

mandante et le gérant, selon laquelle ce dernier se conformerait, sous sa propre responsabilité, à tous les règlements et lois en vigueur<sup>1</sup>.

Cette notion d'une responsabilité pénale collective s'étendra-t-elle des infractions purement matérielles, dont on vient de voir un exemple, aux délits intentionnels ? On est porté à le croire, en lisant un arrêt récent, rendu, il est vrai, par la Chambre sociale, mais qui se place nettement sur le terrain criminel : « Une société, dit la Cour, a agi dans une intention dolosive et vexatoire, en congédiant un de ses agents, alors qu'il a été souverainement établi par les juges du fond que les faits reprochés n'ont été imputés à faute qu'après le décès d'un assuré, à l'occasion duquel, au cours du procès soutenu, mais perdu, par la compagnie, l'agent s'était honnêtement entremis pour assurer à l'affaire une juste solution »<sup>2</sup>.

Cette évolution est aujourd'hui favorisée par le mouvement législatif.

**264 bis. Le mouvement législatif.** — Avant la guerre, c'est à l'égard des infractions fiscales que s'est introduite, en législation, la responsabilité pénale des personnes morales. Ainsi, la loi du 12 novembre 1938, article 8, dispose que « au cas où les revenus non déclarés appartiennent à une société ou à une autre personne morale du droit privé, les amendes pénales encourues seront prononcées, à la fois, contre les administrateurs ou représentants légaux ou statutaires et contre la personne morale, sans préjudice, en ce qui concerne cette dernière, des pénalités fiscales applicables ». Le décret-loi du 9 septembre 1939, relatif aux avoirs à l'étranger, prévoit, au cas de dissimulation, l'emprisonnement et l'amende : « Si les avoirs dissimulés appartiennent à une personne morale, celle-ci et ses représentants légaux et statutaires, y compris, le cas échéant, les membres du Conseil d'administration, sont tenus personnellement et solidairement responsables des condamnations pécuniaires prononcées ».

Depuis la guerre, l'exercice de la répression collective se lie aux méthodes de l'économie dirigée ; une réaction énergique s'impose contre les formes diverses du « marché noir » ; pratiques d'autant plus redoutables qu'elles sont organisées et concertées. La loi du 21 octobre 1940 *réprimant la hausse illicite des prix*, dans son article 67, applique les peines édictées par elle à tous ceux qui, chargés de la direction d'une entreprise, ont contrevenu à ses dispositions ; elle ajoute que « les sociétés ou associations répondent solidairement du montant de l'amende et des frais ». Les lois des 11 octobre 1941, 31 décembre 1942, 8 juin 1943 *relatives à la constatation, la poursuite et la répression des infractions aux règles du ravitaillement*<sup>3</sup>, la loi du 29 juillet 1943 (art. 13 et 14) *relative au contrôle et à la répression des infractions en matière de répartition des produits industriels* visent expressément des groupements organisés et édictent des pénalités allant de l'amende à la suppression, en passant par la confiscation, l'affichage de la décision et diverses sanctions administratives. Ces lois, dues au gouvernement de Vichy, sont, aujourd'hui, dans la plupart de leurs dispositions, abrogées<sup>4</sup>. L'ordonnance du 30 juin 1945 *relative à la constatation, la*

1. Crim. 15 juillet 1943. B. crim. n° 68.

2. Cass. soc. 3 décembre 1943, *Semaine juridique* des 23-30 janvier 1944, V° Travail. Voir, sur cette évolution la thèse de M. Alif GABARA, *La responsabilité pénale des personnes morales en droit positif français*, Paris 1945. Cf. R. Valeur, *La responsabilité pénale des personnes morales dans les droits français et anglo-américain*, Paris 1931.

3. LALÈRE, *Les infractions au rationnement, Etudes de science criminelle*, 1944 p. 89.

4. Les lois des 11 octobre 1941 et 31 décembre 1942 sont annulées (tableau II) par l'ordonnance du 30 juin 1945. La loi relative à la constatation des infractions à la légis-

*poursuite et la répression des infractions à la législation économique* leur succède. L'article 29 de cette ordonnance prévoit, contre les personnes morales privées, la fermeture d'établissement et l'interdiction d'exercer la profession ; aux termes de l'article 56, alinéa 3, *l'entreprise, l'établissement, l'association ou la collectivité répond solidairement du montant des confiscations, amendes et frais que les délinquants ont encourus.*

Enfin, c'est l'ordre public compromis par les menées subversives de certains groupements que veulent souvegarder d'autres lois, successivement édictées par l'autorité de Vichy et par le gouvernement provisoire de la République française. L'orientation politique a varié, mais la technique est la même.

