitue la vraie liberté ; de la liberté intérieure, en ce qu'il donne à l'homme une force de plus pour vaincre son pire ennemi, c'est-à-dire ses passions ; et l'homme, comme le disait avec raison Daguesseau, n'est jamais si libre que quand il subordonne ses passions à sa raison, et sa raison à la justice.

Cette vérité s'applique non-seulement à la prohibition et à la répression des faits qui lèsent l'individu, mais encore aux faits qui offensent le corps social et l'autorité. Dès qu'on reconnaît que la société et l'autorité ne sont pas une création de la politique humaine, mais qu'elles ont leur origine dans la loi naturelle, il faut nécessairement tirer de cette même loi le droit pour l'autorité de se conserver, c'est-à-dire le droit d'être respectée, et chez les citoyens le devoir de la respecter tant qu'elle se meut dans le cercle de la légitimité.

Ce qui a conduit les publicistes à penser autrement, c'est qu'ils ont conçu d'une façon erronée l'origine de la société, ou bien qu'ils ont confondu le pouvoir pénal avec le pouvoir de *bon gouvernement* ; mais entre ces deux choses il y a un abîme.

Le pouvoir de police ne procède que d'un principe d'*utilité*. Sa légitimité n'a pas d'autre fondement ; il n'attend pas pour agir un fait coupable, il ne conforme pas toujours ses actes à la stricte justice, et il s'ensuit que, comme on lui accorde d'agir par voie de répression modérée, il peut réellement aboutir à modifier la liberté humaine, ce qu'on supporte en vue d'un plus grand bien.

Le pouvoir de police n'a rien de commun avec le pouvoir pénal, quoique tous deux soient exercés par l'autorité préposée au gouvernement des peuples. L'un commence son rôle quand l'autre a inutilement épuisé le sien ; l'objet en est différent, les règles et les bornes différentes. Que s'ils semblent se confondre parce que l'autorité sociale qui les exerce l'un et l'autre est la même, ils ne se confondent pas en eux-mêmes ni aux yeux de la science. De même que deux arts ne seront pas considérés comme formant un seul corps de règles, parce qu'il se trouve qu'un seul homme les exerce tous les deux, de même on ne peut pas dire que si le même gouvernement prévient et punit, la prévention et la punition se confondent dans leur cause, dans leurs limites, dans leur forme, dans leurs effets, et dans leur but.

C'était une erreur de croire que le pouvoir de police rentre dans notre science. Il ne fait point partie du droit pénal, il appartient au droit économique considéré non pas comme un simple facteur de richesse, mais comme un facteur de civilisation.

En faisant rentrer le pouvoir de police dans le droit pénal, on a mis la confusion dans les idées, et on a ouvert la porte de l'arbitraire, échangeant leurs règles respectives, qui ne peuvent être transportées de l'un à l'autre. Il en est résulté, tantôt que le pouvoir de police, sous l'influence des principes du droit pénal, s'est restreint dans de telles limites qu'il est devenu illusoire, et tantôt qu'on a accordé à l'idée de la prévention une influence démesurée sur le droit pénal, étendant l'arbitraire au détriment de la justice. Ce sont deux forces qui se prêtent une mutuelle assistance pour atteindre le but final de l'ordre, qui leur est commun comme étant la fin suprême de toutes les lois imposées par le Créateur à la créature, deux forces qui ne doivent pas se contrarier entre elles, deux forces réunies l'une et l'autre dans la main de l'autorité sociale, mais deux forces essentiellement différentes. En mesurant la première d'après

les règles de la seconde, on l'affaiblit jusqu'à l'impuissance; en mesurant la seconde d'après les règles de la première, on l'exagère jusqu'à la férocité.

C'est un phénomène constant dans la constitution des peuples, que sous les gouvernements despotiques le pouvoir de police s'est confondu avec le droit répressif, tandis que, sous les gouvernements libres, on s'est montré jaloux de les tenir séparés. Ainsi à Rome, au temps de la liberté, l'office et la juridiction du *censeur* furent étrangers à la justice répressive. L'empire changea en délits proprement dits un grand nombre de faits, dont, sous la république, les censeurs seuls connaissaient¹. Pour justifier cette confusion, on a, selon les temps, tiré prétexte de trois sortes d'idées : tantôt d'idées excessives sur l'autorité du prince ou sur les droits de l'État, tantôt du fanatisme religieux dominant, tantôt d'un excès de zèle pour la morale. Chacune de ces idées à son tour a dévoyé le droit pénal, et, cachant son idée véritable, l'a jeté dans le vague et l'injustice. L'autorité sociale qui veut exercer légitimement les divers pouvoirs qui lui sont conférés, doit exercer chacun d'eux selon les règles de raison absolue qui y président.

L'autorité qui est à la tête du corps social possède une certaine quantité de pouvoirs qui sont moins de véritables droits que des devoirs qui la lient envers les citoyens, et lui en rendent dans certaines limites l'exercice obligatoire.

Elle doit protéger les transactions privées, afin que dans les rapports patrimoniaux ne domine pas la fraude et la violence, mais la justice. Elle y pourvoit par les lois civiles et par l'institution de magistrats qui décident selon la justice les différends pécuniaires entre les citoyens. Cela appartient au *droit privé*. Mais le droit privé, en tant qu'il règle des biens acquis et aliénables, n'est pas absolu, car

1. Koenigswarter, *Dissertatio Nullum delictum sine lege*, p. 12.

l'individu peut, par son consentement, rendre juste ce qui, d'après la loi, serait injuste, et l'autorité, par des raisons d'utilité publique, peut rendre inefficace le consentement et le droit des parties.

Elle doit maintenir dans de justes limites les rapports qui existent entre les gouvernants et les gouvernés, afin que les premiers ne sortent pas du cercle de leurs attributions, et que les autres n'éludent pas leur devoir d'obéissance. C'est ce que règlent les lois organiques de l'État, qui appartiennent au *droit public* particulier, ou *droit constitutionnel*. Mais ce droit n'est pas absolu, car les diverses conditions des peuples modifient le droit public, qui est toujours légitime quand il est conforme à la volonté de la majorité intelligente, et qu'il a pour fin le bien général.

Elle veille à maintenir de bonnes relations entre l'État et les autres nations, afin que les citoyens soient protégés même en pays étranger, et que les peuples limitrophes, loin d'être une cause de danger, deviennent une garantie de sécurité extérieure, et une source de richesse intérieure. Elle y pourvoit au moyen des congrès, des traités, des consulats, des ambassades, et au besoin au moyen de la guerre. Cela fait l'objet du *droit des gens*, ou *international*. Ce droit aussi peut varier selon les conditions des différents peuples.

L'autorité doit pourvoir aux dépenses publiques, favoriser l'amélioration morale du peuple, c'est-à-dire la vraie civilisation (qui ne consiste pas dans la politesse des manières, mais dans l'honnêteté des mœurs), et faire en sorte non-seulement que les membres de la société ne manquent pas du nécessaire, mais encore qu'ils aient ce qui peut le mieux rendre la vie heureuse. Tendent à cette fin les lois sur le culte, sur les bonnes mœurs, sur le commerce, les finances, les vivres, les impôts indirects, les travaux publics : ce qui appartient au *droit administratif*

ou à l'économie politique. Ici encore ce n'est pas un corps de droit absolu et constant, la règle est l'utilité.

Or, dans ces dispositions qui, dans leur ensemble, appartiennent à la science du *bon gouvernement*, il arrive souvent que, pour sanctionner une des volontés, l'autorité doit, en vue du bien général, infliger quelque mal au citoyen qui, par son fait, s'opposera à ces dispositions.

Mais ce serait une erreur de croire que toutes les fois que l'autorité inflige un mal à un citoyen à raison de son fait, elle fasse toujours œuvre de *droit pénal*. Les lois de finance, d'impôts indirects, de commerce, renferment souvent des pénalités; les règles mêmes de la procédure civile emportent des amendes; la police avertit, corrige et même emprisonne: et souvent sans que l'ordre extérieur soit en rien troublé, mais seulement parce qu'on a des raisons de craindre le trouble, ou parce que la prospérité du pays a diminué.

Toutes ces sanctions, qui ne peuvent être que légères, sont en dehors du pouvoir pénal; les faits qui provoquent ces mesures peuvent être appelés des *transgressions*, mais ce ne sont pas des *délits*.

Rousseau se trompait encore ici lorsque, dans une de ses phrases brillantes, il disait que les lois criminelles sont moins une espèce particulière de loi que la sanction de toutes les autres. (*Contrat social*, liv. II, chap. XII.) Par cette formule on réduit l'office du droit criminel à la simple punition, sans tenir compte de la prohibition qui en est aussi partie intégrante; on livre le droit pénal à la merci de l'indéfini, et l'on fait qu'il est impossible d'en former une véritable science, et de lui trouver un principe unique.

Le critérium qui sépare l'office pénal de l'office de bon gouvernement, et qui par suite distingue les *délits* et les *transgressions*, ne peut être que celui-ci: que l'office pénal ne doit frapper que les faits auxquels peut s'appliquer le

caractère de faits moralement reprochables, parce qu'il a pour limite de son droit la justice absolue; tandis que l'office de bon gouvernement peut frapper même des faits innocents, parce que le fondement de son droit est l'utilité publique.

Que si quelque code a violé ces règles dans la formation des classes, si l'on a tantôt fait rentrer des *transgressions* dans la loi pénale, et tantôt remis à la loi de police de vrais *délits*, cela ne contredit pas la vérité des principes, mais seulement prouve l'erreur et l'inexactitude des législateurs.

La science du *droit pénal* ne peut s'occuper que des premiers de ces faits; sur les autres elle ne jette qu'un regard fugitif pour rappeler les législateurs à la douceur et à l'humanité. Mais elle ne peut pas étendre ses théories aux *transgressions* sans engendrer une confusion inextricable¹.

Le pouvoir pénal est destiné à protéger la liberté individuelle; les autres règles la restreignent. Le pouvoir pénal présuppose toujours un fait qui viole la loi morale, et une intention blâmable; les autres règles tantôt ne s'occupent pas de l'intention et de la moralité, mais seulement du fait matériel, et tantôt ne s'occupent même pas du fait, et ne frappent que la méchanceté de l'homme. On a raison d'assigner pour fondement au pouvoir de bon gouvernement la *nécessité politique*, ou même *l'utilité*; au pouvoir

1. Feuerbach a défini la science criminelle: la science des droits que l'État peut avoir sur les citoyens à raison des violations de loi qu'ils viennent à commettre. Bien qu'elle exprime en partie l'idée philosophique de notre science, cette définition est trop large; en effet, comme elle s'étend à toute violation de loi accompagnée de sanction, elle comprend plus que le défini. Le défaut d'enregistrement d'un acte civil, et sa rédaction sur papier libre, rentreraient dans le droit pénal! La science criminelle est la recherche des limites intérieures et extérieures entre lesquelles l'État peut défendre les droits humains en dépouillant d'un de ses droits l'homme qui les a attaqués, et des moyens les plus convenables d'exercer ce genre de défense.

pénal on ne peut pas attribuer pour origine un acte de la volonté humaine, mais le précepte de Dieu déclaré à l'homme par la voie naturelle. Les dispositions du premier sont relatives et variables ; le pouvoir pénal est absolu dans tous ses principes fondamentaux.

Et en effet, comme le droit de punir, dans la main de l'homme, vient de la loi éternelle de l'ordre, la science du droit pénal doit être indépendante de toute disposition de la loi humaine, et dirigée uniquement par des règles de raison absolue.

Si le droit pénal avait pour fondement et pour règle la volonté des législateurs, l'étude de cette science serait restreinte à l'aride commentaire du code de la cité, et ses décisions varieraient selon les temps, les lieux, les besoins, et les opinions.

Mais l'élasticité indéfinie du droit pénal est un rêve de Filangieri, qui a accepté les erreurs des législateurs païens comme le type de la vérité rationnelle. Cette idée est désormais rejetée par la science, qui se détruisait en l'adoptant. Le droit pénal a son origine et sa règle dans une loi qui est absolue parce qu'elle constitue le seul ordre possible de l'humanité selon les prévisions et la volonté du Créateur. La science pénale ne cherche que l'application à la défense du droit de ces principes rationnels qui nous sont imposés par l'intelligence suprême.

Ses démonstrations ne se tirent pas de la parole de l'homme, mais elles doivent être des déductions logiques de la raison éternelle, dont Dieu a révélé aux hommes, par une admirable inspiration, ce qu'il fallait pour régler ici-bas leur conduite envers leurs semblables. Subordonnées ainsi à une règle absolue, les lois pénales sont absolues dans leurs principes fondamentaux ; elles ne peuvent devenir relatives que dans la forme de leur application.

Voilà la science pénale que nous devons étudier, faisant toujours abstraction de ce qu'on a pu édicter dans les dif-

férents codes humains, et tâchant de lire la vérité dans le code invariable de la raison. La comparaison des droits établis n'est qu'un complément de notre science. Dans ces recherches secondaires on doit juger, entre les différents codes, quel est celui qui s'adapte le mieux au type suprême du vrai absolu, et non pas suivre la voie inverse et tirer la vérité des principes du droit constitué. Les lois humaines ont été trop souvent iniques et déraisonnables, et le produit des passions ou des hallucinations de l'intelligence. Si l'on voulait tirer de ce critérium le type de la loi naturelle, ou bien on tomberait dans un scepticisme timide, ou bien on légitimerait toutes les injustices.

Trois faits forment le sujet de notre science : la violation de la loi par l'homme ; la volonté de la loi que cet homme soit puni ; la vérification de la violation par le magistrat et l'application du châtement : le délit, la peine, le jugement. L'ordre des matières, en droit pénal, dépend de la nature des choses : il est inaltérable.

Telle est la partie *générale* de notre science. Dans la partie *spéciale* on descend à l'examen des *différents faits* par lesquels on viole la loi ; et ici encore on les examine selon les principes de la raison, au moyen d'un critérium tout ontologique, pour en définir les caractères respectifs, en distinguer les physionomies, et en mesurer les degrés.

Jusqu'ici tout est *théorie*, c'est la partie *spéculative* ; examiner quant aux jugements quelles sont, dans notre pays, les procédures suivant lesquelles on les rend ; et, relativement aux délits *in specie*, quels sont les notions et les rapports respectifs selon lesquels ils sont définis et mesurés par la loi qui nous gouverne, c'est là la partie purement *pratique* et positive.

Dans la partie théorique, on interprète une loi éternelle et indéfectible, comme le type suprême auquel doivent se conformer les opinions de tous les savants, et auquel doit obéir le législateur lui-même. Dans la partie pratique, on

interprète une loi humaine et variable, comme une autorité à laquelle tous, particuliers et magistrats, nous devons nous soumettre tant qu'elle est en vigueur, quelles que soient nos opinions.

La raison de l'obéissance à la première est la *vérité*; la raison de l'obéissance à la seconde est le *précepte*.

La partie *pratique* du droit pénal appartient aux leçons des écoles de perfectionnement, qui, devant conduire les jurisconsultes à l'application du droit dans les tribunaux, ont pour texte la loi écrite, et pour guide l'herméneutique et les monuments de la jurisprudence : avec l'aide de la critique elles doivent coordonner ces éléments en un système, et avec l'aide de la raison théorique en relever les défauts et proposer les améliorations utiles. Mais l'enseignement universitaire du droit pénal ne considère ce droit que sous le point de vue philosophique, parce qu'il enseigne non pas la science italienne, mais les principes communs à toute l'humanité.

Telle est la route que nous devons parcourir, et nous la parcourrons en suivant avec amour et avec foi les principes qui ont distingué entre toutes l'école italienne.

L'école italienne qui, s'abreuvant aux principes élevés de la philosophie romaine en matière pénale, a su, avec le secours du christianisme, les purifier des erreurs païennes, et les soustraire à la corruption des barbaries orientales et des préjugés du Nord qui, après une lutte répétée, les avaient subjugués et gâtés.

L'école italienne, qui a tant fait dans la longue guerre entre le droit et la force; qui, avant toute autre, a proclamé par les lèvres de Vico qu'il y a, dans la distribution des pénalités, une loi qui est au-dessus du législateur, et qui, se formant par le double travail de l'enseignement et des tribunaux, s'est conservée également pure de la séduction des visions transcendantes, et du hideux matérialisme du dix-huitième siècle.

Cette école a eu dans cette chaire son plus brillant enseignement, dans Carmignani un apôtre, dans la magistrature toscane un sacerdoce; et si dans notre siècle elle a paru se diviser en trois rameaux, toujours elle est demeurée une dans son esprit et dans ses tendances.

Un éminent écrivain français déclarait naguère que, dans la voie des réformes pénales, les Italiens ont de beaucoup précédé toutes les nations de l'Europe¹; mettons donc notre gloire à suivre le chemin courageusement tracé par nos ancêtres, et ne nous laissons pas aller, par le goût de stériles nouveautés, à entreprendre contre eux une guerre impuissante.

1. M. Flottard, *De l'État actuel du droit pénal en Italie* (*Revue critique de jurisprudence*, 1852, p. 373).

PARTIE GÉNÉRALE

SECTION PREMIÈRE

DU DÉLIT

CHAPITRE PREMIER

DE L'IMPUTABILITÉ ET DE L'IMPUTATION

§ 1^{er}.

Imputer signifie — mettre quelque chose sur le compte d'une personne¹.

1. Voyez Kleinschrod, *Dissert. intorno alla dottrina della imputazione* (dans les opuscules recueillis par Mori, I, p. 1). — Puffendorf, *De jure naturæ et gentium*, lib. I, cap. v, § 3. — Nani, *Principii di giurisprudenza criminale*, part. I, cap. 1, sez. 1, § 2. — Woltaer, *Observationes*, lib. I, observ. IV, *Imputationis civilis notio eruta*. — Vosmaer, *Doctrina de imputatione ad delicta universitatis applicata*, pars prior, § 1 ad 23, in *Martini Collect. dissertationum criminalium*; lenæ, 1822; dissert. x, p. 329.

§ 2.

L'*imputabilité* est le jugement que l'on porte sur un fait à venir dont on prévoit simplement la possibilité. L'*imputation* est le jugement d'un fait qui a eu lieu. La première est la contemplation d'une idée, la seconde est l'examen d'un fait concret. Là on considère une pure abstraction, ici une réalité.

§ 3.

On qualifie diversement l'imputabilité et l'imputation, selon que le jugement qui attribue à l'agent la responsa-

bilité d'un fait *prévu* ou *réalisé* se fonde sur la simple considération de la relation naturelle du fait avec le moral de l'agent, ou sur des considérations tirées des rapports extérieurs de l'homme.

§ 4.

L'imputabilité et l'imputation *morales* n'exigent qu'une seule condition, à savoir : que l'homme qui a été la cause *matérielle* d'un fait en ait été aussi la cause *morale*. Est moralement imputé à l'homme tout fait dont il a été la cause morale, que son acte soit indifférent, ou bon, ou coupable.

§ 5.

L'imputabilité *sociale*¹ est quand on déclare que, de l'acte prévu, l'auteur sera responsable envers la société. Ce jugement se définit : — *Un acte émané de l'autorité, par lequel, prévoyant la possibilité d'un fait de l'homme, elle déclare ce fait imputable à son auteur à titre de délit, dans l'intérêt de la sauvegarde sociale.*

1. L'école espagnole (Pacheco, *Estudios del derecho penal*) et l'école portugaise (Jordao, *Código penal portuguez*) emploient comme moins équivoque le mot *criminalité*. Nous aussi, nous avons dans la langue usuelle le mot *incriminer*. Déclarer *socialement imputable* une action, ou *l'incriminer*, c'est la même chose : c'est déclarer que celui qui la commettra sera responsable d'un délit, c'est la défendre sous la menace d'une répression.

§ 6.

L'imputation *civile*¹ est quand on déclare que, d'un fait qui s'est produit, une personne déterminée est responsable envers la société. Ce jugement se définit : — *Un acte émané simplement de la juridiction civile, par lequel, interprétant selon les principes de la jurisprudence la loi promulguée, et jugeant suivant les règles de la logique un certain fait, elle déclare que tel individu en est l'auteur responsable envers elle.*

1. Bichon (*De dolo*) et d'autres auteurs l'appellent *imputation juridique*.

§ 7.

Le jugement sur l'imputabilité sociale ne peut être rendu que par le législateur; l'imputation civile appartient au magistrat.

§ 8.

Le jugement par lequel le magistrat impute civilement une action à un citoyen, en vertu de la déclaration d'imputabilité sociale déjà faite par la loi, est le résultat de trois jugements distincts. Le magistrat trouve en cet individu la cause *matérielle* de l'acte, et il lui dit : *Tu l'as fait*. — C'est l'imputation *physique*. Il trouve que cet individu a exécuté cet acte avec une volonté éclairée, et il lui dit : *Tu l'as fait volontairement*. — C'est l'imputation *morale*. Il trouve que ce fait était prohibé par la loi de l'État, et il lui dit : *Tu l'as fait en violation de la loi*. — C'est l'imputation *légale*. Ce n'est qu'en conséquence de ces trois propositions que le magistrat peut dire au citoyen : Je t'impute tel fait à titre de délit.

§ 9.

Mais de même que le magistrat, quand il forme son jugement sur l'imputation civile, est soumis aux dispositions de la loi, aux maximes de la logique et de la jurisprudence, et ne peut sans abus s'écarter de ces règles, de même le législateur, quand il forme son jugement sur l'imputabilité sociale, est soumis à des principes absolus dont il ne peut dévier sans injustice et tyrannie¹.

1. Voyez Van Borkout, dans la dissertation *An et quatenus a jure naturali jus positivum recedere juste possit*. Hubero, *Digressiones Justinianæ*, cap. xi, p. 26.

§ 10.

Les lois pénales ne peuvent pas être considérées comme simplement *relatives* : dans leurs principes fondamentaux elles sont *absolues*.

§ 11.

Pour qu'une action puisse légitimement être déclarée, par l'autorité sociale, imputable à son auteur à titre de délit, il faut nécessairement les conditions suivantes : — 1° qu'elle lui soit *imputable moralement*; — 2° qu'elle puisse être imputée comme *acte blâmable*; — 3° qu'elle soit *dommageable à la société*. Outre cela, pour que la déclaration d'imputabilité soit efficace, il faut : — 4° que la loi qui la prohibe ait été promulguée.

§ 12.

1° La loi dirige l'homme en tant qu'être moralement libre; par conséquent nul n'est responsable d'un événement dont il a été la cause purement *physique*, sans en être aucunement cause *morale*. Cela suffit à l'imputation morale; mais si l'action qu'on veut objecter à l'homme comme délit doit pouvoir lui être moralement attribuée comme acte volontaire, elle doit en outre : — 2° pouvoir lui être objectée comme acte *blâmable*. Il n'est pas au pouvoir du législateur d'*incriminer* un acte dont l'homme a été la cause morale, quand cet acte était prescrit par une loi supérieure. En effet, bien que la loi criminelle ne doive pas être, dans ses dispositions, une répétition de la loi morale et de la loi religieuse, toutefois elle ne peut contrarier ces lois. On n'obtient pas le maintien de l'ordre extérieur avec des moyens qui troublent l'ordre intérieur.

1. Une loi qui défendrait de protéger son semblable contre un mal injuste qui le menace, une loi qui imposerait à un fils de dénoncer les délits de son père, ou à un citoyen d'abandonner sa religion, et toute autre loi du même genre, irait contre ce précepte, parce que, en imputant *socialement* un acte qui est commandé par la morale, elle se mettrait en opposition avec une loi supérieure et à laquelle elle n'a pas le pouvoir de déroger. C'est donc une condition *négative* plutôt qu'une condition *positive*. Il n'est pas toujours nécessaire, pour que l'acte puisse être imputé *socialement* (du moins comme *transgression*), qu'il soit moralement

blâmable, car on peut prohiber aussi, pour la protection du droit menacé, les actes moralement indifférents, et ces actes deviennent blâmables moralement, puisque l'autorité était dans son droit en les interdisant. Mais on ne peut déclarer *socialement blâmables* les actes qui sont commandés ou conseillés par la loi morale ou religieuse.

§ 13.

3° Pour qu'un acte puisse être socialement imputable, il ne suffit pas qu'il le soit moralement, ni qu'il soit pervers en lui-même, en regard au précepte moral; il faut de plus que l'acte moralement imputable à quelqu'un comme mauvais soit *socialement dommageable*. Cela résulte du principe que le droit de prohiber certaines actions, et de les incriminer, est attribué à l'autorité sociale uniquement comme moyen de *défense* de l'ordre extérieur, et non pas en vue du perfectionnement intérieur.

§ 14.

En outre, le dommage que produit l'action perverse de l'homme doit être un dommage *social*, c'est-à-dire tel qu'on n'ait pas d'autre moyen que de le soumettre à la répression de la loi, pour pourvoir à la *défense* de l'ordre extérieur. Si le dommage est restreint à l'individu, ou réparable par un moyen direct, le législateur excéderait ses pouvoirs en déclarant *délit* l'acte qui en a été la cause.

§ 15.

Ainsi, par le premier de ces motifs, les pensées, les vices, et les péchés, quand ils ne troublent pas l'ordre extérieur, ne peuvent pas être déclarés des délits.

§ 16.

De même, en vertu de la seconde considération, la violation d'un contrat, bien que volontaire et coupable, et

bien que dommageable à l'individu dont les droits sont blessés, ne peut être déclarée délit, parce que, les autres citoyens n'en ressentant pas de trouble, l'ordre extérieur n'en souffre pas. Pour protéger le droit lésé, il suffit de la coaction directe.

§ 17.

C'est ici le plus dangereux écueil où risque de heurter le législateur : distinguer le contrôle moral du contrôle social, et le rôle du pouvoir civil de celui du pouvoir pénal. Tout écart hors de ces limites est une injustice, une offense à la liberté civile.

§ 18.

La *perversité morale* et la *perversité sociale* d'une action sont donc essentiellement distinctes. Dans le jugement qu'on porte sur la première, on va de la considération des actes intérieurs à la considération des actes extérieurs. Dans le jugement qu'on porte sur la seconde, on va de la considération de l'acte extérieur à la considération de l'acte intérieur. Le criterium qui préside au premier jugement est le désordre moral; le criterium qui préside au second est le trouble social.

§ 19.

4° Si l'homme est soumis à la loi pénale en tant qu'être dirigeable, cette dépendance a pour cause son intelligence et sa volonté. Mais on ne peut pas attribuer à quelqu'un la volonté de violer une loi qui n'existe pas ou qu'il ne connaît pas. Donc une action ne peut être un délit que si la loi qui la prohibe est rendue et promulguée.

§ 20.

De ces prémisses se tire la définition du *délit civil*.

CHAPITRE II

DÉFINITION DU DÉLIT

§ 21.

Le *délit civil* se définit : — *L'infraction à la loi de l'État promulguée pour protéger la sûreté des citoyens, résultant d'un acte extérieur de l'homme, positif ou négatif, moralement imputable*¹.

1. Cette définition ne peut satisfaire une certaine école moderne, et elle doit inévitablement en subir les critiques. La doctrine de cette école a été en dernier lieu résumée par Franck (*Philosophie du droit pénal*, sect. 2, chap. 1) : C'est une erreur, dit-elle, de tirer la notion du délit de la loi humaine promulguée par l'État. Une action est ou n'est pas incriminable, suivant qu'elle porte ou ne porte pas atteinte à la loi suprême du droit de telle sorte que la protection juridique en exige la répression. Cette condition est absolue. Elle naît d'un ordre de choses supérieur à la volonté des législateurs humains, auquel ceux-ci ne peuvent déroger. En définissant le délit : l'infraction à la loi rendue, on en vient à admettre qu'une action, même éminemment perverse et nuisible, peut ne pas être un délit dans le pays où aucune loi ne la prohibe ; et que, à l'inverse, une action très-innocente devient un délit par le caprice d'un législateur barbare à qui il a plu de la déclarer telle. Cela est intolérable. Votre définition est un cercle vicieux. On vous demande quelles sont les *actions punissables*, et vous répondez : Celles qui sont punies.

Nous reconnaissons la vérité de ces observations, et c'est pourquoi nous avons résolument formulé les préceptes auxquels doit obéir le législateur, dans l'exercice de la haute mission de déterminer quelles actions seront regardées comme des délits dans l'État qu'il gouverne. Nous avons dit que si le législateur, en édictant ses prohibitions, foule aux pieds ces préceptes, il commet un abus de pouvoir, et que sa loi est injuste. Nous adhérons donc étroitement aux vérités que proclame l'école philosophique, et nous sommes bien loin d'admettre qu'il dépende uniquement de la loi humaine qu'une action soit ou non un délit. En définissant le délit la *violation de la loi promulguée*, nous avons présumé que cette loi est rendue conformément à la loi suprême, au droit naturel. Mais en donnant la définition du délit, nous n'avons pas pu négliger l'idée de la loi promulguée, parce que les principes de la science doivent servir de guide, non-seulement au législateur, mais encore aux magistrats. Or, si de la définition du délit vous ôtez l'idée de la loi promulguée, vous

en venez évidemment à ces deux conséquences : qu'il manque au citoyen la règle écrite de sa conduite, et que le magistrat se change en législateur. Définissez le délit : la violation d'un devoir social, ou bien, avec Franck (*op. cit.*, p. 133), toute atteinte à la sécurité et à la liberté, soit de la société entière, soit des individus dont elle se compose, et dites-moi si, en face de cette définition, l'attribution en fait du caractère de délit à une action n'est pas entièrement abandonnée aux hésitations, à l'arbitraire du juge. Notre définition est faite au point de vue de la dernière condition du délit, c'est-à-dire la prohibition par la loi de l'État. Cette prohibition pourra être bonne ou mauvaise, juste ou injuste, mais en tout cas il restera comme fait juridique que, dans tel État, c'est un délit d'enfreindre telle prohibition. Au contraire, sans la loi qui prohibe, il sera toujours injuste de voir un délit civil dans une action, quelque perverse et nuisible qu'elle soit, et digne, au regard des règles du droit naturel, d'être rangée parmi les délits. Si maintenant on cherchait la définition purement philosophique du délit, nous souscririons à la définition de Franck. Mais nous ne saurions accepter celle qu'a donnée Pessina, à savoir que le délit est la négation du droit. Cette formule exprime une idée qui est intrinsèque à la notion du délit, lequel a pour condition nécessaire un état de contradiction avec le droit ; mais comme définition elle est inexacte, parce qu'elle embrasse plus que le délit : car, aussi bien, refuser de payer une dette, c'est nier le droit.

§ 22.

Délit, offense, crime, méfait : tous mots employés comme synonymes¹ par ceux qui cultivent la science pénale ; pas un ne satisfait celui qui voudrait trouver dans le mot la définition de la chose, tous sont indifférents pour qui se contente de trouver dans le mot le signe de l'idée.

1. Sur l'étymologie des mots *delictum*, *scelus*, *facinus*, *flagitium*, *reatus*, *crimen*, *maleficium*, voyez l'étude de Buccellati dans son livre intitulé *Guida allo studio del diritto penale*, liv. 2, chap. 1. On fait communément dériver le mot délit de *derelinquere*, abandonner, et il signifie l'abandon d'une loi.

§ 23.

Infraction à la loi — L'idée générale du délit est celle d'une violation (ou abandon) de la loi : en effet, nul acte de l'homme ne peut lui être reproché si une loi ne le prohibait. Un acte ne devient un délit que quand il va contre

la loi : qu'il soit dommageable, qu'il soit pervers, ou l'un et l'autre à la fois, si la loi ne le prohibe il ne peut pas être reproché comme un délit à qui l'exécute. Mais les lois qui dirigent l'homme étant multiples, si l'on s'en tenait à cette idée générale, le vice (qui est l'abandon de la loi morale) et le péché (qui est la violation de la loi divine) se confondraient avec le délit.

§ 24.

de l'État — En ajoutant cette restriction, nous nous acheminons vers l'idée spéciale du délit, car nous en limitons la notion à la violation des lois édictées par l'homme.

§ 25.

promulguée — La loi morale est révélée à l'homme par la conscience. La loi religieuse est révélée expressément par Dieu. La loi civile, pour obliger les citoyens, doit être promulguée. Prétendre qu'ils se conforment à une loi qui ne leur a pas été communiquée, ce serait aussi injuste et absurde que de prétendre leur faire observer une loi qui n'est pas encore rendue¹. La promulgation de la loi pénale, dûment faite une fois, emporte la présomption que les citoyens la connaissent. Mais il faut une promulgation, afin de marquer qu'elle passe de l'état d'embryon de la pensée à la vie réelle².

1. Voyez Weiss, *De vi consuetudinibus in criminalibus*, dans ses *Opuscula academica, commentatio 3*.

2. Koenigswarter (*Dissert. nullum delictum sine pravâ lege*, p. 118) dit avec raison qu'une peine ne peut être légitimement infligée que comme sanction d'un précepte : celui qui a volontairement violé le précepte ne peut pas se plaindre de la peine. Si le juge pouvait déclarer délit une action que la loi n'a pas auparavant défendue, et si l'on infligeait des châtimens qu'aucune loi n'a édictés, il manquerait au droit pénal la base de la protection nécessaire du droit ; en effet, dans une sentence et dans une punition infligée par le juge en vertu de son autorité, les hommes ne pourraient pas trouver la certitude que le même

fait, se renouvelant à leur préjudice, fût châtié avec une égale rigueur. L'idée d'un *délit* sans une loi préalable répugne donc, non-seulement à la justice, mais encore aux nécessités sociales. Tolomei (*Diritto penale filosofico e punitivo*, § 145, p. 108) définit ainsi le délit : — *La violation imputable des droits qui ne peuvent être protégés par la loi autrement que par la menace et subséquemment par l'application effective d'une peine.* Au point de vue philosophique cette définition peut être acceptée. Mais eu égard au but pratique, il y manque l'élément de la promulgation. Il me semble que le délit, par rapport à une loi existante, ne peut se définir que comme je l'ai défini. Par rapport à une loi à faire, on peut le définir : — *La violation du droit accompagnée d'un trouble susceptible d'être ressenti dans l'ordre de la société humaine.* Mais cette définition ne conviendra jamais qu'au délit *naturel*, et sera toujours insuffisante pour le délit *civil* qui a besoin essentiellement de la loi promulguée.

§ 26.

pour protéger la sûreté — Cela met dans tout son jour l'idée *spéciale* du délit, lequel consiste dans la violation de cette loi humaine qui a pour objet de protéger la sûreté publique et privée. Toute violation des lois de l'État n'est pas un *délit*. Les lois qui pourvoient aux intérêts patrimoniaux peuvent être violées (par exemple, par l'inaccomplissement d'une obligation civile), sans que leur inobservation soit un *délit*. On peut violer les lois qui visent à la *prospérité* de l'État : il y aura une *transgression*, et non pas un délit. L'idée *spéciale* du délit consiste dans une agression contre la *sûreté*, et l'on ne peut voir un délit que dans les faits qui portent atteinte aux lois qui la garantissent.

§ 27.

des citoyens — Dans cette formule on comprend la *sûreté publique* aussi bien que la *sûreté privée*, puisque la *sûreté publique* est protégée en tant que moyen d'assurer la *sûreté privée* : c'est précisément pour exprimer l'idée de la *sûreté publique* que l'on dit *des citoyens* et non d'un *citoyen*, car le fait qui serait dommageable à un *seul* citoyen, sans attenter à la *sûreté* des autres, ne pourrait être dé-

claré *délit*, comme nous le verrons plus loin (§ 118). Par là on a suffisamment exprimé l'idée de la protection générale qui préside à la loi pénale, sans qu'il soit besoin d'ajouter la formule inexacte de la défense de la société. La défense de la société est nécessaire dans la mesure où est nécessaire la société civile pour protéger les droits de ses membres. Le gouvernement aussi, au moyen du droit criminel, se protège lui-même légitimement, en temps que sa propre défense est indispensable à la défense des individus ; car, une fois le gouvernement constitué, ils ont tous et chacun le droit d'exiger qu'il soit respecté. Par conséquent, qui l'offense offense tous les citoyens, et du devoir qui incombe à l'État de défendre les droits des individus naît pour lui le droit de se défendre lui-même.

§ 28.

résultant d'un acte extérieur — L'exercice de la justice est délégué, en vertu de la loi de l'ordre, à l'autorité sociale, pour assurer la défense des droits de l'homme au moyen d'une coaction efficace et présente ajoutée au précepte naturel de les respecter. Mais les droits de l'homme ne sont pas lésés par les actes intérieurs ; par conséquent, l'autorité sociale n'a pas le droit de les poursuivre. Sur les opinions et les désirs, l'autorité humaine n'a point d'empire, et les pensées ne peuvent sans abus être rangées parmi les délits, non pas par la raison qu'elles échappent au regard de l'homme, mais parce que l'homme n'a pas le droit de demander compte à son semblable d'un acte qui ne peut lui nuire. La défense de l'ordre extérieur sur la terre appartient à l'autorité ; la défense de l'ordre intérieur n'appartient qu'à Dieu. Et quand on dit que la loi pénale ne peut pas frapper la *pensée*, on entend soustraire à son pouvoir tous les éléments dont la succession compose l'acte intérieur : — pensée, — désir, — projet — et détermination, tant qu'elle n'est pas mise à exécution.

§ 29.

de l'homme — Le *sujet actif* principal du délit ne peut être que l'homme; le seul entre tous les êtres créés qui, doué d'une volonté raisonnable, soit susceptible de direction¹.

1. Sur les procès faits en d'autres temps aux animaux, voir les savantes observations d'Ortolan, *Cours de droit pénal*, p. 188; et Warée, *Curiosités judiciaires*, p. 440.

§ 30.

positif ou négatif — Pour la protection des droits de l'homme, il peut être nécessaire de défendre certains actes, et d'en imposer certains autres en telle ou telle circonstance. La loi qui défend les premiers est violée par l'acte positif contraire; la loi qui impose les seconds est violée par l'acte négatif. Par conséquent, peuvent être des délits, aussi bien les actes d'omission¹ ou d'*inaction* que les actes de commission ou d'*action*. Mais l'*omission* de l'un peut se lier à la *commission* d'un autre, en sorte que ce rapport fasse de l'acte *négatif* une infraction à la loi qui défend l'acte *positif*. Aussi, en pareil cas, ne trouvons-nous pas le vrai délit d'*inaction* : le *lien moral* (l'accord) qui joint l'*inaction* de l'un et l'*action* de l'autre, comme moyens tendant au même but délictueux, unit ces deux actes en un seul délit; la qualification qu'on lui donne est celle de l'acte positif, et l'on ne fait de l'acte négatif qu'un élément de participation. Pour avoir le délit de pure *inaction*, il faut supposer qu'il n'y a pas un fait positif coupable auquel on concourt au moyen d'une certaine omission. D'où il suit que le délit de pure *inaction* ne peut se concevoir que dans le cas où une autre personne a un *droit exigible* à l'*action* omise. Ainsi la mère qui n'allait pas son enfant, pour le faire mourir, commet un véritable délit d'*inaction*, un véritable infanticide, car l'enfant nouveau-né a droit à

l'action de l'allaitement. La catégorie de ces délits s'élargit considérablement dans les législations qui admettent le principe de la *solidarité défensive* des citoyens.

1. Winkler, *De crimine omissionis*; Lipsiæ, 1776.

§ 31.

moralement imputable. — L'homme est soumis aux lois criminelles à cause de sa nature morale; par conséquent nul ne peut être socialement responsable d'un acte dont il n'est pas responsable moralement. L'*imputabilité morale* est la condition indispensable de l'*imputabilité sociale*.

§ 32.

Le délit, comme *fait*, tire son origine des passions qui poussent l'homme à violer les droits de ses semblables malgré la prohibition de la loi.

§ 33.

Le délit, comme *être juridique*, tire son origine de la nature de la société civile. L'association (qui est imposée à l'homme par la loi éternelle, comme moyen de conservation, de progrès intellectuel, de perfectionnement moral, et de protection du droit) ne subsisterait pas, ne répondrait pas à ses *fins* , si chacun de ses membres était libre dans ses volontés, encore qu'injustes et dommageables à autrui. De là la nécessité de prohiber certains actes qui troubleraient l'ordre extérieur, et de décréter que, s'ils se commettent, ils seront considérés comme des délits. Cette *nécessité* reçoit le nom de *nécessité sociale*. La *nécessité sociale* est la formule qui exprime le rapport de la loi criminelle avec la société déjà existante. Mais la *nécessité sociale*, considérée dans sa cause première, n'est autre chose qu'une *nécessité de la nature humaine*. S'il en était autrement, la

nécessité sociale serait une formule empirique impuissante à montrer la légitimité de la prohibition.

§ 34.

On doit remarquer que le *délit* n'est pas défini une *action*, mais une *infraction*. La notion du délit n'est donc pas tirée du *fait matériel*, ni de la *prohibition de la loi*, considérés isolément, mais du *conflit* entre l'un et l'autre.

§ 35.

Donc l'idée du délit n'est que l'idée d'un *rapport* : le rapport de *contradiction* entre le fait de l'homme et la loi. En cela seulement consiste l'être *juridique* auquel on donne le nom de délit ou quelque autre nom synonyme. C'est un être juridique qui a besoin, pour exister, de certains éléments *matériels* et de certains éléments *moraux*, dont l'ensemble constitue son unité; mais ce qui le complète, c'est la contradiction de ces éléments préliminaires avec la loi juridique.

§ 36.

Il résulte de là qu'il y a équivoque à soutenir que l'objet du délit est la *chose* ou l'*homme* sur lesquels s'exerce l'action criminelle. On poursuit le *délit*, non pas comme *fait matériel*, mais comme *être juridique*. L'action matérielle aura pour *objet* la *chose* ou l'*homme*; l'être juridique ne peut avoir pour *objet* qu'une *idée* : le *droit* violé, que la *loi* protège au moyen d'une prohibition.

§ 37.

L'action, considérée comme *fait matériel*, se compose de divers *moments*, dont chacun a son *objectivité* distincte, qui réside dans les choses ou dans les hommes sur lesquels cette *action* se développe dans le cours de ses moments.

§ 38.

Considérée dans le *résultat* de l'ensemble de ces moments, son *objectivité* (non plus matérielle, mais idéale) varie selon le *rapport* sous lequel on envisage ce résultat.

§ 39.

Ainsi (pour en donner un exemple) dans le vol, l'objet du *fait matériel* de prendre la chose d'autrui sera la *chose* elle-même. Mais ce fait, considéré dans son rapport idéal, fait naître divers *êtres idéaux*, précisément selon que l'*objectivité* varie. Le théologien y voit un *péché*, le moraliste une *faute*, le criminaliste un *délit*. Mais ces trois êtres *idéaux* — péché, faute, délit — ont-ils un *objet* identique? Non. L'objet du péché est le précepte *divin*; l'objet de la faute, le précepte *moral*; l'objet du délit, le précepte *civil*: en effet, la violation de ces trois préceptes distincts, et par conséquent la diversité du *rapport* de cet acte matériel, est précisément ce qui fait naître les trois idées distinctes de péché, de faute, de délit. S'il en était autrement, unifiés dans l'objet comme ils le sont dans le sujet, ces trois êtres idéaux se confondraient en un.

§ 40.

L'homme qui commet un délit est le *sujet actif principal* du délit. Les instruments dont il se sert ne sont qu'un *sujet actif secondaire*. L'homme ou la chose sur lesquels portent les actes matériels dirigés par le coupable vers un but pervers sont le *sujet passif* du délit. Le droit abstrait que l'on viole est l'unique et véritable *objet* du délit.

§ 41.

Le *sujet actif principal* du délit ne peut être que l'*homme*, car il est essentiel au délit qu'il provienne d'une volonté

intelligente, qui n'appartient qu'à l'homme; et tout homme, en pure raison, peut être *sujet actif* de délit, quand bien même sa condition¹ s'opposerait en fait à ce qu'on le poursuive actuellement.

1. Ce principe général n'est pas contredit par la pratique qui soustrait certaines personnes à la poursuite pénale. Le prince est inviolable et ne peut pas être mis en jugement, quand même il commettrait un homicide, parce que l'on considère qu'une semblable procédure désorganiserait le corps social, et jetterait toute la société dans le désordre et l'anarchie. Les délits des ambassadeurs ne sont pas jugés au criminel par la voie ordinaire, en considération de leur caractère et des relations internationales (Bonfils, *Compétence*, p. 354); et pourtant, cette question : si le prince et l'ambassadeur commettent un délit, veut une réponse affirmative, car un obstacle à la punition ne suffit jamais pour détruire la notion du délit, ni pour en faire cesser l'existence, alors que se rencontrent les conditions qui le constituent. Autre chose est de dire qu'un homme ne peut pas ou ne doit pas être puni, autre chose est de dire qu'il ne commet pas un délit. Personne n'exige comme élément du délit que le fait soit effectivement punissable.

§ 42.

L'*objet* du délit ne peut être qu'un *droit* auquel la *loi* a expressément accordé sa protection au moyen d'une prohibition et d'une sanction. Ainsi, loi qui protège et droit protégé, voilà les éléments dont la combinaison forme l'*idée* qui est l'*objet* de cet *être juridique* auquel on donne le nom de méfait, de crime, de délit, non pas parce qu'il lèse l'homme ou la chose, mais parce qu'il viole la loi. Toute loi qui sert, activement ou passivement, d'instrument matériel à la violation, en est le *sujet actif* ou passif¹.

1. Cette nomenclature, bien qu'elle ne plaise pas à quelques-uns, est la seule qui réponde aux besoins de la science, et qui se prête à exprimer avec exactitude les différents cas. Elle fut établie par Carmignani, lorsqu'il eut constaté l'extrême confusion qu'avait introduite dans les sciences l'abus des mots *objectivité* et *subjectivité*; elle est adoptée par les criminalistes contemporains qui ont souci de l'exactitude, ainsi par exemple par Ortolan.

§ 43.

En rectifiant ces notions, et en distinguant l'objectivité matérielle de l'*action*, de l'objectivité *idéale* de cet *être juridique* qui résulte du *rapport* entre l'*action* et la loi, nous éviterons nombre de difficultés.

§ 44.

Pour qui prétend trouver l'*objet* du *délit* dans la *chose* sur laquelle porte l'*action*, où donc se rencontre-t-il quand l'*action* du délinquant consiste dans l'*usage* d'une chose *qui lui appartient*, comme il peut arriver dans la fabrication de fausses clefs ou de fausse monnaie, dans le sacrilège?

§ 45.

Pour qui prétend le trouver dans la *personne* sur laquelle porte l'*action*, où se rencontre-t-il quand l'*action* porte sur le codélinquant? Dans l'inceste, par exemple, qui de l'homme ou de la femme serait le sujet, et qui l'*objet* de ce délit? Le délit résultant du concours des deux agents à la violation de la loi est *un*, et ne peut avoir une dualité d'*objet* alternative; et d'autre part, si dans la *loi* ou dans le *droit* attaqué on refuse de voir l'*objet* du délit, cette loi, ce droit, dont la violation forme l'*essence* de l'infraction, quel rôle y joueront-ils?

§ 46.

On évite ces embarras en rangeant sous le nom de *sujet* du délit tout ce qui est matériel et sert à compléter l'*action* à laquelle s'oppose la loi. Ainsi l'on comprend sans peine pourquoi, à défaut d'une loi promulguée, l'infraction ne peut pas se concevoir : c'est parce qu'elle manquerait d'*objet*. On comprend aussi pourquoi il faut admettre la notion du *délit*, même quand le *sujet passif* n'est pas doué de *senti-*

ment, et encore s'il a le sentiment sans l'intelligence, et enfin s'il a l'un et l'autre, mais qu'il y ait *consentement* de sa part.

§ 47.

Le cadavre *n'a pas le sentiment*, et pourtant, dans les outrages faits aux cadavres¹ on peut reconnaître un délit, puisqu'il y a une offense à la loi qui les protège en considération des familles, ou de la religion, ou de la morale, ou de la santé publique. Les cadavres sont des *choses*, mais le délit peut aussi porter sur les choses, quand il existe entre elles et les hommes vivants des rapports capables de procurer à ceux-ci des droits; ainsi c'est un droit assuré pour tous les citoyens qu'on n'infecte pas l'air, ou qu'on ne déshonore pas *malignement*² la mémoire de leurs parents.

1. Ici se pose la question relative à l'offense envers le *corps même* ou le *nom* du défunt, cas Lion distinct de la *dégradation de monuments* et du *roi* de pierres précieuses ou de vêtements ensevelis avec le défunt.

2. La condition de la *malignité* dans l'injure est le criterium qui concilie la théorie de l'imputabilité des injures envers les morts, soutenue par Dupin, avec la liberté de l'histoire à l'abri de laquelle Coquille, Fontecet et d'autres ont voulu écarter absolument la possibilité d'incriminer ce qui se dit d'injurieux contre un mort. Voyez Paillart, *Les franchises de l'historien*, et les auteurs cités au § 1816 en note.

§ 48.

Le fœtus dans le sein de la mère, l'enfant, l'homme endormi ou en démence, *n'ont pas l'intelligence*, et pourtant ils sont aptes à former le sujet passif de l'infraction, puisqu'ils sont pourvus de droits que la loi protège, encore qu'ignorés de celui qui les a, ou violés à son insu¹.

1. Ici se rencontre cette question (traitée par Lucas, *Système pénal*, p. 5, et par Tissot, *Droit pénal*, 1, p. 15) : si les animaux peuvent être *sujets passifs* du délit, quant aux cruautés qu'exerce contre eux celui qui en est propriétaire.

§ 49.

Il y a consentement chez ceux qui ont concouru, au moyen d'une libre volonté, ou même par des actes, à l'action matérielle exercée sur eux : comme par exemple celui qui se tue, ou le soldat qui se mutile pour échapper au service¹; et pourtant, le droit offensé étant inaliénable de la part de celui qui l'a, et la loi le protégeant, même malgré lui, pour le maintien de l'ordre, le consentement du *sujet passif* ne saurait détruire la notion du méfait : il subsiste donc et peut être objecté, dans le premier cas, à qui prend part au suicide, et dans le second au mutilé et à l'auteur de la mutilation. Le méfait conserve son *objet*, qui est le droit offensé, bien qu'on ait en la même personne l'agent et le patient; c'est ainsi qu'il en est du péché, même quand il ne trouble pas les rapports de l'homme avec les autres créatures, mais qu'il se consomme dans la personne du pécheur. Cette conception est si claire qu'on ne peut s'expliquer la persistance de quelques personnes à dire que la chose volée ou l'homme tué sont l'*objet* du délit, lequel est un être *idéal*, comme le sont tous ceux qui consistent purement en un *rapport*. En usant de la formule que nous repoussons, on construit l'être complet (le délit) sans y introduire la loi, ce qui est absurde.

1. Ces deux cas sont régis par des principes différents : dans le cas du soldat qui se mutile pour ne pas servir, l'incrimination a pour base le *droit* que les autres citoyens ont à ce qu'il serve, droit qu'il viole en se mutilant (Puttmann, *Dissert. de murcis*); dans le cas du complice d'un suicide, la raison de l'incrimination est l'*inaliénabilité* du droit à la vie. Voyez Pillwitz, *Diss. de animi ad autochirium persuasione ejusque poena*, cap. II. — Baumhauer, *Diss. de morte voluntaria*.

§ 50.

Les délits se divisent en *formels* et *matériels* : les premiers se consomment par une simple *action* de l'homme,

qui suffit par elle-même pour violer la loi ; les autres ne sont consommés que quand il s'est produit un *résultat* donné, qui seul est considéré comme l'infraction à la loi. Cette distinction en suppose une autre, celle de *dommage potentiel et dommage effectif*, dont nous parlerons plus loin, et elle a de l'importance dans la théorie de la *tentative*.

§ 51.

On divise encore les délits en *délits de fait permanent* : ce sont ceux qui laissent une trace après eux ; et *délits de fait passager* : ce sont ceux qui ne laissent pas de trace. On les divise aussi en *délits flagrants, non flagrants, et quasi flagrants*, selon que le coupable est pris ou non sur le fait, ou bien est poursuivi par la clameur publique, l'*huc fugit*, qui à Rome donnait lieu à la *quirritatio*, ainsi nommée à cause de la formule *Adeste, Quirites*. Ces distinctions sont utiles dans la théorie de la *procédure*¹ et de la *preuve*.

1. Je ne tiens aucun compte de la trop célèbre distinction entre les *crimes et les délits* ; c'est une superfétation : outre qu'elle produit, dans la pratique, plus de confusion que d'avantages, on ne peut, à mon avis, trouver dans la science un *criterium positivum* qui permette d'en tracer les limites. Désirer que les délits puissent se distinguer en deux classes, selon que, dans l'opinion publique, ils sont plus ou moins odieux et détestés, est une chose bonne et louable en elle-même ; elle a souvent préoccupé les auteurs, sous la formule de *délits légers et délits atroces*, laquelle, dans la *substance*, ne différerait en rien de la formule française moderne de *crimes et délits* (Apel, *De discrimine inter delicta atrocia et leviora statuendo* ; Lipsiz, 1791, in Martini *Collect.*, dissert. 8. — Brotze, *De principio criminum vel delictorum discrimine* ; Vitebergæ, 1787, in Martini *Collect.*, dissert. 7. — Marcart, *Probabilia*, lib. I, p. 36, et lib. II, p. 94) ; mais la difficulté consiste à trouver un *criterium* précis qui réponde constamment à ce jugement de la conscience universelle. Pour moi, je la regarde plutôt comme une véritable *impossibilité* que comme une simple difficulté ; et, en vérité, on ne peut pas user ici du *criterium* accidentel de la *peine*. Voyez la note du § 1080.

§ 52.

Ils se distinguent encore en *délits communs* et *délits pro-*

pro, selon qu'ils peuvent être commis ou par un homme quelconque, ou seulement par celui qui se trouve dans une certaine condition (L. 16, Dig. *De re militari*). Il faut aussi, dans certains cas, les distinguer en *simples* (ou *indivisibles*) quand le caractère criminel résulte d'une seule action, et *collectifs* quand ce caractère ne se produit qu'à la suite d'actions répétées qui constituent l'*habitude*, comme dans l'*usure*, selon quelques législations. Ces deux distinctions sont purement *théoriques*. Dans la matière de la *complicité* et de la *continuation*, il est important de diviser les délits en *instantanés* et *successifs* : par exemple la *séquestration de personnes*. Enfin, pour l'appréciation de la *gravité* des délits, il est utile de les distinguer en *simples* et *complexes*. Dans cette division on nomme *délits simples* ceux qui lèsent un seul droit, et *délits complexes*¹ ceux qui violent plus d'un droit, soit par simple concomitance (comme si, en déchargeant une arme sur une personne, on en a blessé plusieurs), soit par la connexion du moyen à la fin, en tant qu'un délit est commis pour préparer l'exécution d'un autre délit. Il faut se garder de confondre le *délict complexe* avec le *délict simultané*, qui suppose diversité de *fins*, et diversité d'*actes* (§ 168) encore qu'exécutés dans le même temps. Voyez la note du § 2522, et le § 2523.

1. Brun de Villeret (*Traité de la prescription*, p. 139) entend autrement le *délict complexe* : selon lui, il faut nommer *délict complexe* celui qui ne se consomme que par une série d'actes. Mais cette conception ne me semble ni acceptable ni utile, et je m'en tiens à la doctrine la plus répandue. Le besoin d'une série d'actes est, dans beaucoup de délits, un accident tenant à la *forme* choisie par le coupable, laquelle n'influe ordinairement ni sur la dénomination ni sur la gravité du délict. La *complexité* est une conception *objective* et non pas *subjective*.

CHAPITRE III

DES FORCES DU DÉLIT

§ 53.

Nous avons vu que le délit n'est pas un simple *fait*. C'est un *être juridique* dont l'essence, qui consiste en un *rapport*, exige le concours de certains éléments qui produisent le *conflit* du fait avec la loi civile, conflit qui constitue la *criminalité* de l'action. Nous donnons à ces éléments le nom de *forces (vis)* du délit. La théorie des *forces* est fondamentale dans notre école. Elle sert à distinguer les faits qui peuvent être déclarés *délits* de ceux qui ne peuvent l'être sans tyrannie. Elle est la lumière qui guide, sans tromper jamais, dans la juste distribution et l'exacte mesure de l'imputation des faits particuliers. Grâce à la théorie des *forces* (comme nous le verrons en exposant la doctrine du degré dans le délit), on réduit à la plus mince valeur la doctrine empirique des circonstances atténuantes, qui soustrait la justice pénale à l'autorité des principes scientifiques pour la livrer à l'arbitraire du juge converti en législateur. Pour nous, nous n'admettons pas l'imputabilité sociale d'une action si nous ne rencontrons le concours de toutes les forces qui constituent le délit; nous n'admettons pas l'augmentation ou la diminution d'imputation si nous ne trouvons ces *forces* à un degré plus ou moins élevé dans l'action spéciale qu'il s'agit de juger. Toute l'économie de la doctrine pénale en matière de délits repose sur ce fondement; lorsqu'il est établi, la doctrine se développe d'elle-même par une série constante de déductions logiques toujours indépendantes de l'arbitraire de l'homme. Pour imputer un fait, pour l'imputer moins, pour l'imputer plus, on procède en se tenant dans une étroite dépendance de l'état particulier des forces déli-

cieuses, selon qu'elles exigent qu'il soit imputé, qu'il le soit moins, ou qu'il le soit plus, et indépendamment de toute influence d'*ascétisme* religieux ou moral, de toute considération d'*utilité*.

§ 54.

Puisque le délit consiste dans un conflit entre un fait de l'homme et un droit, on doit nécessairement y trouver le concours de deux forces. Ces deux forces, qui en constituent l'essence au point de vue social, sont toutes deux indispensables pour qu'un fait de l'homme puisse lui être reproché comme délit : force *morale*, force *physique*. Les deux forces que la nature a données à l'homme, et dont l'ensemble constitue sa personnalité, doivent se rencontrer dans un fait pour qu'il soit un *acte humain*, et pour qu'il puisse être appelé un délit.

§ 55.

On doit considérer ces deux forces, soit dans leur *cause*, ou *subjectivement*; soit dans leur *résultat*, ou *objectivement*.

§ 56.

La force *morale subjective* du délit consiste dans la *volonté intelligente* de l'homme qui a agi. C'est pourquoi on l'appelle force *intérieure*, force *active*. Le *résultat moral* de cette force (ou la force morale considérée *objectivement*) est la crainte et le mauvais exemple que le délit produit dans la société, ou, en d'autres termes, le *dommage moral* du délit.

§ 57.

La force *physique subjective* du délit consiste dans le *mouvement du corps* par lequel l'agent exécute son mauvais dessein. C'est pourquoi on l'appelle force *extérieure*, et, par opposition à la force dérivant de l'âme, force *passive*.

Le résultat de cette force (ou la force physique considérée *objectivement*) est la violation du droit attaqué, ou, comme disent quelques personnes (voyez la note du § 402), le *dommage matériel* du délit.

§ 58.

La force intérieure produit l'*élément moral* du délit; la force extérieure, l'*élément matériel*, ou *essence de fait* du délit; la réunion de l'une et de l'autre engendre l'*élément social*. Si l'action de l'homme ne présente conjointement le caractère moral et le caractère social, l'autorité ne peut pas la poursuivre comme délit.

ARTICLE PREMIER

DE LA FORCE MORALE

§ 59.

La *force morale* du délit considérée dans sa *cause* (ou autrement la force morale *subjective*) est ce qui constitue le *caractère moral* de l'action. Il suppose le concours de quatre conditions, qui ont dû accompagner l'opération intérieure à la suite de laquelle l'homme a procédé à l'opération extérieure. Ces conditions sont : — 1° la *connaissance de la loi*¹; — 2° la *prévision des effets*; — 3° la *liberté de choisir*; — 4° la *volonté d'agir*.

1. C'est-à-dire une connaissance générale de la loi qui prohibe l'acte, mais non pas du détail des dispositions répressives, comme le fait remarquer avec raison Carmignani.

§ 60.

Les deux premières conditions, en ce qui concerne la loi humaine, peuvent quelquefois n'être que *potentielles*; les deux dernières doivent toujours être *actuelles*.

§ 61.

Les deux premières conditions se résument dans la formule *concours de l'intelligence*; en réalité, la violation de la loi rentre elle-même parmi les effets que l'agent a prévus ou dû prévoir comme conséquence de son action.

§ 62.

Les deux dernières se résument dans la formule *concours de la volonté*, parce que la liberté est un attribut indispensable de la volonté, de telle sorte que celle-ci ne peut exister sans l'autre, comme il ne peut y avoir de matière sans pesanteur.

§ 63.

Du concours de l'*intelligence* et de la *volonté* résulte l'*intention*. On la définit : en général — *une direction de la volonté vers un certain but*; et en particulier — *une direction de la volonté vers le délit*.

§ 64.

L'intention peut être *parfaite* ou *imparfaite*. Elle est *parfaite* quand l'intelligence et la volonté sont dans l'état de *plénitude actuelle*. Elle est *imparfaite* quand une cause quelconque diminue (soit habituellement, soit seulement actuellement) chez l'agent la force de l'intelligence ou la spontanéité de la volonté.

§ 65.

Si l'intelligence, ou la volonté, ou toutes les deux ont manqué absolument à l'agent, il n'y a pas d'intention, et par conséquent pas d'imputabilité. Si l'une ou l'autre ou toutes les deux se sont trouvées seulement diminuées, il subsiste une intention, mais *imparfaite*, une imputabilité, mais diminuée.

§ 66.

L'intention se distingue encore en *directe*, et *indirecte*. On tire, pour les besoins de la science, le criterium de cette distinction, non pas tant des *moyens* que de l'état de l'âme. L'intention est *directe* quand l'effet coupable a été *prévu* et *voulu* par l'agent, qui a compté sur ce résultat de ses actes, et qui les a exécutés précisément dans le but d'obtenir plus ou moins certainement ce résultat. Elle est *indirecte* quand l'effet n'était qu'une conséquence *possible* des actes de l'agent, soit qu'il ne l'eût pas *prévue*, soit qu'il l'eût *prévue* sans la *vouloir*. Si cet effet a été *prévu* et que, malgré cette prévision, on ait voulu les moyens, sans pourtant *vouloir* précisément l'effet, l'intention indirecte prend le nom de *positive*, parce que si la volonté était dans un état d'indifférence, l'intelligence s'est trouvée à l'état *positif*. Que si l'effet possible non-seulement n'a pas été *voulu*, mais n'a pas même été *prévu*, l'intention indirecte prend le nom de *négative*, parce que l'intelligence comme la volonté s'est trouvée à l'état *négatif*¹.

1. Voyez ma leçon sur le dol (*Opuscoli*, I, p. 291 et s.), et Haus, *Cours de droit criminel*, éd. 1861, p. 79.

§ 67.

Si l'agent qui a *prévu* et *voulu* la fin s'est servi de moyens dont le résultat était seulement *possible*, et que ses calculs aient réellement obtenu l'effet sur lequel il comptait, l'intention n'est pas *indirecte*, elle est véritablement *directe*. Les *moyens* sont indirects, mais non l'intention, et Desimonj confond mal à propos ce qui concerne celle-ci avec ce qui est vrai des autres. Cette erreur est venue de la confusion du rapport *ontologique* avec le rapport *idéologique* du moyen à la fin : on a oublié que les différents caractères de l'intention dépendent uniquement de l'état intérieur de l'âme ; il en est résulté qu'on a cherché dans la

force *physique* ce qu'on devait chercher dans la force *morale*.

§ 68.

L'intention directe et (suivant les cas) l'intention indirecte positive donnent naissance au *dol*. L'intention indirecte négative produit la *faute* ou le *cas fortuit* : on prend pour criterium la possibilité de prévoir.

§ 69.

Le *dol* se définit :—l'intention plus ou moins parfaite de faire un acte que l'on sait être contraire à la loi. On voit clairement que cette définition ne présente pas l'*animus nocendi* comme un criterium essentiel et constant du dol. On a disputé sur ce point, mais ceux qui ont exigé l'*animus nocendi* comme condition perpétuelle du dol n'ont pas vu quelle est la véritable objectivité juridique du délit, et ils ont confondu le dommage *particulier* avec le dommage *universel*. Dans les délits dirigés contre l'individu, la pensée de nuire (ou autrement de léser le droit) pourra être nécessaire pour que le dol existe ; mais dans les délits qui attaquent directement la société, la pensée de nuire à l'individu sera souvent indifférente, parce que le dessein de violer la loi contient en soi l'idée de nuire à la société. En un mot, le défaut d'*animus nocendi* ne peut exclure le dol que quand il se change en l'opinion raisonnée qu'on ne viole pas la loi¹. Plus exactement, on doit distinguer la *pensée* de nuire de l'*intention* de nuire, comme on l'explique au § 3669. L'une consiste dans la *prévision* qu'on nuira ; l'autre, dans la *volonté* directe de nuire.

1. Carmignani s'est trompé quand, suivant les traces de Puffendorf (*in tract. De culpa*), il a posé comme condition du *dol* (qui est un acte tout intérieur) l'action extérieure : il a confondu la notion du *délit* avec celle du *dol*. Il est bien vrai que le dol, tout intérieur de sa nature, ne peut pas être reconnu par un homme chez un autre homme, sans une manifestation extérieure ; il est encore vrai qu'il ne faut pas confondre la *nuda*

cogitatio avec la *détermination* de la volonté, et que le dol qui consiste seulement en celle-ci ne devient punissable (ou, autrement, ne devient délit) que quand il a produit des actes extérieurs. Mais quand on étudie le dol, on ne cherche ni le moment où l'on peut le connaître, ni le moment où l'on peut le punir : on cherche *ce qu'il est*. Carnignani s'est encore trompé en faisant consister le dol dans l'intention de *violer* la loi ; mais ceux qui voient dans le dol un simple acte de *conscience* commettent une erreur pareille. Cette erreur se démontre clairement, en cherchant quelle est celle des diverses facultés de l'âme qu'il faut frapper d'imputabilité. Les facultés psychologiques de l'homme sont au nombre de trois : — la *sensibilité*, — l'*intelligence*, — l'*activité*. — 1^o De la *sensibilité* naissent les *sentiments* de plaisir ou de douleur, et de là les *appétits* qui, lorsqu'ils exercent une forte pression sur l'âme, deviennent des *passions*. La sensibilité est l'agent qui provoque nos actions et nos inactions ; elle se traduit en ces trois phénomènes : sensation, sentiment, et passion. Mais la sensibilité, n'étant ni éclairée, ni libre, ne peut pas se ranger parmi les éléments de l'imputabilité. — 2^o L'*intelligence* se traduit en trois phénomènes : la *perception*, la *mémoire*, et le *jugement* qui est un pur acte de raison. Mais ici encore l'imputabilité ne peut pas trouver de base, car le fait de ne pas percevoir, d'oublier, de se tromper dans le raisonnement, n'est pas toujours imputable à l'homme. — 3^o L'*activité* est la faculté de se déterminer à une action ou à une inaction. Elle a pour condition essentielle la *liberté*. La volonté, en tant que *puissance de vouloir*, est identique avec la liberté. La liberté, en tant que *fait d'avoir voulu*, n'est plus une puissance, mais l'exercice de la puissance. Maintenant, quand on impute à l'homme une action, on la lui impute parce qu'il s'y est déterminé en exerçant son *activité psychologique*. Donc l'imputabilité tombe sur l'activité, et non sur la sensibilité ou sur l'intelligence. Donc la définition du dol doit le présenter comme un *acte de la volonté*, et c'est dans l'*intention* qu'il doit se trouver.

§ 70.

On distingue deux espèces de dol : le *dol déterminé* (c'est celui qui consiste dans l'intention *directe*) et le *dol indéterminé* (c'est celui qu'on trouve dans l'intention *indirecte positive*) ; quelques-uns lui donnent le nom d'intention *alternative*¹. Le *dol indéterminé* présuppose une intention méchante ayant *directement* pour *but* de léser un droit, accompagnée de la prévision de pouvoir léser en outre un droit plus important et causer par là un dommage plus considérable, mais sans volonté positive de léser aussi ce second droit. Si cette lésion ultérieure se réalise, le dol est

déterminé relativement à la première, et indéterminé relativement à la seconde. Mais si ce qu'on voulait *directement* était une chose innocente, et si l'on a *espéré pouvoir éviter* la conséquence dommageable, au cas où elle se produirait, il n'y aura relativement à elle qu'une simple *faute* : en effet, avoir *prévu qu'une chose ne doit pas arriver* équivaut à *ne l'avoir pas prévue*, et non pas à l'avoir *prévue comme possible*. Il y a contradiction manifeste entre les deux idées, et c'est pourquoi nous ne pouvons pas accepter (et pas même concevoir) la formule nouvellement introduite de *faute avec prévision* : ou bien, c'est un jeu de mots qui n'a pas de sens, ou bien si l'on veut lui donner un sens, ce doit être celui de prévision que la chose n'arrivera pas, et alors l'idée devient contradictoire, par la raison bien simple que, si je prévois *que demain il ne pleuvra pas*, il est clair que *je ne prévois pas qu'il doive pleuvoir*.

1. Ont traité spécialement la matière du dol : Bichon, *De dolo in delictis*. — Audent, *De voluntate in criminibus*. — Robert, *De voluntate deficiente in delictis*. — Vaillant, *De libera voluntate ad delictum contrahendum necessaria*. — Schaffrath, *Doli descriptio*. — D'Aosthan, *De meditato delicto*. — Mittermaier, *Dell'idea e dei caratteri del dolo malo* (dans les *Scritti germanici* de Mori, t. 1, p. 31). — Wening, *Della pre-sunzione del dolo malo* (ibid., t. 1, p. 45). — Mittermaier, *Del dolo generale* (ibid., III, p. 1).

§ 71.

Ces deux espèces de dol en forment deux degrés différents, si l'on considère la gravité du dol sous le rapport de la *certitude* dans la *détermination*.

§ 72.

Sous le rapport de la *force* intrinsèque, c'est-à-dire de l'*énergie* plus ou moins grande de la *détermination*, on distingue quatre degrés du dol, selon le critérium combiné de *durée* et de *spontanéité* dans la détermination coupable¹.

1. Eisenhart (*De criminis sociis*, § 4) a défini ingénieusement le crité-

rium du *degré* dans le dol, au moyen de cette formule : — que le dol est d'autant plus grave que l'impulsion de la passion était plus *facile à vaincre*. Cette observation n'est que le développement de la maxime de Wolf (*Philosophia practica*, §§ 696 et seqq.) que le dol est un désordre qui naît d'un défaut de volonté, et la suite un désordre qui naît d'un défaut d'intelligence. Et comme tout critérium qui sert à mesurer sa son origine dans les critères essentiels, cette formule coïncide avec notre graduation ; en effet la *facilité de vaincre* l'impulsion est en raison directe du temps laissé à la réflexion, et en raison inverse de l'énergie de la passion. L'homme est responsable de ses déterminations, parce que Dieu a armé du secours de la raison son activité psychologique. Mais la raison a pour condition essentielle d'être *lente et froide*. Il est vrai qu'on peut toujours, quoiqu'on manque de *temps* et de *calme*, se rendre coupable d'un délit, parce qu'il y a la *volonté* ; mais c'est une volonté *moins bien armée*. Par conséquent, en pareil cas, le dol a une intensité moindre, et le délit présente une force morale subjective moindre : à cette moindre force subjective correspond, comme l'effet à la cause, une moindre force morale objective. C'est donc sans raison suffisante que dans certaines écoles on repousse toute graduation du dol.

§ 73.

Le premier degré, qui est le plus élevé, se rencontre dans la *préméditation*, qui réunit la froideur du calcul et la *persévérance* dans la volonté mauvaise, grâce au laps de temps qui s'écoule entre la détermination et l'action.

§ 74.

Le second degré, dans la simple *délibération*, qui présente la persévérance de la volonté mauvaise, mais non la froideur de l'esprit.

§ 75.

Le troisième degré, dans la *résolution imprévue* suivie de l'acte extérieur sans un intervalle notable. Elle présente le calme de l'esprit, mais non la persévérance dans le dessein coupable.

§ 76.

Le quatrième degré, dans la prédominance et le choc instantané d'une *passion aveugle*¹. Ici l'on ne trouve plus ni

le calme de l'esprit, ni l'intervalle entre la détermination et l'action.

1. Il faut y joindre l'excitation de l'esprit par des boissons alcooliques (D'Anethan, *De meditato delicto*, p. 42). Mais on doit remarquer que l'ivresse ou la passion ne sont pas le dol diminué, mais la cause qui le diminue.

§ 77.

Les deux premiers degrés se réunissent, dans le langage pratique, sous la formule de *dol réfléchi* (*dolo di proposito*), et les deux derniers sous celle de *dol irréfléchi* (*dolo d'impeto*). Mais pour l'application du degré d'imputation respective, il est nécessaire de subdiviser comme ci-dessus chacune de ces deux formules, de telle sorte qu'à la diversité de condition ontologique et morale qui est propre à chaque degré, réponde une diversité de condition juridique. Le *dol réfléchi* se compose des deux éléments *intervalle* et *résolution*.

L'*intervalle* entre la détermination et l'action ne peut pas être seulement de quelques instants ; il n'y a *du reste* rien d'établi au sujet de sa *durée*, et l'on doit considérer bien plutôt que le temps les *actes étrangers* qui sont intervenus (§ 142 et suiv.). Si l'intervalle est court, le délit pourra être *préparé*, mais non pas *prémédité*.

Il ne faut pas confondre la *résolution* avec le *désir*, ou avec la passion (par exemple la haine) qui a été la *cause* de la résolution ; il ne faut pas non plus prendre pour elle une idée toujours indéterminée qui a agité l'âme¹. Elle doit s'exprimer par le futur de l'indicatif.

1. Cette notion est parfaitement développée par Nicolini, *Questioni di diritto*, p. 575 (édit. de Livourne).

§ 78.

Quand l'homme qui a exécuté un acte d'où est résultée l'offense à la loi n'a ni *voulu* ni *prévu* ce résultat, mais a

prévu et voulu seulement l'antécédent, il n'y a pas de dol relativement à la conséquence. Si la conséquence qui n'a été ni prévue ni voulue *pouvait être prévue*, il y a *faute*¹; si elle *ne pouvait pas même être prévue* par l'agent, il y a *cas fortuit*.

1. Ont traité spécialement la matière de la faute : Puffendorf, *De culpa*. — Elvers, *De culpa*. — Gaertner, *Finium culpæ in jure criminali*. — Wehrn, *Doctrina juris de culpa et dolo*. — Kleinschrod, *Essenza e punizione dei delitti colposi* (dans les *Scritti germanici* recueillis par Mori, t. p. 81). — Wissinger, *De differentia inter delicta dolosa et culposa* : cet auteur (à la page 68) a cru devoir distinguer aussi la faute en *faute réfléchie* et *faute irréfléchie*, confondant le *défaut de prévision* avec le *défaut de réflexion*.

§ 79.

Il est à remarquer que, pour attribuer la responsabilité d'un délit consommé à l'agent qui en a été la cause, il n'est pas nécessaire que le dol soit contemporain ou concomitant avec le moment où se produit la consommation. Dans beaucoup d'espèces, l'acte qui constitue la culpabilité de l'agent en est séparé par un long intervalle : ainsi quand le fait dans lequel consiste l'événement qu'on a voulu et qui viole le droit a été exécuté directement par un tiers. Un homme a résolu de faire mourir par le poison son ennemi qui habite dans une ville éloignée, et il lui a envoyé la substance empoisonnée. Cet envoi n'a pas consommé le délit ; il se consommera dans six jours peut-être, quand le poison sera arrivé à destination, et que la victime, qui ne se doute de rien, l'absorbera et trouvera la mort. Cette mort est imputable à celui qui a fait l'envoi meurtrier, et il en est responsable à cause du *fait* de l'envoi et à cause du *dol* qui était en lui le jour de l'envoi. Mais supposez que le lendemain, saisi d'une fièvre nerveuse, cet homme tombe en délire, devienne absolument irresponsable, et se trouve en cet état le jour où sa victime rencontre la mort ; puis, qu'il revienne à la santé. Pourra-t-il se disculper de l'empoisonnement en disant

qu'au jour et à l'heure où s'est produite la consommation du délit il n'était pas *capable de dol*? Non certainement, car sa responsabilité prend naissance dans le fait qui a causé l'événement, encore qu'entre l'un et l'autre se place un espace de temps ou de lieu et l'action d'un tiers. Pour le considérer comme responsable, il suffit qu'il y ait eu dol de sa part au moment où il a agi, et que son action reste la *cause* de la lésion de droit qui s'est produite. Voilà le sens de la règle¹ qu'il n'est pas toujours nécessaire que le dol soit persévérant et *contemporain* du moment de la consommation objective du délit.

1. Ce phénomène se rencontre encore dans un très-grand nombre d'hypothèses, et dans bien des sortes de délits. Il se rencontre toutes les fois que l'acte qui consume le délit doit être exécuté, non par le coupable, mais par la victime elle-même ; ou quand il doit s'effectuer par le moyen de tiers innocents, comme dans le fait de répandre un libelle diffamatoire ; ou quand il doit être accompli par un codélinquant, comme l'assassinat commandé à un sicaire. Dans toutes ces hypothèses il peut arriver qu'au moment où le délit voulu se consume, celui qui l'a voulu, et qui l'a préparé, ou l'a ordonné, ou en a été de quelque façon que ce soit cause efficiente, ne soit plus *capable* de dol, ou montre un repentir qui l'a fait cesser ; cela n'ôte rien à sa responsabilité : elle naît du dol existant dans l'acte qui a *causé* le délit, et peu importe qu'au moment de l'acte qui l'a *consumé* le dol n'existât plus. On applique une règle identique aux faits entachés de faute dans lesquels l'imprudencé a précédé de beaucoup le moment où se réalise l'événement violateur du droit. J'ai commis une imprudencé en laissant du poison à portée de la main, dans un lieu où viennent d'autres personnes ; si quelqu'un, y étant venu, a par mégarde avalé ce poison et meurt, on pourra m'imputer cette mort : j'en serai responsable encore qu'au moment où elle est arrivée je fusse endormi, ou ivre, ou en démenecé ; ou que, par un retour de prudence, j'eusse envoyé tout exprès, pour enlever le poison, un serviteur qui est arrivé trop tard.

§ 80.

La *faute* se définit : l'*omission volontaire de diligence, par l'auteur d'un fait, dans le calcul de ses conséquences possibles et qu'il pouvait prévoir*.

§ 81.

On dit l'*omission volontaire*, parce que bien que les faits

entachés de faute renferment un défaut d'*intelligence*, qui consiste à n'avoir pas prévu les conséquences dommageables d'un fait, cependant, par son origine, ce défaut d'*intelligence* remonte à la *volonté* de l'agent; c'est en effet par un défaut de *volonté*, qu'il n'a pas fait usage de la réflexion, au moyen de laquelle il pouvait s'éclairer et apercevoir ces conséquences malheureuses. Si la faute était simplement un défaut d'*intelligence*, elle ne serait, par la force de la logique, ni moralement ni socialement imputable. Ce qui fait qu'elle l'est, c'est que la négligence a eu sa cause dans la volonté de l'homme. De la fausse conception dont nous parlons sont venus les doutes d'Almendingen (*De imputatione juridica*) et autres qui ont nié l'imputabilité de la faute, et la formule empirique que la faute s'impute seulement *par exception*.

1. De ce que l'omission est *volontaire*, on s'est pris à douter, et on a objecté que, quand la volonté a calculé s'il faut omettre ou non, il y a dol et non pas faute. Mais l'objection vient de ce qu'on oublie qu'il est de l'essence de la faute que l'omission voulue ne soit pas accompagnée de la *prévision* de l'effet qui constitue la violation du droit. Si, tout en omettant de calculer les effets possibles de son action, l'homme avait *prévu* (comme possible ou comme probable) la lésion qui en peut résulter, il y aurait un dol indéterminé et non plus une faute. Je jette un cigare allumé près d'un tas de paille, et le feu y prend : je suis en faute si j'ai agi sans réfléchir, et sans prévoir que le cigare irait toucher la paille et pourrait y mettre le feu. J'ai volontairement omis de regarder où tombe mon cigare. Le fait de le jeter est volontaire, mais ce n'est pas volontairement que je m'expose au risque de causer un incendie, car je ne l'ai pas *prévu*. Fitangieri (*Scienza della legislazione*, lib. III, cap. 37) en traçant les limites du dol, de la faute, et du cas fortuit, paraît avoir confondu la *prévision* avec la *possibilité de prévoir*, et sa doctrine a été critiquée par Wissinger, *Dissert. quanam sit differentia inter delicta dolosa et culpa*, cap. 2, p. 20.

§ 82.

Il ne faut cependant pas identifier les actes entachés de faute avec les actes *negatifs*. Dans les délits d'omission, le corps est *inactif*, mais l'âme est *active*; c'est pour atteindre un certain but qu'elle commande l'inaction au corps. Dans

les faits entachés de faute, le corps peut être *actif*, faire les actes d'où résulte l'effet dommageable, mais l'âme est toujours *inactive*, parce qu'elle n'applique pas ses calculs à la prévision des effets.

§ 83.

On dit les *conséquences qu'il pouvait prévoir*, parce que toute l'essence de la faute consiste dans la *possibilité de prévoir*; mais il faut concevoir ici l'idée de la *possibilité de prévoir* comme bien distincte de la *prévision*. On peut *ne pas prévoir du tout une conséquence* qui ensuite se réalise. On peut la *prévoir comme possible*, mais espérer de l'éviter, et n'y pas réussir en définitive. Il y a simple *faute*, non-seulement dans la première hypothèse, mais encore dans la seconde, pourvu qu'on n'ait pas agi *en vue de nuire*. Si l'on agissait pour nuire, dans cette seconde hypothèse, la conséquence serait dolosive, parce que le dol résulte du premier but. Mais si l'on agissait pour une fin innocente, il n'y aurait, relativement au second effet, qu'une simple faute, parce que c'est la même chose de *ne pas prévoir* un certain résultat, ou de *prévoir qu'il n'arrivera pas*. Il y aurait contradiction à dire : Tu as *prévu que cela n'arriverait pas*, donc tu as *prévu que cela arriverait* ¹.

1. J'ai tiré sur un animal sauvage; derrière, dans le fourré, il y avait un homme, et je l'ai blessé. Je n'ai *nullement prévu* que cet homme fût là; mais si je *pouvais le prévoir*, je suis en faute. C'est la première hypothèse. — J'ai tiré sur l'animal; plus loin, à une grande distance, il y avait un homme; je l'ai vu, j'ai fait mon calcul, et j'ai *prévu* que, attendu la distance, le coup *ne l'atteindrait pas*; mais il arrive que le coup va jusqu'à l'homme et le blesse; il n'y a toujours chez moi qu'une simple faute. C'est la seconde hypothèse. On aurait tort de m'objecter que j'avais prévu la *possibilité de l'atteindre*, et que par conséquent je suis coupable de dol; non, j'ai *prévu que je ne l'atteindrais pas*: je me suis trompé dans mon calcul, et il y a faute, parce que ce qui est arrivé pouvait être prévu; mais ce serait une erreur que de prétendre identifier la *prévision qu'on n'atteindra pas* avec la *prévision qu'on atteindra*. — J'ai tiré sur l'homme sans avoir l'intention de le tuer, et à raison de la distance j'ai prévu comme chose incertaine que mon coup de fusil pourrait le tuer, ce qui est arrivé en effet: par rapport à la lésion, je

suis coupable d'un dol déterminé, lequel se change en dol indéterminé relativement à la mort. Je ne puis pas être responsable de simple faute, car il y a dol dans mon action, attendu la volonté de nuire. Je ne puis pas être coupable de dol déterminé relativement à la mort, car je ne l'ai pas voulu comme fin nécessaire de mon action, quoique je l'aie prévue comme possible. Celui qui cherche à nuire à autrui ne peut jamais être simplement en faute, car, selon la formule de l'ancienne pratique, la faute relative à la conséquence est *informata* (transformée) par le dol antécédent. Il sera dans le cas de dol indéterminé si, tout en *prévoyant* le résultat plus grave, il a voulu tenter la chance, et agir au risque de le causer sans précisément le vouloir; il sera dans le cas de *préterintention* (§ 1104) s'il n'a pas prévu ce résultat plus grave, alors qu'il pouvait le prévoir.

§ 84.

N'avoir pas prévu la conséquence lésive, est ce qui distingue la *faute* du *dol*. *N'avoir pas pu la prévoir* est ce qui distingue le *cas fortuit* de la *faute*.

§ 85.

C'est pourquoi le *cas fortuit* n'est pas imputable : car, supposé même qu'il y ait eu précipitation, on ne peut pas reprocher à l'agent l'omission de diligence, alors que l'usage en serait demeuré inutile (attendu l'impuissance absolue de l'intelligence) pour prévoir les résultats de l'action. Il est à noter sur ce point que la possibilité de prévoir, sans la *puissance de prévenir*, équivaut à l'impossibilité de prévoir, quand l'homme est dans la *nécessité d'agir*.

§ 86.

Dans un langage parfaitement exact, on réserve le nom de *délit* pour les faits *dolosifs*; aux faits *entachés de faute*, les praticiens ont appliqué le nom de *quasi-délit*, expression que les jurisconsultes romains employaient pour rendre une tout autre idée¹.

1. Voyez Berger, *Disputationes, disput. 6* — Lussaud, *Des délits et quasi-délits*, p. 86. — Sijbouts, *De delictis et quasi delictis*, sect. 2.

§ 87.

Si l'essence de la faute consiste dans la *possibilité de prévoir* l'effet nuisible, que l'agent n'a du reste ni voulu ni prévu, il faut en inférer que le critérium au moyen duquel on calcule le degré de la faute (et par là le quantum de l'imputation) doit se tirer, non pas de la *possibilité* plus ou moins grande de l'effet dommageable, mais de la *possibilité plus ou moins grande de prévoir* cet effet.

§ 88.

Sur ce critérium de la possibilité de prévoir se règle la division de la faute en *faute lourde*, *légère*, *très-légère*. La faute est *lourde* quand l'événement nuisible aurait pu être prévu par *toute personne*. Elle est *légère* quand l'événement ne pouvait être prévu que par les hommes *soigneux*. Elle est *très-légère* quand il ne pouvait être prévu que moyennant une diligence *extraordinaire et peu commune*¹.

1. Dans son article 480, le Code espagnol de 1848 a distingué les cas de faute en *imprudencia simple*, et *imprudencia temeraria*; les observations de Pacheco sur ce point méritent d'être vues. Un critérium spécial de gradation en matière de faute a été proposé par Wissinger (§ 2, p. 67); selon lui, il faudrait distinguer la faute *reflexiva (de proposito)* et la faute *irreflexiva (d'impeto)*. Pour éclairer cette distinction, il donne deux exemples : d'abord le cas de celui qui, après réflexion, tire sur un animal sauvage qu'il a vu dans un endroit où il y avait un troupeau : il a eu le temps de songer qu'en tirant sur l'animal il pouvait atteindre le troupeau ou le berger; puis le cas du chasseur qui voit tout à coup le gibier lui partir sous les pieds, et qui tire dessus sans avoir le temps de réfléchir et de regarder s'il y a, dans cette direction, des troupeaux ou des bergers. Pour moi, je ne crois pas qu'en matière de faute on puisse appliquer avec quelque utilité pratique la distinction entre l'*acte réfléchi* et l'*acte irrefléchi*. Les différences résultant de ce qu'on a eu plus ou moins de temps pour réfléchir se résoudre pratiquement en la formule de la faute lourde, légère, et très-légère; et en effet, la faute pourra être considérée comme d'autant plus lourde, ou autrement le résultat d'autant plus facile à prévoir, que l'intervalle laissé par les circonstances du fait aura été plus long. Mieux vaudrait peut-être, pour graduer la faute, distinguer entre le cas où l'on n'a nullement pensé au résultat fâcheux

(ce que les Romains ont appelé *culpa ex ignorantia*), et celui où l'on y a songé, mais en prévoyant qu'il *n'arriverait pas* (ce que les Romains ont appelé *culpa ex lascivia*). Un jeune homme va tirer sur un animal sauvage; son ami l'avertit qu'un homme se trouve à quelque distance: mais (répond le premier), il est impossible que le plomb aille jamais jusque-là; il tire, et blesse l'homme. Il n'est pas coupable de *dol*, car il a prévu comme certain qu'il *n'atteindrait pas* l'homme, mais sa faute est plus grave que celle de quelqu'un qui ne l'aurait pas vu. Ces règles se sentent dans la pratique, mais il est difficile, en doctrine, de les réduire en formules absolues.

§ 89.

Mais comme la loi humaine ne peut jamais pousser ses exigences jusqu'à imposer aux citoyens des choses insolites et extraordinaires, il est indubitable que la faute *très-légère* n'est pas imputable par principe de justice¹. Elle ne l'est pas non plus par principe politique, car l'omission d'une diligence *extraordinaire* ne renferme pas l'élément de la force morale objective, les citoyens ne pouvant pas s'effrayer de ce que quelqu'un n'use pas des précautions dont, en général, on n'use pas parmi eux, et que chacun sent bien qu'il ne prendrait pas lui-même en pareil cas.

1. C'est ce que démontre très-bien Barbacovi, dans sa dissertation *De mensura poenarum*, p. 85; il y révoque même en doute le droit à la réparation du dommage civil dans les cas de faute très-légère. Sur la non-imputabilité absolue de la faute très-légère, voyez le § 1097.

§ 90.

Si la faute très-légère n'est pas imputable, au point de vue de la justice, il s'ensuit qu'on ne saurait omettre en droit pénal cette triple distinction des fautes, et qu'une législation¹ qui l'omet viole la justice: en effet, en punissant indistinctement toutes les fautes, on en vient à punir même la négligence très-légère, et à imposer ainsi aux citoyens l'obligation d'une diligence extraordinaire qu'on ne peut raisonnablement exiger d'eux.

1. Ainsi le Code toscan impute et punit la faute la plus légère à l'égal de la faute la plus inexcusable.

§ 91.

Dans les faits entachés de faute aussi bien que dans les faits dolosifs se rencontre, tant subjectivement qu'objectivement, la force morale du délit, comme nous le dirons ailleurs (§ 126).

ARTICLE II

DE LA FORCE PHYSIQUE

§ 92.

La loi naturelle n'a constitué l'homme défenseur de la loi morale outragée, qu'autant que le trouble de l'ordre extérieur demande une répression prompte et sensible. Par conséquent, pour que l'autorité civile exerce légitimement le droit de répression sur les actes humains, il faut que ces actes soient capables de troubler l'ordre extérieur, ou autrement de violer les droits des autres hommes.

§ 93.

Mais les actes humains n'offrent ce caractère que quand le mauvais dessein est suivi d'un mouvement corporel, autrement dit d'un fait *extérieur*: les actes *intérieurs* ne peuvent pas seuls troubler l'ordre extérieur.

§ 94.

C'est pourquoi dans les actes purement intérieurs on peut voir une *faute* ou un *péché*, selon qu'on les considère dans leurs rapports avec la loi morale ou religieuse, mais on n'y peut pas voir un *délit*. A l'être juridique appelé délit

il faut donc nécessairement un second élément, une seconde force, qu'on nomme force *physique*.

§ 95.

La force *physique* du délit, considérée dans sa *cause*, ou subjectivement, a donc pour élément l'acte corporel : elle résulte du *mouvement* que l'âme imprime aux membres pour les faire servir, suivant son mauvais dessein, à l'exécution de l'acte coupable. Aussi l'appelle-t-on encore force *extérieure*, parce qu'elle se montre aux yeux d'autrui, et force *passive*, parce que le corps obéit passivement aux ordres de la volonté.

§ 96.

La force *physique* du délit, considérée dans son *résultat*, ou objectivement, consiste dans le *dommage* causé à autrui par l'action. Ce dommage peut être *effectif*, ou *potentiel* : effectif, quand s'est *réellement* produite la *perte du bien* menacé; potentiel, quand elle n'est pas du tout arrivée, à la vérité, mais que le résultat de l'acte extérieur a la *puissance* de la produire, et qu'il en est résulté par conséquent la violation complète d'un droit.

§ 97.

Le *dommage potentiel* est donc une chose distincte du *danger*; et le *danger* est lui-même de deux espèces : autre chose est le *danger appréhendé*, qui n'a jamais présenté un *état de fait* rendant *imminente* la violation du droit, par exemple les qualités et les inclinations mauvaises d'un homme; autre chose est le *danger couru*, lequel résulte d'un *état de fait* qui a rendu à un moment donné cette violation *imminente*. Le *danger appréhendé* ne donne jamais lieu à l'incrimination¹, il tombe seulement sous le coup des mesures de bon gouvernement. Le *danger couru* est la base

de l'imputation de la *tentative*, comme nous le verrons en son lieu (§ 352). Le dommage potentiel peut encore faire naître la notion du délit *consummé*. Les délits pour la consommation desquels le dommage potentiel est suffisant sont tous des délits *formels*, car la seule *action* du délinquant, quoique non suivie de l'*effet* qu'il attendait, forme précisément une *violation* actuelle du *droit*, et par conséquent la *parfaite* infraction à la loi. Quand il y a simplement un *danger*, le droit n'est pas encore *violé*, il est seulement *menacé*.

1. Jonge, *De delictis*, II, p. 266 : *Nemo propter periculum in futurum puniri potest, sed tantum propter periculum ortum ex ejus facto, quod vel civibus, vel eorum rebus, vel reipublicæ imminet, dummodo noxii voluntati tribuendum sit.*

§ 98.

Dans le délit *formel* il y a dommage *effectif* en tant que le droit *abstrait* est violé, et dommage purement *potentiel* quant au droit *concret*, ou autrement quant à la jouissance du bien *matériel* qu'on voulait ravir. L'*action* est incomplète au point de vue de son *objectivité matérielle*, car l'agent peut n'avoir pas atteint l'avantage qu'il poursuivait, mais le *délit* est complet au point de vue de son *objectivité idéale*, qui est le droit abstrait violé. On doit donc entendre cette distinction en référant toujours la *potentialité* au bien matériel menacé, puisque, par rapport au droit *abstrait*, le dommage même *potentiel* a toujours en soi l'*effectivité* de la lésion. Ainsi celui qui injurie peut ne pas avoir enlevé l'honneur à l'homme injurié, parce que personne ne s'est arrêté à l'injure, et en conséquence, par rapport au bien matériel, le dommage est resté simplement en puissance; mais pourtant le délit est complet, parce que l'expression injurieuse ayant la potentialité d'enlever l'honneur, la violation *effective* du droit s'est par là même réalisée.

§ 99.

Le délit *matériel* au contraire exige toujours, pour se consommer, le dépouillement *réel* du bien auquel le *droit* attaqué se rapporte. Par conséquent, doit être *effectif* tant la violation du droit *abstrait* que la privation du bien *concret*. Le délit *formel* se consomme par la seule violation du droit *subjectif*. Pour le délit matériel il faut de plus que le droit soit violé dans son objectif, c'est-à-dire que le bien qui forme l'objet du droit soit enlevé.

§ 100.

Ainsi donc, les actes extérieurs qui procèdent d'une intention coupable ne peuvent pas par eux-mêmes être élevés tous à la qualité de délits, mais seulement ceux qui *ont nu* ou qui étaient *aptes à nuire* aux droits d'autrui, ou ceux qui, dans leur développement, ont mis le droit en un danger *actuel*. Sans cela l'acte extérieur est civilement innocent, quoiqu'il puisse être réprouvé par la morale ou par la religion¹.

1. L'absence de toute juridiction qui, dans la société, puisse punir les simples offenses à la morale ou peser suivant ses données la gravité des délits, est également reconnue par les théologiens juristes : Bensa, *Summa juris naturalis ad errores modernos evincendos accommodata*, Parisii, 1855, § 968. — *Societatis jus et officium est externum solummodo ordinem tueri, et actus illos tantummodo punire, qui ad socialem ordinem turbandum tendunt. Individualis vero honestatis nulla cura societati commissa est, præter quam quæ ad socialem ordinem pertinet. Idcirco objectum juris humani est solum delictum proprie sumptum. Ergo societati nullum jus est puniendi crimina quæ individuali tantum peccantis bono repugnant. Ergo punitionis proportio non ad moralem, sed ad civilem delicti malitiam aptanda est.* J'insiste sur cette vérité pour montrer que ceux-là ne sont pas hétérodoxes qui, luttant contre une certaine tendance contemporaine, combattent les théories de ceux qui voudraient (§ 182) emprunter à la morale le critérium de la mesure des délits.

§ 101.

En outre, du principe que la société n'est armée du droit

de punir que pour le maintien de l'ordre *extérieur*, il résulte que si, dans un cas où le principe de justice exigerait la répression, on doit causer en l'appliquant un désordre plus grand qu'en s'abstenant d'en user, alors cessera pour la société le droit d'exercer une justice qui nuirait à l'ordre extérieur.

§ 102.

Maintenant considérons de nouveau le délit dans la réunion de ses deux forces : le *dommage* se divise en *dommage immédiat* ou *direct*, et *dommage médiat* ou *réfléchi* que quelques personnes appellent aussi *dommage moral*¹.

1. Je n'applique pas volontiers au *dommage médiat* la dénomination de *dommage moral*, parce qu'elle peut faire naître (à raison de l'antithèse) l'idée que le *dommage immédiat* doit être appelé *dommage physique* ; ce qui serait une erreur. Sans doute le *dommage médiat* est toujours un *dommage moral*, en ce sens qu'il consiste dans l'effet produit par le délit sur l'âme des tiers ; mais ce n'est pas une raison pour que le *dommage immédiat* puisse toujours être appelé *physique* ou *matériel* : il résulte de la force physique, de la matérialité de l'action criminelle, mais il ne se traduit pas toujours en un résultat *physique*, il peut consister aussi en un résultat purement *moral*, ainsi dans la menace, l'injure, le blasphème, etc. Il n'est donc pas exact d'appeler, avec Rossi, *mal matériel* le *dommage immédiat*, et l'on ouvre la porte à l'équivoque en donnant avec d'autres au *dommage médiat* le nom de *dommage moral*.

§ 103.

Le *dommage immédiat* est le *mal sensible* que le délit cause en violant le droit attaqué, que ce droit appartienne à un seul individu, ou à plusieurs, ou à tous les membres de l'agrégation, ou encore à l'agrégation sociale elle-même considérée comme personne ayant une existence propre. On l'appelle *dommage direct* parce qu'il consiste dans la lésion du droit directement blessé par l'action criminelle.

§ 104.

Le *dommage médiat* est celui que le délit cause en outre

à tous les citoyens que l'action n'a pas directement atteints. On l'appelle *dommage réfléchi* parce que celui qui le souffre en est atteint par réflexion et pour ainsi dire par ricochet.

§ 105.

L'homme en société jouit du patrimoine *naturel*, et de plus d'un patrimoine qu'on appelle *social*.

§ 106.

Le patrimoine *naturel* de l'homme est l'ensemble de tous les biens qui lui appartiennent *comme individu* : vie, santé, liberté, avoir, honneur, droits de famille.

§ 107.

Le patrimoine *social* est celui qui compète à l'homme en tant que membre d'une société civile, laquelle est constituée dans l'unique but de lui donner les avantages de la *sûreté* et du *sentiment de la sûreté*.

1. La *sûreté* et le *sentiment de la sûreté*, comme *droit*, viennent de la nature. Je ne transige pas là-dessus. Mais l'homme qui vit dans l'état d'association sans la protection d'un gouvernement n'a qu'une sécurité précaire, qui dépend de ses propres forces, et par conséquent le sentiment de la sûreté est faible chez lui, et bien souvent absent. La seule chose qui rende nécessaire l'autorité sociale, c'est qu'elle assure la *protection* du droit. C'est par elle que la sûreté et le sentiment de la sûreté deviennent une *réalité* de fait. L'homme isolé a le droit de vivre : c'est un *droit naturel*, un droit du *patrimoine naturel*, en effet la société civile n'y ajoute pas un atome. L'homme isolé a aussi le droit de rendre *sûr* son droit à la vie. Le *jus defensionis* est un droit naturel inhérent à tous les droits, tant originaires que dérivés. Mais quant au *jus defensionis* parfait dans son être idéal, l'homme isolé n'en jouit pas toujours suffisamment. Quelque fort qu'il soit, il peut se trouver subjugué par un plus fort, ou vaincu par suite d'une maladie ou par trahison. De même, le droit de *se sentir en sûreté* appartient à l'homme isolé ; mais le vague sentiment de son impuissance en diminue chez lui la jouissance. La société assure la *défense*, c'est là sa mission, de par la loi naturelle, et sa *seule* mission *absolue*. Voilà pourquoi on lui attribue le bienfait de ce patrimoine, et si on l'appelle *social*, ce n'est pas parce que la société le

donne, mais parce qu'elle le rend une vérité de fait, parce qu'elle en fait jouir réellement. Oui, je pense que la loi naturelle donne à l'homme, en même temps que le *droit*, la conscience de la faculté de *défendre ce droit*. Oui, je pense que de ce double sentiment du droit et de la faculté de le défendre dépend le sentiment de la sûreté. Mais comment l'homme isolé possède-t-il ce sentiment de défense et de sûreté ? Comme une vérité absolue en tant que puissance ; comme une croyance souvent déçue en tant qu'on la considère comme réalité. Oui, je pense avec Locke que si c'est la loi naturelle qui attribue à l'homme le *jus defensionis*, il n'est pas absurde de rapporter à cette loi le *jus punitonis* en tant que moyen de *défense directe* pour empêcher le retour de l'offense. Et en effet, la nature a révélé à l'homme le *jus punitonis* au moyen du sentiment de la *vengeance*, laquelle a deux formes psychologiques : celle d'une pure *passion*, effet du ressentiment du mal souffert ; elle est œuvre de *sentiment* ; et celle d'un *calcul* ayant pour objet de prévenir de nouveaux dommages ; elle est œuvre de *raison*. Et ici je remarque que, même dans l'état de société, on trouve en fait très-prononcées ces deux formes psychologiques de la vengeance. Quand j'outrage mon ennemi par pur ressentiment du mal qu'il m'a fait, dont je ne crains pas le retour, j'exerce la vengeance purement et simplement comme acte de *passion* brutale ; quand je bâtonne le voleur que j'ai surpris faisant la récolte de mon champ, j'exerce la vengeance comme acte de *raison*. — Je veux te donner une leçon, pour t'ôter l'envie d'y revenir. — Ces deux formes très-prononcées mériteraient peut-être d'être remarquées aussi dans l'imputation des délits commis par vengeance. Sous la première forme, le délit est barbare et brutal ; c'est un sentiment vicieux et condamnable. Sous la deuxième forme, quand les limites de la correction ne sont pas dépassées, il y a chez l'agent un sentiment erroné de justice. Le délit consiste à avoir fait, d'autorité privée, ce qui était réservé au pouvoir social ; et quand bien même le mal infligé par le particulier serait moindre que celui qu'aurait infligé l'autorité, il y a toujours un délit, parce qu'il y a usurpation du pouvoir social : de ce que la société est en mesure d'exercer ce pouvoir, le particulier perd la faculté d'agir lui-même. Voilà sur quoi on peut se fonder pour atténuer l'énergie de la répression, comme je l'ai démontré dans l'introduction au cours de 1859, première publication de mon système : *Opuscoli 1, opusc. 3*. Mais revenons à notre sujet. Tout en reconnaissant que la loi naturelle a révélé le droit de punir sous la forme de la vengeance raisonnée, on ne saurait admettre qu'elle l'ait de plus concédé comme faculté pratique constamment applicable par l'homme offensé, et cela par trois puissants motifs : 1° que la faculté de juger est troublée chez l'homme offensé ; 2° que son jugement n'est pas accepté par l'offenseur ; 3° que ce jugement ne peut pas s'exécuter quand l'offenseur est le plus fort. Ces trois difficultés rendaient impossible l'exercice du *jus punitonis* par l'individu. Il était donc nécessaire que la disposition de la loi naturelle en

armât la société. Et voilà le patrimoine social complété, grâce à la jouissance effective de la sûreté et du sentiment de la sûreté. Dans ce patrimoine social ainsi défini au point de vue idéal, viennent se placer tous les règlements, toutes les institutions qui tendent à l'affermissement de la société civile et au fonctionnement le plus facile de sa mission essentielle, qui est de protéger le droit. Ainsi la loi organique de l'État, la justice publique, la tranquillité publique, la foi publique, etc., sont des biens qu'on acquiert par le moyen de la société, et ce sont des biens réels en tant que chaque individu en tire avantage dans l'exercice des droits et dans la jouissance des biens qu'il avait regus de la nature. Le patrimoine social, s'il m'est permis d'employer une comparaison, peut être assimilé au mur qui entoure un jardin. Ce mur n'en augmente pas la richesse, la fertilité naturelle (patrimoine naturel); au contraire, par l'espace qu'il occupe et l'ombre qu'il produit, il nuit dans une certaine mesure à la fertilité naturelle, à la production. Mais l'avantage d'une abondante production, quoique diminué partiellement, se trouve augmenté en somme par la sécurité obtenue au moyen du mur (patrimoine artificiel) que la main de l'homme a élevé pour protéger les biens naturels du jardin. Dire que les hommes sont faits pour l'État, c'est dire que le jardin est fait pour le service du mur. Faire que, dans les sociétés, les mesures de protection juridique détruisent toute jouissance des biens naturels, c'est agir comme le propriétaire imprudent qui entoure son jardin d'un mur démesuré, et par là lui enlève le soleil et l'air, le rend stérile, et anéantit toute espérance de production.

§ 108.

En acceptant cette nomenclature et cette distinction, on n'entend pas du tout mettre en antithèse les droits *naturels* et les droits *sociaux*, en ce sens que ceux-ci viendraient d'ailleurs que de la loi naturelle primitive, et qu'ils seraient le produit de conventions humaines. Si l'on tient pour certain que la société civile a son origine dans la loi naturelle, et que de cette loi provient l'autorité qui règle l'ordre extérieur et le pouvoir qu'elle a de défendre la violation des droits *naturels*, l'agrégation elle-même devient un fait *naturel*, et le droit qu'a tout citoyen d'exiger qu'on respecte l'ordre de la société dont il fait partie est aussi un droit qui vient de la nature. Sous cet aspect, la distinction entre le patrimoine *naturel*, et le patrimoine *social* n'aurait pas de sens ou aurait un sens trompeur. Mais si l'organisation sociale, l'autorité, la justice répressive, considérées

dans leur existence abstraite, émanent directement de la loi naturelle, il n'en est pas de même de leurs *formes*, qui, pourvu qu'elles répondent au but de la loi éternelle de l'ordre, sont toutes légitimes dans toutes leurs variétés possibles. Or ces variétés, qui constituent la manière d'être *concrète* de telle ou telle organisation sociale des diverses nations, sont constituées par le consentement tacite ou exprès des citoyens, et c'est précisément pourquoi on dit organisation *sociale*.

§ 109.

Aussi, l'homme qui vit dans une société, outre les droits qu'il aurait comme individu, et qui forment son patrimoine *naturel*, a droit à ce qu'on respecte la forme de l'organisation *concrète* dans laquelle il trouve sa *sûreté*. Le droit à la *sûreté*, nous le tenons de la nature; mais la société, instrument de la loi naturelle pour la protection de ce droit, procure la sûreté au moyen de la loi civile, et en fait naître chez les citoyens le *sentiment* raisonné. La *forme* de la protection sociale étant ainsi constituée, devient l'objet d'un droit ultérieur, et il s'ensuit que les citoyens ont le droit d'exiger qu'elle soit respectée. C'est en ce sens que la sûreté et le sentiment de la sûreté composent pour le citoyen le patrimoine qu'on appelle *social*; et par conséquent lorsqu'un fait, sans léser aucun individu, lèse le corps social, il atteint tous les membres de la société, non pas dans leur patrimoine naturel, mais dans leur patrimoine social, car en attaquant la société gardienne du droit de chacun, il met en péril la sûreté de tous.

§ 110.

Cela posé, il est à remarquer que tantôt le délit ne lésa *immédiatement* qu'un ou plusieurs individus dans leurs droits particuliers, et tantôt il attaquera *directement* tous les membres de la société, non pas dans les droits qu'ils

ont en tant qu'hommes, mais dans les droits qui leur appartiennent comme citoyens de tel État.

§ 111.

Dans le premier cas, le dommage *immédiat* est *privé* ou *particulier*; dans le second, il est *public* ou *universel*. On dit, dans le premier cas, qu'il y a une atteinte à la *sûreté privée*, et dans le second, une atteinte à la *sûreté publique*. Cette conception, qui donne pour base aux délits sociaux le dommage *universel*, rectifie l'erreur où sont tombées quelques écoles modernes¹, qui ont regardé la société comme la *fin* à laquelle l'homme doit servir, et qui ont ainsi absorbé l'individu dans l'État, imaginant chez celui-ci des droits propres, et voyant dans les délits contre l'État la violation d'une catégorie de droits tout particuliers à cette personnalité. La société n'est qu'un *moyen*, un *instrument* indispensable à la protection des droits naturels des citoyens : il ne peut pas exister d'antagonisme entre le pouvoir et les particuliers. Aussi les offenses envers la société sont la lésion non pas d'un droit qu'aurait la personne abstraite, mais des droits de tous ses membres et de chacun d'eux.

1. Voyez Bêlinc, *Philosophie du droit*, I, p. 234. — Thiercelin, *Principes du droit*, édition de 1857, p. 24 et 25.

§ 112.

Mais le dommage immédiat peut être un dommage *public* non-seulement quand le fait a *effectivement* produit un résultat nuisible à tous, mais encore quand cette lésion, restreinte effectivement à quelques individus peut-être, attaque *potentiellement* tous les autres. Dans les deux cas il y a un dommage immédiat *public*; dans les deux cas la *sûreté publique* est attaquée¹.

1. Cette manière de considérer le dommage immédiat *public* est

essentiellement différente de celle de l'école *politique* (acceptée par Carmignani), qui considère comme sujet passif de ce dommage la personne idéale de l'État. Même dans le dommage immédiat public, le *patient* se trouve dans les hommes *réels*, et l'objet dans le droit des individus réunis en société, et non pas dans la personnification idéale de l'État. Seulement, ce n'est plus un seul ou plusieurs qui sont lésés, mais tous les citoyens; ce qui éclaire la notion du *dommage universel*, et montre la grande importance théorique et pratique de cette notion distincte.

§ 113.

Le délit ne se caractérise donc par le dommage immédiat *privé* que dans les faits criminels qui lèsent l'*individu patient* de l'action criminelle, sans léser par eux-mêmes ni effectivement ni potentiellement la sûreté universelle. Ainsi le vol, par exemple, ne lèse que la personne volée, et ce fait ne produit aucun dommage immédiat, pas même potentiellement, à l'égard de tous les autres membres de la société.

§ 114.

Mais au contraire, en offensant, par exemple, la justice publique, on ne lèse pas seulement ceux au préjudice desquels on agit, et qui éprouveront peut-être le dommage *immédiat effectif*. Cette action, ayant pour effet d'affaiblir l'autorité des magistrats, offense *immédiatement* tous les citoyens, parce que tous ont un intérêt et un droit à ce qu'il y ait une justice et à ce qu'elle soit respectée. De même, dans l'émission de fausse monnaie, le dommage effectif ne sera ressenti que par celui qui a cru bonne la monnaie fausse; mais le dommage potentiel atteint tout le monde, car la monnaie mise en circulation, grâce à l'apparence d'une valeur qu'elle n'a pas peut tomber entre les mains de tous; or cette *potentialité* produit la violation *effective* du droit de tous à ce que la confiance dans la monnaie publique ne soit pas altérée; l'un comme l'autre dommage est *immédiat*.

§ 115.

Au contraire, dans certains faits, il n'est pas possible de concevoir le dommage *immédiat* de tous. Si quelqu'un a été tué, violenté, volé, injurié, on ne peut pas dire qu'aucun droit de ses concitoyens ait été violé, pas même *potentiellement*, car la potentialité doit se trouver dans l'acte consommé, et non pas dans ses répétitions possibles supposées. Dans des cas de ce genre, le dommage *immédiat* est purement *privé*. En tuant un homme, on n'en a lésé, pas même potentiellement, aucun autre, et par conséquent chez aucun des autres on n'a violé de droit à ce que cette vie fût respectée. La sûreté de chacun d'eux relativement à l'effet *immédiat* du délit n'a subi aucune atteinte.

§ 116.