La franc maçonnerie est visée par la loi du 11 juillet 1941, qui, ordonnant *la dissolution des groupements et associations dont les agissements se sont révélés contraires à l'intérêt général du pays*, prononce également contre eux des sanctions pécuniaires et humiliantes.

L'ordonnance du 5 mai 1945, complétée par celle du 2 novembre 1945, réprime *les agissements des entreprises de presse, d'édition, d'information et de publicité coupables de collaboration avec l'ennemi.* Malgré sa portée limitée, elle mérite de retenir l'attention, parce qu'elle contient, pour la première fois, une organisation spécifique et détaillée de la responsabilité pénale des personnes morales<sup>1</sup>.

Les faits prévus sont toutes infractions aux lois pénales en vigueur, lorsqu'elles révèlent *l'intention de favoriser les entreprises de toute nature de l'ennemi*, notamment : les faits d'intelligence ou de commerce avec l'ennemi, la livraison des secrets de la défense nationale au sens de l'article 78 du Code pénal ; la participation à une entreprise de démoralisation de l'armée ou de la nation (art. 1), la participation, en qualité de complice, aux faits de collaboration prévus par l'ordonnance du 28 novembre 1944 (art. 2).

L'appréciation de la culpabilité (faits justificatifs, causes de non-imputabilité, circonstances atténuantes) (art. 3) est soumise aux règles qui, à l'égard d'infractions semblables, régissent les personnes physiques, en vertu des ordonnances du 28 novembre 1944, *relative aux faits de collaboration*, du 26 décembre 1944 concernant *l'indignité nationale*, et des ordonnances réprimant les rapports économiques avec l'ennemi (ci-dessous n° 409). Les peines prévues sont la dissolution, la confiscation totale ou partielle du patrimoine, la confiscation spéciale qui, lorsqu'elle porte sur l'instrument du délit, peut atteindre des tiers, la publicité obligatoirement donnée à l'arrêt prononçant la dissolution (art. 9).

La compétence est attribuée aux Cours de justice, composées suivant les articles 6 à 14 de l'ordonnance du 28 novembre 1944 (art. 4). La Cour de justice compétente est celle du lieu du siège social de la personne morale, ou du lieu où l'infraction a été commise. La poursuite est subordonnée à la demande ou à l'avis préalable du ministre de l'information, à moins qu'elle soit provoquée par la personne morale elle-même qui offre, par l'intermédiaire de son représentant ou mandataire légal, de prouver qu'elle n'a commis aucune des infractions prévues à l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance (art. 5).

La personne morale est représentée, à l'instance, par son mandataire légal, ou, à défaut, par une personne choisie par le président du tribunal civil du siège de la Cour de justice compétente parmi celles qui exercent,

*l'activité économique* du 21 octobre 1940 est annulée, dans certaines de ses dispositions, par l'ordonnance du 30 juin 1945 *relative aux prix* (art. 71).

1. MAGNOL. Une expérience de mise en ordre de la responsabilité pénale des personnes morales. *Rev. intern. de droit pénal*, 1946, pp. 58 et suiv.

dans l'entreprise, des fonctions d'administration ou de contrôle (art. 6). Le commissaire du gouvernement peut requérir l'ouverture d'une instruction ou procéder par voie de citation directe (art. 7).

La procédure est, sous certaines modalités, celle qui est suivie devant les Cours de justice (art. 14 à 17). Les mêmes règles sont applicables au pourvoi en cassation et au recours en grâce (art. 16), *infra*, n° 1173.

Au cas de confiscation totale ou partielle du patrimoine, ont seuls droit à indemnité, parmi les membres de l'entreprise, ceux qui, n'ayant exercé depuis l'infraction, aucune fonction de direction, ou d'administration, se sont opposés à l'activité délictueuse. La compétence, pour le règlement de ces intérêts civils, appartient au tribunal civil du lieu du siège de l'entreprise, ou du lieu où l'infraction a été commise (art. 10). *Toute personne lésée par une confiscation générale, partielle ou spéciale, aura un recours contre ceux dont les agissements auront entraîné cette confiscation* (art. 11).