Ainsi le dommage immédiat est *universel*, ou *public*, quand le délit attaque une chose à laquelle tous les citoyens ont un intérêt commun, et par conséquent un droit à ce qu'elle soit respectée, comme la religion, l'autorité, la tranquillité publique, la propriété publique, la justice, etc. Le dommage immédiat est au contraire *particulier*, ou *privé*, quand le délit attaque une chose à laquelle avaient intérêt les seuls individus qui ont été patients du délit. De ces notions il résulte que le dommage *potentiel privé* suffit pour constituer le délit parfait, quand il concourt avec un dommage *effectif public*. Cette formule résume toute la théorie, et éclaire la doctrine de la tentative, comme nous le verrons en son lieu (§ 374 et s.).

§ 117.

Mais, soit dans les délits qui causent un dommage *immédiat public*, soit dans ceux qui causent un dommage *immédiat* purement *privé*, il y a toujours un second dom-

mage qui est constamment *public*, parce qu'il est supporté par tous ; c'est le dommage *médiat*.

§ 118.

Le dommage *médiat*, ou *réfléchi*, consiste dans l'alarme qu'inspire aux bons la consommation d'un délit, et dans le mauvais exemple qui en résulte pour ceux qui sont portés au mal. Ce phénomène particulier est ce qui donne un caractère social à tous les délits, et ce qui fait que, pour une atteinte portée *immédiatement* à la sécurité d'un seul, tous les autres souffrent *médiatement* à cause de la diminution du *sentiment de leur propre sûreté*¹.

1. M. le conseiller Martinelli, dans son *Prodomo a un progetto di Codice penale*, introduit une nouvelle formule pour désigner le dommage *médiat*. Le délit (dit-il) porte atteinte à la *confiance* (*espettativa*) qu'ont tous les citoyens que personne n'usera de sa liberté au détriment d'autrui. Mais cette formule nouvelle, la *confiance*, ne me paraît pas remplacer exactement l'ancienne, celle de *dommage médiat* : si elle exprime l'*agitation* produite dans l'âme des bons, elle n'exprime pas également l'*agitation* excitée par le délit dans l'âme de ceux qui sont portés au mal, et par conséquent elle n'embrasse pas les deux formes sous lesquelles se développe la force morale objective du délit.

§ 119.

Les hommes, en effet, vivent tranquilles en société dans la confiance que leurs droits sont protégés contre les passions des méchants par l'autorité et par la loi pénale. La violation du droit de quelqu'un, qui en dépit de cette protection vient à se produire, est un éclair qui révèle l'impuissance de la protection. En apprenant que malgré la défense l'action défendue a été commise, chacun sent que les mauvaises passions brisent le frein de la loi, et doute avec raison de son efficacité ; et quoiqu'on ne voie pas sa propre *sûreté* actuellement diminuée, on se sent inquiet : chacun prévoit que, si quelque passion pousse un méchant homme à tenter contre lui un méfait semblable,

la loi répressive ne sera pas pour lui une protection suffisante, pas plus qu'elle ne l'a été pour cet autre qui déjà est resté victime du délit qui s'est produit.

§ 120.

Le dommage *médiat* du délit est donc un dommage de pure *opinion*. Il tire d'une seule chose son essence idéologique — *de la possibilité de la répétition*. Plus la répétition est facile, plus l'alarme et la provocation auront de gravité et d'étendue. Il est par conséquent *toujours universel*, tant dans les délits qui causent un dommage immédiat *universel*, que dans ceux qui causent un dommage immédiat seulement *particulier*. En effet, comme il a pour base l'idée d'une répétition possible du délit commis, et que cette répétition peut être faite par tous contre tous, l'*universalité* de ce dommage est intrinsèque à sa nature. Si le délit commis par quelqu'un ne pouvait plus désormais *se répéter* chez différents sujets, ce délit ne produirait pas de *dommage médiat*, et par conséquent n'aurait pas un caractère *societ*. Ainsi, le dommage *médiat* est toute autre chose que le dommage *potentiel*, car celui-ci est une condition *réelle* du fait qui a eu lieu, de même que le *danger couru* (§ 332) dans la tentative; le dommage *médiat* dépend de la *prévision* de nouveaux faits. Tous les trois sont différents du simple *danger appréhendé*, lequel n'a pas d'autre base qu'un calcul de l'esprit qui ne se rattache pas à une violation effective du droit.

§ 121.

Maintenant, cet effet du délit n'est pas le résultat de la seule *force physique*, il est le résultat de la *force physique* et de la *force morale* combinées.

§ 122.

En effet, quand un homme meurt de maladie ou par

accident, les autres peuvent en éprouver de la peine, mais cet événement ne diminue pas la puissance morale de l'autorité, et la confiance dans la loi et dans la justice. Personne n'est enhardi par là à troubler l'ordre extérieur, personne ne sent ébranlé en lui le *sentiment* qu'il est en *sûreté* contre les attaques des méchants.

§ 123.

Le mauvais exemple et la crainte se produisent seulement quand on vient à savoir que cette mort a été causée par le fait d'un homme, avec mauvaise intention, ou par imprudence. Alors le fait qui lèse l'*individu* se trouve léser aussi *la loi*. La lésion de la loi ajoute l'effet *moral* à l'effet *physique* de la lésion matérielle, et par conséquent l'amoin-drissement de la force morale de l'autorité ajoute au fait *directement* dommageable le caractère de l'être encore *indirectement*.

§ 124.

C'est pourquoi le fondement de l'imputabilité sociale du *dol* et de la *faute* git dans cette combinaison de la force *morale* avec la force *physique*. Il faut que l'autorité, offensée par le fait entaché de *dol* ou de *faute*, se relève elle-même dans l'opinion des citoyens, en appelant l'offenseur à rendre compte de son acte. En le lui objectant, et en le lui imputant comme délit, elle oppose force morale à force morale, et tandis que le délit avait encouragé les méchants et intimidé les bons, elle intimide les méchants et rassure les bons.

§ 125.

Si la faute devait être considérée comme un pur *vice* d'intelligence, il faudrait douter de son imputabilité sociale, et chercher à celle-ci quelque prétexte ailleurs que dans les principes fondamentaux de la justice. Mais puisque dans la faute se trouve certainement un *défaut de volonté*,

c'est une erreur inutile que d'insinuer que le fondement de l'imputabilité sociale de la *faute* est le *soupçon de dol*. La justice ne peut pas imputer sur un *soupçon*, et cette formule conduirait à des conséquences absurdes dans la graduation de l'imputation des faits entachés de faute. Ainsi la formule de *soupçon de dol*, imaginée par Carmignani, est inacceptable. Il en est de même de la formule dénuée de sens donnée par Mori, que les faits entachés de faute s'imputent *par exception*. Il en faut dire autant de la spéculieuse invention d'Almendingen qui, ne voyant dans la faute qu'un défaut d'intelligence, est allé chercher le droit de la société d'incriminer les faits entachés de faute, dans le besoin de *corriger* les négligents. Toutes ces spéculations ne sauraient tranquilliser la conscience sociale sur la légitimité de la répression des faits imprudents, si ces faits ne pouvaient se rattacher à un *défaut de volonté* : en effet il ne serait pas facile de démontrer que le droit de punir un homme sous le prétexte de *correction*, d'*exception*, ou de *soupçon*, pour des actes qui ne lui seraient pas imputables moralement (§ 31), appartient à l'autorité. Mais lorsqu'on a rectifié la notion de l'origine de la faute, toutes ces difficultés disparaissent. Aucun moraliste n'a jamais nié que les actes entachés de faute ne fassent naître l'obligation de réparer le dommage causé. Or, s'il arrive qu'un acte entaché de faute cause non-seulement un *dommage privé*, mais encore un *dommage social*, parce qu'il diminue chez les citoyens le sentiment de leur propre sûreté, il est évident que l'acte entaché de faute oblige encore à la réparation de ce dommage, et peut par conséquent s'imputer aussi socialement. Dans le *dommage social* gît la raison fondamentale qui donne un caractère *social* à l'*imputabilité morale* préalable.

§ 126.

Le fondement de l'imputabilité sociale des faits entachés

de *faute* est absolument analogue à celui des faits entachés de *dol* : c'est le concours du *dommage médiateur* avec le *dommage immédiat*. Les faits *imprudents* eux-mêmes diminuent chez le bon citoyen le *sentiment* de sa *sûreté*, et donnent un mauvais exemple à celui qui est porté à être imprudent. Les faits entachés de faute, en tant qu'ils se rattachent à un défaut de volonté, sont moralement imputables, parce que c'est un acte volontaire que de tenir *inactives* ses facultés intellectuelles. L'homme négligent, bien qu'il *n'ait pas voulu* la lésion du droit, a du moins *voulu* le fait dans lequel il aurait dû reconnaître la possibilité ou la probabilité de cette lésion. Par conséquent, s'il arrive que les faits imprudents produisent un mal social, ils doivent être encore, dans la mesure et proportion convenables, imputables socialement, puisqu'ils produisent eux aussi ce résultat social que l'offense, matériellement *particulière*, cause une perturbation morale *universelle* ; or le citoyen a droit d'être défendu non-seulement contre les scélérats, mais encore contre les négligents.

§ 127.

Il y a toutefois une grande différence entre l'imputabilité des uns et des autres en ce qui concerne le *dommage immédiat* : pour les faits dolosifs, il peut n'être que *potentiel*, il peut consister dans la lésion d'un droit *réintégré*, il peut enfin être remplacé par le *danger couru* ; ce qui n'a pas lieu pour les faits entachés de faute. Ceux-ci ne peuvent être imputés à fins pénales si le *dommage direct* causé par eux ne consiste dans le dépouillement *effectif* d'un bien *non réintégré*. On ne saurait accepter la doctrine excessive de quelques personnes (§ 366, note) qui sont allées jusqu'à soutenir qu'on peut incriminer même les faits entachés de faute qui n'ont causé aucun dommage.

CHAPITRE IV

IDÉE GÉNÉRALE DE LA QUALITÉ, DE LA QUANTITÉ
ET DU DEGRÉ DANS LES DÉLITS

§ 128.

Jusqu'ici nous avons examiné quelles conditions en général doit réunir un fait pour que l'autorité sociale ait le droit de l'incriminer. Mais les conditions de l'imputabilité sociale d'un fait étant trouvées, il ne peut pas être au pouvoir du législateur de l'imputer plus ou moins à son gré. Il existe des règles de raison absolue qui limitent ce pouvoir, et l'autorité sociale ne peut s'en écarter sans trahir le principe de la protection, ou sans enfreindre les limites de la justice. Ces règles se résument dans la formule que les délits doivent s'imputer en proportion exacte de leur *qualité*, de leur *quantité*, et de leur *degré*. En effet, quand on ne considère plus le délit *in abstracto*, dans sa notion générale et ses conditions, mais qu'on descend à l'examiner dans ses applications *particulières*, on trouve naturellement entre une espèce et une autre des différences très-importantes, des diversités de *qualité*, de *quantité*, de *degré*. Voilà les trois notions que, suivant la doctrine et la nomenclature très-exacte de l'école italienne, nous avons maintenant à développer pour compléter la théorie du délit.

§ 129.

Si tous les êtres qui se présentent aux yeux de notre corps ou de notre esprit étaient parfaitement identiques, les idées de *qualité*, de *quantité*, et de *degré* ne pourraient pas être conçues par l'intelligence humaine. Si les êtres étaient tellement différents qu'on ne pût apercevoir entre eux aucun rapport d'identité, ces idées, par la raison con-

traire, seraient encore insaisissables. Mais les êtres qui appartiennent à un même *genre* ont entre eux un grand nombre de caractères *communs* (rapports d'identité) et de caractères *propres* (rapports de variété). Cela fait que plusieurs êtres qui, par certains rapports d'identité, rentrent dans le même *genre*, se distinguent l'un de l'autre par certains rapports de variété, et forment ainsi autant d'*espèces* différentes.

§ 130.

De là vient, en premier lieu, la notion de la *qualité*. La *qualité*, dans le sens général du mot, est ce qui fait que la chose est *telle qu'elle est*. Dans les délits, la *qualité* est ce qui fait qu'un acte criminel forme tel délit plutôt que tel autre : c'est ce qui distingue un *titre* de délit d'un autre *titre* de délit.

§ 131.

Mais quand on a exactement distingué, selon les conditions constitutives des objets qu'on étudie, leur rapport de *qualité*, alors se présente d'espèce à espèce le rapport de *quantité* ; d'où le besoin de trouver le juste critérium sur lequel on opérera pour reconnaître dans une espèce une *quantité* plus grande que dans une autre espèce.

§ 132.

La *quantité* est ce qui fait qu'entre les diverses espèces comparées entre elles il existe un rapport de *plus* ou de *moins*.

§ 133.

Le calcul du rapport de *quantité* varie d'espèce à espèce selon l'élément qu'on prend comme critérium pour la mesurer.

§ 134.

Ainsi quand je compare les conditions ontologiques du

franc avec celles de la monnaie de cinq centimes, j'obtiens ce résultat que, vu les nombreux caractères de diversité qui existent entre l'une et l'autre, les deux monnaies sont de *qualité* différente. Quand je viens ensuite à calculer leur *quantité* relative, si je prends pour règle de mon jugement par exemple le *volume*, je dirai que dans les cinq centimes il y a une quantité plus grande que dans le franc; si je considère le *poids*, j'arrive à la même conséquence; au contraire, si je prends la *valeur*, j'arrive à dire que le franc représente une quantité plus grande que la monnaie de cinq centimes.

§ 135.

De même, dans le délit, il ne suffit pas de distinguer les espèces, et d'obtenir ainsi la notion qu'un fait criminel (par exemple le vol) constitue un *titre* de délit différent de celui qui résulte d'un autre fait criminel (par exemple, du meurtre): par là on a terminé la recherche de la *qualité*, mais on a besoin de savoir en outre lequel des deux délits, par rapport à l'autre, est *le plus grave*, afin d'y proportionner une juste imputation. Telle est la recherche de la *quantité*.

§ 136.

Par la première j'arrive à connaître, par exemple, que le fait de voler produit un autre titre de délit que le fait de tuer. Par la seconde j'arrive à connaître, par exemple, que l'homicide présente une quantité de mal social plus grande que celle qu'on rencontre dans le vol. Si la recherche de la *qualité* des divers délits n'était pas suivie de celle de la différence possible de *quantité* sociale respective, elle serait purement technologique, elle n'aurait aucun intérêt pratique. Mais la recherche de la *qualité* ou *titre* des délits est au contraire d'une très-grande utilité pratique, à cause de la nécessité de distinguer la quantité des délits qu'on a

trouvés différents de *qualité*, pour attribuer à chacun d'eux l'imputation respective légitime.

§ 137.

Mais le droit pénal ne doit pas seulement déterminer les *titres* des différents délits, et la *prééminence abstraite* d'un titre sur un autre: le droit pénal, dans son application pratique, n'aura à juger ni les *genres* ni les *espèces*, mais les *individus*. Or, dans les faits considérés individuellement, il peut se faire qu'il manque quelque chose aux conditions ordinaires et normales. C'est là la *dégradation* dans le délit.

§ 138.

Les deux forces qui constituent le délit ne se développent pas toujours en un seul moment. La volonté peut parcourir diverses phases, selon qu'elle est accompagnée d'une intelligence plus ou moins lucide, ou d'une liberté de choix plus ou moins grande; et de même la force physique peut résulter d'une série plus ou moins longue de moments, selon le nombre des actes employés pour arriver du premier acte d'exécution à l'acte de consommation. Ces moments de chacune des forces qui composent le délit, en forment autant de *degrés*. Quand les deux forces sont complètes dans leurs moments respectifs, le délit est *parfait*; au contraire il est *imparfait* quand il manque à l'une ou à l'autre de ces deux forces quelqu'un des moments nécessaires pour qu'elle soit complète. Alors on doit, dans le calcul de l'imputation, soustraire les moments ou degrés manquants, de la somme des degrés qu'aurait présentés le délit *parfait*, et imputer seulement au justiciable les degrés de délits qui restent après cette soustraction. C'est pourquoi l'on dit que le délit est *dégradé* (ou diminué); mais l'espèce n'en est pas changée.

§ 139.

Quand, par l'étude de la qualité, j'ai reconnu qu'une monnaie est différente d'une autre monnaie; quand, par l'étude de la quantité, j'ai reconnu que l'une a une valeur plus grande que l'autre; venant ensuite à appliquer aux individus cette seconde notion, je puis tomber dans l'erreur si je n'ai soin d'examiner encore, dans *chaque individu*, s'il se rencontre en lui des causes de *dégradation*. Cet examen peut quelquefois conduire à ce résultat que telle monnaie qui par son espèce devrait avoir une valeur plus grande que telle autre, en aura au contraire une moindre à cause de sa dégradation individuelle; par exemple si elle est usée ou rognée.

§ 140.

De même, dans le délit, après avoir reconnu qu'aux deux faits correspondent deux titres distincts, et que de ces deux titres l'un est plus grave que l'autre, il peut arriver qu'en appliquant ces notions à un fait considéré individuellement on y trouve une lacune dans les conditions ordinaires de son espèce, de telle sorte que ce fait particulier que j'examine, bien qu'il appartienne à une espèce qui d'ordinaire représente une quantité plus grande qu'une autre espèce, viendra, par suite de sa dégradation, à en avoir un moindre¹.

1. Les circonstances qui, dans le langage pratique et législatif, sont appelées *aggravantes* en matière de délits spéciaux (comme l'effraction dans le vol, le guet-apens dans les blessures, la violence dans l'adultère, et toutes les autres de cette espèce) n'appartiennent pas à la théorie du *degré* dans le délit, mais à celle de la qualité et de la *quantité*. Ces circonstances augmentent la *quantité* sociale du délit, soit parce qu'elles constituent la violation de plusieurs droits, soit parce que, diminuant l'efficacité de la défense privée, elles augmentent le dommage médiat. L'effet de ces circonstances est de changer le *titre* du délit (soit qu'elles en changent le nom ordinaire, soit qu'au nom ordinaire elles ajoutent une qualification défavorable); il y a par conséquent changement de

l'espèce, et non pas dégradation ni aggravation (§ 201 et s.). C'est en ce sens que les circonstances aggravantes n'appartiennent pas à la théorie du *degré*. Ce qui augmente la *quantité* du délit change l'être *juridique*, en rend l'espèce différente; le degré suppose le maintien du titre ordinaire.

§ 141.

La *quantité abstraite* reste toujours la même, mais la *gravité concrète* du méfait se modifie par suite d'une lacune accidentelle dans ses éléments constitutifs. C'est ce qui détermine le *degré* du délit. La différence entre ce qui concerne le *degré* et ce qui touche à la *quantité* du délit répond à la différence entre ce qui *dénature* un être et ce qui le *dégrade* sans le dénaturer. On peut dire en termes généraux, comme nous le verrons bientôt, que la modification dans la *quantité* résulte du rapport objectif, et celle du degré, de la considération subjective du méfait.

§ 142.

Cette modification, et par conséquent l'effet du *degré* dans le délit, peut être poussée jusqu'au point de faire cesser toute imputabilité sociale, de même que la dégradation d'une monnaie peut arriver à la rendre de nulle valeur.

§ 143.

Quand elle opère cet effet, la circonstance est *justifiante* (ou *dirimante*); dans les autres cas on l'appelle *excusante* (ou *minorante*), formule qui s'appliquerait mal au premier cas, car lorsque l'idée de délit disparaît, l'idée d'*excuse* ne trouve plus d'objet.

§ 144.

Mais dans cette dernière application, la dénomination de *degré*, à bien la considérer, est moins exacte, car dans la *négation* d'un être il n'y a pas un *degré* de l'être. Toutefois, par une raison d'ordre, on réunit la matière des cir-

constances *minorantes* et celle des circonstances *dirimantes*, et l'on rattache les unes et les autres à la théorie du *degré*, quoique ces dernières ne *dégradent* pas le délit, mais le *détruisent*.

§ 145.

Quand deux délits coïncident sous le rapport de la *qualité*, de la *quantité*, et du *degré*, ils doivent, par principe de justice, s'identifier dans l'*imputation*. En effet, si par une loi admirable de la nature il ne peut y avoir deux êtres matériels parfaitement identiques, parce que les variétés infinies de l'espace, du lieu, et du temps s'y opposent, l'homme peut du moins concevoir la notion de l'identité dans les êtres de raison, qui sont précisément indépendants de toute idée d'espace. C'est pourquoi, bien que deux faits doivent nécessairement différer dans les circonstances matérielles, cependant, si on les considère dans leur rapport idéal avec la loi, les délits qui en résultent seront identiques dans leur condition d'êtres juridiques, pourvu qu'il n'y ait pas entre eux différence de *qualité*, de *quantité*, ou de *degré*.

CHAPITRE V

CRITERIUM DE LA QUALITÉ DANS LES DÉLITS

§ 146.

Dans toute science, la *qualité* est ce qui sert de guide pour en ordonner les objets. Dans le droit pénal, la *qualité* des délits est ce qui sert à leur *classement*.

§ 147.

Mais pour classer les objets d'une science, ou en d'autres termes pour leur assigner leur *qualité* respective, on ne peut se dispenser de se régler sur un *élément particulier de rapport* d'objet à objet. Or la difficulté de faire un bon classement tient à ce qu'il faut trouver le plus *exact criterium* de rapport que, vu le but de cette science, on doit considérer à cet effet.

§ 148.

En opérant autrement, on établit des *classes confuses*, et l'on met l'obscurité où il faudrait porter la lumière. Celui qui, par exemple, classerait les corps selon leur couleur, se trouverait conduit à mettre l'or et l'huile, le sang et le vin dans la même classe; ce qui serait une erreur grossière.

§ 149.

Tous les attributs d'un être ne peuvent donc pas être acceptés comme criterium de sa *qualité*, mais ceux-là seulement qui en constituent l'*essence* particulière. Tout l'art d'une bonne classification consiste à distinguer les *accidents* de la *substance*.

§ 150.

Mais l'*essence* du délit (on entendant toujours par ce mot le délit véritable et *proprement dit*, bien différent des *contraventions¹ de police*) consiste dans la *violation d'un droit* protégé par la loi pénale. Par conséquent, le criterium le plus naturel pour bien définir la *qualité* des délits, et pour les classer exactement, est celui qu'on tire de la *diversité des droits lésés²*.

1. Les *contraventions* (c'est-à-dire la violation des lois qui protègent non pas le *droit*, mais la *prospérité*, et qui ont pour fondement le seul principe de l'utilité) se classent d'après la *nature du bien* qu'on veut

produire en interdisant les faits qui les constituent. On ne saurait les classer en prenant pour règle le *dommage*, ou le *droit* violé, car il n'y a ici, essentiellement du moins, ni *dommage* ni *violation de droit*. Il ne serait donc pas possible, dans le classement des contraventions, d'appliquer le critérium qui nous sert à classer les délits : on ne pourrait pas recourir au *dol*, car il n'en est pas un élément nécessaire ; on ne pourrait pas recourir à l'*impulsion*, ni (pour emprunter l'idée heureusement mise en lumière par Ellero sur le classement à adopter dans les lois purement *préventives*) classer les contraventions selon la *passion* qui fait agir, par la bonne raison que, dans les contraventions, il n'arrive pas toujours qu'une *passion* fasse agir le contrevenant. Aussi est-il vraiment nécessaire et inévitable, en matière de règlements de police, de tirer le classement des contraventions de la nature du *bien* protégé par la prohibition de certains actes moralement innocents et qui ne causent *actuellement* ni violation ni menace du droit. C'est en effet la méthode généralement suivie dans ces matières.

2. La considération des *droits lésés* a conduit M. Lucas à un résultat différent du nôtre. Il divise les délits en trois grandes classes : — délits *contre les personnes*, — délits *contre les propriétés*, — délits *mixtes*. Cette classification peut servir pour un travail de statistique, mais non pour la théorie pénale, ni pour un code. En outre elle ne laisse pas de place pour les délits politiques ; ce dont, à vrai dire, M. Lucas ne s'inquiétait pas, car il avait rejeté catégoriquement cette classe de délits. Sont pareillement irrégulières aux yeux de la science les classifications qui se tirent de l'*action* ou de la *peine* ; sont inacceptables celles qu'on voudrait fonder sur le *dol* ou sur l'*impulsion criminelle*. Voyez Carmignani, *Teoria della sicurezza sociale*, II, chap. VI.

§ 151.

Bien qu'il n'y ait lésion de droit que moyennant l'acte physique, la formule dont nous nous servons, *diversité des droits lésés*, n'est pas identique à cette autre, *diversité des actes physiques*. En effet deux actes physiques semblables peuvent être employés par deux personnes pour violer des droits différents ; et, vu l'influence de l'élément intentionnel sur l'essence du délit, il peut en résulter (malgré l'identité des actes physiques) une diversité de délits à raison de la diversité d'intention des agents qui employaient l'acte physique pour léser un droit plutôt qu'un autre. On chercherait donc en vain dans la force physique subjective le critérium de la qualité.

§ 152.

Cette remarque se rattache à ce ferme principe que, pour la science, le *délit* n'est pas un *être matériel*, mais un *être juridique* : d'où il suit que son *objet* n'est pas la chose ou l'homme, mais le précepte violé. Par conséquent, si le droit attaqué varie, le précepte protecteur de ce droit varie, et de même l'être idéal appelé délit. Ainsi le même fait, par exemple le fait d'abattre un arbre, avec le même résultat, à savoir que l'arbre est abattu, peut constituer, selon le but de l'agent, soit le titre du dommage injustement causé, soit celui du vol, soit celui de la justice qu'on se fait à soi-même, soit celui du trouble de possession.

§ 153.

Il devient évident par là que l'*objet* du délit (si l'on veut user d'un langage qui réponde aux besoins de la science et de la pratique) doit se reconnaître dans la violation de la loi, se tirer du *but* de l'agent. C'est là la raison pour laquelle des actes matériels parfaitement semblables, dont Caius s'est servi pour violer un droit et Titius pour en violer un autre, font naître deux délits *essentiellement* différents.

§ 154.

Maintenant, reprenant ce que nous avons dit à propos du *dommage immédiat*, nous trouvons qu'il peut être soit *public* (ou *universel*), soit *privé* (ou *particulier*), selon que le méfait viole un droit *particulier* ou un droit *universel*. De là la première division des délits en offenses à la *sûreté publique* et offenses à la *sûreté privée*.

§ 155.

Mais l'offense à la *sûreté publique* peut se produire sous la forme d'une attaque contre la société dans l'*autorité* qui

la représente, ou d'une attaque contre la société dans les *membres* qui la composent.

§ 156.

Les offenses à la sûreté publique, dans le premier cas, prennent le nom de *délits politiques proprement dits* ou *directs*, parce que le dommage immédiat résultant de l'attaque contre la *personne morale* (la société) n'atteint, en quelqu'un de leurs *droits particuliers*, que par voie de conséquence, les *individus* qui la composent ; mais il les atteint *tous* dans le droit que tous et chacun d'eux ont à ce qu'on respecte l'ordre politique dont ils attendent leur protection juridique : c'est une lésion de la *cité* , car c'est la lésion d'un droit universel, d'un droit dont jouissent tous les citoyens.

§ 157.

Les offenses à la sûreté publique, dans le second cas, s'appellent *délits politiques improprement dits* ou *indirects*. Même dans ces délits, le dommage *immédiat effectif* est éprouvé seulement par quelques individus, ou même n'est éprouvé par aucun individu en particulier ; mais le délit blesse tous les citoyens pris ensemble, car tous en sont offensés non-seulement *moralement*, par la crainte d'une *répétition* (ce qui rentrerait dans le dommage *médiat*), mais *matériellement*, par les effets de l'acte *déjà consommé* qui a violé un droit qui *leur* appartient à *tous*. Le dommage immédiat est *effectif* par rapport au droit *abstrait*, c'est-à-dire par rapport au droit de voir respecter ce à quoi *tous* ont intérêt. Il peut n'être pas *effectif*, mais il est toujours *potentiel* par rapport au dépouillement des citoyens d'un *bien concret*. Cette *puissance*, les délits de ce genre en menacent *indistinctement tous* les membres de la société, et si on les range dans la classe des *délits politiques*, c'est qu'ils produisent un dommage *immédiat universel*. Mais comme

leur auteur n'entend pas attaquer la *personne morale* de la société, on leur donne le nom de délits politiques *indirects*.

§ 158.

Dans les délits *politiques* tant *directs* qu'*indirects*, la masse des citoyens est lésée dans son *patrimoine politique*, non-seulement en ce qui touche le simple *sentiment* de la sûreté, mais véritablement aussi en ce qui constitue la *sûreté*.

§ 159.

Les délits contre la justice, contre la religion, contre la tranquillité publique, contre la foi publique, contre le droit des gens, contre la santé publique, appartiennent à cette seconde partie de la première classe. Dans cette sorte de délits se rencontre ce caractère distinctif commun, qu'ils n'exigent pas ; pour leur *parfaite consommation*, l'*effectivité* du *dommage immédiat* particulier. Le *dommage universel* trouve son *effectivité* dans la pure offense au *droit* attaqué, quand elle est parfaite dans ses conditions particulières ; et la prééminence du droit *universel* ou *public* sur le droit *particulier* ou *privé* (prééminence que chacun sent) conduit à cette règle qu'il est indifférent, pour la perfection de ces délits, qu'ils produisent l'*effectivité* ou seulement la *potentialité* du *dommage immédiat*, comme nous le montrerons plus loin (§ 374).

§ 160.

Cette division des délits en deux grandes classes, selon qu'ils attaquent immédiatement les droits *naturels* d'un ou de *quelques* individus déterminés, ou au contraire les droits *sociaux*, et par conséquent les droits de *tous* les *membres de la société*, semble extérieurement la reproduction de la division de Carnignani en *délits politiques et politico-civils* ; mais l'idée en est essentiellement différente.

Selon le système de Carmignani, la personnalité de tous les citoyens se confond dans la personnalité de l'État : à cette personnalité idéale il donne une somme de droits qu'il considère comme lui appartenant tous en propre, et prenant pour point de départ la société, comme être existant par lui-même, il trouve les délits *politiques directs* dans l'offense faite à cette personne juridique, sans s'occuper du droit des membres de la société à son existence. Le droit, selon cette conception, est dans l'État, comme selon d'autres idées il était dans la *personne* du prince. Puis, voyant comme des soutiens de cette personne dans les institutions sur lesquelles repose l'État, il trouve dans les offenses à ces institutions les délits qu'il appelle *politiques indirects*. Aussi est-il arrivé que le faux public, la contrefaçon des monnaies, et les délits contre les finances et contre la santé publique sont restés pour lui des anomalies, et de plus qu'il a dû, avec plus d'exactitude, regarder comme des *institutions sociales* la paix publique et le droit des gens. Notre division au contraire ne va pas à chercher les droits dans la personne de l'État. Nous prenons la masse des citoyens : si le délit lèse une chose à laquelle tous ont un intérêt et un droit communs, nous disons que c'est un délit de *dommage immédiat universel*, et nous le mettons dans la classe des délits politiques, que nous préférons appeler délits *sociaux*, parce qu'une semblable communauté d'intérêts et de droits ne peut venir que de l'association. Que si le fait lèse une chose sur laquelle n'ont aucun droit les citoyens autres que le patient du fait criminel, nous l'appelons délit de *dommage immédiat particulier*; et comme l'individu reçoit ces droits de la nature, nous donnons à cette sorte de délits (qui sont à peu de choses près les délits *politico-civils* de Carmignani) le nom de délits *naturels*.

§ 161.

Les délits *naturels*, ou délits contre la sûreté *privée*, sont donc ceux dans lesquels le dommage *immédiat* est *particulier*, c'est-à-dire que le dommage tant *effectif* que *potentiel* ne frappe qu'un *nombre limité* d'individus. L'attaque d'un droit *individuel*, qui dans les délits de la première classe peut ne pas se rencontrer, ici est toujours présumée. Ils n'offensent que les *droits naturels* de l'homme, et le caractère *politique* leur vient uniquement du simple dommage *médiat*.

§ 162.

Ces délits se subdivisent selon les *différents biens* auxquels se rapporte le droit offensé chez l'individu. Au moyen de ce criterium, trouvant que les *biens* qui peuvent être attaqués par l'action mauvaise se réduisent à six catégories, on divise en six parties cette seconde classe, selon que l'action criminelle a attaqué, dans l'homme qui l'a subie, le droit à la vie, ou à l'intégrité de son corps, ou à la liberté individuelle, ou à l'honneur, ou aux biens, ou à ses relations de famille.

§ 163.

Chacune de ces classes admet ensuite des subdivisions, qui dépendent soit de la *substance* de l'offense, soit de la *forme* et des conditions de son exécution : de l'une et de l'autre, quand il s'agit de droits *complexes*; de la *forme* seule de son exécution, quand il s'agit de droits *simples*¹.

1. On appelle *simple*, par exemple le droit à la vie; le droit *complexe* est celui qui se subdivise en d'autres droits subalternes, par exemple le droit de propriété, qui se décompose en *jus possidendi*, *utendi*, *vindicandi*, etc.

§ 164.

Le classement des délits n'est pas simplement une affaire de nomenclature; il a une influence essentielle : en effet, de ce qu'on place un fait criminel dans une classe plutôt que dans une autre il peut résulter que la quantité et l'imputation en soient modifiées, et quelquefois même que les conditions fondamentales en soient altérées.

§ 165.

C'est une grave difficulté dans notre science que de classer les délits, lorsque, comme il arrive souvent, par une seule et même action on viole plus d'un droit.

§ 166.

Avant tout (et cette règle est invariable) on doit distinguer si la violation de plusieurs droits par le coupable a été accomplie pour servir à *diverses fins* indépendantes l'une de l'autre, ou si elle ne tendait qu'à *un seul but*, en vue duquel il violait un droit, se servant de la violation de l'autre droit comme d'un *moyen* d'arriver à ce but.

§ 167.

Dans le premier cas, on considère les actions comme *séparées*, car elles le sont en réalité et *matériellement et intellectuellement*, et autant il y a de buts, autant on compte de titres de délit; chacun d'eux se mesure et se juge indépendamment des autres. Si le délit était un être *matériel*, la concomitance purement *matérielle* de lieu et de temps pourrait unifier deux faits en un seul délit; mais c'est un être *juridique*, qui se compose de l'élément *matériel* et de l'élément *idéologique*. Pour qu'il y ait un lien *juridique* entre un fait et un autre, il faut donc qu'il y ait un lien *idéologique*, c'est-à-dire connexion de moyen à fin. Autrement,

dans le concours de deux *actes volitifs* indépendants il y a deux délits.

§ 168.

Dans l'autre cas, il n'y a qu'un *seul* délit; mais, pour savoir à quel titre il appartient, il faut faire une seconde distinction : ou bien la violation du droit, dont le coupable s'est servi comme *moyen*, ne pourrait pas former un titre de délit indépendant; ou bien cette violation elle-même constituerait, si elle était seule, un titre spécial de délit.

1. Tissot (*Droit pénal*, I, p. 82) est d'avis contraire; il soutient qu'il y a toujours deux délits, malgré l'unité de *fin*. Mais, si l'on voyait deux délits quand l'*acte volitif* est unique, on imputerait deux fois la même détermination. L'élément intentionnel imputé dans un délit le serait de nouveau dans le second. C'est sur cette même raison que se fonde la théorie du délit *continué* (§ 517). Nous avons une détermination volitive *complexe*, il se produira donc un délit *complexe* (§ 50), mais un *délit unique*. Celui qui s'est déterminé à voler avec effraction est coupable d'une seule détermination criminelle; celui qui s'est déterminé à commettre un vol et un viol est coupable de deux déterminations. C'est la doctrine des délits *auxiliaires* (*pedissequi*) que Mori, dans sa théorie du code pénal, a anathématisée avec tant d'acrimonie, oubliant que lui-même, dans son code pénal (entraîné par la puissance de la vérité), il avait dû la reproduire, par exemple dans le vol avec violence ou avec effraction, dans les lésions pour commettre le viol, etc. Quand on veut renverser une doctrine consacrée par la sagesse des siècles, on devrait au moins être conséquent avec soi-même.

§ 169.

Dans le premier cas, le délit qui résulte de la violation de droit que l'agent s'était proposée comme fin ne change pas de classe; il conserve toujours le même titre, et la violation d'un autre droit pour atteindre le but constitue une *qualité aggravante*, qui peut parfois modifier le *nom* du délit principal, mais non pas en changer la classe.

§ 170.

Dans le second cas se présente une troisième distinction.

Ou bien le droit violé comme moyen était moins important que celui dont la lésion formait le but de l'agent, ou même il était d'*égale importance* : alors le délit qui a servi de moyen est considéré comme dépendant, comme auxiliaire, par rapport à l'autre, il en aggrave l'imputation, il peut même en changer le *nom*, mais il se confond avec lui sans le faire changer de classe. Ou bien au contraire le délit qui a servi de *moyen* était *plus grave* que celui que l'agent se proposait comme *fin* : alors le fait sort de la classe de ce dernier délit pour passer dans celle à laquelle appartient l'infraction qui a servi de moyen. Quelquefois il conserve le *nom* que lui donnait la violation employée comme moyen, par exemple l'incendie à fin de vol ; quelquefois même il change de *nom* : ainsi l'homicide à fin de vol s'appelle *latrocinio*. C'est alors la *fin* qui modifie l'imputation du *moyen*, et non pas le *moyen* qui qualifie la *fin*.

CHAPITRE VI

CRITERIUM DE LA QUANTITÉ DANS LES DÉLITS

§ 171.

Rejetant le sophisme draconien qui proclamait l'égalité de tous les délits, la doctrine s'accorde aujourd'hui à reconnaître que les différents délits présentent une *quantité* politique différente, et que par conséquent on doit appliquer à chacun d'eux une mesure d'imputation différente.

§ 172.

Mais si tous les criminalistes ont ainsi senti le besoin de trouver la formule selon laquelle on devrait mesurer la

quantité des délits, ils ne se sont pas accordés sur la définition du *critérium* le plus naturel de cette *gravité relative*.

§ 173.

Trois systèmes principaux prévalent aujourd'hui dans les diverses écoles : celui de Beccaria, développé par Carmignani, qui tire du *dommage social* la quantité des délits ; celui de Romagnosi, qui croit la trouver dans l'*impulsion criminelle* (*spinta criminosa*) ; celui de Rossi, qui veut qu'on la cherche dans l'importance du *devoir* violé. Pour nous, nous suivons le premier système, tenant les deux autres pour inacceptables.

§ 174.

Le système proposé par Romagnosi n'est pas acceptable, en premier lieu parce qu'il présente le défaut de tirer la mesure du fait, non pas des *conditions intrinsèques* à ce fait, mais de sa cause, qui est tout entière *en dehors du délit* qu'on veut mesurer.

§ 175.

En effet Romagnosi trouve l'*impulsion criminelle* dans le concours de ces trois motifs qui ont déterminé l'homme à commettre le délit : — 1° l'*avantage* qu'il en attend ; — 2° la *facilité* de le commettre ; — 3° l'espérance de l'*impunité*.

§ 176.

Et comme il faut, selon lui, ne voir dans la peine qu'un rempart contre le danger du délit, et que toute force répulsive, en bonne dynamique, doit se proportionner à la force impulsive, plus ont été énergiques dans un fait déterminé ces trois motifs de commettre le délit, qui constituent l'*impulsion*, plus doit avoir d'énergie la *contre-impulsion*, c'est-à-dire l'imputation que l'autorité sociale y oppose.

§ 177.

Mais cette théorie, outre le vice radical que nous venons de signaler, de mesurer la gravité d'un fait d'après un élément *étranger* à ce fait, ne se soutient pas devant la considération de l'intérêt social.

§ 178.

L'autorité sociale, dans l'exercice du pouvoir de punir, ne peut pas procéder suivant l'accidentalité des *raisons* d'un fait, mais suivant le rapport qui existe entre le *mal du délit* et le *mal de la répression*. Cela ressort, par une nécessité logique, du principe que l'autorité n'est armée de la justice pénale que pour le maintien de l'ordre. D'où il suit que, quand le mal de la répression dépasse le mal du délit, la répression conduit à un nouveau désordre, au lieu de rétablir l'équilibre rompu par le premier trouble¹.

1. L'autorité sociale doit se guider d'après la *cause des délits*, quand, exerçant les fonctions de bon gouvernement, elle étudie les moyens de prévenir directement les crimes à venir, et cherche à les empêcher en détruisant les raisons. Sur ce point on peut voir Sonnenfels, *Scienza del buon governo*; — Den Tex, *De causis criminum*, et beaucoup d'autres qui l'ont mûrement examiné.

§ 179.

De plus, le principe de la justice absolue auquel est subordonné le pouvoir pénal ne permet pas qu'en règle invariable on augmente la responsabilité de l'homme, non pour une augmentation du mal qu'il a fait ou voulu faire, mais à raison de certaines causes accidentelles, et par conséquent à raison d'un calcul de la probabilité plus ou moins grande de la répétition du délit¹.

1. Bien loin que la *facilité* de commettre un délit en augmente la gravité sociale, il est certain au contraire : 1^o que les *obstacles sur-*

montés pour le commettre montrent une plus grande ténacité de la volonté coupable, et par conséquent révèlent dans le délit une plus grande force morale subjective; 2^o que la facile *occasion de commettre* le délit doit, c'est l'opinion d'excellents criminalistes, être une excuse qui diminuera l'imputation. (Voyez la note du 2 du § 343.)

§ 180.

Le système de l'impulsion ne peut donc avoir une apparence de justice que pour ceux qui s'attachent au seul principe de la *défense*, et qui voudraient bannir absolument du pouvoir pénal l'idée de la justice, réduisant la légitimité de ce pouvoir à une justice toute factice qui, règle sa balance sur le seul point (en vérité trop incertain) de l'utilité sociale.

§ 181.

Mais en outre, la théorie de l'impulsion criminelle, si l'on vient aux applications pratiques (et spécialement si on la prend comme règle fondamentale pour comparer entre eux des délits de titre différent), conduit à des conséquences exorbitantes. Elle élève au plus haut degré certains délits que, du consentement de tous les peuples, on a toujours regardés comme de moindre importance; or, en usant contre eux des moyens de répression les plus énergiques, on risque de causer plus de dommage avec la *défense* qu'on n'en peut attendre de l'*offense*. En effet, il est facile de démontrer que le vol (par exemple) devrait, dans l'échelle des délits, présenter une gravité plus considérable que l'homicide, si la gravité relative devait se calculer sur le critérium de l'utilité qu'on en attend, de l'impunité espérée, et de la facilité de le commettre. De plus, si l'on compare aussi suivant la règle des causes les divers faits qui appartiennent au même titre, on arrive à des conséquences qui répugnent au sens moral de chacun et à la pratique universelle. Celui qui a volé pour se soustraire à l'emprisonnement imminent dont ses créanciers le mena-

caient (idée effrayante qui a trop souvent poussé jusqu'au suicide), éprouve sans doute une impulsion plus grande que celui qui vole pour se procurer de quoi faire un voyage de plaisir. Imputera-t-on en conséquence plus au premier qu'au second? imputera-t-on plus le meurtre d'un rival odieux que le meurtre d'un inconnu, accompli pour une raison légère et sans aucun profit? Le critérium de l'impulsion, qui ne répond pas à l'intérêt social, ne répond pas davantage au degré de moralité de l'action: car il blesse un sentiment ineffaçable du cœur de l'homme, qui fait qu'on déplore plus facilement un délit quand les causes qui ont entraîné le coupable sont plus puissantes, plus énergiques¹. Toute règle, pour être juste, doit se trouver vraie tant dans le sens *affirmatif* que dans le sens *négatif*. Ainsi, si la quantité du délit devait *s'augmenter* par suite de l'augmentation de l'impulsion, non-seulement elle devrait *toujours* s'augmenter dans le cas où l'impulsion s'accroît, mais elle devrait *décroître* quand elle décroît, et par conséquent devenir *très-petite* si l'impulsion était très-faible. Dans un meurtre commis sous la seule impulsion d'une méchanceté brutale, en plein jour, et dans un lieu fréquenté, il n'y a eu aucun espoir d'impunité, aucune utilité à le commettre, et par conséquent un très-faible degré d'impulsion dans ses principaux éléments. Pour éviter ces absurdes conséquences, on a voulu introduire dans la formule la considération de l'*audace*; mais, vu l'opposition nécessaire qui existe entre l'*audace*, d'une part, et la *facilité* d'exécution et le calcul de l'*impunité*, d'autre part, il est clair que l'élément de l'*audace*, au lieu de compléter la doctrine de Romagnosi, la dénature et la détruit radicalement.

1. Feuerbach a cru devoir accepter la théorie de l'impulsion, et il a essayé de la joindre avec sa théorie fondamentale de l'intimidation. Mais il en a été blâmé par Jonge (*De delictis*, II, p. 269), qui fait sur ce point l'observation suivante: *Hæc doctrina erroribus non vacat: non omnes noxii stimulis animi ex sensibus originem ducentibus, ad volupta-*

tibus sensibus percipiendis fruendum moventur, uti ex, gr. illi qui male intellectis religionis vel libertatis studiis ad delicta committenda impelluntur, et perpanæ pænæ variis stimulis animi motuum opponi possunt. Tandem delictorum gravissimorum stimuli animi vel causæ minimi esse possunt. A quelles conséquences conduit la doctrine de l'impulsion prise comme mesure de la quantité du délit, c'est ce que nous montrent tous ceux qui en ont développé les déductions logiques. Ainsi, par exemple, Bensa (*Summa juris naturalis*, lib. 9; art. 2, p. 185) en tire directement la conséquence que la quantité des délits devant se proportionner au bien qu'on en attend et à l'impunité probable, les délits dont la preuve est difficile doivent être punis plus sévèrement, par cette seule raison que la preuve en est plus difficile. Cette conséquence est une déduction strictement logique du principe posé, mais cette conséquence est inacceptable, donc le principe est faux. Le bien convoité par le coupable ne peut entrer dans le calcul de la quantité du délit, que sous la forme d'une augmentation de mal. La société défend certaines actions, non pas parce qu'elle envie à l'agent le bien qu'il pourrait en retirer, mais parce qu'elle cherche à empêcher le mal qui en résulterait pour les citoyens. Le calcul de la quantité doit être purement objectif.

§ 182.

Toute l'originalité du système de Rossi consiste en ce qu'il s'attache à considérer comme criterium de la mesure du délit trois espèces distinctes de mal:

1° Le mal *matériel*: c'est notre dommage *immédiat*;

2° Le mal *mixte*: c'est notre dommage *médiat*;

3° Le mal *moral*: c'est, en d'autres termes, la *violation du devoir*.

Mais l'introduction de ce troisième élément dans le calcul de la gravité du délit a un double défaut. Le premier est de confondre le rôle du *criminaliste* avec celui du *moraliste*. Le second est le *vague* auquel conduit la formule proposée.

§ 183.

Il confond le rôle du moraliste avec celui du criminaliste. En effet, si Rossi nous invitait à calculer l'importance sociale du devoir, sa formule s'identifierait avec celle du dommage social, puisque l'importance *civile* du devoir n'a

pas d'autre règle que l'importance du *droit* correspondant. Mais en distinguant, dans sa théorie des *trois maux* du délit, l'importance du *droit* offensé, de l'importance du *devoir* violé, pour en faire deux criteriums distincts de la quantité, il oblige évidemment le criminaliste à mettre dans la balance le *devoir moral*; c'est, selon lui, un élément de gravité sociale ayant une efficacité propre et bien distincte de la gravité du mal *matériel* et de la gravité du mal qu'il appelle *mixte*, c'est-à-dire de l'alarme plus ou moins grande des citoyens. En un mot, il pose le *devoir moral* comme critérium indépendant du *devoir juridique* et du *devoir social*; et, par conséquent, au calcul de la *moralité extérieure*, il substitue le calcul de la *moralité intérieure*.

Le droit pénal, n'ayant d'autre base légitime que la protection du droit, ne peut pas se convertir en un instrument de la sanctification de l'âme. On ne punit pas la violation du *devoir moral*, mais la violation du *devoir juridique*, c'est-à-dire l'offense du *droit*; or, ils diffèrent l'un de l'autre : 1° en ce que à tout *devoir* ne correspond pas un *droit exigible*; 2° en ce que à la sainteté du *devoir* ne correspond pas toujours une *importance égale* du maintien du droit. Le *mal moral* du délit, que Rossi voudrait faire entrer en compte, ne trouble l'ordre *extérieur* que quand une augmentation de dommage *immédiat* ou *médiat* y répond. C'est pourquoi le troisième élément, auquel se réduit toute la nouveauté de ce système, quand il n'est pas faux, est inutile.

§ 184.

La formule de Rossi a ensuite le défaut d'être vague. En effet, si l'on admet que les délits doivent se mesurer d'après l'importance du *devoir moral* violé, quelle sera la règle pour mesurer cette *importance* du *devoir*? Le problème est résolu par un problème dans une matière où la science doit laisser le moins possible aux oscillations de l'arbitraire humain.

§ 185.

On peut trouver un criterium moral constant pour dire que certaines actions sont *mauvaises*; mais, de criterium *purement moral*, qui soit universel et constant pour dire qu'une action est *plus* mauvaise qu'une autre, il n'y en a pas.

§ 186.

Et il ne suffit pas de répondre, comme l'a fait Rossi, que le criterium pour mesurer l'importance relative des différents *devoirs* est dans la *sensibilité morale*, et qu'il se révèle au moyen de la *conscience universelle*. En effet, même en admettant dans le sens moral de la majorité des hommes un accord, une constance capables de fonder l'unité de la conscience universelle, il restera toujours ce mystère : comment la conscience universelle peut se révéler avec certitude au législateur? Et, à moins que la mesure des délits ne se détermine dans un congrès universel, il résultera toujours de là que le législateur substituera sa conscience *propre*, fille de ses habitudes, de son état, de ses penchants, de ses affections, à la conscience *universelle*, mettant l'une à la place de l'autre¹.

1. Une réfutation concluante du système de Rossi se trouve dans Thiercelin (*Principes du droit*, p. 298-299), et dans Tissot (*Le droit pénal étudié dans ses principes*, 1, p. 106). Ce dernier reproduit les arguments énergiques de Rotteck contre la fatale tendance à subordonner la justice pénale aux principes de la morale qui ne peut être ici qu'un principe *négalif*. Une nouvelle réfutation de la dangereuse doctrine de Rossi a été faite par Franck (*Philosophie du droit pénal*, p. 103). Déjà Barbacovi (*De mensura poenarum*; Trente, 1810, p. 34) avait condamné la doctrine de ceux qui voulaient trouver, dans la méchanceté plus grande de l'agent, une raison d'augmenter la quantité du délit : il faut remarquer que ce système a le double défaut d'attribuer à l'homme le rôle de la divinité et d'ouvrir à l'arbitraire un champ sans limites. Le dol et la violation du *devoir moral* n'aggravent pas le délit tant qu'on les considère au seul point de vue de la *moralité intérieure*; ils l'aggravent quand il en résulte une modification de la *moralité extérieure*, en tant que

la force objective du délit s'en accroit : et alors la considération de cette force rentre dans la considération du dommage médiat.

§ 187.

Le seul critérium acceptable pour la mesure de la quantité des délits est celui du *dommage* ; formule qui remonte à Platon, formule *exacte* et *rationnelle* : le dommage immédiat (c'est-à-dire la force *objective physique* du délit) et le dommage médiat (c'est-à-dire la force *objective morale* du délit) combinés ensemble.

§ 188.

Formule *exacte* plus qu'aucune autre, car le *dommage* ne procède pas d'éléments abstraits ou purement intellectuels sur lesquels peuvent se produire, dans l'appréciation des hommes, des divergences et des contradictions : le *dommage* s'exprime avec une précision matérielle en face de laquelle la spéculation disparaît, et qui, du moins dans certaines limites, oblige les esprits à une concorde qui repousse l'arbitraire¹.

1. Une objection spéciale contre la formule du dommage a été faite par Henke et répétée par Jonge (*De delictis contra rempublicam admissis*, II, p. 256) : ces auteurs font remarquer que, si le dommage était la mesure des délits, certains faits entachés de faute qui causeraient un dommage très-considérable devraient être punis plus sévèrement que des faits dolosifs causant un dommage moindre. L'objection ne porte pas, car elle montre : 1° qu'on n'a pas compris que dans la formule de *dommage* est aussi renfermée la considération du *dommage médiat* ; 2° qu'on a oublié la théorie du *degré*, qui fait descendre indéfiniment l'imputation des délits indépendamment de leur quantité ; or, la faute (§ 265) se réfère précisément à la doctrine du degré.

§ 189.

La gravité du dommage immédiat se calcule, selon Carmignani, sur ces trois données positives : 1° la plus ou moins grande *importance du bien* enlevé par le délit ; 2° la plus ou

moins grande *réparabilité* du mal ; 3° la plus ou moins grande *diffusibilité* de ce mal. Ce troisième élément vient joindre, dans le calcul du dommage immédiat, la considération de sa *potentialité* à celle de son *effectivité*.

§ 190.

Formule *rationnelle*. En effet, si la loi naturelle a donné à l'homme autorité sur l'homme, ce n'est pas pour que la justice s'accomplisse dans tous ses préceptes, ni seulement pour la correction du coupable, ni pour que le méchant expie sa méchanceté, et encore moins pour que l'homme soit vengé ; l'exercice de la justice est délégué à l'homme sur l'homme par une *nécessité naturelle*, afin que la loi de l'ordre soit armée d'une sanction *prompte et sensible*, et que l'humanité soit défendue contre les maux dont elle serait victime si les mauvaises actions restaient sans répression.

§ 191.

Si donc la défense de l'humanité est, non pas ce qui *crée* la raison de justice, mais ce qui légitime l'exercice de la justice par la main de l'homme, il est facile de voir que l'énergie de la répression, ou autrement de la défense, doit être en rapport avec les maux causés par les offenses, et que, par conséquent, la gravité relative de celles-ci doit se mesurer sur la gravité relative de ceux-là.

§ 192.

Mais la formule générique de *dommage social* demande, dans son application, que l'on considère, outre le *dommage immédiat*, le *dommage médiat*. Ainsi, dans cette formule, on tient compte tant de l'offense à la *sûreté* que de l'offense au *sentiment de la sûreté*. La considération du *dommage médiat* ne pourrait pas se prendre comme règle

unique ou principale de la mesure des délits, parce que l'augmentation du dommage *médiat* par suite des *formes* accidentelles qu'a revêtues l'exécution du délit peut se répéter dans chaque fait avec une influence différente. C'est pourquoi elle peut servir de criterium accessoire ou subalterne, mais non pas de principal instrument pour mesurer la quantité.

§ 193.

La quantité relative des différents délits doit donc se mesurer sur le *dommage immédiat*, c'est-à-dire sur la *force physique* objective de chaque délit.

§ 194.

A dommage immédiat *égal*, la quantité relative des délits se modifie selon le *dommage médiat*, c'est-à-dire selon la *force morale objective* du délit, laquelle, comme nous l'avons vu (§ 121), est le résultat de la force physique du délit et de sa force morale subjective.

§ 195.

D'ordinaire, le *dommage médiat* sera proportionnel au dommage *immédiat*, car on craint d'autant plus la perte d'un bien (et par conséquent on éprouve d'autant plus de crainte en le voyant enlever aux autres par des moyens injustes) que le bien menacé est plus *important*. Mais les circonstances qui accompagnent un délit peuvent être cause de l'augmentation du dommage *médiat*, même sans modification du dommage *immédiat*.

§ 196.

C'est de cette façon que la considération du *dommage médiat* vient donner aussi à l'élément du *dol* l'influence convenable sur la quantité du délit, sans attribuer à cet

élément une puissance absolue qui confondrait la notion du péché avec celle du délit. D'où il suit qu'il était absurde de reprocher à la formule du dommage d'oublier la moralité de l'action.

§ 197.

Le *dol* considéré en lui-même, comme fait purement intérieur, ne pourrait pas influencer sur la quantité sociale du délit, car, au moyen du pouvoir pénal, l'autorité n'exerce pas le contrôle de la moralité intérieure, mais seulement de la moralité extérieure.

§ 198.

On ne peut donc, en mesurant les délits, tenir compte du *dol* qu'autant qu'il influe sur la *moralité extérieure* de l'acte. Or, la moralité extérieure d'un acte criminel se modifie précisément suivant l'augmentation ou la diminution du *dommage médiat*, ou, en d'autres termes, selon que le fait criminel a ébranlé plus ou moins, dans l'âme des citoyens, le *sentiment de la sûreté*.