**265. Le mouvement d'idées à l'étranger.** — A l'étranger, la thèse de la responsabilité pénale des personnes morales bénéficie d'une faveur grandissante. Certains Codes récents l'ont mise en œuvre. Notamment, le Code pénal cubain, d'inspiration positiviste, contient un intéressant essai d'adaptation aux personnes morales des sanctions et des causes modificatives de la peine prévues pour les personnes physiques<sup>1</sup>. Cette évolution est favorisée par le développement moderne des *mesures de sûreté* dont l'application aux groupements se conçoit mieux, en général, que celle des peines proprement dites<sup>2</sup>.

Mais c'est surtout dans l'ordre international qu'un intérêt actuel s'attache à ce mouvement d'idées. Les actes internationaux de l'époque récente, qui ont flétri la guerre d'agression ou l'ont condamnée comme un crime — le Protocole de Genève, le Pacte Briand-Kellogg, certaines résolutions émises par l'Assemblée de la Société des Nations — portent en germe la responsabilité pénale de ces grandes personnes morales que sont les Etats. Pour la sanctionner, le Congrès international de droit pénal tenu à Bruxelles, en 1926, a préconisé l'institution d'une juridiction criminelle internationale. Le Congrès suivant, celui de Bucarest (1929), a émis le vœu que soient instituées contre les personnes morales, publiques ou privées « des mesures efficaces de défense sociale »<sup>3</sup>.

L'accord conclu à Londres, en juin 1945, pour la création du tribunal militaire international des grands criminels de guerre (*infra*, n° 1872) fait une part modeste à cette tendance. Si les sanctions qu'il autorise sont limitées à des personnes physiques, qui sont les accusés ou les membres d'organisations national-socialistes, telles que la Gestapo, les S.A., les S.S. etc. la déclaration de criminalité qu'il invite le tribunal à prononcer contre ces groupements eux-mêmes implique la reconnaissance et l'efficacité, sur le terrain répressif, de leur personnalité morale.

**266. Objet et division du chapitre.** — Dans ce chapitre, on examinera trois problèmes essentiels.

Une section première sera consacrée à l'examen de l'influence des circonstances physiques sur la responsabilité pénale. Il sera question, en particulier, de l'influence exercée par le sexe ou l'âge, de la responsabilité des mineurs.

1. C'est ainsi que la peine de mort est figurée par la dissolution du groupement (art. 66). L'amende doit être prononcée dans chaque cas « dans les limites du Code, compte tenu du capital social et de l'état des affaires ». Parmi les circonstances aggravantes (art. 44) figure le fait, par une société, de s'être livrée, hors de sa fonction normale, à des affaires répérhensibles.

2. Ainsi le projet de Code pénal français prévoit (art. 71) parmi les « mesures de sûreté d'ordre patrimonial » la fermeture d'établissement, et la dissolution ou suspension d'une personne juridique.

3. *Actes du Congrès de Bucarest* (1929), p. 607 et suiv. Voir aussi les rapports soumis à ce Congrès, *Rev. int. de droit pénal*, 1929, p. 219 et suiv.

La section II concernera l'effet des circonstances d'ordre moral et pathologique qui altèrent les facultés intellectuelles. D'après notre législation, deux sortes de circonstances abolissent la responsabilité pénale : ce sont les *causes de justification*, d'une part, et, d'autre part, les *causes de non-imputabilité*. Les premières se distinguent des secondes en ce qu'elles résultent de faits extérieurs ; les causes de non-imputabilité sont personnelles à l'agent. Mais qu'il y ait cause de justification ou cause de non-imputabilité, la responsabilité pénale s'évanouit.

Enfin, le législateur a considéré que la *participation criminelle* doit influencer également sur la responsabilité. L'existence d'une entente confère à l'acte commis un caractère plus dangereux. Les participants seront frappés d'une responsabilité plus lourde, en ce que chacun d'eux devra parfois subir les conséquences d'actes qu'il n'aura pas commis lui-même. Cette dernière matière fera l'objet d'une troisième section.

#### 267. La tendance moderne à l'individualisation de la peine. —

Aujourd'hui, on tend à faire de la personne criminelle le centre des études pénales. Le grand reproche que l'Ecole positiviste adresse à l'Ecole néo-classique, et à notre pratique judiciaire, c'est de se préoccuper trop exclusivement de l'acte délictueux, en reléguant au second plan la personne du délinquant, alors que l'acte délictueux n'est intéressant qu'autant qu'il est révélateur d'une personnalité dangereuse. Il faut, au contraire, dit-on, s'efforcer de pénétrer, d'après l'acte, la personnalité criminelle, pour déterminer le traitement qui sera de nature à favoriser sa régénération.