§ 199.

Une lésion des droits d'autrui n'augmente pas de gravité pour être commise avec plus de froideur et de malice, à moins que la méchanceté plus grande du dessein n'engendre chez les citoyens une alarme plus vive, et n'augmente, par conséquent, le *dommage médiat*.

§ 200.

Si, dans un fait donné, l'augmentation du *dol* ou de la malice n'influe nullement sur le dommage *réfléchi*, ou s'il en résultait plus de *force morale subjective* sans un accroissement proportionnel de la *force morale objective*, ce

serait une erreur que d'en déduire une aggravation de ce délit. Comme à la modification intérieure ne répond pas une modification extérieure, en la prenant en considération, l'autorité sociale excéderait les bornes de son pouvoir.

§ 201.

Il y a aussi, pour l'évaluation du *dommage médiat*, un critérium reposant sur des données *positives*. Les éléments qui, entre deux délits de dommage *immédiat* égal, augmentent la gravité relative à raison de l'accroissement du *dommage médiat*, sont : 1^o la *violation de plusieurs droits* produite par l'acte criminel¹ malgré l'identité de résultat matériel; 2^o la *diminution de l'efficacité de la défense privée*.

1. La violation de plusieurs droits peut produire une augmentation du dommage *immédiat*, ou une augmentation du dommage *médiat* seulement. Cela tient à ce que tous les droits de l'homme ne sont pas protégés par la loi pénale : il en est (§§ 168 et 169) dont la violation ne constitue pas un *délit*. Or, le criminaliste ne trouve pas de dommage *immédiat* formant un élément, un critérium de délit, dans une offense au droit qui n'est pas un délit : en effet, il serait contradictoire que la violation, par exemple, du devoir de la reconnaissance, ou de la piété filiale, ou de l'amitié, qui *par elle-même* ne présente pas un dommage *immédiat* capable de constituer le délit, fût considérée comme élément de criminalité quand elle est *accessoire*. C'est pourquoi la violation de ces droits qui, pris séparément, ne sont pas protégés par la loi pénale, ne peut entrer dans le calcul de la quantité criminelle que comme critérium de dommage *médiat*; la violation principale qui constitue le délit, cause en effet un dommage *médiat* plus grand quand elle est accompagnée de la violation accessoire d'un autre droit, qui *par elle-même* ne serait pas un délit. Ainsi, si l'on commet un vol avec *bris de clôture*, comme le *bris de clôture* est quelquefois par lui-même un délit, la lésion accessoire de ce droit augmentera non-seulement le dommage *médiat*, mais encore le dommage *immédiat*. Au contraire, si l'on commet un meurtre avec simulation d'amitié, comme les offenses aux droits de l'amitié ne constituent pas de délit, on ne peut pas trouver dans cet accessoire une augmentation de délit, on ne peut pas trouver dans cet accessoire une augmentation de dommage *immédiat*, mais il faut le compter comme un accroissement du dommage *médiat*, puisqu'il produit une augmentation de la force morale objective du délit.

§ 202.

Il est clair que dans deux délits dont les résultats sont matériellement égaux, l'alarme des bons citoyens sera d'autant plus grande que le coupable aura violé plus de droits pour atteindre son but¹, et que les conditions du méfait feront plus vivement sentir que les précautions du particulier étaient impuissantes à l'en garantir.

1. A la violation accessoire de plusieurs droits ne correspond pas toujours un *résultat matériel* plus grave, et en pareil cas il faut chercher dans l'augmentation du dommage *médiat* la raison de l'augmentation de la quantité. Soit un vol commis avec effraction : il y a une augmentation de dommage résultant du bris de la porte, mais ce critérium serait malheureux si on devait le considérer sous le seul rapport de sa matérialité. L'augmentation considérable de la quantité du vol par suite de cette circonstance ne résulte pas du dommage matériel du dégât de la porte, mais de la violation du domicile et de la diminution de l'efficacité de la défense privée. Dans le vol proprement dit, comparé avec le vol improprement dit, la différence de quantité ne vient pas du dommage matériel, qui peut s'élever au même chiffre, mais de ce qu'il y a, dans le premier cas, violation du droit de propriété et du droit de possession, dans le second violation du droit de propriété seulement, et de ce qu'il est plus facile au propriétaire soigneux de défendre efficacement son bien contre le second méfait que contre le premier. Qu'on répète autant de fois qu'on le voudra les applications, on trouvera toujours que les variations du *dommage médiat* malgré l'identité du dommage *immédiat* correspondent aux deux critères que j'ai établis. Chaque pas que nous ferons dans l'étude des délits spéciaux montrera la vérité de notre formule.

§ 203.

C'est uniquement sur cette seconde considération que repose le principe qui donne au *degré du dol* une influence sur la gravité sociale du délit, et la raison de regarder comme plus grave le délit commis avec un *dol réfléchi*. Ce *dol*, en effet, engendre plus d'alarme, précisément parce qu'il est plus *difficile* à la diligence des *particuliers* de se défendre contre un méchant qui a préparé et mûri ses desseins. Ce n'est pas l'augmentation du mal moral,

mais l'augmentation du danger social qui permet d'imputer *socialement* davantage le dol réfléchi.

§ 204.

Voilà la raison qui donne aussi une influence sur la gravité relative des délits à la considération des différentes *causes* qui ont poussé à les commettre, et des différents *moyens* employés pour les consommer.

§ 205.

A ces deux éléments se réduit toute la théorie des circonstances aggravantes ou *qualificatives* dans les délits spéciaux.

§ 206.

L'influence du *dommage médiat* dans le calcul de la quantité des délits est telle, que souvent elle modifie la proportion tirée du *dommage immédiat*. C'est ainsi qu'un délit qui produit moins de dommage matériel qu'un autre délit, et qui d'ordinaire a une gravité moindre, peut, par suite des circonstances dont il est accompagné dans un cas donné, présenter une telle supériorité de *dommage médiat*, qu'il surpassera la quantité sociale de l'autre délit resté dans les conditions ordinaires¹.

1. De ce principe découlent deux conséquences. La première est que dans notre système viennent se fondre les deux formules de Rossi et de Romagnosi, que nous repoussons en tant qu'on veut les poser comme absolues et fondamentales, mais que nous acceptons en tant qu'elles peuvent passer dans la formule du *dommage médiat*. Ainsi nous considérons la violation d'un *devoir* ultérieur comme une raison d'augmentation de la quantité du délit, quand la lésion de plusieurs droits cause une augmentation de l'alarme publique (comme dans le parricide); et nous tenons compte, nous aussi, de l'impulsion criminelle, quand elle diminue l'efficacité de la défense privée (comme dans l'homicide à fin de vol, *tatrocínio*). La seconde conséquence est que dans tout délit doit se rencontrer une *quantité naturelle*, représentée par le *dommage immédiat*, et une *quantité sociale*, représentée par le *dommage médiat*, comme

je le montrerai amplement dans la *partie spéciale*. C'est ainsi qu'il se fait que, dans notre système, la formule *quantité sociale* a deux significations: l'une plus large et générale, qui indique le dernier résultat de la quantité dans les délits (c'est en ce sens que je l'emploie dans la *partie générale*); l'autre plus restreinte, et qui oppose la *quantité sociale* proprement dite à la *quantité naturelle* du délit. Dans ce second sens (c'est celui que j'adopterai dans la *partie spéciale*), la *quantité sociale* exprime le résultat du *dommage médiat*, et la *quantité naturelle* le résultat du *dommage immédiat*. Dans le sens général, elle exprime la somme de ces deux éléments.

CHAPITRE VII

CRITERIUM DU DEGRÉ DANS LE DÉLIT

§ 207.

De ce qui précède, il résulte que la *quantité* du délit se mesure d'après le criterium combiné de la *force physique* et de la *force morale* du délit considérées toutes deux dans leurs *résultats* du *dommage immédiat* et du *dommage médiat*, c'est-à-dire *objectivement*. Le *degré* du délit se tire du criterium de la *force physique* et de la *force morale* du délit considérées principalement dans leurs *éléments*, c'est-à-dire *subjectivement*. Dans la recherche de la quantité, on étudie le fait considéré abstractivement dans son espèce. Dans la recherche du degré, on examine un fait dans les accidents exceptionnels de son être concret, dans l'*individualité* criminelle en laquelle il se réalise. En suivant cette méthode, on réunit dans une seule étude les causes d'*excuse* et les causes de *non-imputabilité*, car, bien qu'elles aient des résultats distincts, elles tiennent à des principes identiques ou analogues dont on simplifie ainsi l'examen.

§ 208.

Quand l'*élément moral* du délit (que nous avons trouvé

dans le concours de l'intelligence et de la volonté) sera, dans un certain fait, moindre qu'à l'ordinaire, soit que l'intelligence manquât à l'agent ou qu'elle fût moins active, soit que sa volonté fût absente ou moins spontanée, nous aurons une dégradation du délit dans sa *force morale*.

§ 209.

Quand l'élément *physique*, qui consiste dans les actes d'exécution du délit, se trouvera, dans un certain fait, moindre qu'à l'ordinaire, soit parce que les *moments physiques* de l'action ont manqué en partie, ou sont demeurés impuissants à produire l'effet voulu, soit parce qu'on ne peut pas les attribuer tous à un seul individu, nous aurons une dégradation du délit dans sa *force physique*.

§ 210.

Ces notions générales s'éclairciront dans l'application. Il faut seulement remarquer, comme règle générale commune à toutes les circonstances qui détruisent ou atténuent l'imputation¹, que, si la loi doit édicter ses dispositions sous forme de présomption, il n'appartient qu'au magistrat d'en reconnaître la réalisation dans les cas particuliers, car l'homme doit être condamné selon la *vérité*, et non pas selon les *présomptions*.

1. Quelques médecins aliénistes contemporains de grande réputation continuent à censurer la formule de *degré* et de *dégradation d'imputation*. L'imputabilité, disent-ils, ne peut pas avoir de *degrés*. L'homme est imputable ou ne l'est pas à raison des faits dont il est la cause. Il ne peut pas être imputable pour moitié. Selon cette école, toutes les causes qui nous font dire qu'on doit dégrader l'imputation ne sont que des causes d'*atténuation de la peine*. De cette façon, non-seulement on prend le contre-pied de la doctrine la plus universelle, qui dans tous les temps a reconnu des degrés dans le dol et dans la faute, mais en outre on détruit par la base ce qui est regardé communément comme le plus remarquable progrès de la science pénale moderne, je veux dire la distinction entre l'*imputation* et la *peine*, et toute la théorie de l'imputa-

bilité. Mais cette opinion n'est ni juste ni acceptable, et pour plusieurs raisons :

1° D'abord, il est rare qu'on soit dans la vérité quand on veut adapter le *pur absolu* aux actes de l'homme, qui vit et agit au milieu d'un monde de *composés*, tant dans la matière que dans l'espace et dans le temps. Il est bien vrai que l'idée abstraite d'imputabilité, considérée comme une *résultante*, marque un point mathématique non susceptible de division. Mais cette résultante se compose d'éléments multiples et divisibles qu'elle renferme nécessairement : elle se compose, en effet, du libre arbitre et de l'intelligence. La liberté considérée comme puissance sera de même indivisible, et de même l'intelligence quand on la regarde aussi comme pure puissance. Mais quand on considère la liberté dans le moment où elle se manifeste et devient *détermination (arbitrio)*, celle-ci est certainement susceptible de plus ou de moins, selon que la monade potentiellement libre subit, dans le moment où elle produit sa détermination, la pression d'un nombre plus ou moins grand de forces intérieures ou extérieures, qui la contraignent à se déterminer d'une façon plutôt que d'une autre. Pareillement l'intelligence est indivisible tant qu'on la considère comme puissance, car l'homme est intelligent ou ne l'est pas. Mais quand cette puissance vient à se manifester, à se changer en *compréhension (intellecto)*, celle-ci devient susceptible de plus ou de moins, selon les causes intérieures ou extérieures qui en troublent plus ou moins les opérations. Tant que la puissance reste en elle-même, elle est une, elle existe ou n'existe pas. Mais quand elle entre en contact avec les objets extérieurs et se convertit en acte, elle subit le plus ou le moins auquel la condamne son rapport avec les objets individuels. C'est ainsi encore que la vie, considérée en elle-même, n'est pas divisible, car l'homme ne peut être que vivant ou mort ; mais pourtant on dit tous les jours sans inexactitude que notre vie va en décroissant, et que dans un être il y a plus de vie que dans un autre. Et quand on calcule la valeur comparative de deux vies, on trouve une différence en plus ou en moins.

2° Il sera donc, si l'on veut, inexact de parler de *degré* et de *dégradation* par rapport à l'imputabilité considérée comme puissance. Mais quand la science ou la pratique établit ou applique un criterium pour mesurer un délit, elle ne juge pas une puissance abstraite, elle juge cette puissance au moment où, se convertissant en acte, elle a subi les rapports des objets extérieurs qui l'ont plus ou moins limitée dans son exercice. En un mot, on peut trouver inexacte la formule employée par quelques Codes où il est question de causes qui *diminuent l'imputabilité*, mais il n'y a point d'inexactitude dans la formule posée par la science quand elle décrit les causes qui *diminuent l'imputation*. Le jugement qu'on porte sur l'*imputation* d'un fait concret ne peut pas ne pas subir l'influence toujours variable des circonstances de ce fait. Le mot *imputabilité* est resté le même, mais cette expression adjectivale se trouve alors avoir changé d'objet, et ce changement, quoiqu'on ne le marque

pas toujours avec précision, est substantiellement vrai. On ne dit pas que l'homme, considéré en lui-même, est plus ou moins imputable, on dit que tel fait est plus ou moins imputable à l'homme, et par conséquent on ne parle pas de l'imputabilité abstraite de l'homme (laquelle existe ou n'existe pas), mais de l'imputabilité du fait. On arrive en effet au jugement pratique, à l'imputation, qui, ayant par sa nature un objet qui change, doit se modifier elle-même suivant les circonstances.

3° D'autre part, si à la formule de *degré d'imputation* on substitue seulement la formule de *degré de la peine* pour exprimer toutes les causes par lesquelles, en dernier résultat, on arrive à punir moins, il devient impossible de rendre raison de toute la série des causes que l'école moderne considère comme dégradant l'imputation. Quand vous dégradez la peine par des raisons inhérentes à la peine même, mais indépendantes des formes subjectives du délit, vous trouvez facilement dans les conditions mêmes de la peine la raison d'être de la dégradation. Vous l'attribuez à raison d'infirmités survenues, à raison du temps écoulé, ou de l'aveu spontané, ou du paiement volontaire d'une indemnité, ou de l'amendement du coupable, etc.; et jusqu'ici vous trouvez la raison de la dégradation sans sortir du cercle des forces constitutives de la peine. Mais quand vous voulez diminuer la peine du mineur, de l'homme ivre, du faible d'esprit, de celui qui a agi sous l'empire d'un violent trouble de l'âme, vous ne pouvez donner de l'abaissement de la peine qu'une raison empirique, si vous ne faites remonter jusqu'à l'imputation la cause de dégradation. Dans ces circonstances, les forces objectives du délit restent les mêmes: vous avez un homme tué, soit quand l'homicide est le fait d'un adulte qui a agi avec pleine réflexion, soit quand il est commis par un mineur ou par une personne qui se trouvait dans la plus grande perturbation d'esprit par suite d'une violente irritation ou d'une vive douleur. Par rapport à ce coupable, les forces de la peine restent les mêmes. Pourquoi donc dégradez-vous la peine? Ce pourquoi, vous ne pouvez pas y répondre, à moins que vous ne disiez: Je diminue la peine à bon droit, parce que l'imputation doit être diminuée; et si elle doit l'être, c'est que la force morale subjective de ce délit, c'est-à-dire l'élément qui permet de l'imputer à celui qui en a été la cause, se trouve à un degré moindre, soit parce que la sphère de la volonté était plus restreinte, soit parce que les fonctions de l'intelligence étaient troublées chez la personne à qui je dois imputer ce fait. Supprimez la doctrine de la dégradation d'imputation, et vous vous trouverez dans l'impossibilité de rendre raison d'une diminution de peine en faveur du mineur, de l'homme en colère ou ivre, etc., et la logique inexorable vous ramènera aux anciens statuts qui punissaient également de mort l'enfant de 14 ans et l'adulte. Si vous posez comme règle absolue que l'imputabilité du fait à l'agent ne peut être que totale ou nulle, il ne vous est plus possible, dans des cas de ce genre, de trouver une raison plausible de mitiger la peine, et vous sanctionnez une doctrine qui répugne au sens moral. Entre la volonté intrépide et tenace

d'un Mucius Scévola qui se brûle la main avec la plus constante fermeté, et la volonté de celui qui dans un cas pressant saisit précipitamment un charbon ardent, il y aura peut-être identité de résultat, ces deux actes seront sans doute imputables à leurs auteurs, mais le sens moral ne consentira jamais à leur attribuer le même degré d'imputation. Celui qui a dépassé les bornes de la défense et tué l'agresseur est responsable d'un homicide, comme est responsable d'homicide l'agresseur qui a tué sa victime avec préméditation et guet-apens. Tous deux sont responsables, et vous les punissez également. Est-ce par suite d'indulgence? Non, cela est rigoureusement juste. Et pourquoi est-ce juste? Parce que, si l'imputabilité des deux agents considérée comme puissance est nécessairement identique, l'imputabilité du fait à ses auteurs respectifs est diverse; et cela par la raison que l'homicide commis par l'agresseur est imputable *entièrement, exclusivement* à sa volonté coupable, au lieu que l'homicide commis par la personne attaquée est en grande partie imputable à des circonstances indépendantes d'elle qui l'y ont poussée malgré elle. Voilà la différence qui résulte du changement d'objet de l'expression *imputabilité*. Cette idée rectifiée, l'objection s'évanouit. Ce n'est pas que nous imaginions l'homme imputable par tiers ou par quarts. Étant donnée l'imputabilité de l'agent, le fait lui est imputé *tout entier*, mais tel qu'il est. Or, comme le fait juridique appelé *délit*, dans le cas de diminution de la force morale objective qui en est un des éléments constitutifs, offre quelque chose de *moindre*, la justice veut qu'on l'impute moins à son auteur; c'est pourquoi je dis *dégradation du délit* plutôt que dégradation de l'imputation. A la formule de notre maître on pourra donc reprocher une figure de rhétorique, mais non une erreur scientifique ni une absurdité philosophique.

CHAPITRE VIII

DU DEGRÉ DU DÉLIT DANS SA FORCE MORALE

§ 211.

La *force morale* subjective du délit se compose de tous les moments qui constituent l'*acte intérieur*, depuis la première *perception* de l'idée jusqu'à la dernière *détermination* volitive. Pour qu'il y ait dans un délit la plénitude de la force morale, il faut qu'aux deux moments de la *percep-*

tion et du jugement l'agent ait eu la lumière de l'intelligence, et qu'aux deux moments postérieurs du désir et de la détermination, il ait joui de la plénitude de sa liberté. Si le secours de l'intelligence a été amoindri ou a fait défaut, on diminue ou on ne fait pas l'imputation; et de même elle se diminue ou elle ne se fait pas si l'exercice de la liberté a été restreint ou empêché. De là la subdivision du degré, sous le rapport de la force morale subjective du délit, selon que la dégradation dérive de l'état de l'intelligence ou de l'état de la liberté chez l'agent.

ARTICLE PREMIER

DU DEGRÉ PAR RAPPORT A L'INTELLIGENCE DE L'AGENT

§ 212.

Le concours de l'intelligence de l'agent peut, en fait, être diminué ou annulé tant par des causes physiques que par des causes morales.

§ 213.

Par des causes physiques ou physiologiques quand le manque de force intellectuelle provient d'un défaut ou d'une altération de l'organisme corporel. Par des causes morales ou idéologiques quand, malgré la perfection habituelle des sens et la plénitude de l'intelligence, celle-ci, à un moment donné, a subi une défaillance, parce que les idées de l'agent quant aux rapports de l'action ont dévié de la rectitude de l'ordre logique, ce qui a produit l'infraction à la loi.

Causes physiologiques.

§ 214.

Les causes physiologiques qui peuvent affliger l'intelligence, et qu'on doit, par conséquent, examiner afin de dé-

terminer si et quand elles influent sur l'imputation, se réduisent aux suivantes : 1° l'âge; 2° le sexe; 3° le sommeil; 4° la surdituté; 5° la folie.

1° Age.

§ 215.

Pour savoir quand et comment l'âge modifie l'imputation à raison de l'état de l'intelligence de l'agent, il faut combiner les principes de la science avec l'observation des phénomènes de la nature humaine. Les premiers nous enseignent que l'homme ne peut être responsable de ses actions que quand il est capable de discerner le bien du mal. Les autres nous montrent que l'intelligence de l'homme, bien que dès le moment de la naissance elle ait parfaitement la puissance de se développer, n'arrive pourtant que par degrés à remplir effectivement tout son office¹.

1. Voyez Fraser, *Dissert. an et quatenus in criminibus imputandis aetatis delinquentium habenda sit ratio.* — Swinderen, *De jure penale hodierno circa minores, Groningæ* 1835. — Nicolini, *Questioni di diritto, quest. 11.* — Engelkens, *De imputatione propter aetatis defectum cessante.* — Stryckius, *De penis impuberum (in ejus dissertationibus, IV, dissert. 22).* — Schultz, *De delictis puerorum.* — Platner, *De venia aetatis.* — Moller, *De eo quod justum est circa varias hominis aetates.* — Kitka, *Della imputabilità criminale dei giovanetti,* dans les *Scritti germanici* publiés par Mori, II, p. 77; et parmi les anciens auteurs Narbona *De aetate,* et Baronius, *De effectibus minoris aetatis circa judicialia.*

§ 216.

Trois divergences radicales existent entre les auteurs au sujet de l'âge considéré comme cause de diminution de l'imputation. On débat en effet : 1° si c'est par des raisons d'utilité sociale ou par des raisons de justice que l'âge doit avoir cette influence; 2° si c'est à cause de la relation qu'il a avec l'intelligence, ou de l'influence qu'il

exerce sur la *liberté*, qu'il doit être rangé parmi les dégradantes; 3° s'il faut ou non admettre, dans la vie de l'homme, une période d'*irresponsabilité absolue* qui mette l'agent à l'abri de toute poursuite, par une présomption *iuris et de jure*¹. Bien que les deux premières questions paraissent purement spéculatives, elles influent essentiellement sur la solution de la troisième, et sur toute l'économie pratique de cette excusante. Si l'on tranche la première question dans le sens du principe *politique*, la troisième doit se résoudre affirmativement; elle se résoudra négativement si l'on regarde l'âge au seul point de vue de la *justice*. Si dans la seconde on fait prévaloir la considération de la fougue de la jeunesse qui rend la volonté plus irréfléchie, l'âge sera simplement une cause de *dégradation*; que si l'on préfère y voir une circonstance qui rend l'intelligence insuffisante, on y trouvera une *dirimante*. Enfin la troisième question a un rôle décisif dans l'application pratique.

1. Les auteurs qui soutiennent ces diverses opinions, ainsi que leurs arguments, sont énumérés par Ellemet, *De minore etate*.

§ 217.

La divergence sur la troisième question ne se renferme pas dans l'école; on la rencontre dans les différentes législations modernes. Admet-on que dans la vie humaine il doit y avoir une période d'*irresponsabilité absolue* en vertu d'une présomption de la loi, l'auteur du fait, s'il se trouve dans cette période, ne peut pas être traduit en jugement, quelque précocité de malice qu'il ait montrée. C'est le principe dont se sont inspirés plusieurs codes contemporains¹. Rejette-t-on au contraire cette période, l'auteur du fait, quelle que soit sa jeunesse, doit être accusé, et soumis à une répression quand il est reconnu capable de dol.

1. Plus jaloux de la défense du droit, le code français (art. 66) et le code sarde (art. 88) ne reconnaissent pas d'époque d'*irresponsabilité absolue*. Même dans la première période de la vie, que le code français limite à 16 ans et le code sarde à 14, ils admettent qu'on peut être capable de dol, et soumettent indistinctement l'auteur du fait au procès criminel, et puis à la condamnation si le juge, dans sa conscience, déclare que l'accusé a agi avec *discernement*. Le code prussien du 1^{er} juillet 1851 conserve la disposition française, et elle a été imitée par le code portugais de 1852, par les codes du Brésil, des îles Ioniennes et de Neuchâtel, enfin par le code belge de 1867. Ces lois n'admettent pas de question de discernement pour l'agent qui a dépassé la 16^e (ou la 14^e) année, mais elles ne reconnaissent pas à l'inverse une période antérieure d'*irresponsabilité absolue*. Au contraire, les lois anglaises, les codes de Bavière, du Tessin, de Naples, de Bade, d'Espagne, de Toscane, le projet du code portugais etc., fixent un temps plus ou moins long d'*irresponsabilité absolue*. Le système français fut âprement censuré par Haus, *Observations sur le projet de révision du Code pénal*, vol. 1, p. 213-214, avec une solidité d'arguments à ne pas laisser subsister de doute. Traduire en justice et soumettre à la recherche du discernement un enfant chez qui le discernement est impossible, c'est exposer la justice publique à ce qu'un juge trop zélé trouve le discernement chez un enfant de deux ans; c'est là un anachronisme dans ces temps de lumières et de civilisation. Rossi s'est aussi élevé contre ce scandale. Lorsqu'on discuta en France la loi du 28 avril 1832 pour la réforme du Code pénal, il fut proposé à la Chambre des pairs que le jugement des mineurs de 7 ans eût lieu à huis clos et sans la présence de l'accusé: c'est la justice rougissant de ses actes! L'article resta tel qu'il était, et le code sarde l'a reproduit purement et simplement.

§ 218.

Dans ce conflit, nous pensons qu'il est plus exact de référer l'âge aux causes de dégradation qui dépendent de l'*intelligence*, et nous exposerons la doctrine qui a prévalu en Toscane, selon laquelle l'âge se divise, au point de vue de la pénalité, en *quatre périodes*. Les rapports véritables des choses sont, pour l'intelligence de l'enfant, environnés d'un nuage qui ne se dissipe que lentement avec le progrès des années, et grâce au secours de l'instruction et de l'expérience. Suivant cet accroissement progressif de la lumière intellectuelle de l'homme doit se produire et s'accroître l'imputation de ses actes. C'est pourquoi les diffé-

rentes périodes ne peuvent pas s'exprimer scientifiquement par un criterium *numérique*, ni par une dénomination prise d'un *fait matériel*, mais au moyen d'un criterium exclusivement juridique. Ainsi je dirais : 1^{re} période, — *irresponsabilité absolue*; 2^e période, — *responsabilité conditionnelle* et moins pleine; 3^e période, — *responsabilité pleine*; 4^e période, — *responsabilité modifiable dans ses résultats*. Les principes qui délimitent ces quatre périodes peuvent être absolus, mais la *mesure* concrète de leur délimitation ne peut être que relative, et c'est pour cela qu'on ne peut pas conduire cette théorie jusqu'à la formule définitive de son application pratique sans se référer à un certain droit constitué.

§ 219.

1^{re} Période. — *Enfance* (de la naissance à l'âge de 7 ans) et *impuberté très-voisine de l'enfance* (de 7 à 12 ans)¹. Dans les deux parties de cette première période, point d'imputabilité par rapport à la loi civile, présomption *juris et de jure* qu'il n'y a pas chez l'agent discernement suffisant pour encourir les censures de la justice.

1. Les législations mêmes qui admettent l'*irresponsabilité absolue* pendant une période de la vie humaine sont ensuite en désaccord quand il s'agit de déterminer le point où devra cesser cette période. Le statut de Lucques de l'an 1538, liv. iv, ch. 58, limitait la période de l'*irresponsabilité* à 10 ans et demi. Les lois anglaises, le code du Pérou et le code de Bolivie la limitent à 7 ans; le code bavarois à 8 ans; le code napolitain, le code de Malte et le code espagnol à 9 ans. Le code du Tessin de 1872, art. 49, le règlement de Grégoire XVI (art. 27), le code de Saint-Marin, et le nouveau projet du code portugais l'étendent jusqu'à la dixième année. Le code badois (§ 78), le code toscan de 1853 (art. 36) et le code de Zurich de 1871 (§ 45) portent la période d'*irresponsabilité* jusqu'à 12 ans; le code du Valais (art. 89), le code de Vaud (art. 51), le code de Fribourg (art. 52), et le code des Grisons (§ 45, n° 1), jusqu'à l'âge de 14 ans. On pourrait penser que cette diversité tient à la considération du climat et des méthodes d'éducation des différents pays, mais cela ne concorde pas avec les faits observés. La divergence dépend de ce qu'on a donné plus ou moins d'importance à l'idée que la peine appliquée aux enfants ne répond pas à son but social. Mais

le code toscan se montre ensuite, je ne sais avec quelle logique, plus sévère que le code badois quant à la recherche du discernement.

§ 220.

Quand un homme, dans cette période, montre une méchanceté précoce et un développement d'intelligence extraordinaire, on remédie par les mesures de bon gouvernement aux infractions qu'il vient à commettre.

§ 221.

2^e Période. — *Impuberté très-voisine de la minorité* (de 12 à 14 ans) et *minorité* (de 14 ans à 18 ans accomplis). Présomption *juris tantum* de la capacité de commettre un délit. Aussi l'homme est-il appelé, dans cette période, à rendre compte de ses actions; mais il appartient au juge d'examiner si l'accusé a agi ou non avec un discernement suffisant. S'il ne trouve pas le discernement², il doit absoudre; s'il trouve qu'il y a eu discernement, il doit imputer, mais à un degré moindre que celui que la loi a fixé pour le majeur. C'est pourquoi j'appelle *conditionnelle* ou *moins pleine* cette période de la responsabilité.

1. Mittermaier a critiqué cette formule comme trop vague et indéfinie, et parmi nous beaucoup d'auteurs, s'emparant de sa critique, l'ont répétée pour leur compte. Je comprends qu'il puisse arriver que le mot *discernement* paraisse ambigu et obscur à un Allemand, attendu la diversité du langage, mais il ne me semble pas qu'il en soit ainsi pour nous autres Italiens. *Discernement*, dans le sens général du mot, exprime la puissance de discerner le bien du mal; avoir *agi avec discernement* signifie avoir fait usage de cette puissance dans l'acte particulier dont on est l'auteur. Certainement le code toscan, en y substituant la formule *avoir eu conscience de ses actes*, s'est servi d'expressions métaphysiquement et grammaticalement meilleures. Mais si l'on voulait subtiliser aussi sur l'art. 34 de ce code, on pourrait désirer qu'il eût dit : conscience de la *criminalité de ses actes*, car on peut avoir conscience de ses actes, en connaître l'objectivité matérielle, sans en apprécier ou en comprendre l'objectivité morale et juridique; mais dans le code toscan même, on a fait figurer sans scrupule à l'art. 37 la formule *discernement*, et personne parmi nous n'a jamais demandé que la loi expliquât

aux juges la signification de ce mot. Pour toute personne, même étrangère au droit, il renferme l'idée que l'agent a discerné le bien du mal, et qu'il connaissait toutes les conséquences de ses actes. On a dit que la formule *discernement* est incomplète parce qu'elle ne comprend pas les causes qui peuvent agir sur la liberté. Ce motif est trompeur, car il altère la situation. Ici, à propos de l'impubère, il est question d'*intelligence* et non pas de *liberté*. Si, étant donné le discernement chez l'impubère, certaines causes ont agi sur sa liberté, elles auront pour lui le même effet que pour tout autre; c'est une illusion que de supposer que le législateur, en disant au juge qu'il doit imputer à l'impubère l'action faite avec *discernement*, lui ait ordonné de l'imputer encore quand l'impubère n'a pas été *libre*, alors qu'en pareil cas on ne l'impute pas même au majeur. Ce motif, en droit, n'a donc pas de sens.

§ 222.

La recherche du *discernement* chez l'agent doit être admissible à toutes les époques que renferme cette *seconde période*. C'est seulement à la première époque (*impuberté très-voisine de la minorité*) qu'il faut rendre cette question *obligatoire* pour le juge; à la seconde période (*minorité*), on peut la laisser *facultative*¹.

1. Puccioni (*Commentario al Codice penale Toscano*, art. 37 et 38) voudrait qu'on étendît l'obligation d'examiner la question subsidiaire du discernement. Par une remarquable coïncidence, tandis que le code espagnol de 1848 limite à l'âge de 15 ans (art. 8) la recherche du discernement, Valdeson, dans son commentaire (*Théorie du code espagnol*, p. 69), voudrait que la faculté de déclarer le défaut de discernement fût étendue jusqu'à l'âge de 21 ans.

§ 223.

La raison pour laquelle on admet, à la seconde époque, la recherche du discernement, vient de ce qu'on a remarqué que chez quelques individus, soit par défaut d'instruction, soit par tardiveté naturelle, le développement des facultés intellectuelles se fait plus lentement. Or, on ne peut pas fonder une imputation sur une simple présomption d'intelligence, lorsque, en réalité, l'intelligence se trouve imparfaite.

§ 224.

La raison pour laquelle, à la seconde époque, on diminue toujours l'imputation, est celle-ci : bien que le mineur ait une capacité d'esprit suffisante pour être responsable de ses actes, son esprit n'est pas encore affermi, et il lui manque l'expérience pour bien user de la lumière de la raison, et pour opposer les conseils qu'elle lui donne aux vives suggestions de la passion.

§ 225.

L'excuse tirée de la minorité a toujours plus d'énergie dans les délits causés par l'entraînement des passions, parce que leur véhémence exerce sur la jeunesse, naturellement trop prompte à agir, une coaction psychologique plus puissante. Mais cette dégradante doit être admise, toujours suivant la proportion convenable, dans toute espèce de délits, et c'est une erreur (quoiqu'en aient pensé certains¹ docteurs) de la rejeter à raison de l'*atrocité* du délit. L'excuse a sa raison juridique dans les conditions de la *personne*, et les conditions de la personne ne sont pas changées par les conditions du fait.

1. Behmer, *Novum jus controversum*, observ. 67, § 2. L'opinion rigoureuse qui refusait l'excuse de la minorité dans les délits atroces a été réfutée par Baldus dans son commentaire de la loi 3, *Etsi severior, vers. ex virgis, C. ex quibus causis infam. irroy*. Il est en effet contradictoire, si le mineur trouve une raison d'excuse dans le développement incomplet de son intelligence, que cette raison doive cesser pour lui (et qu'ainsi s'opère le miracle du développement complet de son esprit) à cause de la nature du fait, alors précisément que ce fait l'expose à une imputation qui conduit à la perte de la vie ou à la privation perpétuelle de la liberté, et qui excite davantage à son égard la pitié publique. La pratique allemande a suivi la doctrine plus favorable de Baldus (Colero, *Decisiones Saxonicae*, decis. 162) qui a prévalu, quoique avec inconsistance, dans la pratique italienne : Caballo, *Resolutiones*, cas. 134; Sanfelice, *Decisiones Neapol.*, decis. 57. Le Code pénal sarde a montré de l'indulgence lorsque, dans l'art. 91, il a étendu la cause d'atténuation (limitant celle-ci à un seul degré de peine) à la période qui va

de 18 à 21 ans; mais il a reproduit la vieille restriction des délits atroces, et il a été en cela très-judicieusement critiqué par Cadoni dans son traité *Della colpeabilità e delle cause che la modificano*, Cagliari 1869, p. 55 à 62. C'est ensuite une excessive injustice que l'exception faite par l'art. 91, en vertu de l'art. 533, n° 4, pour maintenir la peine de mort contre le mineur de 21 ans coupable d'avoir commis un homicide par un mouvement instantané d'empirement, quand cet homicide a été le moyen ou la conséquence d'un délit de résistance à la force publique. Du reste on n'a pas manqué de prétendre qu'il est dangereux d'admettre comme excuse la minorité, parce que l'expérience a montré que dans les bandes de malfaiteurs on choisit un mineur pour l'exécution des faits les plus atroces, précisément parce que son âge le garantit de la peine capitale. Mais c'est là une de ces observations charlatanesques par lesquelles les utilitaires s'efforcent de renverser tous les fondements de la justice. Au moyen de la doctrine de l'utilité on démontre aisément qu'il est raisonnable de punir dans certains cas même l'innocent, pour les besoins pressants de la tranquillité publique; et il est alors plus facile de persuader que celui qui est *moins coupable* doit être puni à l'égal de celui qui est *plus* coupable. Ces opinions rencontrent la sympathie de ceux qui nient tout principe pénal absolu, et qui font du droit pénal une *thérapeutique*, ou bien un pur instrument de violence aux mains de l'autorité. Mais la justice ne peut pas baisser la tête devant l'arbitraire qui la méconnaît, et elle veut qu'à toute diminution de force morale subjective chez le délinquant corresponde une diminution d'imputation; que si un vieux scélérat, abusant d'un mineur, s'est servi de lui pour consommer un crime avec moins de danger, c'est une bonne raison pour user de sévérité contre le coupable adulte, mais non pour refuser au jeune homme séduit par les suggestions d'autrui les égards et l'indulgence auxquels il a droit.

§ 226.

3^e Période. — *Majorité* (à partir de 18 ans accomplis). C'est là la période dans laquelle on applique le degré ordinaire de l'imputation selon les conditions particulières du fait. L'intelligence, à cette époque, a atteint sa maturité, et si d'autres circonstances ne lui fournissent quelque cause de diminution de l'imputation, l'agent qui se trouve dans cette période ne peut en attendre aucune des années.

§ 227.

Si la majorité qui, pour les *effets civils*, commence gé-

néralement à 21 ans accomplis, et même dans certains lieux à 25 ans accomplis, est fixée à 18 ans en *matière pénale*, c'est par une raison intuitive : pour comprendre toute l'importance de son devoir vis-à-vis des lois pénales, il suffit d'une capacité moindre, d'une expérience et d'une maturité de réflexion moindres que pour bien administrer ses affaires et pour se garder des ruses des autres dans les contrats.

§ 228.

4^e Période. — *Vieillesse*. La période de la vieillesse et de la décrépitude, que les physiologistes ont diversement déterminée dans la vie humaine, a semblé à quelques criminalistes devoir fournir une *dégradante*¹. Mais c'est là une équivoque.

1. Plusieurs se sont attachés à l'idée qu'on doit certains privilèges à la vieillesse : Struvius, *De juribus et privilegiis senectutis*; Hommel, *De juribus senum singularibus*; Schopffer, *Gerontologia sive De jure senum*. Mais le privilège de commettre impunément des délits est difficile à soutenir, et ce qu'on dit des privilèges dus à l'âge avancé est en opposition directe avec cette proposition qu'il y a chez les vieillards une diminution d'imputabilité. Tissot parle d'une loi chinoise qui exempte de toute peine l'homme qui a dépassé 90 ans; pour être logique, cette loi devrait déclarer qu'à cet âge l'homme est incapable d'exercer aucun emploi, aucune profession, lui interdire de tester, de contracter, et le dépouiller même de la puissance paternelle. Un homme que la loi déclare irresponsable ne peut plus être un citoyen actif.

§ 229.

La vieillesse peut être une raison de diminuer la peine, comme nous le verrons ailleurs, ce qui est bien différent. C'est une inexactitude trop fréquente que de confondre les causes de diminution de l'imputation avec les causes de diminution de la peine. L'identité d'effet sensible a porté beaucoup de personnes à les mêler ensemble, au grand détriment de la clarté scientifique, et même avec danger d'équivoque dans l'application pratique. Qu'on reste fidèle

à l'analyse, et chaque question sera à sa place. Ici l'on étudie les raisons de voir une imputabilité moindre chez l'auteur d'un fait criminel ; on ne cherche ni la quantité du délit *in abstracto*, ni les raisons juridiques ou politiques d'appliquer au fait une pénalité plus ou moins grave.

§ 230.

La vieillesse peut conduire l'homme à l'*imbécillité* ; je dirai même que quand elle se prolonge elle y conduit d'ordinaire insensiblement. Mais dans ce cas la cause de dégradation consistera dans la *démence* et non pas dans les *années*.

§ 231.

L'âge avancé ne peut pas *par lui-même* diminuer la responsabilité des fautes que le vieillard vient à commettre ; au contraire la société a le droit d'exiger de lui, vu son expérience et le refroidissement des passions, un plus grand respect de la loi, et si les années ne lui ont pas enlevé la connaissance du bien et du mal, elles lui imposent peut-être de plus grands devoirs. De plus, sous le rapport du *dommage médiat*, le délit du *vieillard* présente dans sa *force morale objective* une intensité plus grande que le délit du jeune homme en ce qui concerne le mauvais exemple. Le sens moral proclame cette vérité à l'esprit de tous.

§ 232.

La théorie de l'âge en matière de pénalité conduit, dans son application pratique, à trois recherches ultérieures sur la preuve. Ce sont : 1° *comment se prouve l'âge* ; 2° *qui doit le prouver* ; 3° *à quel moment du procès peut-on s'en occuper*¹.

1. Blanche, *deuxième étude*, art. 67, nos 206, 207.

2° Sexe.

§ 233.

Je pense qu'on ne doit pas voir dans le *sexe féminin* une cause de diminution de l'imputation. Le sexe peut être une raison de modifier la peine, eu égard à la sensibilité du coupable et à la décence publique : nous verrons cela ailleurs ; mais de raison de soumettre la femme à une moindre *imputation*, il n'y en a pas¹.

On objecte — 1° que l'intelligence est moindre chez la femme que chez l'homme, et l'on prétend prouver cette infériorité en argumentant des lois civiles et politiques. — On répond que quand cette supposition serait vraie, elle ne prouverait rien ici. L'intelligence de la femme est assez éclairée, assez ordonnée, pour qu'on la répute capable de comprendre les devoirs qui lui incombent tant à l'égard de la loi religieuse et morale qu'à l'égard de la loi de l'État qui la protège ; on ne pourrait pas faire un code exceptionnel pour la moitié du genre humain. Et peu importe que les lois civiles et politiques donnent aux femmes des droits moins étendus : des garanties que les lois civiles accordent à la femme et de ses incapacités politiques on ne peut pas tirer argument en faveur du sexe, car il n'y a besoin, pour être capable de dol, ni de savoir la politique, ni d'être au fait des affaires.

1. Quelques-uns ont pensé qu'on doit admettre en faveur de la femme l'excuse tirée de l'ignorance du droit, et Klein (*dissertat.* 10, *De innoxia mulierum juris ignorantia*, p. 881) s'est appliqué à en déterminer les cas. Assurément, si la femme est offensée elle se rappelle aussitôt la loi pénale et recourt au magistrat ; aussi est-il difficile d'admettre qu'elle ne connaisse pas la loi quand c'est elle qui commet l'offense. Mais dut-on accepter cette doctrine très-hardie, l'excuse, sous cette forme, ne serait pas une dégradante particulière au *sexe*, mais le résultat d'un accident permettant de tenir compte de l'erreur de droit.

§ 234.

On objecte — 2^o que la femme est beaucoup plus faible de complexion, beaucoup plus frêle dans son organisme que l'homme. — On répond que cette raison est bonne pour exempter la femme de certaines formes de pénalité fatigantes, contraires à ses habitudes, et excessives pour ses forces corporelles ; que c'est, en un mot, comme nous le verrons en son lieu (§ 726), une bonne raison pour diminuer la peine, mais non pas pour diminuer aussi l'imputation. La force corporelle n'a rien à faire avec la moralité de l'action.

§ 235.

On objecte — 3^o que la femme est, de sa nature, plus changeante que l'homme, qu'elle a plus de sensibilité nerveuse, qu'elle est plus timide et plus modeste ; un écrivain a été jusqu'à dire qu'elle a la mémoire moins heureuse. — Mais cette inconstance, cette excitabilité nerveuse, cette sensibilité plus grande, on n'en peut pas tirer un bon argument pour faire voir dans le délit commis par la femme une *force morale* moindre que dans le délit commis par l'homme. Les particularités physiologiques de la femme ne font pas que chez elle la perception soit moins lucide, ni la volonté moins libre, et si l'on devait lui en tenir compte, il serait de nécessité logique d'en tenir compte aussi à l'homme quand il présente les mêmes conditions. De la pudeur et de la modestie qu'on dit naturelles à la femme, on ne peut pas même tirer un argument, car la femme ayant sous ce rapport plus d'obstacles à surmonter pour parvenir au délit, elle montre en le commettant une plus grande méchanceté d'intention¹.

1. Sur la condition juridico-politique de la femme au point de vue historique, on peut consulter : Bachofer, *Das Mutterrecht*, Stuttgart 1861. — Gide, *Sur la condition de la femme*, Paris 1867.

§ 236.

Un criminaliste distingué a repris récemment la défense du sexe féminin en face de la justice répressive, et, dans des vues louables et philanthropiques, il a essayé de soustraire à la peine capitale la moitié du genre humain, recourant à de nouvelles et ingénieuses observations pour persuader que le délit commis par la femme est socialement moins imputable que le délit commis par l'homme. Je loue la sainteté de l'entreprise, le talent employé pour la faire triompher, et la nouveauté des idées ; mais scientifiquement je ne puis m'écarter de l'enseignement de Rossi qui représente la doctrine aujourd'hui dominante.

Ces nouvelles objections en faveur du sexe sont :

— 4^o Que le délit commis par la femme présente un *dommage médiat* moindre que le délit commis par l'homme. — Cela pourra être vrai à l'égard de quelques délits dans lesquels le sexe est un obstacle, une difficulté de plus, mais non pas à l'égard de ceux qui peuvent se répéter aussi facilement de la part des hommes que de la part des femmes, et encore moins pour certains délits qui sont, comme l'histoire nous le montre, préférés par le sexe faible.

§ 237.

Il objecte — 5^o que la femme est plus *corrigible* que l'homme, et il le prouve par la statistique des récidives. — Mais cet argument part de la supposition que dans la *correction* du coupable se trouve le *but* de la punition. Je voudrais que ce principe pût être reconnu pour vrai, parce que l'abolition de la peine de mort en serait une conséquence logique inévitable ; mais puisque je ne le tiens pas pour vrai (§ 645), et qu'on en repousse l'application dans le plus important de ses corollaires, je ne trouve pas dans la corrigibilité plus grande d'un individu une raison

de le déclarer moins imputable quand il commet un délit. Si, d'autre part, la corrigibilité (qui est une prévision) emportait la diminution de l'imputation, la *correction* effective (qui est un fait) devrait, en bonne logique, amener la cessation de la peine du coupable corrigé¹.

Il objecte enfin — 6° que la femme est, moins que l'homme, *portée à commettre des délits*, et il le prouve démonstrativement par des données statistiques considérables. — Mais on doit tenir compte des obstacles plus grands et des occasions moindres qu'ont les femmes de commettre certains délits. Et il faut ajouter qu'à raison de ces obstacles l'énergie de la volonté se montre plus intense chez la femme qui commet un de ces délits. Même en faisant abstraction de cela, on ne peut reconnaître aucune force à cet argument, car le principe sur lequel il repose nécessairement est faux. N'admettant pas que la fréquence de certains délits en puisse faire augmenter la *peine* (§ 698), je dois encore moins admettre qu'on y trouve une raison d'augmenter l'imputation. Or, c'est là la base nécessaire de l'argument proposé, puisque, par la nature des corrélatifs, c'est la même chose de dire qu'on impute moins à la femme ou qu'on impute davantage à l'homme. Et quand un condamné demande pourquoi on le punit plus sévèrement que la femme qui a commis le délit avec lui, je doute qu'on le persuade en lui répondant : On te punit davantage parce que tu es un homme, et qu'il se trouve plus de coupables parmi les hommes que parmi les femmes. D'autre part, dans le calcul de la responsabilité de la femme qui se rend coupable d'un délit, on ne peut pas prendre en considération ce qui ne lui est pas personnel. Que le nombre des femmes qui commettent des délits soit moindre, je le veux; mais la femme qui en a commis un doit précisément, parce que l'exception est plus rare, être considérée comme plus corrompue et plus méchante que l'homme coupable du même fait, ou tout au moins il faut

la déclarer responsable également, ce qui est suffisant. Qu'on prétende même, si l'on veut, que les femmes sont plus *morales* que les hommes parce qu'elles commettent plus rarement des délits, toujours est-il que la femme qui en a commis quelqu'un ne peut pas trouver une excuse de son immoralité dans la moralité des personnes de son sexe².

Telle est l'opinion que je professe, respectant les convictions contraires. Je vois dans le sexe une cause de diminution de la peine, je ne puis réussir à y trouver une cause de diminution de l'imputation.

1. Je souscris entièrement à la décision de Jonge (*De delictis*, II, p. 297). *Civitas genere pœnz, et adminiculis quibus uti potest, conari debet (quantum fieri licet) noxium tanquam civem et tanquam hominem emendare; verum hoc nunquam juris puniendi principium esse potest.*

2. Cette réfutation de M. Bonneville a été reproduite et développée par Wahlberg (*Eco dei tribunali*, n° 1366). Il ajoute que si l'on devait prendre pour règle de l'imputation les données statistiques recueillies par M. Bonneville, elles exigeraient qu'on punit plus sévèrement les veuves que les femmes mariées, étant incontestable que parmi les premières le nombre des coupables est beaucoup plus grand que parmi les autres : on aboutirait ainsi à une casuistique qui jetterait le ridicule sur la proportion des peines. Voyez dans le même sens Ziliotto, *Eco dei tribunali*, nos 1893 et 1894, et en faveur des femmes Fraccagnani, *Della ragione filosofica del diritto penale*, chap. 6.

3° *Sommeil*.

§ 238.

Les actes accomplis pendant le *sommeil*, bien que, chez les personnes qui sont sujettes au phénomène mystérieux du *somnambulisme*, ils présentent au premier aspect le semblant de l'intelligence, sont des actes purement machinaux; il y manque la direction d'une volonté raisonnable et la conscience des opérations accomplies. Aussi tout le monde convient qu'on ne peut pas reprocher le *dol* à l'homme pour ce qu'il a fait durant le sommeil¹.

1. Beutel, *De jure circa somnum et somnia*, cap. 5; *De jure circa somnia in delictis* (in Thomasio, *Dissert. juridicæ*, I, diss. 11). — Ippius, *De delicto et poena noctambulatorum sive dormientium et somniantium*, cap. 2 au et quousque obligentur noctambuli, dormientes, somniantes, ex maleficio. — Debay, *Les mystères du sommeil*, Paris 1854.

§ 239.

On admet, du reste, qu'on peut reprocher une *faute au somnambule*¹, non pas pour ce qu'il a fait pendant le *sommeil*, mais plus exactement pour n'avoir pas pris des précautions quand il était éveillé, si, connaissant son infirmité, il a pu prévoir qu'elle l'exposait à violer la loi en dormant, et ne s'est pas efforcé de prévenir ce mal. Mais cette diligence exceptionnelle sera d'une application bien rare.

1. La doctrine actuelle sur les délits commis pendant le sommeil remonte à la plus ancienne pratique, et elle nous est parvenue sans modifications : Caldero, *Decisiones Cathalonæ*, decis. 43, n° 40, et les auteurs qu'il cite en quantité. Le cas le plus fréquent de cette question était celui du nourrisson étouffé dans le lit par la nourrice endormie : ici la faute consiste en ce que la femme, avant de s'endormir, n'a pas pris les précautions nécessaires. La pratique a introduit sur ce point une distinction remarquable entre la mère de l'enfant étouffé et la nourrice étrangère : on applique à celle-ci la peine de l'homicide par imprudence ; quant à la mère, elle est, dit-on, *magis miseratione digna* : on la considère comme assez punie par sa douleur et par ses remords. Il me semble que, dans cette distinction, le sentiment l'a emporté sur la logique, car la faute devrait au contraire être réputée plus grave quand les devoirs violés sont plus sacrés.

§ 240.

On ne peut pas admettre comme pratiquement possible et digne d'une attention spéciale l'hypothèse fantastique d'un somnambulisme *vrai* mais *recherché*, c'est-à-dire d'un dessein combiné pour se procurer à *soi-même* les moyens de commettre pendant le *sommeil* un délit qu'on a *projeté* étant éveillé.

4° *Surdimutité.*

§ 241.

Le philosophe qui rejette la doctrine sensualiste reconnaît dans l'âme humaine la faculté de suppléer même au défaut d'un sens pour parvenir à une claire notion des choses, mais il faut qu'il reconnaisse une limite à cette théorie dans la perception des idées abstraites¹.

1. Cette opinion, qui est l'opinion commune, a été récemment combattue avec beaucoup de science par le professeur Veratti de Modène. Dans son ouvrage *Sulla imputabilità dei sordo-muti*, il soutient, en l'appuyant de beaucoup de faits recueillis par lui, que le sourd-muet, même non instruit, peut être responsable.

§ 242.

L'homme n'acquiert les idées abstraites, comme celles de devoir, de droit, de justice, que par la communication qu'il en reçoit des autres hommes au moyen de l'ouïe. Le véhicule nécessaire à la communication des idées abstraites est la *parole* : les autres sens peuvent nous faire acquérir la notion du droit pénal en tant que *fait matériel*, mais non la notion de sa *justice*. Ce n'est pas que pour parvenir à ces conceptions l'aide des sens soit indispensable à l'âme ; si elles exigent un sens, c'est afin que l'intelligence de l'enfant entre en communication avec l'intelligence des autres. Les âmes séparées des organes auraient cette faculté en elles-mêmes, parce qu'entre elles la communication des pensées se fait par une intuition réciproque ; mais tant que l'âme est emprisonnée dans le corps, il n'y a de contact entre intelligence et intelligence que par le moyen des organes, et plus particulièrement au moyen de l'ouïe et de la parole.

§ 243.

Or, l'impuissance où se trouve l'infortuné qui, jeté au milieu des hommes sans l'organe de l'ouïe, n'a pas pu acquérir de la bouche d'autrui une perception claire de l'idée de droit et de justice, a été cause qu'on a posé des préceptes spéciaux relativement à sa capacité juridique¹, et qu'on a reçu comme règle, pendant un temps, l'irresponsabilité du *sourd de naissance*.

1. Guyot, *De jure surdumutorum*. — Gasser, *De inquisitione contra surdum et mutum natura talem*. — Vive, *Sur les délits des sourds-muets*. — Forti, *Conclusioni*, p. 85.

§ 244.

Mais quand un bienfaiteur de l'humanité eut imaginé le merveilleux moyen d'instruire les sourds-muets, et quand, marchant sur ses traces, on eut employé la parole écrite comme équivalent de la parole parlée, ces infortunés possédèrent le moyen d'arriver à la conception des idées abstraites, en suppléant par le sens de la vue à l'absence de l'ouïe. Et alors il fallut bien reconnaître que les *sourds-muets* eux-mêmes peuvent devenir responsables envers la loi civile.

§ 245.

Pour que le *sourd-muet* puisse sans injustice être réputé capable de commettre un délit, il sera donc nécessaire que le juge s'assure que le justiciable affligé de cette infirmité était assez instruit pour pouvoir former un jugement régulier sur ses actions, sur leurs conséquences, et sur leurs rapports rationnels avec la loi pénale.

§ 246.

Quand cela se présente, le juge, en déclarant le concours du *discernement* dans telle action du *sourd-muet* qui

constitue la violation de la loi, déclarera par là même sa responsabilité envers cette loi. La formule de *discernement* n'est pas, comme l'a cru Giuliani, équivalente à celle d'*instruction*. Le mot *instruction* peut exprimer aussi bien la cause que l'*effet causé*. La responsabilité ne vient pas de l'*instruction* reçue, mais de l'acquisition des lumières qui en résulte. En disant que le *sourd-muet* est responsable quand il est *instruit*, on court risque qu'un juge, sur le vu du certificat d'*instruction* du *sourd-muet*, ne le déclare responsable quoiqu'il soit resté dans l'ignorance. D'ailleurs, ce fait considéré comme cause, on ne pourrait pas même le faire figurer *a priori* dans une loi, sans descendre à la détermination de la méthode et du degré de l'*instruction* donnée. La formule de *discernement* est donc très-bonne et très-exacte, elle seule répond au principe qu'on n'admet pas de condamnation par présomption, et il est absolument nécessaire de remettre à la conscience du magistrat la recherche du *discernement*, car elle dépend exclusivement de l'examen spécial des conditions de l'individu auteur du délit, conditions qu'il est indispensable de déterminer *a priori*.

§ 247.

Mais, après tout, si par suite de cette vérification le *sourd-muet* est reconnu socialement responsable, il le sera toujours à un degré inférieur¹; on doit en effet avoir égard à son malheur, et de plus il restera toujours *incertain* si cette infortune, dont il n'est pas cause mais victime, n'a pas en quelque manière nuis le trouble dans ses idées et *influé* sur sa faute.

1. Aujourd'hui que l'amour du nouveau a fait naître une sorte de manie d'attaquer les doctrines reçues, quelques personnes se plaisent à ébranler aussi la théorie du surdi-mutisme qui domine dans les tribunaux. On a dit que l'infirmité du *sourd-muet* n'est pas dans ses *facultés mentales*, mais dans ses organes: observation inintelligente, car elle peut être répétée pour le mineur et pour l'homme en démence. C'est une

absurdité que de confondre, dans le jugement de l'imputabilité, la puissance avec l'acte. Ou bien vous êtes spiritualistes, et alors vous devez convenir que les âmes naissent toutes douées d'une puissance égale, et que le jugement de l'imputabilité dépend précisément de l'influence que les organes exercent sur l'action de cette puissance. Ou bien vous êtes matérialistes, et alors, pour vous, l'imputation ne peut dépendre que des organes corporels plus ou moins parfaits, plus ou moins développés. On a ensuite reproduit, à l'ordinaire, l'anathème sophistique contre la doctrine de la *demi-imputabilité*. On a dit que le sourd-muet est imputable ou ne l'est pas; s'il est imputable, on doit le punir comme les autres, s'il ne l'est pas, on doit l'absoudre; il n'y a pas de milieu. Cette objection atteint également la minorité, l'impuberté, l'intervalle lucide et l'ivresse, et elle aboutit à la suppression complète de la théorie des causes de dégradation. Nous l'avons réfutée ailleurs (§ 210, en note) à un point de vue général. La lumière matérielle a des degrés, et la lumière intellectuelle a aussi des degrés. Si la *plénitude* de la lumière intellectuelle est la condition essentielle de la *plénitude* d'imputation, il sera toujours injuste d'appliquer l'imputation *pleine* quand la lucidité de l'intelligence est *incomplète*. Et si la non-imputabilité a pour condition essentielle, sous le rapport de l'intelligence, le *manque total* concret de celle-ci dans l'action qu'on voudrait imputer, il est pareillement injuste d'absoudre quand ce manque n'a pas été *total*. Pour soutenir la guerre contre la doctrine classique de la dégradation d'imputation, on a imaginé une nouvelle formule, on a dit qu'il s'agit ici d'un *état douteux* de l'âme. Avec cette formule, jouant sur le mot *doute*, on a tiré parti de la règle sacrée que dans le doute on doit absoudre. C'est là toute la sophistique de cette nouvelle doctrine, qui a trouvé de nos jours trop d'adhérents, qui voudrait mettre le juge dans la perpétuelle alternative d'absoudre ou de condamner à la peine ordinaire. La règle que dans le doute on doit absoudre est une règle très-vraie, une règle absolue, quand le doute est *subjectif* chez celui qui juge : quand je suis incertain si l'homme a eu ou non l'intelligence, je dois l'absoudre. Mais, dans l'argumentation qu'on nous oppose, on transporte le mot *doute* au point de vue *objectif* où il ne signifie plus un *état négatif*, mais un *état moyen* dans les conditions de l'âme non pas du juge, mais du justiciable. Le juge n'est pas dans le doute, seulement ce dont il est certain c'est que le justiciable était à demi ivre, sourd-muet, mineur, etc. Le juge est *certain* que dans cette situation il avait l'intelligence, mais incomplète. Cet état moyen de l'intelligence, il vous plaît de l'appeler *état douteux*; mais, ce mot *douteux*, on ne peut vous en concéder l'usage que dans le sens de *vacillant*, *intermédiaire*, etc., et alors il n'est plus logique d'appliquer la règle que dans le doute on doit absoudre, puisque le juge n'est pas indécis, mais *certain* : il est certain qu'il y a eu quelque lumière, et cela lui suffit pour ne pas absoudre; il est certain que cette lumière n'a pas été complète, et cela lui suffit pour ne pas appliquer la peine ordinaire. C'est ainsi qu'on pourra dire du moment

du crépuscule, que le ciel est dans un *état douteux* entre le jour et la nuit, quoique nous soyons positivement sûrs que ce n'est ni le jour véritable ni la nuit véritable, mais le crépuscule.

5° Folie.

§ 248.

La folie¹, considérée comme circonstance qui détruit l'imputation, peut se définir : *un état de maladie qui, enlevant à l'homme la faculté de connaître les vrais rapports de ses actions avec la loi, l'a porté à la violer sans qu'il eût conscience de cette violation.*

1. L'importance et le développement que reçoit chaque jour, dans la science psychiatrique, le sujet de la folie, doivent être attribués non-seulement au progrès actuel de toutes les sciences, mais encore à la répétition plus fréquente de ce phénomène à notre époque. Il s'accroît, à ce qu'on a prétendu, en proportion de la civilisation, et c'est ce qu'a entrepris de démontrer Brierre de Boismont, *De l'influence de la civilisation sur le développement de la folie.*

§ 249.

De cette définition découlent trois conséquences :

1° Que l'aliénation *intellectuelle*, ou aliénation avec *délire*, peut seule exclure l'imputation, et qu'elle l'exclut soit qu'elle se présente sous la forme d'*imbécillité*, ou de *démence*, ou de *fureur*. Il en est autrement de l'aliénation *morale*, ou *sans délire*, qui, soit qu'on la considère *morale*ment ou *socialement*, ne diminue pas la responsabilité de l'agent : en effet, elle n'altère pas la puissance de l'intelligence, et ne détruit pas la liberté de choix. La force qu'une tendance mauvaise exerce sur la détermination du maniaque moral, en augmentant la raison qu'a la société de le craindre, ne diminue en rien sa responsabilité¹.

2° Que l'aliénation intellectuelle exclut toujours l'imputation quand elle est *instable* ou *totale*. Est-elle *fixe* ou *par-*

tielle, elle l'exclut seulement si elle a été efficace, c'est-à-dire si elle a influé sur la détermination².

3° Que la durée plus ou moins grande de l'altération morbide n'influe en rien sur l'imputabilité; il suffit que l'accès soit concomitant à l'action criminelle: ainsi la responsabilité de l'agent peut être absolument exclue même par une *furor passagère*. A l'inverse, même dans l'aliénation avec délire, si le délit est commis durant l'intervalles lucide, il sera imputable à son auteur. Il y a, comme le fait justement remarquer Robert, une très-grande différence selon qu'on apprécie la folie en vue des effets civils ou au contraire en vue des conséquences pénales. Dans le premier cas, pour donner lieu à l'interdiction, il faut qu'elle ait une *permanence* ou *continue* ou *intermittente*; dans le second, il suffit qu'elle soit intervenue *uniquement* au moment du délit. C'est ce qui a lieu pour la *furor passagère*.

1. L'opinion contraire est depuis peu soutenue par une école médicale dont il serait trop long d'énumérer les adeptes. En substance, sa thèse se réduit à soutenir que chez l'homme la volonté ne peut être malade sans que l'intelligence ne le soit. Voyez Mandou, *Histoire critique de la folie*, Paris, 1862. Mais, au point de vue juridique, des théories de ce genre auront bien de la peine à se faire accepter. Le sujet a été résumé sous cet aspect par Legrand du Saulle, *La folie devant les tribunaux*, Paris, 1854. Les anciens ont regardé très-superficiellement les problèmes qui s'y rattachent: Frommann, *De jure furiosorum*. — Hommel, *De temperandis penis ob imbecillitatem intellectus*, in Martini *Select. dissert. criminal.*, dissert. 13.

2. Cette formule très-exacte, acceptée désormais par les jurisconsultes, fut proposée par Mittermaier, dans la savante dissertation *De alienationibus mentis*, Heidelberg, 1825. La réfutation de cet écrit a été entrepris par Grohmann, *De mentis alienationibus*, Hamburgi, 1827. Mittermaier est revenu plusieurs fois sur ce sujet, non-seulement dans une dissertation spéciale publiée en 1838 (qui a été traduite par Ulloa, *Discorsi*, vol. I, p. 237), mais dans beaucoup d'autres monographies. Récemment enfin, ayant bien voulu honorer d'un compte-rendu la seconde édition de mon *Programme*, il critiqua ce que j'avais enseigné, en suivant ses traces, sur la matière de l'aliénation partielle: il a paru ainsi abandonner son ancienne opinion, disant qu'elle était contredite par les dernières révélations de la science. Par là il faisait allusion à la

doctrine médicale moderne résumée par Brierre de Boismont dans son Mémoire lu à l'Académie des sciences dans la séance du 3 août 1863, et dans ses autres écrits où l'illustre médecin s'attache à montrer que quand l'homme pense, c'est tout le cerveau qui pense, en sorte qu'une affection même partielle du cerveau modifie entièrement l'intelligence, ce qui rend absurde l'opinion d'une irresponsabilité purement partielle. Je n'ai pas les lumières nécessaires pour juger des bases de cette doctrine, mais au point de vue de la pratique juridique je ne saurais me résoudre à exempter de toute responsabilité certaines personnes qui jouissent dans la société de la plénitude de leurs droits, quoiqu'elles soient affectées d'une aliénation ou d'une hallucination partielle; et en effet, comme elles donnent dans tout le reste des signes non équivoques d'une intelligence saine et complète, il serait injuste de les enfermer dans un hôpital, ou de les traiter exceptionnellement comme insensées. Si donc ces personnes, malgré leur aliénation partielle, ont le droit d'être maintenues dans la jouissance de leurs droits civils, il faut bien qu'elles supportent la responsabilité. Voyez Blanche, *Études sur le Code pénal*, deuxième étude, art. 64, n° 175. Il y a plus, quand certains droits seraient interdits à un homme à raison d'une aliénation partielle (comme il arrive pour les prodiges qu'on peut vraiment, dans certains cas, réputer victimes d'une folie, ce qui fait que les lois romaines les assimilaient aux fous) on ne pourrait pas pour cela accepter comme règle leur irresponsabilité (Richter, *Velitationes*, velitatio 40, p. 795).

§ 250.

Si l'on maintient le principe de la *responsabilité* même dans le cas d'aliénation partielle non efficace, et d'acte commis dans un *intervalle lucide*, il est juste du moins d'accorder une *diminution* d'imputation¹; et cela, tant par un motif d'humanité, que par la raison que l'irrégularité des forces intellectuelles laisse toujours le soupçon que l'infirmité a exercé une certaine influence sur la détermination criminelle. D'autre part, chacun sent qu'en pareil cas le dommage mérial est toujours moindre. Quelques jurisconsultes ont voulu réduire en une théorie fixe l'imputabilité de l'homme dans les intervalles lucides, et ils ont dit qu'on doit prendre pour critérium déterminant la *durée proportionnelle*, enseignant que si la durée de l'accès de la folie est égale à l'intervalles lucide ou plus longue que lui, il n'y a pas d'imputabilité, et que celle-ci

ne doit être admise que quand les intervalles lucides ont duré plus longtemps que l'accès. Pour moi, je ne crois pas qu'une question si délicate puisse se décider autocratiquement, le chronomètre à la main. Il faut tenir compte aussi du degré de la lucidité intermittente, et des conditions pathologiques particulières de l'accès, toutes choses qui exigent l'œil expérimenté et le mûr examen du médecin. Il est inutile de faire remarquer que la folie simulée ne peut jamais être une excuse du délit. Mais il convient de rappeler que toutes les recherches de fait relatives aux conditions de la folie doivent être laissées au jugement du magistrat², et qu'elles ne peuvent être définies *a priori* par la loi³.

1. Les anciens docteurs ne s'entendaient pas entre eux sur l'appréciation des intervalles lucides, comme nous le révèlent les disputes de Gomez (*Variar. resolut.* lib. III, cap. I, n° 72) et de Fachino (*Controversiarum juris*, lib. IX, cap. III), mais aujourd'hui la doctrine est d'accord dans le sens que j'indique (Freidreich, *Della imputazione dei pazzi nel lucido intervallo*, dans les *Scritti germanici* recueillis par Mori, vol. III, p. 17).

2. Tomasio, dans une dissertation très-subtile, selon son habitude, a prétendu établir *a priori* des règles pour juger la folie. Filangieri, quoi que peu porté pour l'arbitraire du juge, a admis la nécessité d'y recourir pour ces vérifications. Carmignani a critiqué à propos Filangieri au sujet de cette doctrine. Nicolini à son tour a critiqué Carmignani, et rétabli la doctrine de Filangieri qui pratiquement est la seule acceptable. Il faut toutefois que, dans ces recherches, le juge défère à l'avis des médecins experts, s'il ne veut pas être taxé de présomption et mettre la justice en péril. Que si les opinions des médecins experts se partagent sur quelque-une de ces questions, et que d'un côté comme de l'autre ces opinions soient autorisées, le juge met en paix sa conscience en embrassant l'opinion la plus douce. S'il faisait autrement, il encourrait le reproche non-seulement de présomption, mais encore de férocité. La matière de la preuve de la folie au point de vue pratico-légal a été récemment traitée par Blanche, *deuxième étude*, art. 64, n° 178. Il y examine la question de savoir quelle importance a sur le jugement criminel la sentence du tribunal civil qui a interdit pour cause de folie.

3. Il ne peut y avoir de législation qui n'admette comme principe l'irresponsabilité complète du fou. Quand le législateur aurait gardé sur cette règle un silence absolu, les juges devraient y suppléer, car les fondements de la responsabilité de l'homme n'ont pas besoin d'être

posés dans un code. Pourtant on a voulu, dans les codes modernes, proclamer ce principe pour plus de sûreté. Le code toscan l'a proclamé dans cette formule générale : « *N'est pas imputable celui qui n'a pas eu conscience de ses actes* », sans descendre à l'application de la règle à la folie, à l'erreur, etc. : en cela il a très-bien fait, seulement il aurait peut-être mieux valu dire : conscience de la criminalité de ses actes, car on peut avoir conscience de ses actes dans leurs rapports purement matériels, sans avoir conscience de leurs rapports moraux et juridiques. D'autres codes sont descendus à l'application du principe aux cas particuliers de défaut de conscience, ce qui était superflu. D'autres enfin ont voulu, en matière de folie, aller jusqu'à désigner ses différentes formes avec leurs noms techniques : ils ont eu grand tort, et en ont été justement blâmés par les théoriciens et par les praticiens. Un code ne devrait jamais, dans ses dispositions, procéder par le détail des conditions matérielles, car toute énumération risque d'être incomplète, et par conséquent vicieuse. Tant pour les généralités que pour l'indication des cas particuliers, on devrait définir l'idée, l'objectif juridique, qui est toujours précis et absolu, et jamais ne faire dépendre le précepte de la matérialité de fait qui est perpétuellement variable.

II

Causes idéologiques.

§ 251.

Les causes morales ou idéologiques qui rendent inefficace, à certains moments, la puissance intellectuelle, chez l'homme qui d'ailleurs en est complètement pourvu, sont l'ignorance et l'erreur.

§ 252.

L'ignorance consiste dans l'absence de toute notion sur un objet. L'erreur consiste dans une notion fautive relativement à un objet. L'ignorance est un état négatif de l'âme; l'erreur est un état positif. Considérées métaphysiquement, l'ignorance et l'erreur sont très-distinctes l'une de l'autre.

§ 253.

Mais comme le droit pénal ne s'occupe des conditions de

l'âme qu'autant qu'elles ont été *cause d'action*, et comme l'état d'*ignorance*, état purement *négalif*, ne peut être *cause d'action*, le criminaliste n'a pas occasion de porter son examen sur l'*ignorance*, mais seulement sur l'*erreur* ¹.

1. C'est ainsi que Savigny a réuni l'*ignorance* et l'*erreur* quant aux effets juridiques; mais, passant à une conception opposée, il enseigne que l'*ignorance* renferme tout, puisque l'*erreur* vient toujours de l'*ignorance* de quelque chose. La doctrine de l'*erreur* en matière pénale a été clairement développée par Renazzi, *Elementa juris criminalis*, lib. I, cap. VIII.

§ 254.

L'*erreur* de l'homme porte sur les rapports de ses actes avec la loi: soit que, connaissant la loi, il se trompe sur les conditions particulières du fait; soit que, connaissant bien les conditions du fait, il se trompe sur l'existence de la loi qui le prohibe. Ainsi, l'*erreur* considérée par rapport à l'objet sur lequel elle porte peut être une erreur de fait ou une erreur de droit.

§ 255.

L'*erreur* peut venir d'une hallucination de l'intelligence dont l'homme pouvait se délivrer en agissant avec prudence, en faisant usage des sens et de la raison. Elle peut aussi avoir pour cause une méprise que la diligence même la plus exacte ne pouvait pas dissiper. Ainsi, l'*erreur* considérée dans sa cause se divise en erreur surmontable et erreur insurmontable.

§ 256.

Enfin la fausse notion qui a troublé l'esprit peut être telle qu'en la supposant vraie la criminalité de l'action subsisterait; et elle peut être telle que si elle avait été vraie, la criminalité aurait disparu. Ainsi, considérée par rapport à son influence sur la criminalité de l'action, l'*erreur* se divise en erreur accidentelle et erreur essentielle.

§ 257.

Ces définitions posées, voici les règles suivant lesquelles on évalue l'*erreur* comme circonstance modifiant l'imputation.

§ 258.

1° — L'*erreur de droit* n'est jamais une excuse. Les principes sociaux veulent qu'on présume chez le citoyen la connaissance de la loi pénale; c'est d'ailleurs un devoir pour chacun de la connaître.

§ 259.

A cette règle on peut apporter une limitation modérée dans le cas de l'étranger arrivé depuis peu sur le territoire où règne la loi qu'il a violée; il faut du reste que dans l'acte qu'il a commis se rencontrent ces deux conditions: 1° qu'il ne soit pas réproyé par la morale; 2° qu'il ne soit pas prohibé dans la patrie de cet étranger. C'est pourquoi cette exception est particulière aux transgressions, et difficilement applicable aux vrais délits ¹.

1. La règle que l'*erreur de droit* n'est pas une excuse a besoin toutefois d'un éclaircissement que je n'ai vu donner par personne, peut-être parce qu'on l'a jugé inutile. L'*erreur de droit* n'exuse pas quand elle porte sur la loi pénale, mais elle peut très-bien excuser quand elle porte sur d'autres lois. Par exemple, la fille qui à la mort de son père s'empare et dispose des biens qu'il a laissés, ne pourra pas être condamnée comme coupable de vol ou de détournement d'héritité, quand elle donne une raison suffisante de son ignorance de la loi civile qui défrait la succession aux agnats plus éloignés. Ici le dol fait défaut. Toute erreur qui fait croire fermement qu'on est propriétaire d'une chose qui appartient à autrui exclut la notion juridique du vol. De même on a récemment acquitté, en Prusse (comme le rapporte Mittermaier), un homme accusé de bigamie, parce qu'il avait été victime d'une erreur de droit. Son erreur consistait à se croire libre, dégagé d'un précédent lien conjugal, en vertu d'une sentence de séparation qu'il avait obtenue contre sa première femme: en fait, la sentence manquait des formes que les lois du pays exigeaient pour qu'elle produisît cet effet. Cette

erreur était évidemment une erreur *de droit*, car en somme on alléguait l'ignorance de la loi sur le divorce; mais les tribunaux déclarèrent que l'homme avait agi avec bonne foi, et l'acquittèrent; et cet acquittement était juste. Au contraire on n'aurait pas pu l'acquitter s'il avait allégué l'ignorance de la loi pénale qui déclare que la bigamie est un délit. Van Pelt, *De ignorantia et errore in delictis*, § 14, p. 31, a disserté avec étendue sur les raisons de refuser toute excuse à l'erreur de droit, même dans les délits de création sociale. Voyez aussi Bonfils, *De la compétence*, p. 280. On a tenté de limiter la règle en faveur des femmes (Klein, *De innoxia mulierum juris ignorantia; in ejus dissert.* vol. II, *dissert.* 18, p. 881); mais les arguments tirés des lois civiles ont peu de valeur en matière criminelle.

§ 260.

2° — L'erreur *de fait* exempte de toute imputation quand elle a été *essentielle et invincible*. Il n'y a rien à reprocher à celui qui ne croyait pas mal faire, quand il ne lui était pas possible de s'éclaircir sur la criminalité de son action.

§ 261.

3° — L'erreur de fait, même invincible, n'excuse pas si elle est *accidentelle* ou *concomitante*. La volonté a visé au délit: quand ils ne modifient pas le délit, les divers effets n'entrent pas en compte; quand ils le modifient (et qu'on doit, en conséquence, les prendre en considération), s'ils le modifient *en moins*, c'est le *résultat*, et non pas l'*erreur*, qui profite au coupable¹; s'ils le modifient *en plus*, l'erreur sur la circonstance qui a changé devient une erreur *essentielle*. Ainsi, la formule que l'erreur *accidentelle* n'excuse pas reste constamment vraie.

1. Sur les diverses formes de l'erreur de fait, Six (*De errore facti in delictis, pars 1*, p. 10) rapporte les disputes de Feuerbach et de Tittmann, et à la p. 60 il développe la distinction entre l'*erreur dans l'objet*, l'*erreur dans le résultat*, et l'*aberration*, trois cas dans lesquels la différence est très-prononcée, et qui doivent être examinés et jugés distinctement.

§ 262.

Ainsi, si quelqu'un, voulant tuer Caius, a tué Titius, on

ne pourra pas prétendre qu'il est responsable de *tentative d'homicide* contre Caius et de l'*homicide involontaire* de Titius¹. Il est coupable de l'homicide de Titius, et cet homicide est *volontaire*, car la volonté de l'agent tendait à la mort d'un citoyen, et son action l'a produite.

1. Quelques auteurs allemands ont entrepris de soutenir cette thèse. D'autres l'ont réfutée sans distinction. Haus (*Cours de droit criminel*, n° 135) concilie les opinions divergentes en faisant la distinction suivante: si l'on a tué un individu croyant que c'était Caius tandis que c'était Pierre, comme le résultat de l'action est celui qu'on voulait, attendu que l'*individu* qu'on a frappé est *matériellement* celui contre qui on dirigeait l'action, dans ces termes on ne sort pas du titre d'homicide volontaire. Si au contraire on a dirigé le coup contre Caius et qu'on ait tué Pierre qui était près de lui, on aura un homicide tenté ou manqué à l'égard de Caius, et un homicide involontaire relativement à Pierre. Voyez Six, *De errore facti in delictis, pars altera*, p. 40, et p. 54-55; Pfotenhauer, *De delicto per errorem in persona commisso*; et ce que je dis aux §§ 1536 et 1350.

§ 263.

4° — L'erreur de fait *essentielle*, quand elle est *surmontable*, exempte de l'imputation pour cause de *dol*, mais y substitue la responsabilité pour cause de *faute*. C'est une *omission volontaire* de diligence que de ne pas réfléchir à ce qui dissiperait l'erreur. Cette omission volontaire est la *cause* de l'infraction à la loi. Donc il reste une responsabilité.

§ 264.

Ainsi l'erreur *surmontable*, de même que la *faute*, vaut sinon comme cause *dirimante*, du moins comme cause *dégradante* de l'imputation. De cette façon, la *faute* trouve sa place dans la théorie du *degré*, car elle modifie grandement, et parfois même elle supprime l'imputation; le *cas fortuit* qui la détruit toujours y trouve aussi sa place.

§ 265.

Mais, entre l'erreur *surmontable* et la *faute* considérées

ontologiquement, il y a cette différence que dans la faute on n'a pas prévu, par négligence, toutes les conséquences matérielles de son fait; il manque absolument la direction de l'intention vers l'événement qui s'est produit. Dans l'erreur surmontable, les conséquences matérielles du fait ont été prévues et voulues; mais, par négligence ou par une équivoque de fait, on n'a pas prévu la conséquence juridique de la violation de la loi que cet événement produisait.

§ 266.

Nous avons indiqué plus haut (§ 88) quel est le criterium de la faute et de la graduation de la faute, et comment elle se distingue du dol et du cas fortuit.

§ 267.

L'imputabilité de la faute a lieu tant par rapport à la personne qui est cause immédiate de l'infraction que par rapport à la cause médiate, pourvu que dans leurs actes respectifs se trouve l'élément moral tiré de la possibilité de prévoir, et l'élément physique tiré de l'efficacité positive de ces actes. Mais l'imputabilité respective ne change pas selon que la cause est médiate ou immédiate, elle se règle toujours sur le criterium de la possibilité de prévoir, et la responsabilité de l'une n'exclut pas la responsabilité de l'autre quant aux conséquences pénales ¹.

1. La responsabilité pénale par rapport à la cause médiate dans les lésions résultant d'une faute a été reconnue par un arrêt de la Cour de cassation de France du 16 juin 1864. Il s'agissait d'un accident arrivé à un ouvrier; il était établi qu'il y avait eu imprudence de la part de cet ouvrier, mais il y avait eu aussi imprudence de la part de l'entrepreneur du travail, et l'on faisait consister l'imprudence de l'entrepreneur: 1° en ce qu'il n'avait pas donné à l'ouvrier l'échelle nécessaire, et l'avait obligé par là à faire un échafaudage; 2° en ce qu'il avait remarqué, en visitant le travail, que cet échafaudage était mal fait et menaçait de tomber, ce qui arriva, et avait souffert qu'on continuât à s'en servir. C'est dans ces termes du fait que fut déclarée la responsabilité de l'en-

trepreneur. Voyez Morin, *Journal du droit criminel*, n° 7973. Mais cette doctrine de la responsabilité de la cause médiate dans les faits entachés de faute, bien fondée, à mon avis, en présence d'actes positifs de l'homme à qui on reproche d'avoir causé médiatement l'accident, s'étendrait difficilement aux actes purement négatifs et à l'hypothèse d'une inaction complète.

§ 268.

La règle que la faute emporte une notable diminution de l'imputabilité sociale n'est pas contestée. Mais les opinions diffèrent au sujet de l'effet dirimant de la faute. Quelques-uns ont nié absolument cet effet, non-seulement pour la faute lourde, mais encore pour la faute légère, et pour la faute très-légère. D'autres (comme Carmignani) l'ont admis dans les deux derniers cas, parce qu'ils entendaient faire du soupçon de dol le fondement de l'imputabilité. D'autres, avec plus de justice, trouvant ce fondement dans le dommage médiat, ont attribué l'effet diminuant à la faute légère et à la faute lourde, et l'effet dirimant à la faute très-légère, parce qu'il ne peut pas résulter d'alarme appréciable d'un fait causé par une imprévoyance de ce genre, dans laquelle les citoyens sentent bien que la plupart d'entre eux seraient facilement tombés.

§ 269.

Toutefois on est d'accord pour reconnaître le degré supérieur d'imputabilité de la faute quand elle est mêlée de dol; c'est le cas que les praticiens appellent *culpa informata dolo* (faute modifiée par le dol). Dans ce cas, le degré de l'imputation ne se mesure plus sur le criterium de la possibilité de prévoir l'effet dommageable, mais sur la règle du dol intervenu dans l'acte.

§ 270.

Tous les criminalistes italiens (il y a dissidence de la

part de quelques Allemands modernes) sont aussi d'accord pour enseigner que le *cas fortuit* même peut être, dans les termes convenables, socialement imputable à raison d'une *faute*: quand l'agent qui par pur accident a violé la loi, faisait une *chose illicite*¹.

1. C'est ici le lieu de rappeler mon étude *sul caso fortuito* publiée dans les Opuscoli, op. 31, vol. 3. J'y démontre qu'en somme la divergence consiste dans la manière différente de définir le *cas fortuit*. Si, s'attachant à la notion purement abstraite du cas fortuit, on en considère comme condition l'impossibilité absolue de *prévoir* et d'*empêcher* l'événement, c'est certainement une erreur et une injustice que d'imputer le cas fortuit à un homme parce qu'il faisait une chose illicite. Mais ceux qui ont formulé la règle qui nous occupe, règle justement combattue dans sa généralité par les Allemands modernes, ont pris la notion du cas fortuit dans un sens concret et impropre, supposant que l'agent pouvait *prévoir* et *prévenir* l'événement dont il a été la cause.

§ 271.

Il y a enfin une forme particulière de dégradation qui résulte du défaut de prévision de l'effet plus grave; elle donne lieu à une imputation moyenne entre celle qu'on attribuerait au fait *dolosif* et celle qu'on attribuerait au fait *entaché de faute*. C'est là ce qu'on appelle la *præterintention*, titre spécial, d'une application fréquente en pratique dans les homicides commis *avec intention de blesser* mais *sans intention de tuer*. L'homicide *præter intentionem* renferme le *dol*, qui résulte de l'intention de nuire à son ennemi; mais, quant à l'effet de donner la mort, il y a une faute, parce qu'on suppose que la mort *n'a pas été prévue*. Il y a moins que dans le *dol indéterminé*, où l'effet plus grave est supposé *prévu*, quoiqu'on ne l'ait pas précisément voulu (§ 70); il y a plus que dans la faute, parce qu'on a agi avec l'intention positive de causer du mal à son ennemi.

ARTICLE II

DU DEGRÉ PAR RAPPORT A LA VOLONTÉ DE L'AGENT

§ 272.

L'homme a la faculté de se déterminer dans ses actes, donnant à son gré la préférence à l'action ou à l'inaction d'après les calculs de l'intelligence. Cette puissance est ce qui constitue la *liberté de choix*. C'est à cause de cette faculté qu'on lui demande compte des actes auxquels il se détermine.

§ 273.

La *liberté* de choisir, comme puissance abstraite de l'âme, ne peut jamais être enlevée à l'homme. Celui qui tombe d'un lieu élevé, tandis qu'il tombe et se voit tomber, ne voudrait pas tomber; la liberté, en tant qu'*idée*, lui reste, mais la réalisation de cette idée est empêchée.

§ 274.

L'homme peut se trouver privé de la plénitude du *libre arbitre* dans l'acte de sa détermination, quand une cause extérieure ou intérieure agit sur son esprit de façon à exercer une forte impulsion sur cette détermination.

§ 275.

En pareil cas, l'acte est toujours *volontaire*, parce que la liberté de choix restait toujours à l'agent, et qu'il a voulu prendre tel parti plutôt que tel autre. Mais on dit que sa volonté a été moins spontanée, parce que le *libre arbitre* a été diminué dans l'acte de la détermination.

§ 276.

On doit tenir compte de la diminution de spontanéité à

celui qui, sous cette impulsion, a violé la loi; la force morale du délit en est en effet diminuée tant dans son essence, qui est l'intention mauvaise, que dans son résultat, qui est le dommage médiate¹.

1. Toutes les dégradantes ont pour résultat de diminuer la force morale objective du délit; en effet le mauvais exemple qu'il prodait est moindre, et l'alarme moindre. On trouve en cela une raison *politique* d'accepter la diminution d'imputation. Mais le fondement *juridique* de la dégradation est tout entier dans la diminution des forces *subjectives*. La justice veut qu'on impute *moins* un délit quand il y a une diminution dans les éléments qui le constituent. La diminution de force objective qui en résulte est un effet de la loi des corrélatifs, qui montre qu'il n'y a aucun inconvénient pour la société à admettre la dégradation des forces subjectives comme critérium de la diminution de l'imputation.

§ 277.

Les circonstances qui opèrent cet effet de limiter *le libre arbitre* de l'homme dans la détermination de ce qu'il veut, constituent dans notre science la théorie de la dégradation du délit quant à l'élément de la volonté.

§ 278.

La force qui contraint l'homme à agir peut être *physique* ou *morale*. *Physique*, quand elle agit sur le corps; *morale*, quand elle agit sur l'âme.

§ 279.

Dans le premier cas, on dit que l'homme agit *malgré lui*; dans le second, qu'il est *contraint*. L'homme qui agit *malgré lui* ne peut jamais être responsable envers la loi pénale. Il n'est pas agent, mais agi; ce n'est pas lui qui est la cause de l'infraction, c'est la force qui se sert de son corps comme d'un instrument pour une action où il est purement passif.

§ 280.

A l'acte *involontaire*, où l'homme *physique* est actif, l'homme intérieur ne participe pas; il y a une *action*, mais point d'*intention*.

§ 281.

A l'acte qu'il fait *malgré lui*, l'homme, même *physique*, ne participe pas, car il est, même à cet égard, purement passif. Non pas de cette *passivité* qu'il a toujours par rapport à l'âme à laquelle il est joint, mais d'une passivité anormale, car il obéit à l'impulsion d'un autre corps, et non à celle de son âme. Il n'y a ni *intention*, ni *action*.

§ 282.

A l'acte auquel il est *contraint*, l'homme intérieur participe comme l'homme extérieur: il y a *intention* et *action*, mais il y a limitation de la *liberté* de la détermination et de l'action.

§ 283.

Cet effet de la contrainte morale ou psychologique, qui, rendant la volonté moins spontanée, modifie l'imputation, se rencontre: 1° dans la *contrainte* proprement dite ou *violence morale extérieure*; 2° dans l'*entraînement* des passions; 3° dans l'*ivresse*.

1° Contrainte.

§ 284.

La *contrainte*, dans le sens étroit du mot, est la pression que l'aspect d'un grand mal imminent exerce sur l'âme de l'homme, dont les déterminations souffrent ainsi violence¹.

1. Un très-grand nombre d'auteurs ont traité cet intéressant sujet: Struvius, de *Vindicta privata*.—Henr. Coccejus, *Exercitat. curios., exerc.*

de fuga, cap. 5. — Venema, de *Casu extremæ necessitatis*. — Uries, de *Naturali sui defensione*. — Collard, de *Moderamine inculpatæ tutelæ*. — Strychius, de *Jure necessariæ defensionis*; dissert. vol. 10, dissert. 4. — Bang, de *Moderamine inculpatæ tutelæ*, *Havniæ*, 1819. — Feuerbach, de *Causis mitigandi ex capite impeditæ libertatis*, *Ienæ*: in *Martini select. dissertat. jur. crim.*, dissert. 14, p. 480. — Puttmann, *Opuscula criminalia*, opusc. 5. — Van der Maesen, de *Justa sui defensione*. — Germinghausen, de *Violenta defensione privata*. — Levita, *Sur la légitime défense*. Mais ceux qui, à mon avis, ont formulé plus exactement que tous les autres la légitime défense sont : Nicolini (*Questioni di diritto*, 2^e partie, quest. 25, n^o 9, p. 289, de l'édition de Livourne; et quest. 26 en entier, p. 293); Haus (*Cours de droit criminel*, § 161); et Bélime (*Philosophie du droit*, I, p. 204, § *Je répondrai*). Plus récemment, s'en sont occupés : Grégory, de *Inculpatæ tutelæ moderazione*, *Hagæ Comitum*, 1864; et avec la profondeur accoutumée, le savant Berner dans sa dissertation *De impunitate propter summam necessitatem proposita*.

§ 285.

L'acte auquel l'homme se détermine par suite d'une semblable pression peut prendre une double forme, à savoir : celle d'une *action*, ou celle d'une *réaction*. Distinction qui, dans beaucoup de codes, n'a pas été assez remarquée¹.

1. Voyez Valdeson, *Théorie du Code espagnol*, p. 70-72.

§ 286.

Ce sera la forme de l'*action* si la violence vient d'un accident ou d'un tiers, et que l'acte auquel l'homme a recours pour se soustraire au mal qui le menace soit dirigé contre une personne qui *n'était pas cause* de ce mal. Ce premier cas, moins fréquent que l'autre mais pourtant digne de remarque, présente les mêmes termes au point de vue de la position morale de l'agent, et doit se régir par les mêmes principes.

§ 287.

Ce sera la forme de la *réaction* si, pour échapper à un

danger imminent, nous repoussons *celui-là même* qui nous en menace, et pour le besoin de notre *défense*, ne nous bornant pas à *repousser* l'attaque, nous allons jusqu'à *attaquer* l'agresseur.

§ 288.

Dans les deux cas il y a le concours de la *volonté*; en effet, même quand il est *contraint*, l'homme *veut*, et il se détermine, par le libre exercice de son activité psychologique, à choisir le mal d'autrui plutôt que le sien propre. Cependant l'imputabilité de l'*action* ou de la *réaction* n'existe pas, quoiqu'elles produisent un fait matériellement contraire à la loi, si dans la crainte qui nous a poussés à agir ou à réagir se présentent les conditions de ce que les criminalistes appellent *moderamen inculpatæ tutelæ*, c'est-à-dire la *défense* dans les limites de la *nécessité*.

§ 289.

Le fondement *de fait* de cette cause dirimante est la *crainte*, qui suppose toujours l'attente d'un *mal* qu'on ne souffre pas encore.

§ 290.

Quant au fondement *juridique*, ce n'est pas seulement le *conflict des devoirs*, ni la *perturbation* de l'âme. Ces principes, quoique vrais, ne suffiraient pas seuls pour rendre raison *dans tous les cas* de la légitimité de la *défense* privée¹.

1. Voyez mon discours *sulla difesa pubblica e privata*, in fine, *Opuscoli*, I, opusc. 3. Le sujet de la légitimité de la défense privée a occupé un si grand nombre d'auteurs que, pour en donner une bibliographie complète, il faudrait remplir un volume. Théologiens, moralistes, publicistes et criminalistes en ont traité largement. L'idée juridique de la contrainte a été exactement résumée par Giuliani : *Istituzioni di diritto criminale*, I, p. 184 et suiv.; II, p. 290 et 310, de l'édition de 1856. Mais l'illustre auteur (p. 185) a critiqué Carmignani pour une idée que véritablement notre maître n'avait pas; il s'est mépris sur la

première condition indiquée par Carmignani, pour n'avoir pas fait attention aux caractères *cursifs* : Carmignani n'a pas mis en lettres cursives le mot *impendat*, comme la critique de Giuliani le suppose, mais le mot *timor*. Le vice de l'énumération du professeur pisan consiste en ce qu'il a séparé le *sujet* de l'*attribut*, et fait en quelque sorte du premier un attribut distinct, erreur qu'il a corrigée depuis dans sa *Teoria*; mais il n'est pas vrai qu'il soit tombé dans le pléonasme absurde de faire de la *présence* et de l'*imminence* deux conditions distinctes.

§ 291.

Le fondement constant de cette légitimité est la *cessation*, pour la société, du *droit de punir*. Ce droit de l'autorité sociale émane de la loi éternelle de l'ordre qui veut qu'on donne au précepte moral une sanction prompte et efficace : on complète ainsi la loi naturelle en garantissant énergiquement les droits que cette loi confère, et en secourant au moyen de la *défense publique* l'humanité impuissante à repousser par les forces privées les entreprises des méchants. La *défense publique* a donc le caractère de *défense subsidiaire*¹. Ce principe admis, la logique nous force à en déduire que quand la *défense privée* a pu être efficace tandis que la *défense publique* ne l'était pas, l'une a repris son droit, et l'autre l'a perdu. Le proverbe vulgaire : *nécessité n'a point de loi*, résume l'idée philosophique de cette théorie beaucoup mieux que ne peuvent le faire toutes les savantes formules des publicistes.

1. Ce principe est tout à la fois le fondement de la légitimité du droit de punir, et la mesure de son exercice. Ce n'est pas (comme nous le verrons en son lieu) que la société exerce le droit de punir par une *délégation* du particulier ; cela est une erreur. Mais si son pouvoir vient de la nécessité de défendre le droit, elle ne peut l'exercer que dans le cas où le droit a été attaqué, et où par conséquent, au moment de la violation, la *défense privée* aurait été légitimement employée si elle avait été possible.

§ 292.

Imposer à l'innocent de se laisser tuer, ce serait imposer un désordre, et par conséquent aller contre la loi naturelle

qui est l'unique base du droit pénal humain. S'il y a de même un désordre dans le meurtre d'un autre innocent, comme il arrive par exemple quand l'agresseur est un fou, la parité des désordres fait encore cesser le droit de punir, car elle en supprime la cause.

§ 293.

L'effet dirimant de la *contrainte* ne se mesure donc pas sur la *perte* ou sur la *persistance des droits* de celui qui a été victime de l'action ou de la réaction forcée. Il se considère uniquement dans la *personne* même qui a été *contrainte*, et se mesure d'après sa situation¹.

1. L'innocence de la victime devient ainsi indifférente dans l'appréciation de la contrainte, selon le célèbre exemple de Bacon rapporté par Blakstone, *Commentaries*, 1, chap. 14.

§ 294.

Ce fut l'erreur de beaucoup de publicistes de tirer le droit de *défense* de la *personne* attaquée, de la *perte* supposée du droit à la *vie* par l'auteur de l'agression. La force excusante de la *contrainte* doit se chercher dans l'homme attaqué, et non pas dans la *personne* de l'agresseur ou dans la *victime* du fait : *L. 2 C. ad leg. Cornel. de sicariis*.

§ 295.

C'est aussi par ces principes (et non par l'extinction prétendue du *droit de propriété*) qu'on légitime le vol commis sous l'empire de la *faim*. La loi de l'ordre ne peut préférer le mal irréparable de la *mort* d'un homme au mal réparable de l'offense à la *propriété*, car c'est une loi de *conservation* (voyez § 2040, à la note).

§ 296.

Maintenant, pour qu'on accorde à la crainte la puissance

de rendre légitime un acte qui viole les droits d'autrui et qui est matériellement contraire à la loi, il est dans tous les cas de règle *absolue* que dans le mal dont la personne est menacée se trouvent ces trois conditions : — 1° l'*injustice* ; — 2° la *gravité* ; — 3° l'*inévitabilité*.

§ 297.

4° L'*INJUSTICE*. — Cette condition manque dans deux cas : — 1° quand le mal dont on menace la personne est parfaitement légitime, comme dans le cas du condamné à mort qui, pour se sauver, tue le bourreau ou le geôlier, ou de celui qui repousse la force publique qui l'arrête (Morin, *Journal du droit criminel*, n° 7934) ; — 2° quand la personne menacée a commis une action injuste, quoique le mal dont on la menace excède les limites de la légitimité : ainsi dans le cas du voleur ou de l'adultère qui, surpris et menacé de mort par le propriétaire ou le mari, le tue ; dans le cas de celui qui excite une rixe ; en un mot dans tous les conflits où le danger que je cours est le résultat d'un fait qu'on peut me reprocher¹.

1. Ce n'est pas qu'en pareil cas il n'y ait jamais aucune excuse. Il en est nécessairement ainsi dans l'hypothèse de l'agresseur qui, pour avoir mis en danger la vie d'autrui, est menacé lui-même de la perte de la vie : il ne peut trouver là aucune dégradante, pourvu qu'il y ait eu *continuité* dans les actes. Mais dans l'hypothèse du voleur, de l'adultère, et de tout homme qui s'est lui-même exposé au danger par une action répréhensible qui ne menaçait pas la vie d'autrui, l'excuse tirée du danger survenu peut subsister. Du reste, ce n'est plus la *légitime défense* ; elle est remplacée par l'*excès de défense*.

§ 298.

2° LA *GRAVITÉ*. — On doit chercher la gravité du mal, non pas dans la vérité absolue, qui peut avoir échappé à la personne attaquée, mais dans l'*opinion raisonnée* que cette personne s'en est faite.

§ 299.

On considère comme *grave* le mal qui menace la *vie*, le *corps*, ou la *pudeur*¹ ; mais non celui qui attaque les *biens*, ni celui qui lèse la *réputation*, si ce n'est par rapport à une réaction *corrélative*. Il est vrai que le commentaire officiel du code bavarois (art. 429, note 4), le code de Hesse-Darmstadt, et le code autrichien admettent comme *cause dirimante* la défense de la propriété, mais les docteurs et les législateurs ne lui reconnaissent communément qu'un effet *dégradant* qui a sa raison dans la justice du sentiment impulsif ; ils ne lui accordent jamais, quand elle est isolée, la force de justifier. Carmignani a réduit avec beaucoup d'exactitude scientifique le critérium de la *gravité* du mal à son *irréparabilité* (*Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, II, p. 239) ; et cette formule est la plus vraie en théorie comme en pratique. Voyez Ortolan, *Éléments du droit pénal*, n° 422.

1. Charondas, *Réponses du droit français*, n° 188, p. 323, donne un exemple remarquable de l'usage de la légitime défense contre un outrage à la pudeur.

§ 300.

Du reste, le mal est grave, quant à l'effet dont nous nous occupons, tant s'il nous menace *nous-mêmes*, que s'il menace *une autre personne*, encore qu'elle ne nous soit pas unie par le sang ; il suffit qu'elle soit innocente, injustement attaquée, et impuissante à se sauver. En légitimant la défense *propre* de la personne sans légitimer la défense d'*autrui*¹, on sanctifie l'égoïsme et l'on proscrit la charité. Un code chrétien ne peut pas être plus inhumain que les lois des idolâtres. Nier (dans le concours des conditions requises) la légitimité de la défense d'*autrui*, c'est méconnaître l'Évangile.

1. Trébutien, *Cours de droit criminel*, I, p. 160 ; — Ortolan, *Éléments*

du droit pénal, n° 432; — Giuliani, *Istituzioni*, II, p. 310. La pratique a sans hésitation admis comme légitime la défense d'autrui (Caldero, *Decisiones Cathaloniz*, *decis.* 65).

§ 301.

La loi naturelle qui donne à la société le droit de punir ne peut contredire la loi naturelle qui nous impose de secourir nos semblables. Défendre aux citoyens de porter secours à l'innocent attaqué, ce n'est pas défendre les droits de l'homme, mais ses injustices; ce n'est pas servir la cause de l'ordre, mais celle du désordre¹.

1. La vieille formule si souvent répétée que la crainte doit être telle *qui cadat in virum constantem*, est une formule erronée. Elle est dangereuse dans l'application, parce qu'elle conduit à considérer la crainte à un point de vue abstrait, tandis que la justice demande qu'on l'apprécie subjectivement. Quand celui contre qui on a dirigé la menace n'était pas le *vir constans*, mais un homme timide, vous le punissez non pas parce qu'il est *coupable* ou *méchant*, mais parce qu'il est d'une nature *timide* ! Pourquoi chercher si un autre, à ma place, aurait été effrayé ou non, quand il est constant que je l'ai été, que j'ai eu un motif qui n'était pas entièrement déraisonnable de craindre, et que j'ai agi avec la conviction que je faisais une chose légitime ?

§ 302.

3° L'INÉVITABILITÉ. — Certainement si nous pouvions nous soustraire au mal qui nous menaçait, *autrement* qu'en violant la loi, cette violation doit rester imputable; en effet le libre arbitre de l'agent n'était plus contraint de choisir entre deux maux également graves, et la loi de l'ordre pouvait être observée, pourvu qu'il choisit le moyen innocent par lequel il aurait évité le dommage d'autrui en même temps que le sien propre.

§ 303.

On peut se soustraire *autrement* au mal dont on est menacé: soit en le prévoyant *à l'avance*, soit en prenant *ulté-*

riement des précautions, soit en usant d'expédients *concomitants*. C'est pourquoi l'*inévitabilité* du péril qui a poussé à agir ou à réagir se tire de trois critères distincts: — 1° qu'il soit *imprévu*; — 2° qu'il soit *présent*; — 3° qu'il soit *absolu*.

§ 304.

Premier critérium de l'inévitabilité: — que le danger soit *imprévu*. S'il était *prévu*, il y a eu faute à l'affronter, à s'exposer au risque de perdre la vie ou de l'enlever à autrui. La nécessité où nous nous sommes trouvés n'a pas eu d'autre cause que nous-mêmes, nous l'avons choisie dans la plénitude de notre libre arbitre.

§ 305.

Du reste, pour écarter l'application de ce critérium, on exige que la *prévision* soit *certaine*; il ne suffit pas d'une prévision vague, d'un pur soupçon, comme celui du voyageur qui, prévoyant une attaque de brigands, s'est muni d'armes pour les repousser.

§ 306.

Second critérium: — qu'il soit *présent*. S'il était *passé*, c'est un sentiment de vengeance qui a poussé à agir, et les conditions de la défense ne se rencontrent pas. S'il était *à venir*, on pouvait dans l'intervalle s'en garantir autrement.

§ 307.

Troisième critérium: — qu'il soit *absolu*. C'est-à-dire que le danger, au moment même où il se produit, ne puisse pas être évité par des moyens innocents. Ces moyens se réduisent à la *prière*, aux *cris*, à la *fuite*.

§ 308.

Mais pour qu'on puisse reprocher justement à celui qui invoque la nécessité de la défense de n'avoir pas eu recours à la prière, aux cris, ou à la fuite¹, il faut deux conditions : la première, que ces moyens eussent été en réalité utiles, c'est-à-dire efficaces pour délivrer du danger ; la seconde, que la personne attaquée ait pu calculer cette utilité.

1. Sur le sujet de la fuite, il y a de grandes divergences entre les auteurs tant anciens que modernes : ils sont tombés dans des distinctions subtiles à l'excès, souvent déraisonnables, et plus souvent ridicules, pour décider si celui qui avait tué, quand il pouvait fuir sans danger, méritait ou non d'être imputé. Trébutien, I, p. 151-152, a tenté une conciliation ingénieuse de ce désaccord.

§ 309.

Ce serait une injustice que de lui reprocher de n'avoir pas fait une chose *impuissante* à le sauver, ou dont il ne pouvait pas connaître l'utilité. La légitimité de la défense doit toujours se mesurer d'après l'opinion raisonnable de celui qui se voit menacé de mort, et non selon ce qu'un froid calcul et un mûr examen ont fait connaître au juge. Si l'erreur a été grossière et inexcusable, il y aura précipitation et imprudence ; en cas de crédulité raisonnée et excusable, il n'y aura pas même une faute ; mais dans les deux hypothèses, celui qui s'est trompé dans le calcul du danger et des moyens de se sauver a agi avec la conviction qu'il faisait un acte légitime, et on ne peut point lui reprocher un *dol*.

§ 310.

L'absence de la condition de *gravité* ou d'*inévitabilité* du danger donne lieu à ce qu'on appelle l'*excès de défense* : il présente plus souvent les caractères de la *faute* que ceux du *dol*, et si dans les délits graves il n'est pas dirimant, il doit

du moins diminuer notablement l'imputation. Mais qu'on ne perde pas de vue la distinction entre l'*excès de défense* (*stricto sensu*) qui constitue toujours le *dol*, et l'*excès de légitime défense* (ou comme d'autres disent : l'*irrégularité de la légitime défense*) qui constitue toujours la *faute*, et qu'on peut quelquefois laisser impuni¹. Ainsi le code prussien (sanctionné le 14 avril, et mis en vigueur le 1^{er} juillet 1851), au § 41, 2^e alinéa, assimile quant à l'effet dirimant la légitime défense et l'excès : disposition très-douce, et qu'on peut accepter, pourvu qu'elle se réfère à l'*irrégularité* (ou *excès*) de la *légitime défense*, car en ce sens elle trouve une base solide dans le principe sus-énoncé de l'absence de *dol*. Celui qui, se trompant sur la *gravité* ou sur l'*inévitabilité* du danger, a tué ou blessé, n'a pas la *volonté*, la *conscience de commettre un délit*. Il est donc absolument exempt de *dol*. On peut lui reprocher une erreur de calcul, ou la précipitation, c'est-à-dire ce qui constitue une faute, mais si l'on remarque que l'aspect d'un péril imminent ne laisse la faculté de raisonner qu'à des hommes d'une présence d'esprit *extraordinaire*, on comprend que cette précipitation, et l'erreur de jugement qui en résulte, est un effet inévitable de la nature humaine, effet dont très-peu de personnes seraient exemptes dans des circonstances analogues, c'est-à-dire dans le cas d'une perturbation causée par l'épouvante.

1. Cette distinction a été développée par Carmignani, *Elementa*, § 979, on note ; et par Giuliani, II, p. 295.

§ 311.

Il y a une *contrainte* qu'on appelle *impropre* : elle a lieu lorsque, sans aucune menace de mal corporel imminent, la personne s'est déterminée à commettre le délit pour obéir à l'ordre d'une autre personne qui exerçait sur elle une *autorité*.

§ 312.

Cette *autorité* peut être ou *domestique*, ou *hiérarchique*, ou *politique*. La subordination *domestique* est celle qui se rencontre dans la femme, l'enfant, ou le serviteur, envers le mari, le père, ou le maître.

§ 313.

La subordination *hiérarchique* est celle qui consiste dans un rapport de supériorité et de dépendance respectives, résultant d'un ordre particulier d'offices ou de fonctions ayant le plus souvent un caractère public. Telle est celle qui lie le soldat au capitaine, l'ecclésiastique à l'évêque, le greffier au juge, etc.

§ 314.

La subordination *politique* est celle qui lie le sujet au prince, et en général à l'autorité qui gouverne l'État.

§ 315.

La règle générale est que la *crainte* purement *révérentielle* n'exclut pas l'imputation. Elle peut la diminuer légèrement, mais comme la pure soumission et le respect n'enlèvent pas la *conscience* qu'on fait mal, ni la *liberté* de choisir, les caractères du dol et la responsabilité du délit commis subsistent ¹.

1. La jurisprudence française est constante en ce sens. (Blanche, *Deuxième étude*, art. 64, n° 204 et suiv.) Mais la pratique italienne admettant en général qu'on peut tenir compte d'une forte instigation venue d'un tiers, pour diminuer légèrement l'imputation, il est bien naturel qu'elle applique plus largement cette règle quand l'instigation est partie d'une personne qui avait sur l'agent une certaine autorité morale. Ainsi chez les praticiens nous trouvons très souvent atténuée l'imputation de la femme qui a agi sur l'ordre de son mari (Mastrillo, *décis.* 246 en entier et les auteurs qu'il cite.)

§ 316.

Il s'ensuit que si la subordination *domestique* peut quelquefois diminuer l'imputation, elle ne peut jamais la supprimer. La subordination *politique* détruit l'imputation quand elle fait disparaître la *criminalité* de l'acte, comme dans le cas d'une loi émanée d'un *gouvernement de fait*. La subordination *hiérarchique* n'est d'ordinaire qu'une *dégradante*, et ne prend le caractère de *dirimante* que quand elle a enlevé la *conscience* de la *criminalité* de l'acte, comme il arrive dans le cas où le supérieur a commandé dans un but illicite une chose qu'il était dans ses attributions de commander, en sorte que l'agent *croie* faire une chose licite. Dans ces termes, la *dirimante* dépend plus des conditions de l'*intelligence* que de celles de la *volonté* de l'agent. La personne responsable du délit, en pareil cas, est celle qui commande; l'autre n'est qu'un instrument aveugle et matériel qui agit sans avoir conscience de violer la loi, et à qui on ne peut pas faire un devoir de contrôler les ordres de son supérieur. Il est exempt de dol : son action matérielle se joint au dol de celui qui s'est servi de son moyen, et c'est à celui-là que se rapportent les deux forces du délit qui s'est produit ¹.

1. Dans une dissertation spéciale insérée dans le *Giurista* de Naples, 6^e année, n° 67, Quinto s'est élevé justement contre la doctrine de l'obéissance passive, qui voudrait que le Code pénal donnât par avance une patente d'impunité à tout subalterne qui commet un délit par ordre de son supérieur. La question est purement une question de *dol*, aussi ne peut-elle être que particulière à chaque cas. L'ordre du supérieur est une excuse légitime quand il a conduit l'agent à la croyance raisonnée qu'il ne commettait pas un délit. Si, malgré l'ordre qu'il a reçu, le subalterne a eu conscience qu'il servait d'instrument à l'exécution d'un délit, il est impossible qu'il ne soit pas responsable. On peut seulement lui compter comme dégradante la crainte révérentielle. Que si cette crainte se transforme en celle du danger imminent d'un grave dommage personnel, comme quand le supérieur menace de faire fusiller le soldat s'il n'obéit pas à son ordre, alors la *dirimante* ne vient plus du

commandement, et c'est une erreur de la faire figurer dans cette théorie. Elle rentre dans la règle générale de la légitime défense et de la contrainte *proprement dite*. C'est ainsi que les esprits se fourvoient en changeant le point de vue juridique des questions. On dit : le vieillard devient quelquefois imbécile, donc il faut accorder à tous les vieillards un brevet d'impunité; on dit : le subalterne court quelquefois le risque de la vie s'il désobéit à son supérieur, donc il faut accorder l'impunité à tous les subalternes. Argument illogique : l'imbécillité et le péril de la vie, quand ils se présentent, suppriment l'imputation en vertu de leur nature propre, et quand ils se présentent, il n'y a pas besoin d'autres règles pour qu'on en tienne compte; mais ce sont des conditions de fait, elles doivent exister, on doit justifier de leur existence dans les faits particuliers; c'est une erreur de les concéder par présomption à certaines catégories de personnes ou à certaines espèces de situations quand on ne peut pas affirmer qu'elles sont constantes et perpétuelles dans ces classes de personnes ou dans ces sortes de situations.