C'est, ajoute-t-on aujourd'hui, le contraire qui a lieu : les juges correctionnels ne se préoccupent que de l'acte : « Le délinquant est une entité sur laquelle va se fixer, par une sorte d'automatisme judiciaire, le numéro de l'article du Code pénal que le délinquant a transgressé par son acte, en attendant qu'à ce numéro en soit substitué un autre : celui de la cellule où il sera interné ».

C'est pour réagir contre cette méthode abstraite, contre cet excès du point de vue objectif, que les écoles nouvelles préconisent les méthodes d'individualisation de la peine. Saleilles s'est fait l'apôtre de ces idées, dans un ouvrage intitulé : *De l'individualisation de la Peine*.

268. Des divers modes d'individualisation. — Cette individualisation sera obtenue par le concours du législateur, de la jurisprudence et de l'administration pénitentiaire.

*L'individualisation législative* résulte, aujourd'hui, chez nous, de la loi du 27 mai 1885, qui inflige aux récidivistes, aux délinquants d'habitude ou professionnels un traitement particulièrement sévère, de la loi du 26 mars 1891 sur le sursis, qui crée, pour les délinquants primaires, un régime de faveur, de la loi du 22 juillet 1912, abrogée, et remplacée par l'ordonnance du 2 février 1945, qui institue un régime spécial pour les enfants et adolescents.

*L'individualisation judiciaire* résulte des pouvoirs étendus que confère aux tribunaux le système des circonstances atténuantes. Grâce à elles, le juge peut faire varier dans une très large mesure la rigueur de la peine, en tenant compte de la personnalité qui compare devant lui.

Enfin, l'administration pénitentiaire et, plus encore, le pouvoir exécutif

peuvent faire varier la durée de la peine, eu égard à la conduite du détenu. C'est le but de la *libération conditionnelle*, qui existe dans notre droit depuis 1885. Il serait possible d'élargir ce pouvoir. Certains auteurs préconisent l'introduction du système des *sentences indéterminées*, qui soumet dans une plus large mesure la durée de la peine à l'appréciation de l'administration pénitentiaire. Telles sont les applications, présentes ou futures, de l'*individualisation administrative*.

Ces idées relatives à l'individualisation du régime pénal ont reçu une large application dans le traitement des mineurs.

## SECTION I

## LA FAIBLESSE DU SEXE ET DE L'ÂGE

**269. Division.** — L'influence des facteurs physiques sur la responsabilité pénale concerne les femmes, les vieillards et les enfants.

**270. Influence du sexe féminin sur la responsabilité pénale.** — On n'a jamais soutenu, à l'époque moderne, que le sexe dût être une cause d'irresponsabilité pénale complète, mais on a prétendu quelquefois, étant donné la nature de la femme, plus faible, moins résistante aux tentations, qu'elle devait bénéficier d'une certaine réduction de la peine.

**271. Importance et manifestations de la criminalité féminine.** — Les allégations relatives à l'infériorité de la femme sont réfutées par les statistiques ; la criminalité féminine n'occupe, dans l'ensemble de la criminalité, qu'une place restreinte. Il a fallu les circonstances exceptionnelles de la guerre pour que, de façon temporaire, il en soit autrement. La proportion des femmes dans le nombre total des condamnés était, en 1913, de 14 %. Elle s'est très fortement accrue pendant la guerre ; en 1919, elle est de 29 %. La faible proportion de la délictuosité féminine en temps normal s'explique parce que, la femme étant moins mêlée aux agitations de la vie publique, industrielle et commerciale, les occasions de délinquer sont pour elle moins fréquentes. L'aggravation, pendant la période de guerre, ne tient pas seulement au fait que, la plupart des hommes étant mobilisés, la criminalité masculine s'est restreinte, ni à la désorganisation familiale dont les femmes sont les principales victimes, mais encore à la circonstance que le nouveau genre de vie qui leur été imposé multipliait, pour elles, les tentations. Aussi voit-on que le rétablissement de l'existence normale ramène progressivement l'état de choses antérieur. La proportion des femmes condamnées se réduit en 1921 à 23 %, en 1922 à 21 %, en 1923 à 18 %, en 1928 à 17 %, en 1929 et en 1930 à 15 %, en 1931 et 1933 à 14 %, c'est-à-dire le chiffre d'avant-guerre. Elle s'abaisse encore, en 1934, à 12,7 %<sup>1</sup>.

On a souligné le caractère fréquemment « astucieux » de la délinquance féminine. Observant que des infractions telles que le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance, se développent dans les civilisations avancées, on a dit que la criminalité, à mesure qu'elle se civilise, se féminise. Enfin, il y a des délits, qui, à raison de leur objet ou de leur mobile, sont commis, la plupart du temps, par des femmes. Il en est ainsi de l'avortement, de l'infanticide et du vol dans les grands magasins.