2° *Entraînement des passions.*

§ 317.

Pour attribuer à chaque délit une juste mesure, il faut considérer les *passions* qui ont porté à violer la loi, non pas *moralement*, ni *socialement*, mais *psychologiquement*.

§ 318.

Les passions sont certainement l'unique source des actions mauvaises, et le moraliste qui voit en elles un renversement de la suprématie divine de l'âme sur le corps doit les regarder comme l'ennemi auquel il a à faire la guerre. Mais le criminaliste qui trouve un élément constitutif du délit dans la force morale (laquelle a sa cause dans l'âme de l'agent, et son résultat dans l'âme des citoyens témoins du délit) regarde les passions d'un œil différent. La violence exercée sur la volonté de l'agent, même par une puissance purement intérieure, produit, quoique vicieuse, l'irrécusable effet de diminuer la force du délit dans son élément constitutif, en diminuant la *spontanéité* de la déter-

mination. A la diminution subjective de cette force correspond une diminution objective. Donc, par une déduction logique des principes qui règlent la constitution et la mesure du délit, le criminaliste trouve dans le délit commis par suite de cette impulsion violente une moindre gravité morale et une moindre gravité sociale. Donc il doit, en bonne justice, lui attribuer un degré moindre.

§ 319.

Si le critérium de la quantité des délits se tirait de la violation du devoir, il serait contradictoire de trouver une *dégradante* dans la colère : la colère devrait au contraire augmenter la quantité, et il y a contradiction à admettre qu'une circonstance qui augmente la *quantité* d'un délit considéré *in genere* le dégrade dans l'espèce particulière où elle présente le plus d'énergie. L'homme en colère qui blesse quelqu'un viole deux devoirs : l'un en se mettant en colère, l'autre en faisant la blessure. Mais comme au premier de ces devoirs ne correspond pas un *droit* chez les tiers, il ne répugne pas que la colère, qui viole un devoir moral, n'augmente pas la quantité, et qu'au contraire elle modifie le degré du délit. Si l'on devait chercher le critérium de la quantité des délits dans l'impulsion criminelle, celle-ci serait certainement plus grande quand la passion qui pousse à la détermination criminelle est plus énergique. Mais si l'on mesure la quantité du délit sur le critérium des forces considérées objectivement, toute contradiction disparaît; bien plus, cela concorde avec le principe que quand il se trouve dans une espèce particulière une dégradation de la force morale subjective, on doit dégrader l'imputation, précisément par la raison qu'à la force morale subjective moindre correspond toujours une force morale objective moindre. Il est bien vrai que si le *dol* consistait dans la *conscience*,

on ne pourrait pas voir dans les passions une cause de dégradation du dol, et par conséquent on ne pourrait pas dire que le délit commis dans l'emportement de la passion a une moindre force morale. C'est précisément ce qui a conduit Schröter et quelques autres parmi les modernes à repousser comme inacceptable la distinction entre le dol irréflecti et le dol prémédité, par le motif que la conscience de violer la loi est la même dans la colère et en dehors de la colère. Mais nous avons déjà montré (§ 69) la fausseté de cette doctrine. Ainsi donc, pour nous, il ne peut pas y avoir de doute sur l'admissibilité de la dégradation à raison de l'impétuosité des passions, car elle concorde avec la définition des forces constitutives du délit, avec la définition du dol, avec le critérium que nous prenons pour mesurer la quantité sociale des délits. On voit que ces principes s'entraident et se coordonnent, ce qui est par excellence le critérium de la vérité.

§ 320.

Pour que la *passion* opère cette modification de la *force morale* du délit, il faut donc qu'elle produise sur la faculté de vouloir une *coaction* qui précipite la détermination criminelle et fasse oublier plus facilement les défenses de la loi prohibitive. Ce n'est pas dans la notion spéciale de passion, mais bien dans ce caractère particulier que se trouve sa force excusante.

§ 321.

On doit par conséquent distinguer les passions *aveugles* et les passions *qui raisonnent*. Les uns agissent violemment sur la volonté, forcent les barrières de la raison, et ne laissent à l'intelligence qu'une moindre puissance de réflexion. Les autres au contraire provoquent le raisonnement et les calculs, et laissent à l'homme la plénitude du

libre arbitre. On doit reconnaître dans les premières une cause de diminution de l'imputation, car celui qui, sous le coup d'une perturbation subite, se laisse aller au mal, mérito qu'on l'excuse. Pour les autres passions il en est autrement : l'homme qui raisonne et qui calcule est soumis à l'obligation complète de se rappeler les prohibitions de la loi, et de réfléchir aux conséquences de ses actions. Dans les unes et dans les autres l'*occasion* peut être la même, mais elles diffèrent quant à la manière dont elles agissent sur l'âme¹.

1. Dans les matières pénales, les principes généraux se coordonnent et se rattachent les uns aux autres par un lien indissoluble. Nous avons vu, à propos de la recherche de la quantité des délits, la différence qu'il y a entre les trois écoles criminelles qu'on appelle *politique*, *ascétique*, et *juridique*.

L'école *politique* regarde le délit comme un *mal social* que l'autorité doit empêcher, et elle voit dans le besoin d'empêcher ce mal une raison suffisante de la légitimité de punir. Toute la justice réside dans la nécessité de la *prévention*. C'est le principe utilitaire dans sa pureté, c'est la maxime que la fin justifie le moyen ; à trois siècles d'intervalle, Machiavel et Bentham se donnent la main. Toute l'économie de la pénalité consiste en une dynamique, en un conflit d'impulsions et de répulsions. La suprême raison de la peine étant reconnue dans le besoin d'une force répulsive, cette force doit se proportionner au critérium de la force impulsive. Suivant cet ordre d'idées, quand l'impulsion à commettre le délit vient d'une passion très-violente, ou de l'ivresse, la force impulsive se trouve dans une proportion plus grande et plus énergique. La logique du système conduit donc à conseiller l'emploi d'une force répressive proportionnellement plus grande et plus énergique. La force de la passion embellit les apparences du bien qu'on espère tirer du délit, elle donne le courage de surmonter les difficultés, et fait oublier le danger de la peine ; si l'impulsion plus forte augmente la quantité du délit, il est contradictoire et parfaitement absurde en logique que la condition même qui augmente la quantité dégrade le délit et en diminue l'imputation. Ou il faut abandonner le système et se soumettre à l'un de ceux qu'on lui oppose, ou bien, avec la doctrine de l'impulsion, il faut aboutir à la négation de toute excuse tirée des passions et de l'ivresse.

Pour l'école *ascétique*, la raison de punir se trouve tout entière dans le monde suprasensible. Si le délit doit encourir la peine, c'est qu'il est la violation d'un devoir, autrement dit un fait intrinsèquement mauvais. Dans cette doctrine, la moralité intérieure de l'acte et la violation du devoir moral figurent au nombre des critères sur lesquels on doit me-

surer la quantité des délits. Tout mal moral accessoire à la violation du précepte civil est une augmentation qui doit conduire à élever l'imputation. Si, dans cet ordre d'idées, on vient à considérer l'ivresse et l'emportement de la colère, on ne peut omettre la considération morale que la colère et l'ivresse sont des vices reprochables à l'homme. Or, la logique du système conduit forcément à cette conclusion que, étant donné la même violation du précepte civil, celui qui l'a violé dans l'ivresse ou dans la colère est encore responsable pour s'être mis en colère ou pour s'être enivré. Ces deux désordres, représentant la violation ultérieure d'un devoir moral, sont des adminicules qui se joignent au critérium ordinaire du délit, et qui l'augmentent au lieu de le diminuer; et il est contradictoire qu'un adminicule qui augmente la quantité du délit en augmentant la violation des devoirs soit compté comme une dégradation du délit. La théorie du degré détruirait encore, dans cette seconde école, la théorie de la quantité, et *vice versa*.

L'école *juridique* regarde le délit comme une négation du droit, qui emporte pour le délinquant l'obligation de le confirmer en subissant une peine. Le modérateur suprême de la vie sociale n'est ni l'utile ni le bien suprasensible, mais uniquement le droit. La loi juridique doit avoir une sanction présente et certaine, pour être une loi et non pas un conseil. La souveraineté du droit en rend légitime la défense au moyen d'une sanction, et par conséquent le droit violé et son importance sont les critères de la mesure du délit. On ne va pas chercher une dynamique artificielle entre la force impulsive et la force répulsive, ni une dynamique idéale entre le mal sensible et le mal suprasensible, on cherche seulement la dynamique des droits, et on dépouille le délinquant d'une quantité de droits proportionnelle à ceux qu'il a attaqués et qu'on veut protéger dans la même mesure. Pour nous le délit n'est pas un être purement matériel, ni un être purement idéal, mais un être *juridique*; et c'est à cause de cette définition fondamentale du délit que notre école prend le nom d'école *ontologique*. Elle fonde la définition du délit sur les seuls critères de la loi juridique, et, considérant à ce point de vue cet être idéal, elle y trouve, d'après la seule règle de ses rapports juridiques, les raisons de la qualité et de la quantité. Mais comme le droit n'a ses conditions de rapport que vis-à-vis d'un être moralement libre, la violation du droit ne peut être complète et atteindre son état normal si elle n'est complète, non-seulement dans ses forces matérielles, mais encore dans ses forces morales, savoir : l'intelligence et la volonté de l'agent. Quand l'agression d'un droit est le fait d'une personne qui ne réunissait pas dans leur plénitude les conditions de la liberté normale, il y a une diminution dans l'être juridique appelé délit. Cet être ainsi diminué doit s'imputer comme moindre qu'à l'ordinaire, et c'est par *justice* et non par indulgence ou miséricorde qu'on en dégrade l'imputation. On impute moins ce qui est moindre. Or, il faut tenir pour indubitable le phénomène psychologique que l'homme, sous la pression d'une passion violente, a moins de liberté dans sa détermina-

tion. C'est donc une nécessité logique de ce système d'imputer moins les délits commis au milieu du trouble de la colère ou des vertiges de l'ivresse, quoique la colère et l'ivresse augmentent actuellement l'impulsion à la détermination, et quoique toutes deux soient à bon droit considérées comme vicieuses. En effet, l'agent ne jouissant pas de la pleine liberté morale, l'être juridique présente une diminution dans les formes subjectives qui le constituent, et la justice exige impérieusement qu'on impute moins toutes les fois que la détermination d'attaquer le droit a été moins éclairée ou moins libre. En supposant que dans tout être les conditions *ontologiques* expriment seulement la partie *matérielle* on commet une équivoque. Tout être a, selon sa *nature*, ses conditions *ontologiques* particulières, et elles peuvent être ou toutes spirituelles, comme chez Dieu, ou toutes matérielles, comme dans un corps brut, ou mixtes, comme chez l'homme et dans les actes humains. Le délit n'est pas un être *matériel*, mais un être *juridique*; qu'on ne perde jamais de vue ce caractère essentiel. Donc les conditions ontologiques du délit comprennent : 1^o le droit attaqué, qui en constitue l'*objectivité*; 2^o le fait matériel agressif, qui en constitue la *subjectivité physique*; 3^o le concours du moral de l'agent (c'est-à-dire la volonté intelligente), qui en constitue la *subjectivité morale*. Voilà les conditions ontologiques du délit. S'il manque le droit attaqué, l'être juridique disparaît, parce qu'il n'a pas d'*objet*; c'est pourquoi le péché n'est pas un délit. S'il manque absolument le fait matériel, l'être juridique disparaît également, parce qu'il est privé de l'*élément physique*; c'est pourquoi les mauvaises intentions ne sont pas des délits. S'il manque absolument l'élément moral de l'action, l'être juridique disparaît encore, parce que le fait matériel ne peut atteindre le droit que s'il provient d'une *volonté intelligente*; c'est pourquoi le dommage causé par le hasard ou par les animaux ne constitue pas un délit. Que s'il n'y a pas défaut absolu de ces conditions, mais seulement diminution de quelque-une d'entre elles, le délit subsiste, mais il se proportionne à cette diminution. Si la diminution comparative est dans le droit attaqué, parce qu'un droit a moins d'importance qu'un autre, l'être juridique est *complet*, mais il offre une *quantité* moindre. Si au contraire la diminution est dans la subjectivité physique ou morale, le délit est *imparfait*, dégradé dans son individualité. Ainsi l'école ontologique rend compte de toutes les variations de l'imputation sans jamais sortir de l'étude des conditions intrinsèques du délit, sans jamais s'égarer dans des considérations extrinsèques à l'être qu'elle examine, ni donner aucune valeur aux rapports empiriques, comme l'école politique, ou aux rapports suprasensibles, comme l'école ascétique. Tout l'édifice de la doctrine que nous professons repose sur cette proposition fondamentale que le délit est un être *juridique*.

§ 322.

On distingue ensuite avec facilité les passions *aveugles*

des passions *qui raisonnent*, en considérant la cause qui les excite. Les passions excitées par l'aspect d'un *bien* sont toujours des passions *qui raisonnent*. Celles qu'excite l'aspect d'un *mal* deviennent des passions *aveugles* ¹.

1. Ce critérium remonte aux philosophes de l'antiquité. Théophraste a dit : *Ampliora esse crimina quæ cum voluptate, quam quæ cum dolore admittuntur*. Cette maxime a été ensuite développée par Marc-Aurèle : *Graviora esse quæ per cupidinem, quam quæ per iram admittuntur : etenim qui irascitur, cum dolore quodam et contractione animi a rationis tramite declinare videtur ; qui vero per cupidinem delinquit, quia voluptate vincitur, intemperantior quodammodo et in peccando effeminator videtur*. Quoique la doctrine du degré et de la dégradation ne fût pas bien développée en droit, Philon a pressenti que l'entraînement de la passion doit produire une diminution dans le délit : *Dimidiatum videri facinus cui non accessit longa deliberatio*.

§ 323.

Par conséquent, ce dernier caractère ne se rencontre que dans la *colère* et dans la *crainte*. La *colère* est excitée par l'aspect d'un *mal souffert* ; la *crainte*, par l'aspect d'un *mal* qu'on est exposé à *souffrir*.

§ 324.

La *colère* et la *crainte* seront donc les seules passions auxquelles le droit pénal pourra concéder à l'efficacité de diminuer l'imputation. La *crainte* doit l'avoir plus que la *colère*, parce qu'elle n'est pas vicieuse, et que la *volonté* a moins de prise sur elle. La *crainte* et la *colère*, quand elles concourent à la fois, l'ont à un plus haut degré.

§ 325.

Dans le langage de la pratique, la *colère* excitée par un *mal* causé à notre personne constitue l'excuse dite *provocation*. La *colère* excitée par une offense à la propriété, ou à des personnes qui nous sont chères, constitue ce qu'on appelle l'excuse du *juste ressentiment*.

§ 326.

Toute la force excusante de ces passions consiste dans la *véhémence* et la *rapidité* de l'action qu'elles exercent sur la *volonté*. L'homme est responsable de ses déterminations parce que sa *volonté* est armée de la *raison*. Mais l'action de la *raison* humaine est *froide* et *lente*. Tout ce qui pousse à agir avec précipitation enlève le *calme* et le *temps* nécessaires pour réfléchir mûrement, et prive ainsi momentanément la *volonté* de l'arme qui la défend. Ces conditions, qui ne laissent à la détermination criminelle qu'une moindre force de *méchanceté*, donnent à la passion une efficacité excusante. De là la conséquence logique que pour fournir une excuse la passion doit précisément avoir pour caractères la *violence* et l'*instantanéité*.

§ 327.

Par conséquent, on doit distinguer de la *colère* la *haine* qui peut venir à la suite, mais qui en est une phase particulière. Cette passion (quand elle n'est pas le résultat de l'*envie*) a pour cause un *mal passé*, qui d'abord a produit la *colère* ; celle-ci s'est ensuite changée en *haine*, en passant de la *véhémence* au *calcul*. La *haine* ne protède pas tant du *ressentiment* du *mal souffert* que du *plaisir* corrupteur qu'elle fait trouver dans la *vengeance* ou dans l'*oppression* d'autrui, les présentant comme un *bien* aux désirs de l'âme.

§ 328.

De même la *crainte* ne peut pas prendre le caractère de passion aveugle quand elle se rapporte à un *mal éloigné*. Ce qui est *éloigné*, soit dans le *passé*, soit dans l'*avenir*, du moment de la détermination, ne peut exercer sur elle une impulsion qui paralyse les fonctions de la *raison* et entraîne la *volonté*.

§ 329.

L'amour, l'amitié, la jalousie, et d'autres passions, n'ont pas de critérium *spécial*. Elles peuvent excuser, non pas par elles-mêmes, mais en tant qu'elles sont cause de colère ou de crainte, et prendre la forme du *juste ressentiment*¹.

1. Crell, *De privilegio doloris; in ejus Dissert.* fascic. XII. p. 2054.

§ 330.

Le plus ou moins de *gravité* du mal souffert ou appréhendé qui a excité la passion, la *justice* plus ou moins grande de la cause qui l'a éveillée, l'*intervalle* plus ou moins considérable ou les obstacles intervenus entre cette excitation et l'action, sont les règles sur lesquelles on mesure la dégradante de l'entraînement des passions.

§ 331.

Mais quand la passion, quoique excitée par l'aspect d'un mal souffert ou à souffrir, n'a pas les deux caractères d'être *imprévue* et *juste* (au moins en apparence¹) on ne peut lui attribuer aucune efficacité *excusante*. Elle pourra parfois faire descendre le dol au second ou au troisième degré, mais jamais le dégrader jusqu'au quatrième.

1. Je dis *au moins en apparence* : cette formule est féconde en résultats pratiques de la plus haute importance. C'est un principe constant qu'on ne peut rendre l'homme responsable des erreurs de l'intelligence, sauf (dans les termes convenables) à raison d'une *faute*. Mais quand l'erreur a produit chez l'homme la conviction qu'il ne commettait pas un délit, ou qu'il commettait un délit moindre, il faut juger le dol de cet homme selon l'état de son intelligence, et non selon la vérité des choses qu'il a ignorées au moment de l'action. Cela conduit à la règle que soit pour la contrainte, soit pour la provocation ou le juste ressentiment, on doit chercher la *justice* de la colère ou de la crainte, non dans la vérité des choses telle qu'elle s'est présentée aux calmes investigations du juge, mais dans l'*opinion raisonnable* du justiciable. Si, par exemple, quelqu'un a fustigé un homme qu'il a trouvé la nuit dans sa maison, croyant que

c'était un galand de sa femme, tandis que c'était l'amant de la domestique, *in rei veritate* son irritation, sa colère ont été injustes; cependant il ne serait pas équitable de lui refuser l'excuse quand il a eu une *cause raisonnable de se tromper* dans sa croyance. On ne doit jamais oublier que l'erreur *essentielle* peut être *absolue* ou *relative* (§ 261), et que quand elle est *relative* elle doit produire dans le sens *relatif* les efforts qu'elle produit dans le sens *absolu* quand elle est *absolue*. Il a été jugé récemment chez nous, en matière de provocation, qu'on doit admettre cette cause d'excuse quoique la personne provoquée n'ait pas tué le provocateur même, mais ait tué ou blessé une autre personne par suite d'une erreur. Ainsi l'a décidé la cour de cassation de Palerme, par un arrêt du 10 août 1865, aux termes de l'art. 562 du code sarde. La cour a argumenté en outre de l'art. 535 qui punit l'homicide comme prémédité quoiqu'on ait tué par erreur une personne autre que celle qu'on voulait tuer; elle en conclut que si l'erreur ne modifie pas la force morale subjective du délit par rapport à ce qui le rend plus grave, elle ne doit pas non plus la modifier par rapport à ce qui diminue l'imputation.

3° *Ivresse*.

§ 332.

L'*ivresse* se présente sous des aspects différents, selon qu'on la considère dans ses causes ou dans ses effets, et selon qu'on examine dans ceux-ci les rapports *physiologiques* ou les rapports *psychologiques*.

§ 333.

Son action s'exerce d'abord sur les organes corporels, et offre des résultats purement matériels. Mais bientôt elle commence à agir sur la volonté, dont elle précipite les délimitations, la rendant par là moins libre. Enfin elle agit sur l'intelligence et parfois de façon à en supprimer momentanément toutes les facultés.

§ 334.

De là viennent les diverses manières de voir des criminalistes¹ dans l'appréciation de cette situation anormale

de l'homme, dans son évaluation comme cause dégradant l'imputation, et dans le choix de la place qui lui convient dans l'ordre des matières. Mais puisque le dernier degré de l'action de l'ivresse sur l'intelligence est rare et exceptionnel, et que son influence sur la faculté de vouloir est constante, c'est à bon droit qu'on l'a placée parmi les causes qui modifient la *volonté* de l'agent.

1. Les écoles anglaise et française ont été presque jusqu'à nos jours absolument opposées à considérer l'ivresse comme une excuse. Blackstone a épuisé tous les arguments pour en repousser l'admission. En France une ordonnance de François 1^{er}, du 31 août 1536, rapportée par Jousse (*justice criminelle*, II, p. 618), voulait qu'on appliquât la peine ordinaire, et de plus une augmentation de peine pour l'ivresse. Ces traditions firent qu'en ce pays on conserva de l'aversion pour cette sorte d'excuse, et ce fut beaucoup que Muyart de Vouglans (*Lois criminelles*, liv. I, tit. 3, ch. II, § 4) admit la distinction entre l'ivresse et l'ivrognerie, distinction qui remonte à Cicéron, qui fut appliquée par Barthole, et qu'on a attribuée à tort à Anthonius Mattheus. En Allemagne a prévalu l'opinion favorable à l'excuse (Lauterbach, *Disput.* 139, thes. 7, n^o 7.) comme cela résulte de la dissertation de Mittermaier sur l'imputabilité de l'homme en état d'ivresse. De même dans la pratique espagnole : Caldero, *decis.* 43, n^{os} 27 à 32 ; et en Russie : Guizzetti, *Principia generalia juris Russiæ de delictis et poenis*, p. 17. On l'a admise en Belgique, malgré les expresses défenses de Charles Quint, comme l'a démontré Lavallée dans une dissertation spéciale reproduite dans les *Archives de droit*, vol. IV, p. 323 et s. : Haus a aussi pris parti plus récemment pour l'excuse, *Observations sur le projet du code pénal*, I, p. 210. En Italie, malgré la dissidence de Baldo, la doctrine de Farinaccio et de Claro ont fait prévaloir l'opinion la plus douce. Voyez aussi Nicolini, *Questioni di diritto*, quest. 14. Dans la France moderne, Dufour dans la *Thémis*, et Bavoux, *Leçons de droit criminel*, p. 567, l'ont soutenue, mais comme à regret et en faisant les distinctions rappelées par Chauveau, *Théorie du Code pénal*, § 362. Plus tard elle fut acceptée d'une façon plus large, suivant l'éloquente argumentation de Rossi, par Berthauld, *Leçons de droit pénal*, p. 320, par Ortolan, *Éléments de droit pénal*, § 321, et généralement par les auteurs les plus récents. Voyez aussi Legrand du Saulle, *la Folie devant les tribunaux*, p. 262. Il y a toutefois des criminalistes sévères qui hésitent encore à considérer l'ivresse comme une excuse, et qui lui accordent seulement l'effet d'une circonstance atténuante, selon le langage de la jurisprudence française. Lambert (*Philosophie des cours d'assises*, ch. xxiv, p. 389) n'admet pas que l'ivresse puisse jamais parvenir à l'état de complète aliénation mentale ; il veut qu'on l'assimile toujours, dans ses effets, à la passion

qui, bien qu'elle trouble l'intelligence, ne l'annihile jamais selon lui. L'homme ivre qui ne sait ce qu'il fait, et qui, absolument privé de la conscience de ses actions, se trouve réduit à l'état d'automate, est, selon M. Lambert, un type créé par l'imagination, qui jamais ne s'est assis sur le banc des accusés. Lanjardière, *De l'ivresse*, p. 149, a réfuté cette opinion ; mais au fond, la méprise de M. Lambert n'est pas dans la simple négation d'une hypothèse (ce qui, en fin du compte, serait une confirmation de la règle toutes les fois que l'hypothèse se réalisant démentirait la négation qu'on en fait), elle consiste en ce que, même dans le cas où il tolère l'indulgence envers l'accusé, il prétend trouver dans l'ivresse une atténuante de la peine, et non une dégradante de l'imputation. C'est une confusion des principes fondamentaux : du moment qu'on admet la *pleine imputation* de l'homme ivre, il est impossible de trouver en sa faveur une raison d'adoucir la peine. Lanjardière lui-même, dans sa réfutation de Lambert, tombe dans cette confusion (*op. cit.* p. 151) quand il donne pour exemple de l'atténuation de la peine le cas de celui qui vole un pain sous l'impulsion de la misère et de la faim. Même dans ce cas il y a une diminution d'imputation, parce que le besoin pressant a rendu moins libre la détermination de l'agent. Il s'est trouvé une dégradante dans la force morale subjective, sans cela il n'y aurait pas d'exagération dans la peine. Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, a plus que tous les autres démontré clairement l'admissibilité de cette excuse. Dans une savante dissertation sur la *répression de l'ivresse* (*Revue critique*, vol. XIII, p. 515), Neyraud a présenté le tableau des anciennes lois et coutumes relatives à cette matière. On a trouvé dans les lois romaines un argument en faveur de l'efficacité dirimante de l'ivresse : loi 5, § 2. *Dig. ad leg. aquil.* ; et en faveur de son efficacité dégradante : loi 7 *Dig. ad leg. aquil.* et loi 11 *de poenis*. Voy. Van Maanen, *De jure circa ebrietatem*.

§ 335.

Les principes fondamentaux sur lesquels repose la notion du délit demandent qu'on regarde cette circonstance comme une excuse. Si le délit exige essentiellement la force morale, si cette force tire son existence de la volonté éclairée, si la diminution de la force morale dans le délit conduit en bonne justice à une diminution d'imputation, toutes les fois qu'on doit reconnaître que l'ivresse a exercé une influence sur la volonté il est de nécessité logique de lui accorder une efficacité excusante, et à plus forte raison si elle est allée jusqu'à troubler l'intelligence.

§ 336.

Le criminaliste ne peut donc pas, avec la sévérité du moraliste, considérer l'ivresse dans sa cause. On a tort de poser comme règle absolue que l'ivresse est vicieuse dans son principe, car elle résulte d'une série d'actes dont chacun est innocent. Mais fût-elle vicieuse, ce serait néanmoins une injustice d'assimiler dans l'imputation le délit de l'homme ivre au délit de celui qui ne l'est pas, puisque le délit du premier a incontestablement un moindre degré de force morale.

§ 337.

Il est singulier que dans ce débat entre les défenseurs et les ennemis de l'ivresse, on ait, d'un côté comme de l'autre, fait appel aux règles du droit civil, afin d'en tirer une induction en un sens ou en l'autre dans la question pénale.

Pour combattre le système de ceux qui s'obstinaient à refuser toute excuse au délit de l'homme ivre, on a mis en avant la théorie des nullités proclamées par les lois civiles. Déjà Puffendorf (*De jure naturæ et gentium*, lib. 3, cap. 6, n° 5) avait admis la nullité des contrats de l'homme ivre, comme Furgole l'avait admise pour les testaments, et cette nullité n'avait évidemment pas d'autre base que la présomption du défaut de volonté libre chez l'homme ivre. Néanmoins on prétendait qu'il faut distinguer entre les effets civils et les effets pénaux de l'ivresse, et Merlin affecta de s'étonner qu'on tentât d'excuser les délits de l'homme ivre, disant que l'ivresse est un délit, et qu'il est inadmissible que le délit antécédent excuse le méfait subséquent. Mais l'argumentation est fautive tant dans le principe qu'elle affirme que dans la déduction qu'elle en tire. Ce système, qui n'admet l'excuse que quand l'ivresse est accidentelle ou produite par la malice d'un tiers, transporte le procès du moment où le délit a été commis au moment où a commencé l'ivresse, et identifie la volonté sup-

posée de s'enivrer avec la volonté de commettre le délit ; il laisse en outre indécis le cas intermédiaire de celui qui ne s'est pas enivré avec la volonté arrêtée de s'enivrer, et n'a pas non plus été victime du hasard ou de la malice d'autrui. L'ivresse, dans cette hypothèse, n'offre ni un dol ni un pur accident : l'homme en s'enivrant s'est mis en état de faute. En admettant la formule rigoureuse *non culpa vini sed culpa bibentis* on punirait toujours comme coupable de dol celui qui n'a été en état de dol ni quant à la cause ni quant à l'effet.

En sens inverse, on a tenté de transporter sans limitation, du droit civil au droit criminel, cet autre brocard, *qui veut la cause veut l'effet* : Veldtman, *De delicto et pœna ebriorum*, cap. 2. Mais si ce brocard est absolu en ce qui concerne la responsabilité civile, il n'en est pas toujours de même en ce qui concerne les punitions et le dol. Par là on punit le délit de l'homme ivre en vertu d'une fiction, et l'on renverse toute la théorie des délits mêlés de faute dans lesquels la cause est toujours voulue quoique les effets n'aient été ni voulus ni prévus. Dans son traité des nullités, Solon a repris la thèse de la différence du droit criminel et du droit civil, se fondant subsidiairement sur la considération empirique du danger que présente l'admission d'une semblable excuse, qu'il appelle un commode brevet d'impunité ; mais c'est là le vieil argument de Blackstone, reproduit plus crûment peut-être, qui admet qu'on peut punir sans qu'il y ait un dol, et veut rendre la justice esclave de l'utilité sociale.

Puisque les objections au moyen desquelles on voudrait repousser l'argument tiré du droit civil n'ont aucune valeur, reste dans toute son absurdité l'idée de regarder comme apte à se lier criminellement celui qui n'est pas apte à se lier civilement. Ajoutons que l'habitude de s'enivrer cause toujours une altération du cerveau, une dégradation de l'intelligence, et qu'elle peut aller jusqu'à

conduire le malheureux qui est sujet à ce vice à un état permanent et incurable de démence. Quand l'homme est ainsi reconnu en état de démence, on le déclare, à raison de cette maladie, irresponsable de ses actes, quoique tous les médecins qui l'examinent voient dans l'ivresse la cause honteuse de son aliénation mentale. En persistant à ne pas admettre comme excuse le délit passager causé par l'ivresse, on arrive donc à cette conséquence qu'on prend en considération l'aliénation mentale produite par le vin chez celui qui s'est enivré par une habitude persévérante et invétérée, et qu'on n'y a pas égard chez celui qui une seule fois est tombé dans cet état. Il faut donc reconnaître que les dommages causés par l'homme ivre appartiennent à la classe des cas fortuits plutôt qu'à la classe des actions. Ils sortent du domaine de la liberté pour rentrer dans le domaine de la nature.

1. Un édit de Henri III, de 1577, qui est entré dans les coutumes de beaucoup de lieux de France, refusait aux cabaretiers toute action pour réclamer le prix du vin qui avait été bu chez eux. Cette disposition se fondait sans doute sur le principe qu'on devait présumer que la demande de vin avait été faite en état d'ivresse; elle tendait à contraindre les cabaretiers à refuser du vin aux gens ivres. Un édit de Léopold de Lorraine, du 28 mai 1723, a étendu la nullité à tous les contrats faits dans le cabaret en faveur du cabaretier, même pour achat de denrées. La coutume de Bretagne a été encore plus loin: elle permettait sans distinction de rétracter dans les 24 heures tout contrat fait dans un cabaret. Telles ont été les principales conséquences juridiques de l'ivresse *présumée*. De plus, les lois civiles refusaient généralement l'efficacité aux contrats qu'on démontrait avoir été stipulés dans l'état d'ivresse *véritable*. Avec quelle logique après cela les rigoristes persistaient-ils à soutenir que celui qui n'était pas capable de volonté aux yeux de la loi pour contracter une dette a été capable de volonté pour jouer sa liberté ou sa tête?

§ 338.

Mais l'influence de l'ivresse sur la volonté étant toujours proportionnelle à son action sur l'organisme corporel, le critérium de la graduation de cette excuse doit, pour être juste, se tirer des conditions *physiologiques* de l'ivresse.

Une distinction très-exacte a été proposée par M. le professeur Puccinotti (*Lezione*, 23), et répétée par Ferrone (*Medicina legale*, § 721 *et suiv.*), entre l'ivresse *joyeuse*, l'ivresse *furieuse*, et l'ivresse *léthargique*.

1. Que l'ivresse doive être considérée au point de vue physiologique, c'est ce qu'enseignaient déjà de leur temps Harpprecht et Richter, *Velit. academ.*, *velit* 40, *thes.* 16. En général les Allemands ont toujours été portés à admettre l'excuse tirée de l'ivresse; les Français y ont été généralement contraires.

§ 339.

L'ivresse *joyeuse*, ou pure exhalation, exerce une impulsion sur la *volonté*, qu'elle rend plus précipitée, plus irréfléchie; comme l'entraînement des passions, elle peut diminuer l'imputation, mais jamais l'effacer.

§ 340.

L'ivresse *furieuse* exerce son action sur l'*intelligence*, qu'elle obscurcit de façon à enlever temporairement à l'homme la faculté de percevoir et de juger régulièrement; comme l'aliénation avec délire, elle peut supprimer absolument l'imputation. Imputer celui qui n'a pas eu conscience de ses actes, ce serait assujettir à la loi pénale la matière seule. On ne pourrait pas objecter que l'homme a été conduit par son libre arbitre à cet état passager d'aliénation mentale en s'enivrant volontairement. Si quelqu'un s'est réduit, par l'ivrognerie et la débauche, à une folie vraie et incurable, soumettez-vous à la coercition de la loi pénale les actes de ce malheureux, par la spécieuse raison qu'il a été cause de sa misérable condition? Quand l'ivresse est parvenue au degré dont nous nous occupons, on peut dire qu'elle est passagère, mais c'est un état de véritable aliénation mentale.

§ 341.

L'ivresse *léthargique* prend la forme du *coma*, et para-

lyse les forces de l'âme et les forces du corps; elle aussi, comme le sommeil, doit exempter de toute responsabilité. La justice ne saurait tolérer l'imputation de celui qui n'est plus qu'une sorte d'automate.

§ 342.

Si l'ivresse a été volontaire, ou si elle est résultée d'une imprudence coupable, on peut y trouver les éléments de la *faute*, mais elle ne peut pas faire naître le *dol* dans l'acte subséquent qui n'a pas été accompagné de volonté intelligente. Tel est le dernier enseignement de la doctrine, et ce sont ces idées qui, en législation, ont inspiré le Code pénal de Parme (art. 62), celui de Naples (art. 61) et celui de Toscane (art. 34 et 64). Le Code autrichien y avait adhéré plus explicitement.

§ 343.

Si l'ivresse a été *préparée* en vue du délit, ou comme on dit *recherchée*, on pourra punir le coupable pour ce qu'il a fait alors qu'il était sain d'esprit, alors qu'avec une claire prévision et une ferme volonté il s'est rendu *lui-même instrument futur* du délit auquel il tendait. L'imputation de l'homme se fonde à ce moment; ce qui arrive ensuite est une *conséquence* de son *fait dolosif*; on n'impute pas ce qu'a fait l'*homme ivre*, mais ce qu'a fait l'*homme sain d'esprit*, auquel on doit attribuer le délit dont il est l'*unique cause*. L'homme sain d'esprit est le *sujet actif principal* du délit, et il est en état de pleine imputabilité. L'homme ivre est le *sujet actif secondaire* (§ 40), l'instrument matériel de l'impulsion reçue, comme celui qui agit *malgré lui*. Et l'on ne peut objecter (comme l'ont subtilement proposé MM. Tissot et Bertauld) que, même dans ce cas, le fait n'est pas imputable à l'homme complètement ivre parce que le *dol* n'a pas été *concomitant* à l'*action*. La con-

comitance du *dol* à l'*action*¹ n'est pas une condition absolue de l'imputabilité².

1. Je trouve cette proposition réfutée de la même manière par Ortolan, § 324, et par Bernard, *Revue critique*, vol. XX, p. 464. La thèse de Tissot qui nie l'imputabilité du délit commis dans l'ivresse complète, même quand on l'a combinée en vue du délit, a été aussi soutenue par Roesch, *De Fabus des boissons*. Lanjardière (*De l'ivresse*, p. 180) l'a réfutée, mais par une raison différente: la continuation de l'impulsion de la volonté jusque dans l'état d'ivresse. C'est là ce qu'on peut appeler une raison de médecine légale, et ce sont les principes de cette science qui permettront ou non de l'admettre, c'est-à-dire de décider si l'hypothèse d'une certaine continuation de l'acte volitif formé dans l'état normal de l'esprit peut s'accorder avec l'hypothèse d'une ivresse complète. Pour nous, la raison juridique qu'il n'est pas nécessaire que le *dol* soit concomitant au fait de la consommation nous suffit. Le seul cas où l'on peut douter de l'imputabilité complète est celui de la *dipsomanie*. Cet état morbide où conduit l'abus prolongé de boissons alcooliques est incontestable. Les médecins le rangent parmi les états d'aliénation mentale permanente. Quand un homme arrivé à ce misérable état prémédite un délit, et s'enivre ensuite complètement pour mieux le consommer, on a soutenu qu'il est irresponsable. Comme on le voit, ce cas particulier ne contredit pas notre règle qui consiste à se contenter de l'intelligence au moment de la détermination, quoique au moment de l'action elle ait disparu. Dans le cas spécial proposé, on suppose que l'intelligence n'existe pas même au moment de la détermination. Aussi la question n'est pas véritablement particulière, elle prend un caractère général qui s'applique à tous les actes faits par l'homme qui a cette sorte de maladie. La question dépend de la détermination des effets moraux de la *dipsomanie*: enlève-t-elle vraiment toute conscience, l'imputation n'a pas lieu; se limite-t-elle à produire une nécessité irrésistible de s'enivrer, elle offrira une dégradante pour les autres délits, et une dirimante pour le fait de l'ivresse seulement, selon la théorie de l'*aliénation partielle* qui nous semble la plus acceptable.

2. A la théorie du degré par rapport à la volonté, les criminalistes joignent la question de l'*habitude*, qu'ils empruntent aux moralistes, et sur laquelle on peut voir Carmignani, *Elementa*, § 218. On place encore ici la question de l'excuse tirée de la *facile occasion* de commettre le délit, parfaitement traitée par Puttmann, *Diss. an et quando occasio delinquendi delictum minuat*.

§ 344.

Résumant cette théorie, je dirai que l'ivresse peut être considérée dans son intensité ou dans sa cause. Au point de

vue de l'intensité, elle est divisée par la médecine légale en ivresse *joyeuse, furieuse, ou léthargique*, et par les juriscultes en ivresse *complète* ou *pleine*, et ivresse *incomplète* ou *semi-pleine*, selon qu'elle a laissé ou non un certain degré d'intelligence, et par là une certaine possibilité de conscience. Au point de vue de la cause, elle présente différents cas : — 1° l'ivresse *accidentelle*, quand la personne s'est trouvée prise, sans avoir bu avec excès, soit par suite d'une disposition malade, soit parce qu'on avait méchamment contrefait la liqueur ; — 2° l'ivresse *fautive*, quand on a bu avec excès jusqu'à s'enivrer, mais sans prévoir qu'on s'enivrerait ; — 3° l'ivresse *volontaire*, quand on s'est mis à boire avec l'intention arrêtée de se mettre en état d'ivresse, mais sans prévoir qu'on commettrait un délit ; — 4° l'ivresse *recherchée* (ou autrement l'ivresse *préparée, préméditée*) ; c'est celle où le coupable se met après avoir prémédité un délit, afin de se donner plus de courage pour le commettre, ou d'étouffer les hésitations de la conscience, ou de se ménager une excuse. L'ivresse recherchée, quel qu'en soit le degré, n'est jamais une excuse. L'ivresse fautive et l'ivresse volontaire, quand elles sont complètes, suppriment toute imputation à raison d'un dol, mais laissent subsister à raison d'une faute ; et quand elles sont incomplètes, elles ne produisent qu'une dégradation. L'ivresse accidentelle ne peut jamais donner lieu à la faute : si elle est complète, elle détruit toute imputation ; si elle est incomplète, comme il reste à l'agent une certaine intelligence actuelle, on maintient l'imputation du fait en tant que dolosif, sauf la dégradation du dol, comme dans l'ivresse incomplète, *fautive* ou *volontaire*.

CHAPITRE IX

DU DEGRÉ DANS LA FORCE PHYSIQUE DU DÉLIT

§ 345.

Tout délit suppose une action *extérieure*. Les actions extérieures se composent de divers *moments physiques*, comme les actions *intérieures* de divers *moments moraux*¹.

1. Pour plus de développements sur la théorie de la tentative et de la complicité, on peut voir les leçons que j'ai publiées sur ce sujet. (*Opuscoli*, vol. I, opusc. 9.)

§ 346.

Ces moments physiques peuvent être incomplets *subjectivement* et *objectivement* à la fois, parce quelqu'un d'entre eux a fait défaut, et que par suite le coupable n'a pas obtenu le résultat qu'il désirait. Il peut aussi arriver qu'ils soient complets *subjectivement*, mais incomplets *objectivement*, parce que, bien que l'agent ait épuisé tous les moments physiques de l'action, le droit qu'il attaquait n'a pas été violé.

§ 347.

En pareil cas, le délit présente une *dégradation* dans la *force physique* ; en effet, ou bien l'action elle-même n'est pas parfaite, ou bien, si l'action est parfaite, l'*offense à la loi* ne l'est pas. Dans les deux cas, il y a un délit *imparfait*.

§ 348.

Quand les moments physiques de l'action sont complets, tant *objectivement* que *subjectivement*, la dégradation de la force physique du délit peut encore avoir lieu, non plus à raison d'une *imperfection*, mais à raison de la *division*. Cela arrive quand plusieurs personnes ont participé au délit, mais que *les moments physiques* de ce délit ne peu-

vent pas, soit *en partie*, soit *pour le tout*, être attribués à toutes ces personnes. C'est dans ce cas que se présente la notion de la *complicité*.

ARTICLE PREMIER

DU DÉLIT IMPARFAIT

§ 349.

Le délit est *parfait* quand la violation du droit protégé par la loi pénale est consommée. Il est *imparfait*¹ quand cette violation n'a pas eu lieu, bien que le coupable ait exécuté, avec une volonté dirigée vers cette fin, des actes extérieurs capables de la produire.

1. Les anciens écrivains, par exemple Kemmerick, se faisaient une idée plus large du délit *imparfait*. Ils disaient que le délit peut être *imparfait* tant *ratione proæresis* que *ratione executionis*, et appelaient imparfait dans l'élément intentionnel le délit de l'enfant, de l'homme ivre, de l'homme en colère, et même le délit mêlé de faute. On préfère aujourd'hui limiter l'imperfection du délit à ce qui concerne ses éléments matériels. Pour qui considère le délit comme un *être juridique*, la locution ancienne était peut-être plus exacte. En effet, il est bien naturel qu'à l'intention *imparfaite* réponde un délit *imparfait*. La formule *délit imparfait* étant désormais restreinte à la désignation de l'imperfection dans la force physique, on doit remarquer que cette imperfection résulte du défaut du *moment qui opère la consommation*, soit qu'il manque dans sa *subjectivité* parce qu'il n'a pas été exécuté ou l'a été d'une façon insuffisante, soit qu'il manque seulement dans son *objectivité* parce que, bien qu'on ait exécuté suffisamment l'acte qui doit consommer le délit, un accident a empêché le résultat voulu. Que s'il y a défaut de quelqu'un des moments physiques essentiels au délit, et que malgré cela le résultat qu'on voulait ait été obtenu, on ne dit plus que le délit est *imparfait* : il devient impropre ou change de titre, mais il est parfait. Ainsi l'assassinat qu'on veut imputer à quelqu'un est toujours parfait quand la mort a eu lieu, mais si la défense prouve qu'il a manqué quelqu'un des moments physiques qui constituent le guet-apens, le titre d'assassinat se change en celui de meurtre simple. De même le vol qui est consommé et parfait par l'appropriation d'une chose mobilière appartenant à autrui, ne devient pas imparfait quand on prouve qu'il a manqué la *contractatio invito domino* parce que la chose qu'on s'est indûment appropriée avait

été remise par le propriétaire lui-même : le délit reste toujours parfait, mais il devient impropre, et du titre du vol passe dans celui de l'abus de confiance. Une lacune dans les moments physiques qui précèdent l'acte de consommation ne rend donc le délit imparfait que quand l'événement a manqué à cause de cette lacune qui a empêché l'acte de consommation ou qui l'a rendu inefficace.

§ 350.

Un délit peut demeurer *imparfait*, soit quand l'*action* est restée *imparfaite* parce que la série de ses moments physiques a été interrompue ou *insuffisamment* exécutée, soit quand l'*action* étant *parfaite* dans la somme des moments nécessaires pour atteindre le but coupable, et ces moments *suffisants* en eux-mêmes pour cet objet, l'agent n'a cependant pas obtenu l'effet auquel il visait, à cause d'un empêchement produit par un heureux accident. Dans le premier cas, il y a *tentative*; dans le second, il peut y avoir, sous certaines conditions, un *délit manqué*.

§ 351.

Si la consommation¹ consiste en ce que le fait a atteint l'*objectivité juridique* qui constitue le titre spécial d'un délit donné, il est manifeste que l'idée de la consommation n'est pas *absolue*, mais purement *relative*; d'où il suit qu'un événement qui, par rapport à un titre de délit, constitue la *consommation*, n'est qu'une tentative par rapport à un autre titre de délit. La blessure est consommation dans le titre de blessures, mais elle peut être tentative dans le délit d'homicide; le bris d'une porte est consommation dans le titre de dommage, mais il peut être tentative de vol; l'abandon d'un enfant est consommation du délit d'exposition d'enfant, mais il peut être tentative d'infanticide; priver une femme de sa liberté, c'est consommer le délit d'enlèvement, mais cela pourrait constituer un moment de la tentative de viol; et de même dans d'autres cas.

1. C'est un progrès de la science moderne que de préparer les définitions de la *tentative* et du *délit manqué* en donnant d'abord celle de la *consommation*. Voyez les observations, d'une clarté parfaite, que sous le titre modeste de *Nozioni elementari di diritto penale* publiée dans le *Giornale delle Leggi* de Gênes (n° 30 et s.) un des plus éminents criminalistes toscans. Il serait à souhaiter, pour le plus grand avantage de la science et de la pratique, que ces précieuses pages fussent réunies et publiées en un volume. (Cette publication a eu lieu en 1871: *Nozioni...* par Baldassare Paoli conseiller à la cour de cassation de Florence; in-8, Gênes.)

§ 352.

Les délits *imparfaits* ne peuvent donc pas, par leur nature, présenter l'élément du dommage *immédiat* qui devrait appartenir à chacun d'eux, mais seulement un dommage immédiat inférieur ou même nul. Ce qui n'empêche pas qu'ils ne soient socialement imputables, car outre que le *dommage médiate* en résulte évidemment, le *danger couru* par la société ou par le citoyen attaqué y tient lieu du *dommage immédiat*. On dit *danger couru* pour le distinguer d'un *danger de pure prévision*, qui ne donne pas une raison légitime d'imputation.

1. Mittermaier, Lelièvre, et Wintgens ont soutenu que la tentative étant un commencement d'exécution d'un fait *prohibé* par la loi, les magistrats peuvent punir la tentative d'un délit quoique la loi n'ait pas édicté une défense spéciale et prononcé une peine spéciale: la partie d'un tout prohibé et puni est elle-même prohibée et punie. On trouve dans Jonge, *De delictis*, II, p. 280, la réfutation de cette dangereuse doctrine. Les codes modernes ont supprimé cette difficulté en spécifiant par une *disposition générale* les cas dans lesquels ils entendaient punir la tentative; ce qui, en quelque manière, a confirmé l'opinion scientifique que si la loi avait gardé le silence, la tentative n'aurait pas été punissable. L'ancienne pratique se tirait d'affaire au moyen de la théorie des *improprement dits* et de la peine *extraordinaire*.

§ 353.

Mais si la raison d'imputer le délit *imparfait* consiste dans le *danger*, qui fait l'office du *dommage*, comme aux yeux de la loi humaine la considération extérieure prévaut

sur la considération intérieure, on ne pourra jamais imputer un délit *imparfait* comme un délit parfait, précisément parce qu'un *danger couru*, quelque grave qu'il soit, n'est jamais l'équivalent d'un *dommage souffert*.

§ 354.

A ce motif principal vient se joindre cette considération que, dans le délit *imparfait*, le dommage *médiate* est toujours proportionnellement moindre, tant par rapport à l'alarme des bons, que par rapport à l'encouragement des méchants. Il y a de plus un intérêt social: en effet, si l'on épuise à l'égard du délit imparfait toute l'imputation qu'on appliquerait au délit parfait, on laissera forcément sans imputation les actes que le coupable aura continués ou répétés pour conduire à sa perfection le délit demeuré sans effet. Cependant il s'est rencontré, surtout en France, de chauds partisans de la doctrine de l'assimilation. Mais il faut noter qu'on retrouve ici le phénomène ordinaire de la sévérité dans l'indulgence et de l'indulgence dans la rigueur. Ceux qui sont pour l'assimilation dans la tentative restreignent la notion de celle-ci; au contraire, ceux qui enseignent la doctrine plus commune de l'imputation décroissante étendent la notion de la tentative punissable même à des cas où les premiers prononcent l'impunité. Ce phénomène¹ est constant dans toute l'histoire du droit pénal; ainsi le veut la nature des choses.

1. On en trouve une nouvelle preuve dans le savant écrit de M. Lacointe (*Revue critique*, tome XXIII, p. 454), qui a principalement pour objet de réfuter mon opuscule sur la tentative. Cet auteur me reproche, d'un côté une indulgence excessive quand je soutiens la différence d'imputation, et d'autre part une excessive sévérité quand je trouve la complicité punissable dans beaucoup d'hypothèses qui, selon lui, doivent échapper à toute imputation. Ce n'est pas ici le lieu de répondre à cet écrit, qui trouve d'ailleurs une réponse anticipée dans ce que j'ai déjà publié sur ce sujet. Je veux seulement faire remarquer qu'il n'est pas exact de dire que le code prussien de 1851 a suivi la doctrine de l'assimilation. Si ce

code assimile la tentative à la consommation dans les délits qu'il frappe d'une peine déterminée relativement (par exemple de 5 à 10 ans), il laisse du moins au juge la faculté d'appliquer le minimum aux faits tentés, et le maximum aux faits consommés. Mais pour les cas où il édicte une peine absolue (comme les travaux forcés à vie ou la mort), il a décidé expressément que la tentative fait descendre la peine d'un degré. Donc le code prussien a accepté le principe qui reconnaît dans la tentative une moindre gravité. Et puis comment peut-on affirmer que le délit tenté donne un mauvais exemple aussi considérable que le délit consommé? Comment voir un mauvais exemple, un encouragement au mal, dans une opération où l'on échoue, et qui de plus assujettit à une peine sévère? En portant la question sur le terrain du mauvais exemple on doit au contraire arriver facilement à se convaincre de notre opinion, tant par la raison que nous venons de donner, que parce que l'assimilation emportant la conséquence nécessaire de laisser impunis beaucoup de tentatives que nous punirions, cette impunité produit précisément l'effet d'encourager les méchants. Ceux-ci, ne connaissant pas les différences juridiques entre la tentative plus proche et la tentative plus éloignée, quand ils voient rester impunis des gens qui cependant ont commis une tentative, en tirent le dilemme suivant: ou je ne réussirai pas et je ne serai pas inquiété, ou je réussirai et j'aurai satisfait ma passion. Dans notre système au contraire quiconque a de mauvais desseins voit devant lui ce troisième terme: la non-réussite et la punition qui l'attend à chaque pas qu'il fera dans le chemin du crime.

§ 355.

La divergence entre l'ancienne école italienne et l'ancienne école française sur la grave question de l'assimilation du délit tenté au délit consommé a peut-être eu pour cause l'interprétation différente que les jurisconsultes des deux pays donnaient des lois romaines. Mais cette divergence qui se maintient entre les deux écoles modernes remonte aujourd'hui à des principes plus élevés. S'il y a division, ce n'est pas simplement parce qu'on a négligé la distinction entre le degré et la quantité du délit; la divergence tient au fondement même de la notion du délit. L'école qui prévaut en France punit dans le délit l'intention mauvaise, pourvu qu'elle soit manifestée par des actes extérieurs, et qu'elle se montre assez persévérante pour durer jusqu'au commencement d'exécution. Dans cette

conception, le fait n'est pas ce qu'on punit; le fait ne sert qu'à révéler l'intention coupable, qui est ce qu'on veut punir. Quelques jurisconsultes rattachent cette idée à une certaine interprétation du droit romain, d'après laquelle on prétend que les Romains eux-mêmes punissaient dans le délit le *dol* et non l'*action*; ce qui, bien que démontré par les monuments de quelques-unes des écoles romaines, n'était peut-être pas vrai par rapport à toutes. Si l'on doit punir dans le délit l'intention mauvaise dès qu'elle est attestée par un commencement d'exécution, il s'ensuit qu'il est indifférent à l'essence du délit que l'événement ait été obtenu ou non. Ce n'est là qu'un *accident*, une *circonstance* du délit, mais le délit est complet; et il reste seulement à débattre si, en égard à tel accident, on doit ou non atténuer la peine. Au contraire, l'école qui domine en Italie punit dans le délit un *fait* accompagné d'une intention coupable; d'où il suit que le fait matériel prend le caractère d'*élément* du délit. Par conséquent le délit se compose de deux *forces* essentielles, de deux éléments. Et puisque le délit, considéré au point de vue ontologique, n'est *complet* que si ces deux forces ont entièrement parcouru leur cercle respectif, il en résulte que l'effet manqué donne pour résultat un être juridique moindre que le crime suivi d'effet, comme cela se produit pour toute diminution dans l'intention. De cette façon, si nous imputons moins la tentative, ce n'est pas en vertu d'une atténuation indulgente, mais parce que nous trouvons une *diminution* dans la consommation, et qu'il est naturel qu'une lacune dans les conditions d'un être produise une *diminution* dans sa valeur. Ainsi donc, la divergence consistant dans la notion première de l'être juridique appelé délit, il est clair qu'on ne pourra jamais s'entendre.

I

De la tentative.

§ 356.

Je définis la tentative (ou attentat) : tout acte extérieur conduisant univoquement par sa nature et dirigé par la volonté explicite de l'agent vers un résultat criminel, mais non suivi de ce résultat ni de la lésion d'un droit supérieur ou équivalent à celui qu'on voulait violer.

L'analyse de cette définition nous fera connaître quand il y a tentative¹, et quand il n'y a que les apparences de la tentative.

1. Voyez Passerino, *De occidente unum pro alio*, disput. 4, cap. 2, p. 225. — Luder Mencken, *De impunitate conatus in delictis* — Bommel, *De cogitatione et conatu in pœnalibus*, Leyden 1776. — Wybenga, *De puniendo delinquendi conatu*, Groningæ 1828. — Faider, *De conatu delinquendi*. — Phillipse, *De conatu delinquendi*. — Neurgaard, *De conatu delicti ejusque pœna*. — Jordan, *De conatu delinquendi*. — Aster, *De puniendo conatu* — Van Der Veen, *De conatu delinquendi* — Honius, *De pœna conatus* — Graaff, *De pœna conatus* — Cropp, *De principiis juris romani circa puniendum conatum*. — Roettig, *Quæstio juris criminalis num crimen haud idoneis opibus attentatum puniendum sit*, Vratislaviæ 1867. — Nicolini, *Questioni di diritto*, partie 2, § 21. — Humbert, sur la tentative d'après le droit criminel des Romains (*Journal de l'Académie de Toulouse*, XI, p. 407). — *Annales de l'Académie de Toulouse*, année 1865, p. 270.

§ 357.

Tout acte extérieur. — La tentative doit être un commencement d'exécution du délit; mais l'exécution du délit ne peut pas même commencer sans un acte extérieur de la classe de ceux qui, selon la nature du fait, représentent un moment physique de l'action criminelle. Les désirs, les pensées, les résolutions, même révélées soit confidentiellement, soit par voie de menace, d'accord, d'instigation, ne sont pas des tentatives, et ne peuvent l'être par cette dou-

ble raison : 1^o qu'ils ne rendent pas toujours certaine l'intention d'effectuer l'action; 2^o que même en supposant cette intention, ils ne sont pas en eux-mêmes un commencement d'exécution du délit pensé, résolu, menacé, suggéré, ou même convenu¹.

1. Je n'admets pas comme De Zuniga (*Practica judicial*, Madrid 1861, vol. II, p. 432, note 1) que l'accord criminel dans les délits qui n'appartiennent pas à la classe des délits sociaux directs (dans lesquels l'accord criminel prenant le titre de complot est par lui-même un délit consommé) puisse être considéré comme une véritable tentative. Du reste je conviens avec cet auteur que l'accord et l'instigation à commettre le délit doivent, quand ils tendent à des délits graves, être imputés et réprimés, mais comme faits criminels distincts et complets en eux-mêmes. Je pense également avec lui que l'accord et l'instigation ne méritent pas une répression spéciale quand ils se sont produits dans un *subit accés de colère*: principe de justice absolu, méconnu par le code toscan qui, en punissant indistinctement toute instigation à commettre un délit (article 54), a assimilé l'instigation donnée de sang-froid et avec le dessein le plus mûr, à l'instigation qui échappe dans l'emportement d'une colère imprévue.

§ 358.

conduisant univoquement au délit. — Le premier caractère qu'il est indispensable de rechercher dans les actes extérieurs qu'on veut imputer comme tentatives, c'est qu'ils tendent univoquement au délit. Tant que l'acte extérieur sera tel qu'il pourrait conduire soit au délit, soit à une action innocente, nous n'aurons qu'un acte préparatoire qui ne peut pas être imputé comme tentative¹. Mais les actes extérieurs qui ne constituent pas une tentative punissable parce qu'ils sont purement préparatoires peuvent l'être d'une façon absolue, ou d'une façon contingente ou conditionnelle². Sont préparatoires absolument, les actes auxquels manque absolument le caractère de commencement d'exécution, en sorte que, dans le cas même où les aveux du justiciable rendent certain que ces actes tendaient à un délit, on ne peut cependant pas sans injustice les punir comme des tentatives, à cause d'un défaut qui est dans

leur nature, l'absence de tout commencement de *danger actuel*. Tels sont : l'acquisition d'armes ou de poison, les recherches tendant à obtenir des renseignements, le mandat, les conventions criminelles, etc. Au contraire, sont préparatoires d'une façon contingente ou conditionnelle, les actes qui, par rapport à un certain dessein de l'agent, auraient le caractère de *commencement d'exécution* du délit, et offriraient un commencement de *danger actuel*, mais qui, très-souvent, doivent être considérés comme purement préparatoires à cause du défaut d'*univocité*, et rester impunis parce qu'il n'est pas certain qu'ils tendissent à un *délit*. Si c'est la seule raison qui fait qu'on les déclare préparatoires, il en résulte en bonne logique que quand ces actes sont accompagnés de circonstances matérielles qui montrent clairement qu'ils étaient dirigés vers un certain délit, on peut sans erreur les punir comme tentatives, parce qu'on y trouve le caractère d'exécution et le danger actuel. Ainsi le fait de pénétrer dans la demeure d'autrui, considéré isolément, sera nécessairement un acte préparatoire, car il ne révèle pas qu'il tende à un certain délit : il forme par lui-même le délit de violation de domicile, et rien de plus; mais si l'on suppose que mon ennemi mortel s'introduit dans ma chambre, un poignard à la main, pendant mon sommeil, ou bien qu'un amant rebuté entre, de nuit, accompagné de deux malfaiteurs, dans la maison de la jeune fille, ou que des voleurs de profession, munis de crochets, de pinces, et de récipients propres à transporter certaine nature de choses, forcent une maison où ils trouveront un butin correspondant à ces récipients, le juge pourra très-bien reconnaître, dans cette introduction clandestine ou violente, les caractères respectifs de la tentative d'homicide, d'enlèvement, de vol, et ainsi de suite.

1. Beaucoup d'auteurs ont dit (Schuermans, *Précis de droit pénal*, p. 22) que dans les pures omissions, on ne peut pas trouver la tentative.

Mais si l'omission ou pure inaction constitue le dol, le délit, quand elle est volontairement dirigée vers le but coupable et qu'elle l'atteint, je ne vois pas de raison pour nier absolument la possibilité de la tentative, quoiqu'il puisse être plus difficile en pratique de constater l'univocité. Une femme qui vient de donner le jour à un enfant naturel le laisse à terre sans lui lier le cordon ni le nourrir, et persévère dans cet abandon jusqu'à ce que l'enfant meure; ne sera-t-elle pas coupable d'infanticide dolosif? Et si après quelques heures de ce coupable abandon où persévérerait la mère, l'enfant a été secouru à temps, n'y aura-t-il pas là une tentative?

2. J'exprime au moyen de cette formule l'idée très-exacte enseignée par M. le professeur Tolomei, *Corso di diritto penale*, 2^e édition, p. 236 n^o 398 *in fine*. Le juge qui appliquerait la peine de la tentative au mandat de commettre un délit tomberait dans une erreur très-grave, parce qu'il méconnaîtrait une vérité ontologique (et comme telle toujours absolue), et commettrait une injustice, un abus de pouvoir. Le juge qui punit comme tentative de vol ou d'homicide le fait de pénétrer dans la demeure d'autrui quand le but de cet acte est, par les circonstances particulières qui l'accompagnent, univoque et certain, ne fait qu'écarteler selon sa conscience une incertitude de fait et proclamer la vérité ontologique qui était inhérente au fait qu'il considère.

§ 359.

conduisant par sa nature à un résultat criminel. — L'*idoneité* ou aptitude à conduire au but criminel est le second caractère indispensable à l'acte extérieur dans lequel on veut voir l'*élément physique* de la tentative.

§ 360.

Les actes qui n'ont pas cette aptitude ne peuvent donc pas être imputés comme délits à l'auteur de la prétendue tentative. Si l'inaptitude se rencontre dans les premiers moments de l'action, toute imputation comme *tentative* est impossible, parce que le *danger* a manqué absolument. Que si elle se trouve dans les actes subséquents, reste l'imputation des premiers lorsqu'ils en sont susceptibles.

§ 361.

par sa nature. — Dans la recherche de l'*idoneité*, on doit

considérer seulement les conditions des actes où l'on croit trouver la tentative. Il n'est donc pas nécessaire que leur inaptitude soit connue d'avance par l'agent. L'exiger serait un ridicule contre-sens.

§ 362.

Du reste, ces conditions doivent être examinées non-seulement en elles-mêmes, mais encore dans leurs rapports avec le sujet passif du délit. C'est pourquoi l'inaptitude, tant que nous sommes dans les termes de la *pure tentative*, doit être tout aussi bien *objective* ou *concrète* (c'est-à-dire exister dans les actes considérés par rapport au but spécial vers lequel l'agent les dirigeait), que *subjective* ou *abstraite* (c'est-à-dire exister dans les actes considérés d'une façon abstraite¹).

1. La proposition que dans les actes *impropres* à atteindre le but criminel on ne peut pas trouver une tentative socialement imputable, ne rencontre pas de difficulté sérieuse dans la plupart des délits. Mais il y a un certain titre de délit dans lequel on peut dire que ce point est, en pratique, le principal sujet de discussion; je veux parler des attentats contre l'État. Dans les procès de cette nature, les accusés et leurs défenseurs opposent presque toujours cette exception que l'attentat ne réunissait pas les conditions nécessaires pour qu'il soit punissable, précisément par défaut d'idonéité dans les moyens: Nous étions en petit nombre, nous n'avions ni armes ni argent, nous n'avons fait qu'un rêve en imaginant d'accomplir une révolution, c'est peut-être un rêve coupable, mais on ne peut pas le punir parce qu'il n'a pas été accompagné d'actes extérieurs ayant la puissance d'atteindre le but criminel; en nous punissant, vous punissez la seule intention. Mais ce système de défense rencontre peu de faveur devant les tribunaux, particulièrement en certains pays. Dans l'empire d'Autriche il a toujours été inutilement proposé, et il y a une jurisprudence constante en sens contraire. Est-ce l'esprit de parti ou la complaisance pour l'autorité qui a dicté cette exception, ou plutôt est-ce vraiment là une exception? Quelques-uns ont essayé de la défendre comme telle, en disant que dans le crime d'État on assimile l'attentat au délit consommé (au lieu de dire que le délit se consume par le seul attentat): or, ont-ils ajouté, dans des délits de ce genre la tentative n'est qu'un attentat d'attentat, donc on ne peut pas exiger toutes les conditions ordinaires de la tentative. Mais cette idée me semble erronée. Si dans un certain délit l'attentat équivalait à la con-

sommation, il n'y a aucune raison, ni logique, ni juridique, pour qu'on doive en tirer la conséquence que dans cette sorte de délit la tentative se produit sans les conditions qui lui sont juridiquement nécessaires. De plus, il n'est pas exact de dire que dans ces délits on applique à la tentative la peine du méfait consommé: il est dans leur nature que le méfait se consume par la tentative, car l'objectivité de ces délits n'est pas le droit pour le souverain de posséder l'autorité, mais le droit qu'ont tous les membres de la société à ce qu'on n'attaque pas l'autorité constituée; leur objet n'est pas le droit de régner, mais le droit d'être respecté, de sorte qu'au premier acte extérieur d'exécution, le droit est déjà complètement lésé. Mais il ne s'ensuit pas que la tentative reste punissable quand l'idonéité a manqué aux actes sur lesquels elle devait se fonder. Il vaudrait mieux dire que dans ces délits l'inaptitude absolue est très-difficile à prouver, car l'histoire nous apprend que les plus faibles étincelles ont produit parfois de grands embrasements, quand elles ont trouvé dans le peuple une disposition à la révolte; de sorte qu'il y a toujours un danger, même dans les conspirations commencées avec de misérables ressources; et si la faiblesse des moyens peut autoriser à dire que la tentative était éloignée quand l'attaque du gouvernement n'était pas encore ouvertement commencée, on ne pourra pas dire qu'il était impossible d'obtenir le résultat désiré comme on le dit avec certitude dans le cas de celui qui voulait tuer avec un fusil chargé seulement à poudre, ou empoisonner avec du sel. Au moyen de ce raisonnement, la théorie se coordonne avec les principes généraux, et il n'y a pas besoin de recourir à une exception arbitraire qui, parce qu'elle manque de raisons juridiques, peut aisément passer pour une maxime de tyrannie.

§ 363.

à un résultat criminel. — Le délit est un être juridique. Donc les conditions des actes extérieurs doivent être considérées aussi dans leurs rapports juridiques. Et par conséquent l'inaptitude peut encore dériver de certaines relations existant entre les actes extérieurs et le sujet passif du délit, relations qui ont formé un *obstacle légal* rendant impossible, dès l'origine, dans tel ordre ou forme de faits, la naissance de l'être juridique appelé *délit*. L'*inexistence* du sujet passif contre lequel était dirigée l'action peut dans certains cas équivaloir à l'inaptitude.

§ 364.

Mais en général, en matière d'inaptitude, il faut distin-

guer entre le sujet passif de l'*attentat* et le sujet passif de la *consommation*. En effet, si l'inaptitude, quelque cause qui l'ait produite, existe dès le commencement de l'action criminelle, et par conséquent dans les rapports des actes avec le *sujet passif de l'attentat*, nous aurons la complète inexistence de la tentative. Si au contraire elle n'existe que dans les rapports avec le *sujet passif de la consommation*, l'imputation pourra parfois disparaître quant aux derniers actes et subsister pour les premiers. Est *sujet passif de la consommation* la chose ou la personne sur laquelle devait s'opérer l'acte de consommation du délit. Toutes les autres choses ou personnes sur lesquelles il se trouve, par la nature du fait, que le coupable doit exercer certains actes comme moyen d'arriver ensuite à accomplir d'autres actes sur le sujet passif de la consommation, sont le *sujet passif de l'attentat*. Ainsi, par exemple, celui qui voulait voler des bijoux a forcé la porte de la chambre; la porte est le sujet passif de l'*attentat*; le sujet passif de la *consommation*, ce sont les bijoux. Par conséquent, si l'inaptitude était dans l'instrument avec lequel il voulait forcer la porte, tout attentat socialement imputable disparaît. Si les actes étaient propres à cette première opération, et qu'en effet la porte ait cédé, mais qu'au contraire les actes combinés par le voleur pour s'emparer des bijoux aient été impropres à cette fin, l'imputabilité de ces derniers actes n'aura pas lieu, pour cause d'inaptitude¹, mais il restera l'imputation des premiers.

1. Les actes *impropres* qui succèdent à des actes *propres*, bien qu'ils ne s'imputent pas directement, ont pourtant eux-mêmes en justice une certaine valeur, d'une nature différente, mais une valeur effective: celle de rendre univoques les actes propres qui les précèdent, qui par eux-mêmes n'auraient peut-être pas eu d'univocité. Or, comme le critérium des actes préparatoires doit se trouver dans le manque d'univocité, cette observation est féconde en résultats: elle rend imputables comme *tentative*, par l'effet des actes *impropres* subséquents, les actes *propres* précédents qui par eux-mêmes n'auraient pas (comme étant *équivoques*) cons-

titué une tentative punissable. Les actes *impropres* ne fournissent donc pas, en eux-mêmes, un élément d'imputation, mais ils révèlent et complètent les conditions juridiques des actes propres. Au moyen de cette observation se justifie l'arrêt de la cour d'Agen du 8 décembre 1849, dont parlent Blanche (*Première étude*, p. 15) et Lacointa (*Revue critique*, vol. XXIII, p. 473). Laurent avait préparé, chargé un fusil pour tuer son fils. Celui-ci l'avait adroitement déchargé et remis à sa place. Le soir, Laurent prend son fusil, et lâche la détente pour le décharger contre son fils; mais le fusil était vide. Il fut puni comme coupable de tentative d'homicide. Comment (s'écria-t-on) une tentative d'homicide avec un fusil vide! Non, la tentative punissable ne consistait pas dans le fait de lâcher la détente d'une arme absolument impropre à nuire, elle consistait dans le fait précédent de l'avoir chargée. Cet acte, quoique propre à la fin proposée, aurait été purement préparatoire, parce qu'il est équivoque; l'acte suivant, bien qu'impropre à cette fin, a donné au premier l'univocité, et l'a rendu punissable comme tentative; seulement la différence dans le résultat est celle-ci, et c'est une différence capitale: on ne peut, dans cette hypothèse, punir la tentative que comme éloignée, et non pas comme proche. Lâcher la détente, c'était un acte de tentative proche, car il était exécuté contre la victime qui devait être le *sujet passif* de la consommation; mais cet acte est *impropre*, et par conséquent il n'est pas en lui-même imputable. Préparer et charger un fusil, ce n'était pas un fait punissable tant qu'il restait équivoque; l'acte suivant, bien qu'impropre, lui a donné l'univocité et l'a rendu punissable. Mais l'imputation se dirige contre le premier acte, et non pas contre le second. Maintenant ce premier acte, quoique devenu univoque, ne peut former qu'une tentative *éloignée*, car il n'a pas porté sur le sujet passif de la consommation. La chose est évidente. Je dois du reste faire remarquer que quand j'établis que les actes impropres suivants rendent imputables les actes propres précédents quoique purement préparatoires en eux-mêmes, je ne reconnais pas ce pouvoir aux seules déclarations verbales du coupable. L'univocité doit résulter d'actes d'exécution, et non pas simplement de l'aveu.

§ 365.

Dans tous ces cas la *tentative* fait défaut, à cause d'une lacune dans son élément *physique*. C'est-à-dire qu'il lui manque la force physique *objective* représentée par le *danger couru*. Il y a une *tentative* dans le sens *vulgaire*, il n'y a pas une *tentative* dans le sens *juridique*; et cela par un défaut de conditions dans la force physique subjective.

§ 366.

dirigé par l'agent vers ce résultat. — La puissance qu'avaient les actes accomplis de produire l'infraction à la loi ne suffirait pas pour qu'on pût rendre responsable d'une tentative l'auteur de ces actes, s'il n'a connu cette puissance, et s'il ne les a accomplis avec une *intention dirigée précisément vers ce but*. L'essence morale de la faute consiste dans le *défaut de prévision* du résultat de son action. L'essence morale de la tentative consiste dans la *prévision* d'un résultat non obtenu, et dans la volonté de l'obtenir. Donc, entre la *faute* et la *tentative* il y a contradiction dans les termes. Imaginer une *tentative de faute*, c'est imaginer une monstruosité logique. Et pourtant quelques personnes ont prétendu insinuer qu'elle est juridiquement possible !

1. Cette opinion erronée est soutenue par Wissinger, *Diss. quæ sint differentia inter facta dolosa et culposa*, p. 88, cap. iv, sect. 2 et 4, et par Lelièvre, *De pœnarum delictis adequandarum ratione*, p. 9 et 10. Pour prouver qu'on doit frapper d'une peine même les faits entachés de faute qui n'ont pas causé de dommage, et par conséquent qu'on doit punir comme tentative d'homicide par imprudence le fait de jeter une pierre par la fenêtre, bien que personne n'ait été atteint, on présente (avec bien d'autres faux arguments) l'étrange raison que *le public peut croire que cet acte imprudent quoique inoffensif a été fait avec l'intention de nuire, et par conséquent douter de sa sûreté!!*

§ 367.

avec une volonté explicite. — Pour affirmer que certains actes étaient faits par l'agent en vue d'obtenir un résultat *différent* de celui qui s'est produit, il ne suffit pas d'être en mesure de prouver que l'effet non obtenu pouvait facilement résulter de ces actes, et qu'on pouvait facilement le prévoir, ni que l'agent *a pu prévoir* ou *a prévu* vaguement cet effet; il faut être certain qu'il *a voulu* déterminément produire l'effet qu'il n'a pas obtenu, au lieu de

celui qu'il a obtenu. Par exemple, il faut être certain qu'il voulait tuer et non pas seulement blesser, lorsqu'en réalité il a blessé et non pas tué. A cette *volonté explicite*, qui tend fermement à un but *déterminé*, on ne peut pas substituer une vague prévision, une incertitude où l'agent hésite sur le résultat qu'il atteindra; en un mot, il ne suffit pas de l'état de *dol indéterminé*. S'il a porté ses coups *indéterminément*, comme à l'aventure, ne sachant s'il blesserait ou s'il tuerait, il n'est responsable que du seul résultat qu'il a produit; et si c'est une blessure, on ne peut pas le rendre responsable d'une tentative de meurtre, car pour qu'il y ait lieu à ce titre qui fait prévaloir l'*intention* sur le *résultat*, il faut que l'intention ait été positivement *contraire* à l'effet obtenu, et qu'elle le dépasse.

§ 368.

De cette vérité, que reconnaissent tous les criminalistes et qui se fonde sur la règle inébranlable que toutes les fois qu'il y a doute on doit supposer chez l'agent l'intention la moins méchante, dérive le principe que la notion de la tentative ne peut pas s'adapter aux faits commis dans l'*emportement* subit des passions. Il faut que chez celui à qui on veut imputer une tentative de meurtre, l'intention positive de donner la mort résulte de circonstances qui rendent manifeste que l'idée de l'homicide s'est présentée clairement à son esprit, et qu'il l'a préférée à l'idée de la simple blessure. Dans le cas de l'homme en colère, la *puissance de tuer* qui se rencontre dans les *moyens* employés n'est pas un bon critérium, à moins que ces *moyens* ne tendissent *exclusivement* à la mort, ou du moins que la mort n'en fût la conséquence ordinaire et presque nécessaire, et qu'il n'y ait lieu de croire qu'ils ont été choisis par l'agent à cause de leur puissance homicide. Mais ces termes ne conviennent pas à l'usage d'une arme tranchante ou d'une arme à

feu; et ceux qui s'empresstent de dire : *l'arme employée était propre à tuer*, donc celui qui a frappé était dans l'intention de tuer, ne font pas un bon syllogisme. Leur raisonnement est vicieux pour trois raisons :

1° Parce qu'en concluant des *moyens* employés à la fin voulue, il suppose un calcul chez celui qui n'a pas agi par calcul, mais par suite d'une perturbation subite. Il confond ainsi la preuve de l'*élément matériel* de la tentative avec la preuve de l'*élément intentionnel*, et même rejetant au mépris des principes fondamentaux la nécessité de cet élément, il en vient à faire naître la tentative de la *seule idonéité* des moyens employés.

2° Parce qu'il oublie cette vérité sentie de tous que l'homme en colère s'empare du premier instrument qui lui tombe sous la main, sans réfléchir si son effet sera ou non homicide.

3° Parce qu'il oublie cette vérité d'expérience que même dans l'emploi d'armes tranchantes ou d'armes à feu le résultat le plus fréquent, le plus ordinaire, est de blesser, le moins fréquent est de donner la mort. Cette vérité est démontrée par les statistiques des hôpitaux et par celles des procès criminels. De là ressort avec évidence la fausseté de l'argument qui se réduit à ces termes : *Caius s'est servi d'un instrument qui dix fois causera la mort, mais trente fois causera seulement une blessure; donc il a voulu la mort et non la blessure*. Il n'y a pas de dialectique qui puisse couvrir le vice de cette argumentation. Et pourtant cet argument très-vicieux est celui que l'on répète toutes les fois qu'on prétend conclure de la preuve de l'*aptitude* à la preuve de l'*intention*, sans chercher à établir distinctement cet élément distinct. Du reste, la règle que dans les délits commis sous l'empire d'une colère subite l'idée de la tentative ne peut pas trouver place (règle admise par Romagnosi, et soutenue par Nani, par Carmignani, par Lauria, par Giuliani, par Puccioni, et par beaucoup d'autres) a été naguère

exposée très-clairement par Haus (*Cours de droit criminel*, Gand, 1861, I, 79-80), qui pose comme absolu le brocard — *dolus indeterminatus determinatur eventu*, et par mon savant collègue M. Canonico, professeur de droit pénal à Turin, dans son livre intitulé *Introduzione al diritto penale*, opinion qu'il reproduit dans la 2^e édition de son ouvrage (de 1874) nos 300 et 400, p. 228.

§ 369.

Dans ces deux derniers cas, d'intention *indirecte* et d'intention *imparfaite*, la tentative disparaît, parce qu'il y a une lacune dans son élément moral. Toutefois la règle sur ce sujet doit se tempérer, à ce qu'il me semble, par les deux formules suivantes : — 1° On admettra la tentative dans l'emportement subit quand les actes ne pouvaient conduire qu'à un seul résultat : ainsi le fait de jeter du feu sur un tas de paille ne peut conduire qu'à l'incendie. Alors, comme on ne peut jamais supposer que l'homme (en quelque état d'esprit qu'il se trouve) agisse sans vouloir quelque chose, il est vraiment de nécessité logique de présumer voulu l'*unique effet* qui réponde à l'acte accompli. — 2° Lorsqu'aux actes accomplis dans l'emportement de la passion peuvent répondre deux effets différents (par exemple une blessure ou la mort), on doit toujours s'attacher à l'effet le moins grave : *semper in dubiis id quod minimum est eligendum*. On ne saurait nier que la perturbation de l'âme ne rende douteuse la direction vers tel but plutôt que vers tel autre, et cela suffit. Le dol reste indéterminé, et avec le dol indéterminé ne peut s'accorder l'idée de la tentative¹ du délit le plus grave.

1. Voyez Lelièvre, *De conatu*, p. 201, et Van Hasselt, *ad art.* 295, p. 37.

§ 370.

non suivi de ce résultat. — Autrement le délit serait rendu

parfait par l'événement, et la tentative disparaîtrait par excès.

§ 371.

Par conséquent les délits qui *perficiuntur unico actu*, les délits de *parole*, n'admettant pas de fractionnement dans leurs moments physiques, ne peuvent pas présenter les conditions de la tentative.

§ 372.

ni de la lésion d'un droit supérieur ou équivalent à celui qu'on voulait violer. — Il peut souvent arriver que le coupable ait dirigé son action vers un but *ultérieur* qu'il n'a pas atteint; il ne lui est pas toujours donné pour cela d'invoquer l'excuse de la tentative, bien qu'il prouve qu'il est demeuré déçu dans son attente.

§ 373.

Quand l'acte par lui fait a consommé l'offense d'un droit *universel*, ou même d'un droit *particulier*, mais égal ou supérieur à celui qu'il voulait léser, on a un délit parfait dans son *objectivité juridique*; et, bien que le coupable n'ait pas atteint l'*objectivité idéologique* à laquelle il tendait, on ne peut pas parler de tentative.

§ 374.

Cela se présente dans presque tous les délits qui appartiennent à la classe des délits *sociaux* (ou autrement, *politiques* directs ou indirects).

Ainsi le *complot*, l'*insurrection*, l'outrage à la *morale* ou à la *religion*, le fait de *répandre des doctrines impies*, la *calomnie*, le *faux témoignage*, la *protection donnée au coupable* (*favoreggiamento*), la *violence publique*, la *résistance*, la *corruption*, le *faux en écritures publiques*, la *contrefaçon des*

monnaies, ne sont pas *tentatives* quand ils sont complets en eux-mêmes. Ce ne sont pas des *tentatives*, quoique leurs auteurs respectifs n'aient pas atteint le *but final* (*l'objectivité idéologique*) auquel tendait uniquement leur méfait. Ils n'ont pas renversé le gouvernement, ni corrompu la morale publique, ni perverti les croyances d'autrui, ni fait condamner l'innocent ou absoudre le coupable, ni procuré par leur appui l'impunité à l'auteur d'un délit, ni obligé l'autorité à céder à leurs exigences, ni contraint la force publique à renoncer à ses opérations, ni obtenu pour leur argent une sentence injuste, ni fait un gain sur la fausse monnaie; en un mot, ils n'ont rien eu de ce qu'ils voulaient. Pourtant leur délit est *parfait*, car l'*effectivité* du dommage *universel* consiste dans la violation du *droit abstrait* qu'a chaque citoyen à ce qu'on respecte l'autorité, la religion, la morale publique, la justice, la force publique, la foi (ou confiance) publique. Or, cette *effectivité* dans le dommage causé au *droit abstrait universel* suffit pour faire que l'*objectivité juridique* du méfait soit atteinte, et que la simple *potentialité* de la violation du *droit concret* constitue l'offense parfaite à la loi (§ 412).

§ 375.

Mais cette *potentialité* doit exister; autrement il répugnerait que des actes *inconcluants et puérils* formassent une offense parfaite à la loi. Les faits qui n'ont aucune puissance de violer effectivement le *droit concret* ne peuvent offenser le *droit abstrait*. Qui est-ce qui oserait punir celui qui aurait frappé une monnaie de bois, ou celui qui serait venu m'accuser en justice d'avoir volé la tour de la cathédrale?

§ 376.

Il faut toutefois remarquer que quoique ces délits ne soient pas des *tentatives*, la *tentative* peut se concevoir par rapport à eux.

§ 377.

La prépondérance du moyen sur la fin, d'où résulte la perfection du délit dans le cas même où le coupable n'a pas atteint son but, se rencontre aussi dans les délits de pur *dommage immédiat particulier*, toutes les fois que le moyen viole un droit *équivalent* ou *supérieur* à celui dont la violation était la *fin* qu'on se proposait.

§ 378.

Ainsi dans l'*enlèvement* d'une femme pour en abuser, il y a enlèvement consommé, quoiqu'on n'ait pas satisfait sa passion. De même, dans la *violence privée* et dans le *scopélisme*, le délit est parfait bien que la personne qu'on voulait intimider ne se soit pas pliée aux volontés de l'auteur de la violence ou de la menace. De même, dans le *meurtre à fin de vol (latrocinio)*, le délit est parfait quoique le coupable, après avoir tué la personne, n'ait pas pu consommer le vol ; et ainsi de suite.

§ 379.

Dans le vol même, bien que le voleur, surpris avec son butin au moment où il descendait mon escalier, n'ait tiré du vol aucun profit, le délit est consommé ; en effet, ce droit de propriété que le voleur entendait violer en me dépouillant de la chose, il l'a déjà complètement violé dans l'élément de la possession en s'emparant des objets qui m'appartiennent¹.

1. Voyez ma *Prolosione al corso accademico*, 1870-71, où j'ai réfuté avec étendue les objections qu'on a faites contre cette doctrine. Cet écrit a été reproduit dans mes *Lineamenti di pratica legislativa penale, Osservazione 11* ; Turin, 1874.

§ 380.

Dans tous ces cas, la tentative disparaît par *excès* : en

effet, les actes accomplis présentant une violation qui égale ou dépasse celle qu'aurait pu produire l'événement voulu ou les actes ultérieurs, l'action excède les limites du simple attentat¹.

1. Quelques personnes enseignent que le mot *attentat* ne doit être employé que pour désigner les actes *préparatoires* de la tentative, c'est-à-dire la tentative dans le sens vulgaire, toujours distincte de la tentative dans le sens *légal* ; mais n'en déplaît au criminaliste italien qui a proposé cette nomenclature, elle ne me paraît ni fondée sur une autorité suffisante, ni suffisamment justifiée par le sens étymologique, ni utile en aucune façon à l'exposition de la matière. Elle pourra peut-être s'appuyer sur quelque texte de droit positif. Mais pour moi je suis le langage commun, employant indifféremment comme synonymes les mots *attentat* et *tentative*, et désignant par leur nom simple et naturel les *actes préparatoires* qui n'étant pas punissables ne constituent pas un *attentat juridique*, et par conséquent, aux yeux de la science, ne sont pas des *attentats*.

§ 381.

La dégradation d'imputation de la tentative se fait toujours suivant un rapport proportionnel à l'imputation qu'on aurait donnée au délit s'il avait été parfait. C'est la première règle de la mesure.

§ 382.

Mais dans l'imputation de la tentative on doit encore avoir égard à la *qualité* et à la *quantité* de cette tentative, selon la nomenclature de Carmignani, à laquelle nous voudrions, pour plus d'exactitude, substituer les formules de *quantité morale* et de *quantité physique*.

§ 383.

La *qualité* (ou *quantité morale*) de la tentative se tire de sa *force morale*, et celle-ci croît ou décroît selon les *causes* qui ont empêché la consommation.

§ 384.

Ces causes peuvent être ou *volontaires*, ou *casuelles*.

§ 385.

Sont *volontaires* celles qui sont le produit d'un changement spontané de volonté chez l'agent. C'est le cas du repentir véritable, et de l'abandon du but proposé, bien différent du simple abandon *des moyens*. Par conséquent il n'est pas vrai, comme un auteur l'a prétendu¹, qu'on ne doive pas rattacher aux causes volontaires la *pitié* éveillée dans l'âme de l'assassin par les prières de la victime. Ce mouvement de l'âme, bien qu'excité par les larmes d'autrui, est toujours un mouvement de l'âme; c'est toujours un repentir véritable et un abandon véritable du délit, ce qui ne se rencontre pas quand l'abandon résulte d'un mouvement de l'âme produit par le soupçon ou la crainte que certain accident ne soit survenu.

1. M. Lacointa (*Revue critique*, tome XXIII, p. 470) combat cette notion des causes *morales*. Il dit qu'en pratique il est impossible de distinguer si l'agent s'est désisté volontairement ou par force. Ainsi, confondant ces deux idées, il est naturellement conduit à soutenir l'imputabilité malgré l'abandon spontané; et pour démontrer sa thèse il suppose un cas d'abandon qui n'est pas spontané, comme celui qu'a jugé la Cour de cassation de France le 28 juillet 1848, où un tiers avait contraint, le pistolet à la main, l'assassin à se désister. En changeant l'hypothèse de fait il est facile de réfuter quelque règle que ce soit. Le critérium pour distinguer l'abandon spontané de l'abandon non spontané, est à mes yeux parfaitement clair. L'exécution est interrompue par un acte de volonté de l'agent, aussi bien quand il recule à cause d'un *obstacle* qu'il *appréhende*, que quand il se désiste par *changement de dessein*, mais dans le premier cas nous avons l'interruption par une cause *casuelle morale*, dans le second l'interruption par une cause *volontaire*, ou *désistement spontané*. Si l'agent s'est désisté parce qu'un tiers le lui a intimé en le menaçant d'un pistolet, ou parce qu'il s'est vu découvert par quelqu'un, ou parce que le chien a aboyé ou que des gens sont accourus, la cause est *morale*; en effet tous ces accidents ne l'empêchaient pas *physiquement* de continuer; mais elle n'est pas *volontaire*, car il s'est désisté contre sa volonté, il aurait *voulu continuer*. Si, au contraire, l'agent s'est désisté parce qu'il a pensé à la peine, ou parce qu'il s'est laissé toucher par les prières et les larmes de la victime, il n'a pas rencontré là un obstacle imminent. C'est un pur mouvement de l'âme qui l'a fait changer de dessein. La cause est *volontaire*. L'abandon est

spontané et ne doit pas s'imputer. Pour exprimer exactement l'idée de cette théorie, quelques modernes ont proposé la formule qu'on doit accorder l'impunité à la *tentative abandonnée*, et non à la *tentative empêchée*, que l'empêchement dérivât de causes *physiques* ou de causes *morales*.

Je ne trouve pas non plus bien juridique la distinction mise en avant par M. Lacointa (l. c., page 23) entre les causes *réelles* et les causes *imaginaires*: l'un s'est désisté parce qu'il est survenu du monde, l'autre s'est désisté parce qu'il a cru entendre quelqu'un, mais c'étaient les pas d'un animal. Il semble que le savant criminaliste trouve une différence entre ces deux cas; pour moi, je n'en vois aucune. Dans l'un comme dans l'autre cas, on ne peut pas dire qu'il intervienne une cause physique, car s'il survient quelqu'un (soit en réalité, soit dans l'imagination de l'agent), cela n'apporte aucun empêchement physique à ce qu'il continue. Dans l'un comme dans l'autre cas, la cause n'est pas volontaire: en effet l'abandon tient à un accident extérieur à la volonté du coupable, et c'est à regret qu'il a abandonné son entreprise. Nous avons donc dans les deux cas une cause *casuelle morale*. Précisons bien l'idée de la *spontanéité* de l'abandon, et nous ne trouverons pas de difficulté à y appliquer la doctrine de l'exemption de toute peine. La différence entre la cause *casuelle morale* et la cause *volontaire* se réduit, en dernière analyse, à cet examen: l'agent s'est-il désisté parce qu'il a eu *conscience de ne pas pouvoir* avec sûreté, pour des raisons vraies ou supposées, consommer le délit? La cause est alors *casuelle morale*, et la tentative reste imputable. L'agent s'est-il désisté parce que, bien qu'il eût *conscience de pouvoir sans danger* arriver à ses fins, il a changé de dessein? Il n'est pas imputable. La non-imputabilité ne doit donc pas se tirer de la circonstance qu'on a *changé de dessein*, mais de la *cause* de ce changement. Si cette cause consiste dans l'appréhension d'un obstacle ou d'un péril imminent, il n'y a pas résipiscence. Si elle consiste dans la pitié ou dans le triomphe de la raison et du sentiment du devoir, il y a résipiscence. En m'étendant ici sur cette réfutation, j'ai voulu montrer l'estime que je professe pour le savant magistrat français qui a fait sur la tentative les plus profondes études, estime que ne sauraient altérer en rien certains dissentiments que la longue correspondance dont il a bien voulu m'honorer n'est pas parvenue à faire disparaître.

§ 386.

Les causes *casuelles* sont celles qui proviennent de circonstances qui ont suspendu l'exécution du délit contrairement à la volonté de l'agent.

§ 387.

Ces causes peuvent être *physiques* ou *morales*. Les causes

que d'autres ont appelées *lécales* ne dégradent pas la tentative, elles en détruisent l'essence; or il y a contradiction à dire que ce qui *détruit* un être attribue une *qualité* à cet être.

§ 388.

Les causes *casuelles physiques* sont celles qui, par une action *matérielle*, ont empêché la consommation; soit qu'elles aient agi sur le sujet actif principal, par exemple, si quelqu'un a arrêté le bras qui portait le coup; soit qu'elles aient agi sur le sujet actif secondaire, comme si la fausse clef s'est rompue dans la serrure qu'elle devait ouvrir; soit qu'elles se soient produites dans le sujet passif de l'attentat ou de la consommation, présentant un obstacle matériel qui a résisté à l'action coupable. Dès que l'empêchement ou l'obstacle a agi *matériellement*, on dit que le délit est resté imparfait par l'effet d'une cause *physique*.

§ 389.

Les causes *casuelles morales* sont celles qui ont agi sur la volonté du coupable, et l'ont forcé malgré lui à se désister. Naturellement ces causes aussi doivent consister en un *fait matériel*, mais ce fait a exercé une influence *coactive* qui n'est pas matérielle, qui est purement *morale*, sur l'action. Si par exemple un tiers accourt en poussant des cris menaçants, et que l'agresseur s'enfuit, ces cris sont un *fait matériel*, mais leur influence est purement *morale*; en effet, malgré les cris, il pouvait très-bien continuer à frapper, et s'il s'est désisté, s'il n'a pas consommé le meurtre, c'est parce que les cris ont excité dans son âme un trouble qui l'a poussé à lâcher prise, quoique son bras pût encore frapper et quoiqu'il en conservât le désir.

§ 390.

La *qualité* de la tentative, ainsi tirée de la diversité des

causes qui ont empêché la consommation, influe sur l'imputation de la tentative de la manière suivante : on restreint d'autant plus la mesure qu'aurait eue l'imputation si le délit avait été parfait, que la volonté de l'agent a plus contribué à en empêcher l'accomplissement.

§ 391.

La dégradation tirée de ce critérium va jusqu'à annihiler l'imputation de la tentative¹, si l'abandon de l'action doit être *exclusivement* attribué à la volonté de son auteur, pourvu qu'elle soit arrivée à un moment où aucun droit n'avait encore été violé. Il est évident que quand la cause qui a empêché la consommation a été *volontaire* dans le sens ci-dessus (§ 385) défini, le dommage médiat disparaît tout à fait, car les bons citoyens n'ont certainement rien à craindre de ce fait : se renouvelât-il cent fois, il ne pourrait pas troubler le moins du monde l'ordre extérieur, et il serait puéril de supposer que l'audace des méchants y pût trouver un encouragement.

1. En ce sens : L. 19. Dig. ad. leg. Cornet. de falsis : « Suffragio juxta penitentiam absolvuntur. » — L. 1. C. de crim. stellion. — Strikius, de jure sensuum ; dissert. 10, n° 27 et s. Carmignani s'était d'abord prononcé pour la non-imputabilité absolue dans le cas d'abandon volontaire. Puis, dans les dernières éditions de ses *Elementa*, adoptant l'opinion de Kemmerich, il a été d'avis qu'on doit au moins punir légèrement l'auteur de la tentative qui s'est désisté spontanément. Se sont prononcés pour l'imputabilité malgré le repentir : Clarus (*Sententiarum lib. 5., quaest. 60, n° 21*), Böhmer (*Meditat. in C. C. C., art. 178, § 13*), Carpzovius, Grolman, Tittmann, Philipse, Kleinschrod, qui se contente d'une admonition judiciaire, et Wintgens, qui se borne à cet argument que même dans la tentative il y a une violation de la loi, et par conséquent un délit punissable. Au contraire ont soutenu la non-imputabilité pénale : Cremani (*lib. 1, parte 1, § 4*), De Simoni (*Delitti di mero affecto, parte 1, cap. 7, § 8*), Feuerbach, Bexon, Oersted, Schräter, Henke, Bauer, qui font prévaloir la considération sociale. Voyez surtout Jongsma, *Dissert. an delinquendi conatus poena sit afflictiendus, si delinquens mutato consilio sponte et ulro nulla ratione extrinsecus accedente coactus, a delicto consummando se abstineat* ; p. 57 à 84, passim.

§ 392.

La *quantité* de la tentative (ou *quantité physique*), qui est le second critérium de sa mesure, se tire de sa *force physique*. Elle croît ou décroît selon que le moment auquel s'est arrêtée l'action était plus ou moins *proche* de l'acte de la consommation.

§ 393.

Sur ce critérium se fonde la distinction entre la tentative *proche* et la tentative *éloignée*. La tentative *commence* quand les actes acquièrent l'*univocité* dans le sens du délit. Tant qu'ils sont équivoques, ce ne sont que des *actes préparatoires*, qui ne constituent pas une tentative socialement imputable. Quand ils acquièrent l'*univocité* (c'est-à-dire quand ils sont indubitablement dirigés vers le délit), ils prennent le caractère d'*actes d'exécution*.

§ 394.

Mais tant que les actes d'exécution se développent simplement sur le *sujet actif secondaire*, ou (s'il y a lieu) sur le *sujet passif de la tentative*, ce ne sont tout au plus que des tentatives *éloignées*.

§ 395.

Quand l'action commence à s'exercer directement sur l'homme ou sur la chose qui sont destinés à être le *sujet passif de la consommation*, la tentative devient *proche*. En un mot, la tentative est *proche* quand l'exécution *objective* est commencée; tous les actes de pure exécution *subjective* forment la tentative *éloignée*.

§ 396.

La tentative *éloignée*, ou bien n'est pas imputable, ou bien ne l'est que très-légalement en comparaison de la

tentative *proche*. La *proximité* croît à mesure que les actes approchent de la consommation, et elle croît, non en raison directe du nombre des *actes effectués*, mais en raison inverse du nombre des actes qu'il restait à faire pour arriver à *accomplir* la consommation.

§ 397.

Voilà les règles au moyen desquelles la tentative se distingue des délits parfaits et des actes socialement innocents. On gradue l'imputation de la tentative en raison composée de sa *qualité* et de sa *quantité*, ou, comme j'aimerais mieux dire : de sa *quantité morale* et de sa *quantité physique*.

§ 398.

Mais toute cette nomenclature doit être entendue dans le sens où nous l'employons; autrement les règles seraient trompeuses. Pour nous, l'*exécution* du *délit* exprime une série de moments qui sont distincts de ceux de la *préparation* et de ceux de la *consommation*.

Si je fais cette observation, c'est que le sens du mot *exécution* est variable, non-seulement dans le langage *vulgaire*, mais encore dans le langage *législatif*.

1° Il varie dans le langage *vulgaire*, où l'on confond très-souvent la première *exécution* du *mauvais dessein* avec l'*exécution* du *délit*. Quand un homme qui est décidé à tuer charge son arme, le vulgaire dira qu'il commence à *exécuter*. Oui, il commence à *exécuter* son *dessein*; mais le *délit*, en tant qu'*être juridique*, ne commence qu'au moment où commence *univoquement* le rapport de contradiction entre les actes et le droit attaqué. Pour le juriconsulte, ces actes ne sont pas des actes d'*exécution*, mais des actes de *préparation*.

2° Il varie dans le langage *législatif*. En effet, quelques codes (par exemple le code français) se servent du mot

exécution pour désigner la *consommation*; et ainsi, laissant impunie la tentative *éloignée*, ne voient de tentative socialement imputable que quand les actes de *consommation* sont commencés. C'est pour cela que Rossi, et en général tous ceux qui se sont inspirés de la définition du code français, disent que le voleur qui enfonce la porte et s'introduit dans la maison n'a pas encore commencé l'*exécution*, et qu'il ne la commence que quand il met la main sur la chose qu'il veut voler. Ainsi l'on dit que le meurtrier ne commence l'*exécution* que quand, s'étant approché de la victime, il commence à la frapper. De même d'autres soutiennent que celui qui dirige contre son ennemi un fusil chargé et armé, avec l'intention de faire feu et de tuer, n'est pas coupable de tentative si son bras se trouve arrêté; aussi, pour punir ce fait, ils ont recours à l'idée de la menace, idée évidemment fautive, car l'essence de la menace consiste dans l'intention d'effrayer, qui est tout à fait étrangère à celui qui a l'intention de tuer. Il est évident que cette doctrine repose tout entière sur une diversité de langage, sur le sens différent qu'on a donné au mot *exécution*, en y attachant purement l'idée de *consommation*. Il y a donc entre eux et nous une différence de langage, qui conduit dans certains cas à une différence dans l'application des principes.

Pour nous la *préparation* est autre chose que l'*exécution*, comme l'*exécution*, dans le sens étroit du mot, est autre chose que la *consommation*. Ce qui distingue les actes préparatoires des actes d'*exécution*, c'est l'*univocité*: les premiers ne sont rien, les autres forment la tentative *éloignée*. Ce qui distingue les actes d'*exécution* des actes de *consommation*, c'est la *présence du sujet passif* de la *consommation*. Les actes qui s'accomplissent hors de la présence de l'homme ou de la chose sur laquelle le crime devait se consommer forment la *tentative éloignée*; ceux qui s'accomplissent sur le sujet passif de la *consommation* ne

sont plus de simples actes d'*exécution*, mais des actes de *consommation*, et ils constituent la tentative *proche* qui devient le délit *parfait* dès que la *violation du droit attaqué* est *consommée*. Si les actes de *consommation* sont accomplis suffisamment, mais que l'événement coupable ne se produise pas à cause d'un cas *fortuit imprévu*, la tentative a accompli son évolution juridique, et elle passe à l'état de *délit manqué*.

II

Du délit manqué.

§ 399.

Le délit, avons-nous dit, peut rester imparfait, soit quand les actes *nécessaires* pour obtenir le résultat coupable n'ont pas tous été exécutés, soit quand, malgré leur accomplissement intégral, l'événement *désiré* par le coupable ne s'est pas réalisé, par suite de quelque accident. Dans le premier cas, on a la tentative; dans le second, la tentative peut passer à l'état de *délit manqué*.

§ 400.

Les anciens criminalistes ne connaissaient pas, comme espèce particulière, le *délit manqué*. Ils appelaient *conatus prætergressus* ou *conatus perfectus* le fait dans lequel l'agent a exécuté la série des actes qui devaient selon lui produire le résultat voulu, sans qu'il l'ait pourtant obtenu; et ils faisaient de ce cas la tentative la plus *proche*.

§ 401.

C'est parmi les modernes qu'on a remarqué que le *délit manqué* présente un *danger* et un *dommage médiat* beaucoup plus considérables que les simples tentatives, et l'on a donné de cette espèce particulière une notion distincte qui

a été accueillie dans la science et qui a trouvé place dans quelques codes modernes ¹.

1. C'est une opinion universellement reçue que Romagnosi a eu le mérite de signaler le premier les caractères du délit manqué, bien distinct du *conatus pratergressus* des anciens : il suffisait en effet pour celui-ci que l'agent eût accompli tous les actes au moyen desquels il entendait arriver à ses fins ; l'autre au contraire exige de plus qu'on ait exécuté tous les actes qui selon la nature du fait étaient nécessaires pour atteindre le but. Toutefois, je trouve que le code prussien de 1794, promulgué par Frédéric-Guillaume, a distingué, dans les art. 40 et 41, le cas où le coupable a exécuté tous les actes nécessaires au délit, sans pourtant le consommer, et le cas où il a été empêché de les accomplir. Dans le premier cas, on diminuait d'un degré la peine ordinaire ; dans le second, on la diminuait de deux degrés. Mais comme Romagnosi avait publié sa *Genesi del diritto penale* (à Pavie) en 1791, il est très-probable que les jurisconsultes appelés par Frédéric à composer son code de 1794 ont emprunté cette idée au livre de notre devancier.

§ 402.

On définit le *délit manqué* : — l'exécution de tous les actes nécessaires à la consommation d'un délit, faite avec une intention explicitement dirigée vers ce délit ; mais non suivie de l'effet voulu, par des raisons indépendantes de la volonté et de la manière d'agir du coupable. L'analyse que nous venons de faire de la définition de la tentative simplifie celle de la définition du délit manqué, et il est inutile de répéter ce qui a été dit au sujet de son élément moral, c'est-à-dire de l'intention.

§ 403.

La formule — *exécution de tous les actes nécessaires à la consommation d'un délit* spécialise la notion du délit manqué. Ce qui constitue l'essence matérielle du délit manqué, c'est l'accomplissement de tous les actes nécessaires au délit. Tant que l'action criminelle était *in via*, le délinquant pouvait se repentir et se repentir utilement. Mais quand tous les actes se sont trouvés accomplis, le repentir (supposé que ces actes renfermassent l'idoneité) serait venu trop tard, si

la Providence n'avait pas, au moyen d'un cas fortuit, sauvé la victime.

§ 404.

Cette considération conduit à imputer davantage le délit manqué. Quelques personnes sont allées jusqu'à en tirer l'égalité d'imputation avec le délit parfait. Mais cela est une erreur, car la justice veut que comme le cas fortuit (qui a rendu l'événement plus grave) aggrave souvent le sort du justiciable, de même on tienne compte en sa faveur du cas fortuit qui a empêché le résultat auquel il tendait. D'autre part l'alarme publique est toujours moindre là où il n'y a pas lieu de déplorer la mort de la victime du délit. Le dommage immédiat de l'homicide n'existe pas, et son absence totale ne peut rester sans influence aux yeux de la justice. Enfin l'intérêt social exige qu'une différence ¹ dans la répression serve de frein à l'auteur du délit manqué, pour le dissuader de renouveler les actes criminels, ce qui souvent pourrait lui être facile.

1. Aux défenseurs de l'inégalité de la peine en matière de délit manqué comme en matière de tentative est venu récemment se joindre Berner (*Lehrbuch des deutschen strafrechts*, Leipzig 1866, § 134 ; et note 2, p. 224) qui soutient cette règle, tant par des raisons de justice que par des raisons d'intérêt social, et par l'argument déjà largement développé chez nous par Nicolini : que dans la plupart des cas le défaut du résultat malheureux peut être plus ou moins attribué à une indécision de la volonté.

§ 405.

Ce n'est pas sans intention que l'on dit : — *tous les actes nécessaires au délit*. Il y a une différence entre l'exécution de tous les actes nécessaires, et l'exécution de tous les actes que le délinquant s'était proposé d'exécuter. Parfois ces deux formules n'en feront qu'une, mais par pur accident, dans le cas concret. Elles peuvent aussi ne pas se confondre, et alors le délit manqué disparaît si la première ne trouve

pas son application, quoiqu'on puisse appliquer la seconde.

§ 406.

Les actes *nécessaires* pour produire un effet sont déterminés par les lois naturelles sur les rapports des choses. L'homme peut découvrir ces rapports, mais non pas les créer ni les détruire. Et si la vanité lui fait imaginer qu'il produira un effet au moyen d'actes auxquels la nature a refusé cette puissance, il entreprend une action dénuée de tout *danger*, qui par conséquent ne peut pas faire naître une crainte raisonnable chez les citoyens.

§ 407.

L'impropriété des actes fait donc disparaître le *délit manqué*, à quelque moment qu'elle intervienne. Il pourra, dans les cas qui le comportent, rester une tentative, s'il a été fait une série d'actes *propres* suffisante pour la constituer; mais on n'y peut pas voir le *délit manqué*, quoique l'agent ait parcouru toute la série des moments qui constituaient l'action par lui projetée, et ait ainsi exécuté même le dernier acte, qui dans son calcul erroné devait réaliser la consommation.

§ 408.

Supposons par exemple qu'un homme armé d'un fusil chargé à petit plomb se met à la recherche de son ennemi pour le tuer, et que l'ayant rencontré il dirige contre lui son arme. Jusqu'à ce moment nous avons une tentative. Si l'on avait arrêté son bras, il serait responsable de *tentative proche* d'homicide. Mais personne ne l'a retenu, et il a tiré; toutefois, comme il ignorait l'usage des armes à feu, il a attendu pour tirer que son ennemi fût déjà à deux cents pas et plus. Ainsi, il a consommé le *dernier* acte de son *dessein*, mais on ne dira pas pour cela qu'il est cou-

pable d'homicide manqué, puisqu'il est certain qu'avec ce plomb et à cette distance il était physiquement *impossible* de tuer.

§ 409.

Ce coup lancé au vent est un acte insensé qu'on ne peut pas mettre au nombre des actions *dangereuses* dont on demande compte à leur auteur. Il se réduit à une *intention* mauvaise; l'absence de *dommage* et même de *danger* l'a dépouillé de la *force physique*, indispensable à tout acte délictueux. Tous les actes *projetés* ont été accomplis, mais non pas tous les actes *nécessaires*. Ce dernier acte, qui ne renfermait pas la puissance de tuer, ne mérite pas le nom d'*acte de consommation*: c'est un acte de consommation *imaginaire*; si l'agent se l'est figuré dans ses rêves comme un *acte de consommation*, dans la *réalité* des choses il n'en a rien été, par la raison péremptoire qu'il *ne pouvait pas* consommer l'homicide. La justice pénale ne frappe pas les rêves ni les désirs, mais les actes extérieurs qui ont été cause d'un *dommage* et d'un *danger* vrai et effectif.

§ 410.

Si l'impropriété se trouve seulement dans le dernier acte, qui a rendu tous les autres inutiles, cet acte est juridiquement comme s'il n'existait pas, parce qu'il manque de la *force physique* délictueuse. Donc l'action est privée d'un de ses moments, donc il n'y a pas un *délit manqué*. Si le délit manqué doit être un délit complet *subjectivement*, et imparfait *objectivement* seulement, il est évidemment nécessaire qu'il présente la *subjectivité ontologique* complète, même dans l'élément matériel, et non pas seulement dans la *subjectivité psychologique*. Quand l'agent a persévéré jusqu'au bout dans son mauvais dessein, la *subjectivité psychologique* est parfaite, mais les actes (ou même un seul d'entre eux) qui manquent d'efficacité laissent incomplète

la *subjectivité ontologique*, qui pour être complète doit avoir accompli tous ses moments tant moraux que physiques; et par conséquent on ne peut pas dire que le délit soit *subjectivement* parfait.

§ 411.

Mais il reste la tentative précédente qui se compose d'une série d'actes présentant un danger. La maladresse du coupable qui a attendu pour tirer que la victime fût trop loin pour pouvoir être atteinte, forme la cause physique fortuite qui fait que le délit est resté imparfait, mais elle ne peut pas détruire les actes précédents, ni effacer l'imputation qu'ils ont déjà fait encourir. Si je lui donne le nom de *cause physique fortuite* ou *casuelle* (§ 386), quoique le fait d'avoir tiré trop tard soit le résultat de la libre volonté de l'agent, c'est que sa volonté ne tendait pas à ne pas tuer, mais au contraire, à ce moment même, elle tendait à donner la mort. C'est donc une erreur fortuite de jugement qui a fait intervenir la *cause physique* de l'augmentation de la distance, et empêché ce funeste résultat. On tombe dans une équivoque lorsqu'on s'imagine que le fait d'avoir tiré, tout déraisonnable, tout impuissant qu'il est par sa nature, exclut l'idée de la tentative. Cette opinion vient de ce qu'on observe que les actes n'ont pas été interrompus. On dit qu'après avoir tiré, l'agent n'avait plus rien à faire; et l'on affirme en conséquence que son action ne peut plus renfermer une tentative. Mais en disant cela on n'a pas réfléchi que le dernier acte inutilement fait est comme s'il n'avait pas été fait: il est *juridiquement* nul. Aussi la tentative subsiste pour les faits précédents, s'ils en avaient les caractères. Il n'est pas vrai que l'agent n'eût plus rien à faire, il lui restait à tirer *de manière* à frapper la personne, et c'est ce qu'il n'a pas fait. Et de ce qu'il n'a pas fait cela, il en résulte ce double effet juridique: que dans la somme des actes accomplis reste ce qui constitue la tentative, et que de

la somme de tous ces actes disparaît ce qui constitue le meurtre manqué.

§ 412.