1. Toutefois, dans les années d'insécurité qui ont précédé la deuxième guerre mondiale, la criminalité féminine marque une certaine progression. La proportion des femmes condamnées est représentée en 1936 et 1937 par le chiffre 17 %, qu'elle dépasse en 1938, et surtout en 1940.

**272. Particularités du régime pénal appliqué aux femmes. —**

Le régime répressif des femmes présente, dans notre droit positif, certaines particularités.

Il existe des colonies pénitentiaires qui sont réservées aux jeunes filles et qu'on appelle plus volontiers des *maisons pénitentiaires*. Dans les prisons départementales, où se subissent les courtes peines d'emprisonnement, une séparation est établie entre les femmes et les hommes. Pour l'emprisonnement de plus d'un an, ainsi que pour la réclusion, il y a deux maisons centrales de femmes : celles de Rennes (Ille-et-Vilaine) et de Haguenau (Bas-Rhin). La maison centrale de Montpellier a été supprimée récemment. A l'égard des femmes qui sont mères, quelle que soit la durée de la peine, leurs enfants doivent leur être confiés jusqu'à l'âge de quatre ans.

Le projet de Code pénal français dispose (art. 51 : *S'il est vérifié qu'une femme condamnée à une peine privative de liberté est enceinte, elle ne subira sa peine que six semaines après sa délivrance ; si elle est déjà incarcérée, elle bénéficiera, pendant le temps nécessaire, du régime de la détention préventive*<sup>1</sup>).

La transportation, mode d'exécution de la peine des travaux forcés à temps, ou à perpétuité, est obligatoire pour les hommes, et facultative pour les femmes. Quand la femme n'est pas transportée, sa peine se subit dans une maison centrale.

La relégation, peine coloniale perpétuelle établie par la loi du 27 mai 1885, a été supprimée pour les femmes à la suite d'un vœu émis par le 6<sup>e</sup> Congrès de patronage des libérés, en 1905. Elle est remplacée, depuis la loi du 19 juillet 1907, par l'interdiction de séjour pendant 20 ans.

Enfin, aux termes de l'article 27 du Code pénal, quand une femme enceinte est condamnée à mort, l'exécution doit être retardée jusqu'à l'accouchement. Disposition sans intérêt pratique, puisque, en vertu d'une coutume déjà ancienne, la peine de mort n'est pas infligée aux femmes.

**273. Collaboration des femmes à l'administration de la justice pénale. —** Les particularités précédentes ne reposent pas sur la présomption d'une moindre responsabilité, qu'aucune infériorité intellectuelle ou morale de la femme ne vient justifier. Loin de contester que la femme soit, devant la justice pénale, l'égale de l'homme, un mouvement de plus en plus net tend à l'associer à l'administration de cette justice. En Allemagne, en Angleterre, aux Pays-Bas, etc..., des femmes font partie de la police judiciaire, où leur concours est particulièrement utile pour la protection des jeunes filles et pour les enquêtes relatives aux enfants. A Paris, à Lyon, des groupes « d'assistantes de police » qui servent d'agents de liaison entre les assistantes sociales et la police, ont été institués. Mais c'est au Gouvernement provisoire de la République qu'il appartenait d'assurer au féminisme, dans l'ordre judiciaire et répressif, ses gains les plus substantiels : admission des femmes aux fonctions de juré (art. 381 nouveau du Code d'instruction criminelle, ordonnance du 17 novembre 1944, *infra*, n° 1232) ; — d'assesseur près les tribunaux pour enfants (ordonnance du 2 février 1945, art. 12, *infra*, n° 315) — d'assesseur près les chambres correctionnelles économiques (ordonnance du 30 juin 1945, art. 36, *infra*, n° 1175 bis). L'admission des femmes dans la magistrature est enfin consacrée par la loi du 11 avril 1946.

1. Le Code pénal vénézuélien (art. 47) prévoit, pour les femmes enceintes, l'ajournement de l'exécution des peines privatives de la liberté, jusqu'à l'expiration d'une période de six mois à partir de l'accouchement (quand l'enfant est vivant).

**274. Influence de la vieillesse sur la responsabilité pénale.** — La délinquance des vieillards, comme celle des femmes, ne représente qu'une part assez faible de la criminalité générale. Les attentats violents contre les personnes sont le fait de la jeunesse et de l'âge mûr. Les délits sont moins nombreux dans la seconde partie de la vie. Ceux qui se commettent alors sont, le plus souvent, des délits de cupidité, vol, escroquerie, abus de confiance, ou des attentats aux mœurs<sup>1</sup>.

La vieillesse n'est, pas plus que le sexe, une cause d'irresponsabilité pénale, ni même de diminution de responsabilité, hors le cas de démence sénile.

Si le législateur a modifié, pour les vieillards, le mode d'exécution de certaines peines, c'est que la privation de liberté, subie dans certaines conditions, serait pour eux un arrêt de mort. En vertu de l'article 5 de la loi du 30 mai 1854, quand la peine des travaux forcés est prononcée contre un homme âgé de soixante ans au moment du jugement, elle doit être subie en France, dans une maison centrale<sup>2</sup>.

Quant à la rélegation, peine complémentaire, elle ne peut être prononcée quand le condamné doit avoir atteint l'âge de soixante ans à l'expiration de la peine principale, dont l'exécution précéderait l'envoi aux colonies. Elle est remplacée par l'interdiction de séjour (art. 6 et 8 de la loi du 27 mai 1885).

### § 1. — Le problème de l'enfance coupable

#### Les méthodes préventives

**275. Le problème social de la criminalité juvénile.** — Le problème de la criminalité juvénile se présente sous un aspect particulier. La société supporte une part de responsabilité beaucoup plus lourde dans la criminalité de l'enfant et de l'adolescent que dans celle de l'adulte.

Trois questions se posent. Il faut envisager le rôle particulièrement important des mesures préventives. Il faut considérer le développement législatif des mesures répressives appliquées aux enfants. Il faut examiner comment est résolu, dans notre droit positif actuel, le problème de l'enfance coupable.

**276. Le progrès de la criminalité juvénile au cours du XIX<sup>e</sup> siècle.** — Le développement de la criminalité juvénile est un des faits les plus préoccupants de notre époque. Avant la guerre, on avait constaté la part importante prise par des jeunes gens de seize à vingt et un ans, et surtout de dix-huit à vingt et un ans, à la criminalité générale. La statistique de 1910 révélait que, sur dix mille mineurs, hommes de 18 à 21 ans, il y avait eu 301 prévenus, c'est-à-dire poursuivis devant le Tribunal correctionnel. Or, parmi les majeurs, la proportion des prévenus était trois fois moindre. De 1906 à 1910, 24 condamnations capitales furent prononcées contre

1. H. JOLY, *La France criminelle*, chap. IV, § 2, pp. 181 et suiv. ; JACOB, *La Criminalité des Vieillards*, thèse médecine, Lyon, 1924.

2. Le Code pénal vénézuélien (art. 75) prescrit, pour les condamnés qui, au moment de l'acte, avaient atteint l'âge de 60 ans, la substitution au *presidio* et à la prison de la peine plus douce des arrêts.

des accusés de 16 à 20 ans. De 1826 à 1880, tandis que le nombre des délits de droit commun a triplé en moyenne, celui des délits commis par des mineurs a plus que quadruplé. De 1880 à 1910, l'aggravation se poursuit. On note une période d'arrêt, de 1900 à 1905, dans le développement de la criminalité juvénile, mais cela s'explique par l'usage qui s'est établi à cette époque, favorisé d'ailleurs par une loi de 1898, de multiplier les classements sans suite à l'égard des affaires concernant les mineurs, toutes les fois qu'elles ne se rapportaient pas à des délits particulièrement graves.

On pourrait faire des constatations analogues dans la plupart des pays d'Europe : en Allemagne, en Italie, en Autriche et en Angleterre, où, dans les années qui ont précédé la guerre, on a constaté une diminution de la criminalité générale, mais une augmentation de la criminalité juvénile<sup>1</sup>.

**277. Influence des circonstances de la guerre.** — Il était inévitable que les circonstances de la guerre eussent pour conséquence l'augmentation de la criminalité des enfants, en déterminant l'abandon du foyer par le père et le relâchement du lien familial. On a constaté en effet, une nouvelle aggravation de la criminalité juvénile à cette époque. Par contre, quelques années après la guerre, entre 1921 et 1924, une amélioration se dessine. Cette réduction correspond à l'abaissement de la criminalité générale, déterminé par la rémunération meilleure du travail manuel, avantageant certaines classes où se recrutaient de préférence les vagabonds et les malfaiteurs. Mais elle a des causes qui lui sont propres. En effet, la proportion, dans le nombre total des condamnés, des mineurs de 21 ans, est allée se réduisant. Elle était en 1913 de 17 %, en 1919 de 18 %, en 1923 de 13 %, en 1928 de 12 %, en 1931 de 10 %, en 1934, de 8 %. Le Rapport du Gardé des Sceaux du 30 juin 1938 sur la période 1931-1935 constate, relativement à la période précédente, une régression sensible de la moyenne annuelle des infractions. Cette amélioration est due, en grande partie, à la législation nouvelle sur les tribunaux pour enfants et la liberté surveillée.