D'un autre côté, on doit certainement blâmer l'addition qui a été faite, dans quelques codes, à la définition du délit manqué, de la formule *pour sa part* (qui a exécuté pour sa part tous les actes). Dans les cas ordinaires cette addition ne changera rien; mais il y a plusieurs formes de délit, par exemple l'empoisonnement (§ 1178) — l'empoisonnement n'est qu'une forme de l'homicide dans le droit pénal toscan — qui souvent sont consommés par des personnes innocentes qui deviennent les instruments du coupable. Quand les actes de consommation doivent être exécutés par ces personnes, le coupable qui a tout préparé n'a plus rien à faire pour sa part; par conséquent, comme il a tout fait pour sa part, on en viendrait, au moyen de cette formule vicieuse, à trouver un délit manqué dans des actes qui sont séparés par un long intervalle du commencement des actes de consommation, et qui même quelquefois peuvent être regardés comme purement préparatoires; ce qui est absurde¹.

1. La même absurdité se rencontre dans les délits dont l'exécution est confiée, en vertu d'un accord criminel, à différentes personnes. Titius veut tuer son ennemi, et il a résolu de le frapper dans son lit pendant son sommeil. Mais on ne peut pénétrer de nuit dans la maison qu'en escaladant une fenêtre, et Titius est trop pesant pour tenter l'escalade. Il s'entend avec Caius, qui est un homme agile: celui-ci monte à la fenêtre, descend ouvrir la porte de la rue afin que Titius puisse s'introduire et consommer l'assassinat, et cela fait il disparaît. Titius monte avec précaution l'escalier et arrive à la chambre de son ennemi, mais il le trouve éveillé et prêt à se défendre, et il est obligé de fuir. Evidemment Titius ne sera coupable que d'homicide *tenté*, car il n'avait pas encore donné le coup de poignard à son ennemi. Mais Caius avait accompli, *pour sa part*, tous les actes qu'il avait à exécuter dans le drame criminel. Si l'on se sert de la formule *pour sa part*, il faudra dire que Caius est responsable d'homicide *manqué*, car il ne lui restait rien à faire de tous les actes qu'il avait à exécuter *pour sa part* dans le délit. Caius

responsable d'assassinat manqué, tandis que Titius n'est responsable que d'assassinat tenté, c'est là une absurdité qui répugne au sens moral et juridique. La chose est si évidente qu'on s'étonne que le code napolitain de 1819 ait pu faire consister le critérium du meurtre manqué dans la formule *pour sa part*, et, que cette formule si erronée et si dangereuse ait encore des partisans. Le critérium du délit manqué doit se tirer des conditions ontologiques du fait considéré impersonnellement et en lui-même, sans avoir égard le moins du monde à ce que différents individus se sont chargés d'exécuter les actes qui le constituent.

§ 413.

Une conséquence logique irrécusable de ces principes, c'est que pour constituer l'essence de fait du délit manqué on doit exiger avec la plus rigoureuse exactitude l'idonéité des moyens, et en faire la recherche avec un criterium plus positif que pour la tentative. Voilà pourquoi l'impropriété purement relative suffit pour exclure le délit manqué, pourvu qu'elle se rattache au dessein de l'agent (§ 423). C'est une différence entre la nature du délit manqué et celle de la tentative, car pour exclure celle-ci, comme nous l'avons vu (§ 362), l'impropriété relative ne suffit pas. Bien que les moyens employés ne fussent pas impuissants absolument, c'est-à-dire subjectivement, s'ils l'ont été à raison de leur rapport avec le sujet passif ou avec l'ordre d'exécution qu'a choisi le coupable, c'est-à-dire objectivement, cela suffit pour que le défaut de résultat provienne de la volonté de l'agent qui a choisi cet ordre d'exécution, et de sa manière d'agir qui (vu l'impropriété relative) devait, par la loi inaltérable de sa nature, présenter le défaut de résultat.

§ 414.

Il ne suffit donc pas que l'idonéité soit purement possible, il faut que le moyen choisi et le résultat qu'on veut appeler manqué soient entre eux dans le rapport de cause à effet suivant le cours ordinaire des choses. Il est possible qu'un athlète tue un homme d'un coup de poing; si (en suppo-

sant même que j'aie la volonté arrêtée de tuer) je porte un coup de poing à mon ennemi, et ne lui fais qu'une simple contusion, nous aurons l'élément intentionnel du délit manqué, car l'intention coupable a duré jusqu'au dernier moment de l'exécution du mauvais dessein, mais nous n'en aurons pas l'élément matériel, et ce serait une erreur que d'appliquer ce titre. Il était possible que le coup de poing donnât la mort, mais dans le cours ordinaire des choses les coups de poing ne tuent pas. Donc si mon coup n'a pas produit la mort que je voulais donner, c'est à cause du moyen même que j'ai choisi. Mon projet était une imagination chimérique, il portait en lui-même la cause de la non-réussite. Il n'y a pas un délit manqué, car ce n'est pas un accident extraordinaire qui a empêché la mort, mais le rapport ordinaire des forces matérielles mises en mouvement par le délinquant. Il y a une intention féroce, mais les intentions n'ont de valeur aux yeux de la justice pénale qu'en tant qu'elles sont accompagnées d'un dommage effectif et d'un danger réel. De là dépend aussi le dommage médiate, dont l'influence est si grande sur l'imputabilité sociale¹.

1. En cela consiste la notable différence qu'il y a, quant aux effets juridiques de l'impropriété des actes, entre la tentative et le délit manqué. La seule insuffisance relative suffit pour exclure le délit manqué; elle ne suffit pas pour exclure la tentative, il faut l'impropriété absolue. Aussi est-ce encore une erreur, et une erreur très-grave, que de vouloir trouver le critérium distinctif de la tentative dans le fait que les actes d'exécution ont été interrompus; s'il n'y a pas eu d'interruption et que l'agent ait complètement exécuté son dessein, il n'y a plus, dit-on, une tentative, parce que l'action n'a pas été arrêtée. Cela n'est pas exact. Quand l'agent a entendu consommer un délit au moyen d'actes qui dans d'autres circonstances l'auraient conduit à son but, mais qui dans les circonstances particulières du fait étaient insuffisantes pour cela, il pourra les faire tous sans interruption et n'être toujours responsable que de tentative. En effet, si aucun de ses actes n'a été empêché, l'événement voulu l'a été, et par des causes inhérentes aux actes mêmes; et par conséquent il reste la tentative punissable, puisque ces mêmes actes, insuffisants il est vrai dans le cas concret, avaient du moins in abstracto la

puissance désirée, et qu'en se répétant au détriment d'autres personnes avec des circonstances différentes, ou sur un autre sujet passif, ils contiendraient un danger. Il n'est donc pas vrai que ces actes ne puissent pas être punis comme tentative, et qu'il soit nécessaire d'y voir le délit manqué : pour exclure celui-ci il suffit de remarquer que l'agent n'a pas fait tout ce qui était nécessaire quand il a fait une série d'actes insuffisants par leur nature pour atteindre le résultat coupable. C'est une idée préconçue qui est très-fausse que de subordonner l'application de la peine de la tentative à l'interruption subjective. Autant vaut ne pas avoir exécuté un acte ou l'avoir exécuté de telle façon qu'il perdait la puissance d'atteindre le but.

§ 415.

C'est pourquoi, dans la définition du délit manqué, on ajoute : *non suivi de l'effet voulu, par des raisons indépendantes de la volonté et de la manière d'agir du coupable.*

§ 416.

Au premier abord il semble superflu de dire : *indépendant de la volonté*, car si l'événement a manqué par la volonté même de l'agent, l'idée d'augmenter sa responsabilité à raison d'un fait destiné à empêcher le délit est tellement antijuridique qu'elle ne mérite pas même d'être notée.

§ 417.

Mais l'indication de la *volonté* se rattache à l'indication de la *manière d'agir* du coupable, précisément par la raison que cette manière d'agir a été voulue par lui, et qu'ainsi il a voulu la cause, quoique sans prévoir la non-réussite¹.

1. La formule que, pour pouvoir objecter le délit manqué il faut que la non-réussite vienne de causes absolument indépendantes de la volonté de l'agent, présente encore un autre intérêt pratique. Il peut se faire que le coupable ait exécuté tous les actes qui étaient nécessaires pour consommer l'offense désirée, et qu'il l'ait conduite à son terme avec une méchanceté d'intention persévérante, et une idoneité qui s'est maintenue jusqu'au dernier acte, mais que le fait fut de nature à admettre, en temps utile, une réparation, et que le coupable lui-même, grâce à un salutaire repentir, se soit empressé d'accomplir cette répara-

tion qui a détruit l'effet nuisible de son action et empêché le résultat final. Un homme a jeté son ennemi à la mer, ou bien il lui a donné un poison mortel : tout était fait, et de telle manière que la mort de ce malheureux se serait nécessairement produite au bout de quelques minutes ; mais le coupable s'est repenti, il s'est précipité au secours de la victime ou a couru lui présenter un contre-poison, et il l'a sauvée. En pareille hypothèse, dans la rigueur des principes ontologiques, le délit manqué serait complet ; les faits postérieurs pourraient donner une atténuante, mais non pas effacer la notion déjà parfaite du délit manqué. Cependant l'intérêt social veut qu'on facilite le repentir des égarés ; aussi, dans la notion juridique du délit manqué, ne l'admet-on pas en semblable hypothèse, bien qu'on doive reconnaître son existence ontologique. Voilà un remarquable effet de la mention de la volonté de l'agent dans la définition.

§ 418.

Et parce que la *manière d'agir* a été volontaire chez l'agent, si dans cette manière d'agir par lui choisie se trouve la cause même qui a détourné l'événement, son action est née sans offrir les caractères du danger persévérant jusqu'au bout, sur lequel se fondent l'imputation et le titre spécial du *délit manqué*.

§ 419.

Ainsi, quand la cause qui a empêché la violation de la loi était inhérente au dessein et au *fait même* de l'auteur, il répugnerait aux principes de la science de rendre celui-ci responsable de tous les moments de l'action, et par conséquent de mettre à sa charge même celui des moments d'où est résulté le salut de la victime. Il est vrai que la mauvaise intention a été persévérante, mais l'action délictueuse n'a pas été complète dans ses rapports ontologiques avec le résultat auquel elle tendait.

§ 420.

Cela est évident quand l'obstacle est venu du *sujet actif secondaire* du délit, c'est-à-dire des moyens ou instruments

employés par le coupable; et cette règle est vraie quelques critiques qu'on ait dirigées contre elle'.

1. On a dit que si l'on admet la formule *indépendant de la manière d'agir*, il n'y aura plus aucune hypothèse possible de délit manqué dans certaines formes de tentative de meurtre, par exemple dans le meurtre tenté au moyen d'un coup de feu. On dira toujours: quoique l'arme fût bien chargée, et qu'on ait tiré à petite distance, si la victime n'a pas été atteinte ou n'a pas été frappée à mort, ce qui l'a sauvée c'est la *manière d'agir* du coupable qui n'a pas bien ajusté son coup et par suite n'a pas tiré droit au point qu'il voulait atteindre. Ainsi se trouve exclue, ajoute-t-on, la possibilité d'objecter le meurtre manqué toutes les fois qu'on a tiré contre un homme, quoiqu'il y ait eu idoneité et intention homicide persévérante. Cette objection a paru très-grave à beaucoup d'auteurs, et les a conduits à repousser la formule; mais elle repose sur une équivoque et sur un malentendu. C'est à l'accusation de fournir toutes les preuves de ce qu'elle avance; elle prétend que ce coup de fusil constitue un meurtre manqué, par conséquent elle doit démontrer et la persévérance de l'intention homicide, et l'accomplissement de tous les *actes nécessaires* pour obtenir le résultat; or, dans le cours ordinaire des choses, pour atteindre un point au moyen d'un coup de fusil, il faut, comme on dit, ajuster; c'est donc à lui de prouver non-seulement que le coupable a tiré, mais encore qu'il a fait cet autre acte. Si la preuve n'en est pas fournie, la série des actes d'exécution est incomplète, elle manque d'un de ses moments les plus importants: le coupable n'a pas fait tout ce qui était nécessaire pour atteindre le but s'il n'a pas porté le fusil à l'épaule ou le pistolet à la hauteur de l'œil. Il a tiré au hasard, l'exécution subjective a été incomplète dans un de ses moments physiques, et s'il a manqué son coup, c'est par suite de cette omission: on aura une tentative punissable conduite jusqu'à l'acte le plus proche, mais non pas un délit manqué, parce que l'agent *n'a pas fait tout ce qui était nécessaire à l'accomplissement de son dessein*, et il n'a pas tout fait parce qu'il a manqué de prudence et de décision, car il était libre de viser s'il l'avait voulu. Au contraire quand l'accusation prouve que le meurtrier a mis le fusil à l'épaule ou le pistolet à la hauteur de l'œil, en un mot qu'il a visé, le coupable a tout fait. Si le coup n'a pas porté, malgré les précautions qu'il a prises, cela est venu ou d'un tressaillement nerveux, ou d'une déviation du projectile, ou d'un mouvement qu'a fait la victime, et tous ces accidents sont fortuits et indépendants de la volonté et de la manière d'agir du coupable; donc il reste la notion du délit manqué. Voilà comment on doit entendre cette règle, en la subordonnant au principe fondamental que le délit manqué doit être un délit *subjectivement complet*. Si l'on veut l'entendre autrement et la porter à l'absurde, la faute en est à qui l'entend mal, et la règle ne varie pas pour cela. Les maximes les plus certaines de la science sont toutes susceptibles d'être portées à l'absurde par une application

erronée, et s'il fallait avoir égard aux déductions sophistiques qui peuvent en être faites, il n'y aurait plus aucune vérité scientifique; on peut abuser de tout au moyen de l'artifice d'un faux raisonnement.

§ 421.

Mais quand l'obstacle est provenu des conditions particulières du *sujet passif*, qui ont rendu vains les moyens employés à cause du rapport de ceux-ci avec le sujet passif, il faut distinguer.

§ 422.

Ou bien cet empêchement n'était pas connu de l'agent (ainsi par exemple l'obstacle est provenu d'une cotte de mailles que portait la personne): alors cet obstacle même forme le cas *fortuit* qui a empêché l'événement, et l'on aura le *délit manqué*. La volonté de l'agent n'a pas pu se porter sur une chose inconnue; cet obstacle qu'il n'a pas prévu est étranger à sa manière d'agir. C'est vraiment là le cas où l'empêchement est tout à fait indépendant du sujet actif.

§ 423.

Ou bien l'agent *connaissait* cet obstacle *par avance*, et il croyait le surmonter à l'aide de certains moyens; mais les moyens qu'il a employés étaient, par la loi de leur nature, impuissants pour cela; alors nous n'avons pas le *délit manqué*. Ainsi par exemple son ennemi était défendu par un abri, et le coupable a tiré avec la parfaite intention de le tuer, pensant que la balle traverserait cet abri; mais cela était physiquement impossible. La volonté de l'agent s'est portée sur cet empêchement, puisqu'il l'a connu, et cependant il n'a pas employé les moyens efficaces pour en triompher; il a choisi pour cela un moyen tout à fait impuissant. Le rapport entre l'empêchement et les moyens employés est entré dans le dessein du coupable, et ce dessein, tel qu'il a été conçu et exécuté, ne renfermait absolument aucun

danger : une action de ce genre, fût-elle répétée cent fois, ne pourrait jamais nuire; il n'y a pas un *délit manqué*. L'événement a fait défaut à cause de la *manière d'agir* du coupable; il a fait défaut parce que *tous les actes nécessaires* pour le produire n'ont pas été exécutés.

§ 424.

Résumant toute la théorie de la tentative et du délit manqué dans la formule la plus simple, nous arrivons à cette conclusion: L'*intention* et le *danger* sont nécessaires à la tentative pour qu'on puisse l'imputer comme délit. L'autorité ne peut pas sans tyrannie menacer d'imputabilité sociale dans le cas où l'un de ces éléments fait défaut. Le magistrat ne peut pas, sans abus de pouvoir, imputer civilement un fait qui manque de l'un ou de l'autre élément; ni, sans une impardonnable aberration, suppléer au défaut de l'un de ces éléments par l'autre. Les deux éléments doivent être établis séparément; ce serait aller au rebours des principes du droit et de la logique que de s'imaginer que la gravité du danger que présente le fait peut remplacer l'intention de l'agent, ou que la méchanceté de l'intention peut remplacer le danger qui n'était pas dans le fait.

§ 425.

Du reste, pour ce qui est de la mesure de l'imputation, le délit manqué doit représenter une moyenne proportionnelle entre la tentative très-proche et le délit parfait. Nous ne saurions accepter la doctrine qui voudrait égaler quant à la peine le délit manqué au délit consommé, bien qu'elle ait été adoptée par quelques codes, embrassée par Romagnosi, soutenue par Chauveau, et récemment encore défendue avec chaleur par Bernard¹ et par d'autres jurisconsultes de mérite.

1. *Revue critique de législation*, vol. 26, p. 466, article que M. Ber-

nard adresse aux législateurs du nouveau royaume d'Italie. Mais la doctrine de l'assimilation a toujours eu assez peu de succès en Italie. Gabriello, *cons.* 70, n° 1; Riminaldo, *cons.* 327, n° 11; Silvano, *cons.* 43, num. 20, lib. 1; Grammatico, *decis.* 2, et *decis.* 74; Ciazzi, *disc.* 26, num. 97, qui fait de notre délit manqué un cas particulier, et qui enseigne qu'on doit le frapper d'une peine moindre *quamvis sit devotum ad actum proximum veluti ad exonerationem archibusii*. Passerino, dans son traité *De occidente unum pro alio*, p. 222, dit que selon l'usage universel de l'Italie, accueilli dans une grande partie de l'Europe, la tentative d'homicide, même très-proche et poussée jusqu'au dernier moment de l'action, doit être punie moins que le délit consommé: *eadem lege puniatur, sed non eadem poena*. C'est une singulière tendance que celle de quelques auteurs français contemporains qui, non contents de conserver fidèlement pour la France la tradition sévère de l'assimilation de la tentative au délit consommé, quant à la peine, prétendent encore entreprendre un apostolat de sang, et convier les nouveaux législateurs italiens à renier la gloire de leurs coutumes et à se franciser encore en ce point. En vérité, ce serait un merveilleux progrès! Mais en France on respecte encore et on allègue les traditions des Capitulaires de Charlemagne, où on lit au chap. 10, liv. 7: *qui hominem voluerit occidere, et perpetrare non potuerit, homicida est*. Pour plus de développements sur cette matière, voyez mes leçons *Sur le degré dans la force physique du délit*. (*Opuscoli*, vol. 1, *opusc.* 9.)

ARTICLE II

DE LA COMPLICITÉ

§ 426.

Plusieurs personnes peuvent prendre part à un délit. La justice veut qu'elles soient toutes appelées à rendre compte de la part qu'elles ont prise dans l'infraction à la loi, mais elle veut aussi que chacune en réponde en proportion de l'*influence* qu'elle a exercée sur cette infraction. De là l'importance de la doctrine de la *complicité*.

§ 427.

L'auteur principal du délit est celui qui a exécuté l'*acte de consommation* de l'infraction. Ceux qui ont pris part aux *actes de consommation* sont ou *co-auteurs* ou *correi*, mais ils sont tous des délinquants *principaux*. Toutes les

autres personnes qui ont participé au dessein criminel, ou aux actes qui ne sont pas de *consommation*, sont des délinquants *accessoires*, ou complices *lato sensu*.

§ 428.

La philosophie, qui a pour objet des êtres purement *idéologiques*, peut voir un *auteur psychologique* dans celui qui a conçu une idée et su en former un dessein complet. Mais la science pénale, qui n'a pour objet que les actes extérieurs, et qui ne s'occupe des pensées que pour trouver la cause de ces actes, ne peut assimiler l'auteur d'une *idée* à l'auteur d'un *fait*. Le délit est pour elle un *être juridique*, qui, résultant de la contradiction entre un *fait* et la *loi*, ne saurait prendre naissance si la loi n'est matériellement offensée par un *fait*, et celui-là seul est l'*auteur* de ce *fait* qui l'a consommé *matériellement*¹.

1. Quand on dit que l'*auteur* du délit est celui qui l'exécute *matériellement*, on suppose, par une déduction nécessaire des principes fondamentaux, que chez l'auteur matériel existe la *culpabilité*, c'est-à-dire qu'il a agi comme être moralement libre, et par conséquent qu'il est responsable de son fait. Si l'auteur matériel est un fou, un enfant, une personne violentée ou victime d'un erreur, en un mot un irresponsable, on ne trouve plus en lui un *agent*, mais un instrument aveugle et purement passif de la volonté perverse de celui qui l'a employé : l'être intelligent disparaît en lui, et il ne reste plus que la matière mise en mouvement par un autre. On ne peut pas dire que la pierre qui a tué soit l'auteur de l'homicide ; il en est de même du fou ou de la personne violentée qui l'a consommé, sous l'impulsion du coupable, à la façon d'un instrument aveugle et passif. L'auteur est celui dont la main a lancé la pierre, ou dont les artifices ont poussé l'enfant ou le fou à consommer l'homicide. Quand le fait matériel ne peut pas se rattacher, comme à sa cause morale immédiate, à la volonté libre et intelligente de celui qui l'a exécuté, il n'est pas le fait de cette personne : celle-ci n'est que l'instrument de celui qui a voulu le délit, et qui s'est servi d'elle comme d'un pur moyen matériel. C'est à celui-là que convient le nom d'*auteur* du fait.

§ 429.

Celui qui a conçu l'idée et qui en a confié l'exécution à

d'autres est l'*auteur de l'idée*, mais non pas de l'*offense à la loi*. Le droit pénal verra en lui une *cause* du fait, lui donnera le nom de *premier moteur* du délit, et le poursuivra rigoureusement, et même, si l'on veut, aussi rigoureusement que celui qui l'a exécuté ; mais être la *cause*, le *moteur* d'un fait, ou bien en être l'*auteur*¹, ce sont deux choses essentiellement différentes. Quelqu'un peut avoir conçu l'idée d'un tableau dans ses moindres détails, un autre peut avoir obtenu, pour de l'argent, qu'un peintre mettrait cette composition sur la toile : ces deux personnes seront respectivement *cause* de la production du tableau, et y auront même un certain mérite, mais l'*auteur* est celui dont le pinceau l'a réalisé.

1. L'usage de donner à l'instigateur le nom d'*auteur* du délit a été récemment rejeté par le savant Berner dans son *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, liv. 3, § 109, note 4, sur la remarque que le délit est un fait extérieur, et qu'il est de règle que pour être auteur d'un fait de ce genre il est nécessaire d'en être la cause extérieure ; il ne limite cette règle que dans le cas d'irresponsabilité de l'auteur matériel. Il cite dans le même sens le *Handbuch* de Luden, 1, p. 455.

§ 430.

Quand on appelle *auteur* du délit celui qui en a conçu l'idée, on fait usage d'une fiction, d'une figure de rhétorique ; mais une science positive comme la nôtre doit bannir de son langage les métaphores. Les criminalistes de toutes les écoles étaient d'accord pour distinguer les *motores criminis* et les *authores criminis*¹. Tittmann semble avoir le premier réuni les uns et les autres sous une même dénomination. Puis, à son exemple, les Allemands ont rendu les deux idées par un seul mot : *urheber*, que nous trouvons précisément traduit dans les dictionnaires par la double expression d'*auteur* et de *premier moteur*. Mais pourtant toute l'école allemande n'a pas accepté cette dénomination : Mittermaier (*Neues archiv. des Criminalrechts*, vol. 3, p. 425) a soutenu qu'on doit distinguer dans la science l'*auteur* (*thäter*) et le

moteur (*urheber*), et encore l'*auxiliator* et le *fautor* que nous trouverons bientôt.

1. Eisenhart, *De criminum sociis*, § 8 ; — Kessenich, *De sociis in crimine* ; — Mommaerts, *De criminum fautoribus*, p. 8-10. Gaertner a démesurément élargi la signification du mot *auteur* : supposant qu'un frère a, par des lectures obscènes, corrompu l'imagination de son jeune frère, il dit que le premier doit être appelé l'auteur du viol commis par l'autre, *quia efficientem causam corruptelæ fraterculi præbuit ; diss. finium culpæ*, Berolini 1836, p. 36. Voilà les aberrations où l'on se trouve conduit quand on cherche les définitions scientifiques, non dans la nature des choses, mais dans des conceptions chimériques, dans des analogies ou dans des figures de rhétorique ! Horace a pu décrire à sa fantaisie le monstre qu'il inventait, mais ce qui est ne peut se définir que tel qu'il est et non autrement. Sur la matière de la complicité on peut consulter comme spécialistes : Cocceius, *Exercit. curiosæ*, II, diss. 30 *De socio criminis* ; — Moorrees, *de sociis delicti*, Utrecht 1824 ; — Besier, *De sociis delinquendi*, Utrecht 1852 ; — Luden, *De socio delicti generali et speciali*, Ienæ 1845 ; — Brotze, *De poena ejus qui ex mandato deliquit*, Vitebergæ 1796 ; — Casse, *De auctoribus delictorum psychologicis*, Hauniæ 1835.

§ 431.

Le délit se compose de deux éléments : l'élément *physique* (mouvement du corps, actes extérieurs), sans lequel l'infraction à la loi n'est pas possible ; et l'élément *moral* (dessein criminel, intention), sans lequel la violation matérielle du droit est un malheur accidentel. Or la participation de plusieurs individus au délit peut se produire dans un seul de ces éléments ou dans chacun d'eux. De là ressort naturellement la division de cette théorie, selon que l'on considère : — ou un concours d'*action* sans concours de *volonté*, — ou un concours de *volonté* sans concours d'*action*, — ou un concours cumulatif d'*action* et de *volonté*.

1°

Concours d'action sans concours de volonté.

§ 432.

Ce premier cas se présente toutes les fois qu'il arrive à

quelqu'un d'aider à commettre un délit, sans le savoir ni le vouloir. Le corps de cette personne a concouru efficacement à la force *physique* du délit, mais son âme n'y a pas pris part : elle n'a pas concouru à la force *morale* du délit. Il manque l'*intention* de violer la loi, et, bien que l'action ait matériellement offensé la loi, par rapport à cet individu elle n'est pas imputable.

§ 433.

Cela peut arriver de quatre manières différentes ; leur variété tient aux formes diverses qu'a revêtues l'intention de celui qui à son insu coopérait au délit. Mais le résultat est toujours le même quant à la non-imputabilité de la personne.

§ 434.

1° Elle a pu avoir une *intention* distincte *innocente* : elle a cru donner son concours pour une chose licite, tandis qu'en réalité un méchant en tirait parti pour violer la loi.

§ 435.

2° Elle a pu avoir une *intention* distincte *criminelle*¹ : Caius a cru aider Titius à commettre un délit de moindre importance, tandis qu'en réalité celui-ci, profitant de son aide, a *frauduleusement* consommé un délit plus grave, que Caius n'avait ni prévu ni voulu. A ce délit ultérieur Caius a pris part avec son corps, mais non pas avec son âme : Eisenhart, *De criminum sociis*, § 28, et Hoorebecke, *De la complicité*, p. 328. Une règle qu'on ne doit jamais oublier dans la théorie de la complicité est la suivante : *le fait matériel peut se communiquer entre plusieurs participants, l'intention n'est jamais communicable d'individu à individu.* Cette manière de considérer l'*intention* distincte *criminelle* n'est pas une innovation, et la règle que j'en tire n'est pas non plus nouvelle. Elle n'a pas échappé aux jurisconsultes romains, qui ont résolu le problème par la règle de la

non-complicité. Voyez la loi 53, *Dig. de furtis* : le jurisconsulte Paul suppose qu'une personne, *injuriae causa*, a enfoncé une porte, ce qui a permis à un autre d'entrer et de voler ; et il décide que *non tenetur furti*, parce que *maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguunt*. C'est ce que répète Ulpien, *l. 39 Dig. eod.*, sur laquelle on peut voir Suarez dans son commentaire *ad leg. Aquiliam* (Meerman, *thes. vol. 2, p. 445, n° 15*.) L'erreur qui consiste à se contenter du fait *matériel* pour en constituer la complicité, sans prendre garde à la réalité du concours de l'*intention*, n'est pas soutenable théoriquement, et personne n'ose la soutenir ; on y tombe seulement quelquefois dans la pratique.

1. La formule *intention* distincte *criminelle*, qui se rattache étroitement aux principes fondamentaux de l'imputabilité, résout un problème qui a appelé les observations des criminalistes contemporains. Une sentence des tribunaux de France, du 4 pluviôse an XIII, condamna à mort, comme coupable d'*assassinat*, un jeune homme qui avait prêté à son ami un bâton dont celui-ci se servit pour tuer son rival. La sentence déclarait expressément qu'il était *constant en fait* que l'ami ne lui avait prêté son bâton qu'après la promesse solennelle qu'il ne tuerait pas son rival. Malgré la reconnaissance formelle de cette circonstance, en exécution de la loi française, qui assimilait comme aujourd'hui, quant à la peine, le complice à l'auteur principal, ce malheureux fut condamné à mort et décapité. En 1861, Benoit-Champy a publié à Paris un excellent livre sur la complicité, où il rapporte cette atroce sentence, et s'en prévaut pour montrer que la loi devrait distinguer, quant à la peine, le complice d'avec l'auteur principal. Depuis, Thiengou, donnant une analyse succincte de l'ouvrage de Benoit-Champy, revient sur ce fait cruel et s'en sert pour en tirer une autre conséquence. Il dit que la loi devrait laisser aux juges le pouvoir de modifier la peine selon les cas. Je ne veux discuter ni la conclusion de Benoit-Champy (que j'accepte en principe comme parfaitement juste), ni la conclusion de Thiengou. Mais je dis que dans le cas de l'an XIII il n'y avait pas besoin de modifications législatives pour empêcher l'injuste sentence. Je dis que si les juges s'étaient rappelés les vrais principes de la science, ce malheureux était sauvé, sans correction de la loi, sans pouvoir arbitraire. En effet sa *volonté* n'avait jamais tendu au meurtre. Il avait prêté une arme, mais avec la certitude qu'elle ne deviendrait pas un instrument de mort. Comment donc le déclarer complice d'un assassinat ? Si l'auteur principal a prémédité le meurtre, l'autre qui ne le voulait pas n'a pas pu le

préméditer. Les juges ont donc substitué le concours *matériel* au concours *intentionnel*, la coopération matérielle à la coopération intentionnelle. On a déclaré complice d'un fait eelui qui *certainement ne l'avait pas voulu*. La raison de mettre à mort l'accusé se trouvait dans le *dol qualifié*, dans la *préméditation*. Quoi qu'on pût dire quant au résultat *plus grave* dérivé des *moyens voulus*, il est certain que la préméditation étant une circonstance qui réside toute dans l'*intention*, ne peut pas se communiquer. Et étant admis que l'auteur avait prémédité le meurtre, même dans cette hypothèse il est certain que l'on condamnerait un homme pour l'*intention d'un autre homme*, intention qu'il n'avait pas eonue, et à laquelle il n'avait pas participé. Ainsi la qualification et par conséquent la pénalité étaient *aberrantes* et injustes : on s'est attaché judaïquement à la lettre de la loi, tandis qu'on doit toujours, en interprétant ses dispositions, les subordonner aux préceptes souverains de la raison et de la justice formulés dans les règles de la science. Le principe qui veut qu'on écarte l'idée de participation quand on trouve une intention criminelle distincte a été soutenu et développé par Schuermans (*Précis de droit pénal*, p. 28 et 29) contre la doctrine française commune. C'est un phénomène démontré par l'histoire de quatre siècles, que les jurisconsultes des Pays-Bas ont plus souvent soutenu les opinions les plus douces, tandis que les jurisconsultes français ont généralement préféré les plus sévères. Voyez encore sur cet important sujet : de Molènes, *De l'humanité dans les lois criminelles*. Du reste, en Italie, le principe de la non-communicabilité du *dol*, à ses divers degrés, entre ceux qui prennent part à un fait criminel, est universellement accueilli sans difficulté. Voyez § 1135, en note.

§ 436.

3° Elle a pu agir avec une *intention indirecte négative*, c'est-à-dire être en état de faute. Mais dans les faits entachés de faute il ne peut pas y avoir de complicité, elle impliquerait contradiction. C'est une règle absolue que celle donnée par Ulpien (*l. 50 § 2, Dig. de furtis*) : *Recte Pedius ait : sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse*.

§ 437.

4° Enfin elle a pu se trouver dans l'état d'*intention imparfaite*, c'est-à-dire dans le quatrième degré du *dol*. Même dans cette hypothèse on n'admet pas la complicité en principe, mais seulement dans des cas particuliers où,

malgré l'emportement subit des passions, la volonté de concourir au délit commis par un autre peut se montrer *univoquement* (§ 4307).

§ 438.

En un mot la théorie se résume, selon les éléments constitutifs du délit, en une règle simple et absolue : Le concours matériel, quelque *efficace* qu'il ait été, ne fait jamais participer au délit d'un autre, si l'on n'a eu la formelle intention¹ de l'aider.

1. Ce principe fondamental renferme nécessairement la non-communicabilité de la *connaissance* d'individu à individu. Si de plusieurs personnes qui frappent une femme enceinte, l'une *connaissait* son état de grossesse, et les autres l'ignoraient, et qu'il en résulte une fausse-couche, bien que tous soient complices du délit de blessures, ceux qui n'ont pas su ne doivent pas partager, avec ceux qui ont su, l'aggravation d'imputation qui résulte de l'avortement. Si plusieurs s'unissent pour faire violence à une femme mariée, sera responsable *d'adultère* violent celui-là seul qui connaissait son état, et non pas les autres qui la croyaient libre.

2°

Concours de volonté sans concours d'action.

§ 439.

La règle est toute opposée quand une personne a concouru au moyen de la *volonté* au délit qu'une autre a commis, mais sans prendre part en rien à l'*action* matérielle : Le fait d'autrui lui est imputable pourvu que sa volonté ait exercé sur l'*âme de l'agent* une *influence efficace*, et sa responsabilité se mesure sur le degré plus ou moins considérable de cette *influence*.

§ 440.

On dit alors que cette personne est la *cause morale* du délit. Ce n'est pas la *pensée* qu'on impute chez elle (le droit pénal, toujours logique, ne poursuit pas les actes in-

térieurs) : outre l'opération intérieure, il est intervenu un acte *extérieur* qui a violé la loi, et alors la *manifestation* de la pensée devient elle-même socialement imputable, en tant qu'elle a poussé à l'exécution du fait extérieur violateur de la loi.

§ 441.

Pour que le concours purement *moral* prêté au délit d'autrui soit imputable socialement, il est donc indispensable qu'on y rencontre une impulsion à commettre ce délit. Il est pour cela nécessaire que la pensée criminelle ait été *communiquée* à l'agent sous une forme quelconque, en sorte qu'elle l'ait poussé à agir. Alors il est bien naturel qu'on rende responsable du *fait*, même celui qui n'a *rien fait* ; parce que le fait de l'autre remonte à lui comme à sa *cause*. Ce n'est pas qu'on ait un délit sans *force physique* : cette force est chez l'autre personne, et cela suffit ; en effet la différence entre les deux forces consiste précisément en ce que la force physique *se communique* entre ceux qui prennent part au délit, étant donné le concours *moral*, et suivant la nature de ce concours.

§ 442.

Selon que ses caractères varient, la manière d'être de la participation *morale* varie ; il résulte de là cinq formes distinctes de *complicité*. Ce sont : — 1° le *mandat* ; — 2° le *commandement* ; — 3° la *contrainte* ; — 4° le *conseil* ; — 5° la *société* criminelle. Ces différentes sortes de participation *morale*, un législateur peut, s'il le veut, les réduire à une seule, et se contenter du mot *instigation* pour les exprimer toutes. Mais l'instigation est un genre qui comprend plusieurs espèces séparées l'une de l'autre par les traits les plus prononcés, et la science a besoin d'étudier chacune de ces espèces, les présentant sous des noms distincts. Quand il existe entre deux choses des différences essentielles, la vel-

l'unité moderne de les réunir sous un seul nom ne fait que jeter la confusion dans le langage, mais elle est impuissante à détruire les différences réelles.

§ 443.

1° Il y a un mandat — quand une personne en charge une autre d'exécuter un délit, dans son intérêt et pour son compte exclusivement.

§ 444.

2° Le commandement est — un mandat de commettre le délit, imposé avec abus d'autorité par un supérieur à son inférieur.

§ 445.

3° La contrainte (dans le sens où nous prenons ce mot, c'est-à-dire en tant qu'elle est cause d'action et non pas de réaction) est — un mandat de commettre le délit, imposé sous la menace d'un mal considérable.

§ 446.

Il est évident que le commandement et la contrainte ne sont que des mandats qualifiés ou par l'abus d'autorité ou par l'intimidation.

§ 447.

Ces deux formes de complicité morale ont seulement ceci de particulier qu'on diminue l'imputation de l'auteur physique et qu'on augmente l'imputation de celui qui a été la cause morale du délit, en proportion de l'influence que peut avoir exercée sur l'âme de l'agent l'autorité ou la menace. L'augmentation et la diminution correspondante peuvent aller jusqu'à décharger de toute responsabilité (§ 288) l'auteur physique, et faire retomber sur la cause morale toute l'imputation du délit. Cela se produit quand la personne qui exécute doit être considérée non

pas comme un instrument actif, mais comme un instrument passif de l'autre, soit parce qu'elle n'a pas eu une volonté libre, comme il peut arriver dans le cas de contrainte, soit parce qu'elle n'a pas eu une volonté intelligente, comme il peut arriver (§ 346) dans le cas de commandement.

§ 448.

Sauf ce cas particulier, les règles du commandement, de la contrainte, et du mandat sont les mêmes.

§ 449.

4° Le conseil est — l'instigation qui a pour objet de pousser quelqu'un à commettre un délit dans son intérêt et pour son compte exclusivement.

§ 450.

5° La société est — une convention intervenue entre plusieurs personnes à l'effet de consommer un délit dans l'intérêt commun ou respectif de tous les associés.

§ 451.

La société, le conseil et le mandat ont ceci de commun qu'en eux-mêmes ils ne peuvent pas être considérés comme des tentatives du délit qui a fait l'objet de la convention, de l'instigation, ou du mandat; en effet ils ne constituent pas un commencement d'exécution du délit. Si l'on ne veut pas les poursuivre comme coupables de délits *sui generis*, de délits existant par eux-mêmes, le mandant, l'instigateur, et l'associé ne peuvent pas être imputés pour cause de complicité tant que l'auteur physique n'a pas, de son côté, exécuté au moins une tentative du délit voulu¹. On peut être complice d'une tentative, mais la tentative de complicité ne se conçoit pas. Les praticiens exprimaient

cette vérité par le brocard : *mandans tenetur causa mandati, non ex mandato.*

1. Le mandat et l'association à fins criminelles peuvent bien être punis comme des délits *sui generis*, mais c'est une erreur des plus grossières que d'y voir une tentative du délit auquel on tendait; en effet la tentative a pour condition essentielle le commencement d'exécution du délit voulu, et tant qu'on dit *fais* ou *faisons*, on ne commence pas à *faire*. Tous les exemples au moyen desquels on s'est attaché à soutenir le paradoxe de la tentative dans le mandat dénaturent la question : ils supposent que le commencement d'exécution matérielle a eu lieu. La complicité de tentative peut sans doute exister toutes les fois que l'auteur principal a tenté, mais non consommé le délit. Si l'associé qui avait promis son aide à l'auteur principal s'est arrêté au milieu de l'entreprise et l'a laissé seul, on a tort de dire qu'il y a là une tentative de complicité. Il y a un fait principal d'exécution auquel se rattache le fait de l'associé, non pas à raison d'une complicité physique tentée, mais à raison d'une complicité morale consommée. Mais quand rien n'a été fait par aucun des associés, il y a complicité quant à la convention (délict *sui generis*), mais c'est une pure imagination que de parler de complicité quant au fait, puisque le fait n'existe pas. Autre chose est de dire que l'accord précédent rattache ma personne au fait qui a successivement été exécuté par d'autres, autre chose est de prétendre que l'accord supplée au fait qui n'a jamais eu d'existence, et qu'il en fait l'office.

§ 452.

Le mandat, le conseil, et la société ont pour principal critérium différentiel la diversité de répartition de l'utilité qui dérive du délit. Telle est la délimitation, la seule possible, que fournit la science, pour distinguer ces trois variétés. C'est du reste un critérium essentiel, car il influe sur la répartition des forces criminelles; et c'est précisément pourquoi ces formes demandent qu'on les distingue pour en mesurer suivant une juste proportion l'imputabilité respective.

§ 453.

Si le délit a été accompli dans le seul intérêt de la cause morale, on a un *mandat*; s'il l'a été dans le seul intérêt de la cause physique, on a un *conseil*; s'il l'a été dans

l'intérêt commun ou *respectif* tant de celui qui l'a exécuté que de celui qui n'a participé qu'au dessein criminel, on a la *société*.

1. Cette définition du mandat qu'on prétend, au delà des monts, bannir de la science, est une définition classique. Voyez Carpzovius, *Practica*, pars 1, *quæst.* 3; — Strykius, *dissert. De mandato delinquendi*; — Nani, *Principi di giurisprudenza criminale*, § 136; — Carmignani, *Elementa juris crim.*, § 264, qui la désapprouve, il est vrai, quant aux conséquences pénales (par la spécieuse raison que l'instigation à commettre un délit contraire à la morale suppose un intérêt chez celui qui en est l'auteur), mais cependant ne propose pas un autre critérium, et maintient la distinction entre le *conseil* et le *mandat*. On comprend qu'à des âmes corrompues il ne répugne pas de conseiller le mal sans aucun avantage propre, et que l'intérêt de l'instigateur pervers consiste tout entier dans le plaisir de voir commettre le délit. Mais quand celui qui est l'objet de l'instigation n'a pas un intérêt propre, on ne peut jamais dire qu'il y a un *conseil*, et de même quand le délit doit procurer tout l'avantage à celui qui reçoit l'instigation, on ne peut jamais dire qu'il y a un *mandat*. La circonstance que le délit est ou n'est pas profitable à son auteur conduit à dire qu'il l'a exécuté ou pour son propre compte, ou pour le compte d'autrui, ou pour le compte commun; et ce critérium de la distinction tient à la nature même des choses. De plus, elle a socialement de l'importance; en effet, selon que l'auteur du délit en retire ou non de l'utilité, on voit si l'on doit rapporter pour le tout ou pour partie la cause première du délit à l'instigateur. Voy. les *Istituzioni* de Giuliani, 1, p. 189 (édition de 1856), et p. 203 : *Le conseil, à la différence du mandat, profite à celui qui le reçoit, et non à celui qui le donne*; — Puccioni, *Saggio teorico pratico*, p. 105 : *On commettrait une grave erreur en confondant le conseil avec le mandat. Dans le mandat, celui qui en est chargé entreprend l'exécution du délit pour le compte et dans l'intérêt du mandant; au contraire, dans le conseil, c'est pour le seul avantage de celui qui l'a reçu que le délit s'accomplit.* Dans la rédaction du code toscan on a voulu aussi bannir cette nomenclature, mais on a dû en conserver le fond : on a distingué entre les motifs *propres*, les motifs *communs* et les motifs *exclusifs*. De sorte que tout le progrès a été non pas de corriger la pensée ou le principe, mais de confondre dans le seul mot *instigation* la nomenclature exacte et convenable de la vieille école italienne. On a dédaigné de répéter les mots *conseil* et *mandat*, mais on a dit à la place : la personne qui a reçu l'instigation a des motifs *propres*,... n'a pas de motifs *propres*,... a des motifs *communs*. Celui qui proposerait de ne plus dire *or* ou *argent*, mais *métal jaune*, *métal blanc*, serait dans la même illusion s'il croyait avoir renouvelé la science métallurgique. D'ailleurs la théorie des motifs *propres* remonte aux plus anciens criminalistes : *Man-*

datarius dicens se omnino fuisse facturum homicidium relevat mandantem; Galeota, Consilia; in collectis per Ziletum, 1, cons. 110, n° 41, où il cite Baldus et Marsilius. Les praticiens ont tout vu, il ne leur a manqué que la méthode.

§ 454.

La loi civile poursuit même ceux qui n'ont participé que moralement au délit d'autrui, parce qu'elle trouve même dans ces personnes une cause de l'infraction qu'elle doit réprimer. La puissance d'une cause est d'autant plus grande qu'elle réussit sans le secours d'autres causes à produire le résultat. Or le moteur qui pousse le plus ordinairement l'homme à violer la loi est l'utilité qu'il espère retirer du délit. Donc la répartition de l'imputation entre l'auteur physique du délit et celui qui n'y a participé que moralement doit se graduer selon la répartition de l'utilité.

§ 455.

Dans le mandat, on suppose que le mandataire n'avait aucun intérêt à commettre le délit. C'est donc le mandant qui en a été la cause première : sans le mandat, le mandataire n'aurait certainement pas commis un délit auquel il n'avait aucun intérêt, et par conséquent l'imputation du mandant doit être plus forte que celle dont on frappe l'associé ou l'instigateur.

§ 456.

C'est sur cette idée que les écoles et les codes modernes ont fondé la doctrine de la parfaite égalité dans l'imputation du mandant et du mandataire¹.

1. On fonde la doctrine de l'assimilation sur la décision d'Ulpien (l. 15, Dig. ad leg. Corn. de sic.) : *nil interest occidat quis, an causam mortis præbeat*. Leunclavius (*Ecloga basilicorum, fragm. 355*) rapporte cette maxime : *Mandator cædis pro homicida habetur*; du reste on ne la trouve ni dans le manuscrit florentin des Basiliques, ni dans le *Corpus juris* de Gebauer, p. 1048. Renazzi, suivant en cela le sentiment de Farinaccius (*pars v, quæst. 136, n° 6*), voudrait même qu'on punit

plus sévèrement le mandant que le mandataire; idée qui se rattache à une opinion de Barthele admise par quelques anciens docteurs : Ciazzi, *dissert. 26, n° 316*. L'assimilation a été enseignée par Carpzovius, *Practica, pars 1, quæst. 19, n° 15; quæst. 4, n° 14; et quæst. 35, n° 54*; — Gebauer, *De imputatione facti alieni, sect. 1, § 7, et sect. 2, § 1*; — Conciolo, *verbo Assassinium, resol. 3*; et généralement par les praticiens. Se sont opposés à l'assimilation : Beccaria, par un principe de politique; Carmignani, par un principe de justice; et Crell, *Dissert. de pœna instigationis; in ejus collect., fasc. 11, p. 1939 et 1952*. Elle est soutenue par Haus, *Cours de droit pénal, 1, p. 201*.

§ 457.

Du reste, cette assimilation suppose toujours deux conditions : 1° qu'il y a un degré de dol égal chez le mandant et chez le mandataire : s'il varie, la répartition de l'imputation doit varier avec lui; 2° qu'en réalité ce que la raison de l'intérêt porte à présumer se soit produit, à savoir : qu'il s'agisse d'un mandataire vrai et proprement dit. Si en fait le mandataire lui-même avait son intérêt particulier au délit, le mandant prendrait plutôt le caractère de l'associé qui n'exécute pas, et on l'assimilera à cet associé. De plus, même sans cet intérêt, si l'on vient à apprendre que le premier qui a conçu le délit et cherché le moyen de le commettre, c'est le mandataire lui-même, il faut bien que la présomption cède à la vérité. Le mandant n'est plus la cause morale première du délit, on doit l'imputer moins que le mandataire; en effet, si tous deux ont voulu le délit avec une égale force de volonté, le mandant l'a voulu seulement, le mandataire l'a voulu et l'a exécuté.

§ 458.

Dans la société, l'intérêt est commun. Les deux associés sont donc la cause morale du délit. Mais la cause physique de ce délit, c'est seulement l'associé qui l'a exécuté. Par conséquent, à parité de cause morale, la cause physique l'emporte et fait qu'on doit imputer plus le délit à l'associé qui a exécuté, et moins à l'associé qui n'a pas exécuté.

Que si tous les associés ont concouru à l'exécution ou à la consommation, on n'a plus seulement un concours de volonté, on a en outre un *concours d'action*, et l'imputabilité des délinquants se gradue selon la part qu'ils ont prise à l'action, comme nous le verrons bientôt (§ 471).

§ 459.

Dans le *conseil*, on suppose que celui qui le donne n'a aucun intérêt au délit, que le délit est exclusivement à l'avantage de celui qui a reçu le conseil et qui l'exécute. Toutefois on peut admettre que celui-ci aurait commis le délit même sans le conseil d'autrui. Donc, tandis qu'on maintient, chez celui qui exécute, la plénitude de l'imputation, l'auteur du conseil doit être imputé moins que le mandant ou l'associé, et il peut même n'être pas du tout imputable.

§ 460.

L'imputabilité ou la non-imputabilité du conseil dépend du *degré d'influence*¹ qu'il a exercé sur le délit. De là, la distinction entre le *conseil simple* ou exhortatif, et le *conseil efficace*.

1. M. Tissot veut qu'on distingue entre le *conseil* et l'*ordre*; il voit dans le premier une participation purement *intellectuelle* (participation à l'*idée*), et dans le second une participation *morale* (participation à la *détermination*). Cette distinction peut être exacte idéologiquement; en effet, la détermination (acte de *volonté*) est une chose bien différente de l'*idée* (acte de pure *intelligence*). Mais quand on suppose un conseil *efficace*, on sort du domaine de la pure conception d'une idée, et l'on entre nécessairement dans celui de la détermination, car cette conception exerce précisément sur la volonté une pression qui la détermine. Et quand on suppose le *dol* chez l'auteur du conseil, ce *dol* ne peut consister que dans l'intention de pousser au délit la *détermination* d'autrui. Si cette intention fait défaut, on peut être dans les termes de la simple *imprudence*; il manque au délit le *concours de volonté*. Autrement le chimiste qui publie une découverte qu'il a faite sur la fabrication d'un poison serait responsable de l'empoisonnement qu'une personne, instruite par son livre, aurait ensuite commis.

§ 461.

L'*efficacité* du conseil se déduit de la *certitude* acquise qu'une *influence* a été volontairement exercée, au moyen de conseil, sur l'âme d'une personne portée au mal; influence qui l'a plus facilement ou même exclusivement déterminée à agir. C'est là une question de fait sur laquelle la science ne peut donner qu'une formule générale¹. Toutefois, il est certain que l'efficacité doit être tant *objective* que *subjective*. Il ne suffit pas qu'une parole imprudente ait déterminé autrui à commettre le délit, il faut qu'elle ait été proférée avec cette *intention*; c'est en cela que consiste le *dol* dans le conseil. Il ne suffit pas non plus qu'il y ait dans le conseil une efficacité *subjective*; il faut qu'elle soit aussi *objective*. Un homme poursuivait son ennemi une arme à la main; on lui a crié : *tue-le*, et il l'a tué; mais il est prouvé qu'il *n'a pas entendu cette parole*. C'est en cela que consistait l'*efficacité réelle* du conseil.

1. Je trouve indiquée dans le *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* de Berner, liv. 3, § 107 et suiv., une distinction ingénieuse et qui mérite d'être signalée, entre celui qui pousse l'*auteur principal* au délit et celui qui pousse l'*auxiliator* à l'aider. C'est une distinction à méditer et à utiliser, mais en la coordonnant avec la règle qui n'admet pas la *complicité de complicité*, et en déterminant les exceptions qui peuvent être faites à cette règle.

§ 462.

On doit remarquer que le conseil est toujours imputable, parce qu'il est indubitablement efficace (supposé le *dol* chez celui qui le donne), quand il a été accompagné d'instructions qui ont ensuite *effectivement servi* à l'exécution du délit. Dans ce cas le conseil a exercé une influence non-seulement sur la détermination, mais encore à certains égards sur l'action elle-même.

§ 463.

On doit aussi noter que le conseil mérite le plus haut

degré d'imputation quand on peut affirmer que *sans lui* le délit *n'aurait pas été commis*. En effet, s'il est vrai que l'utilité, qui est toute au profit de l'auteur du conseil, offre en elle-même une cause suffisante de la détermination criminelle, ce n'est là qu'une pure *présomption* d'influence, et elle doit, comme toutes les présomptions, céder à la preuve contraire. Toutefois, le conseil, quel qu'en soit l'effet, devrait toujours, à ce qu'il me semble, s'imputer moins que l'exécution.

§ 464.

Il y a une forme particulière de participation au délit d'autrui sans *concours d'action*, que les auteurs appellent tantôt *complicité négative* (Tissot, *Droit pénal*, I, p. 419); tantôt *connivence* (Puttmann, *opusc.* 3; Ras, *De vinculo cognationis*); tantôt *réticence* (Randwijck, *De reticentia*). Elle consiste à garder le silence sur un délit qu'on sait devoir être commis par un autre, à ne pas le dénoncer à l'autorité, et à le laisser ainsi se consommer. L'imputation de ce silence comme délit se fonde, selon quelques-uns, sur l'utilité sociale, et dans les délits d'État certains législateurs l'ont poussée aux plus étranges conséquences¹. D'autres personnes la justifient au moyen du principe de la solidarité défensive des citoyens². Quoi qu'il en soit de l'imputabilité de ce *silence* (quant aux délits à commettre, ou quant aux délits déjà commis) considéré comme fait *sui generis* et compté comme délit ayant une existence propre, il est certain qu'on n'y peut jamais trouver les caractères de la *complicité*. Comme il n'y a pas *concours d'action*, la participation fondée sur le pur concours *moral* veut un acte positif et efficace de la volonté adhérant au délit. Or, cette adhésion, dans le cas proposé, n'a pas d'autre fondement qu'une *présomption* : la présomption que celui qui a connu le dessein criminel d'un autre, en négligeant de le déclarer,

voulait que le délit se consommât. Ainsi, cette prétendue *complicité* assimile un état négatif de la volonté à un état positif; où, se fondant sur la *présomption* d'un désir, elle convertit ce *désir* présumé en une volonté arrêtée; et de supposition en supposition on en vient à attribuer à une volonté coupable ce qui peut être l'effet de la pudeur, de la crainte d'un danger personnel, ou de la commisération.

1. Teschmaker, *De jure silentii*; — Gebauer, *De imputatione facti alieni*: cet auteur dit qu'on est coupable de vol si, témoin d'un vol, on ne prie pas au voleur; — Strykius, *De imputatione facti alieni*, cap. 1, n° 70, et cap. 5, n° 86, 90; et *Disp. de credentis revelatione*, cap. 5; — Gundlingius, *De silentio in crimine majestatis*; — Puttmann, *Adversarior.*, II, cap. 31, p. 204; — Van Beuker, *De crimine majestatis* (in Oelrichs *The-saur. nov. dissert. select.*, vol. 2, tom. 1, p. 75); — Crell, *De pœna silentii*, dissert. 53, p. 1103. Cette doctrine est venue en droite ligne du droit pénal de l'empire romain, et l'énergie avec laquelle Beccaria, Montesquieu et Filangieri l'ont combattue n'a pas empêché quelques codes modernes d'édicter des peines très-sévères contre le défaut de révélation: code français, article 104; code autrichien, articles 54, 55; code napolitain, article 144; code du Tessin, article 103. Tel encore aujourd'hui veut s'en faire le défenseur! On a dit récemment: l'impopularité des peines dont on menace celui qui ne veut pas faire l'espion tient uniquement à ce qu'on a restreint cette disposition aux délits politiques; généralisez-la, et elle deviendra populaire. Pour moi, je ne crois guère à cette prédiction.

2. Code portugais, article 8; et Rapport de la commission, chap. 7, où l'on applique au défaut de révélation l'imputation de l'adhérence. L'idée de la *solidarité défensive* des membres de la société, en vertu de laquelle on fait un devoir civique de la prévention des crimes et un délit de la violation de ce devoir, n'est pas une conception des modernes (Zézas, *Législation russe*, p. 40. Les modernes l'ont remise en vogue. Elle a été soutenue par Hencke, Oersted, Kœnigswarter, Voy. Haubold, *Exercitatio*, II, p. 548 et suiv., et Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, II, p. 670; et autres. Winckler (*De criminis omissionibus*, § 6) rappelle un grand nombre de statuts qui ont puni comme un délit spécial le fait de *n'avoir pas empêché* ou de *n'avoir pas révélé* le délit projeté ou déjà commis. Pour les détails: Jonge, *De delictis* (*Traject.*, 1845), II, p. 413. Quoi qu'il en soit de cette grave discussion, dont la place n'est pas ici, il suffira pour le moment d'affirmer que le fait de *n'avoir pas révélé* ou de *n'avoir pas empêché* ne peuvent jamais constituer une *complicité* véritable, parce qu'il n'y a ni concours d'action, ni concours de volonté.