**278. Influence de la crise économique.** — Il était à craindre, malheureusement, que les difficultés économiques et sociales de l'époque, notamment l'aggravation du chômage, eussent, à leur tour, leur répercussion. Ce danger ne semble pas évité. Tandis que se multiplient, au point d'impressionner l'opinion publique, les sévices infligés à des enfants, la délinquance juvénile paraît, à nouveau, s'accroître. Devant le Tribunal pour enfants et adolescents de la Seine, le nombre des prévenus s'élève, de 1.281 en 1932 à 1.598 en 1934, 1.560 en 1935<sup>2</sup>.

**279. Importance relative du facteur héréditaire et du facteur social.** — Dans la lutte contre la criminalité juvénile, les moyens préventifs ont une importance particulière. L'adulte, déjà formé, ne subit que dans une mesure restreinte l'influence du milieu social ; l'enfant, dont la nature est plus malléable, est entièrement à sa discrétion.

Sans doute, le facteur héréditaire exerce une influence sur sa mentalité et sur sa conduite. Les psychiatres qui, ces dernières années, se sont penchés avec une sollicitude particulière sur les enfants délinquants estiment

1. M. YVERNÉS, *La Criminalité générale de la Criminalité des Mineurs en Europe* (Revue pénitentiaire, 1914, pp. 180, 446 et 946).

2. Les données des comptes généraux d'administration de la justice criminelle confirment cette impression. La proportion des mineurs de 21 ans condamnés en 1936 et 1937 (11 %) est supérieure à celle de 1935 (8 %). Le nombre des mineurs jugés par les tribunaux pour enfants s'élève de 13.310 en 1938 à 32.290 en 1943 ; celui des mineurs jugés par le tribunal de la Seine, de 1.489 en 1938 à 4.566 en 1943. En cinq ans, il a, en moyenne, triplé. — En Angleterre, d'après les dernières statistiques, la proportion des jeunes délinquants, parmi les mineurs de 19 à 16 ans, n'aurait pas cessé de s'accroître, dans la période de 1911 à 1933. Le nombre total des jeunes délinquants s'élève ensuite de 55.270 en 1938 à 66.636 en 1941.

que 75% environ, souffrent d'une tare congénitale : débilité, rachitisme, tuberculose... Mais si cette influence est certaine, elle n'est pas fatale. Elle se manifeste rarement dès les premières années ; avant qu'elle ait déployé ses effets, il est possible de la combattre par l'assainissement du milieu familial et social<sup>1</sup>. Or, c'est un effet contraire qu'ont déchainé les circonstances nées de la deuxième guerre mondiale : carence de l'autorité paternelle ; non fréquentation scolaire favorisée par les bombardements ; prostitution occasionnée par la présence d'armées étrangères ; déséquilibre vital venu de la sous-alimentation ; désordre engendré dans l'esprit des jeunes par le spectacle quotidien des gains faciles et du marché noir<sup>2</sup>. Ainsi le problème qui nous occupe voit renaitre sa douloureuse actualité.

**200. Les moyens préventifs.** — Parmi les moyens préventifs contre la criminalité juvénile, il faut signaler la lutte contre le taudis. Dans les habitations où il n'y a pas d'air, où règne souvent une promiscuité malsaine, l'enfant s'étiole physiquement et se corrompt moralement. Cette lutte est entreprise par des initiatives privées, ainsi que par la législation sur les habitations à bon marché.

C'est, en second lieu, une bonne organisation du travail industriel, qui doit respecter, pour la femme, la période qui suit et celle qui précède l'accouchement. Elle doit surtout sauvegarder l'unité de la famille. A cet égard, on comment parfois des erreurs singulières. C'est ainsi qu'une loi du 2 novembre 1892 qui avait pour objet la réduction de la journée de travail, avait entraîné, en raison de la pratique des équipes alternantes, la séparation de la mère et de l'enfant. Il est vrai que des lois ultérieures ont remédié, en grande partie, à cette situation.

C'est, en troisième lieu, l'obligation scolaire, qui, si elle était sérieusement sanctionnée, constituerait le meilleur moyen de prévenir le vagabondage dans la rue. Malheureusement, la loi du 26 mars 1882, ainsi que celle du 30 octobre 1886, prévoient des sanctions insuffisantes et d'ailleurs inappliquées. La loi du 11 août 1936 s'est attachée à resserrer le contrôle ; elle aggrave les sanctions. Mais ses auteurs n'ont pas évité l'erreur qui a paralysé les précédentes. Tant que l'initiative de la poursuite pénale sera réservée à des autorités locales — l'inspecteur primaire, le maire, le commissaire de police — qui dépendent, plus ou moins, d'influences électorales, l'obligation scolaire s'en ressentira<sup>3</sup>. La rue doit être assainie pour les enfants par l'interdiction et la répression des affiches et des publica-

1. M. JOLLY, *Rapport sur les Causes de la Criminalité de l'Enfance*, à la Société générale des prisons (*Revue pénitentiaire*, 1904, pp. 692 à 698, 738 à 777, 845 à 878) ; H. URTIN, *Les Problèmes de l'Enfance coupable* (*Revue internat. de Droit pénal*, 1936, n° 1). Voir aussi le rapport de M<sup>lle</sup> BADONNEL, au XXI<sup>e</sup> Congrès international de médecine légale sur *La Prophylaxie criminelle juvénile* (*Annales de Médecine légale* de 1937, pp. 268 et suiv.).

2. H. et F. JOUBREL, *L'enfance dite « coupable »*. Paris, Bloud et Gay, 1946.

3. Un effort nouveau vient d'être fait. La loi du 22 mai 1946, modifiant celle du 11 août 1936 « en même temps qu'elle précise les obligations des familles, du personnel enseignant, des représentants de l'autorité publique... prévoit une échelle de sanctions automatiquement applicables aux délinquants et à leurs complices : avertissement, amende, retrait des allocations familiales, emprisonnement et déchéance temporaire de la puissance paternelle » (Résumé des motifs). La liste des enfants soumis à l'obligation scolaire est dressée par le maire, mais sous le contrôle de l'inspecteur d'académie.

tions pornographiques. Il faut mieux surveiller les représentations cinématographiques dont la puissance suggestive est incontestable et s'exerce souvent dans un sens funeste. La publicité que les journaux dits « d'information » font chaque jour aux exploits des criminels est un facteur agissant de perversion de l'enfance.

La lutte contre l'alcoolisme sous toutes ses formes serait aussi un moyen efficace de prévenir la criminalité juvénile.

Etant donné que le milieu le plus favorable à l'éducation de l'enfant est la famille, il faut que le pouvoir social exerce sur elle un contrôle attentif. En Suisse et en Allemagne, c'est une autorité publique à qui incombe cette surveillance du milieu familial. Elle comporte le pouvoir d'enlever le droit de garde aux parents indignes. C'est, en Allemagne, le tribunal des tutelles, en Suisse l'autorité tutélaire, autorité administrative ou judiciaire, selon les cantons. Il lui appartient de désigner le tuteur, de surveiller l'éducation qui est donnée par ce dernier, ou même par le père. En France, l'organisation de la tutelle, comme celle de la puissance paternelle, a un caractère privé. Mais une tendance s'affirme, et résulte, comme on va le voir, de mesures récentes, dans le sens du contrôle, par l'autorité judiciaire, de l'éducation familiale.

**281. De la protection pénale des enfants.** — Des lois modernes ont prévu certaines mesures contre les parents qui compromettraient la santé ou la moralité de leurs enfants.

Parmi ces lois, il faut citer, en premier lieu, celle du 24 juillet 1889 sur la *déchéance paternelle*, qu'on appelle encore la loi Théophile Roussel. Cette loi établit des cas de déchéance obligatoire ou facultative de la puissance paternelle. La déchéance est obligatoire, quand il s'agit de parents qui se sont rendus coupables d'infractions graves, en particulier contre la personne de leur enfant ; elle est facultative, quand le délit est moins important. Cette déchéance est prononcée, soit par le tribunal répressif, à titre accessoire, soit par le tribunal civil en Chambre du Conseil.

C'est, en second lieu, la loi du 19 avril 1898, intitulée *loi sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis contre les enfants*. Elle a été déterminée par l'émotion causée dans le public par le martyre d'un enfant, le petit Grégoire, odieusement maltraité par des parents indignes et mort à l'hôpital. Cette loi édicte une aggravation des peines prévues par le Code contre les parents coupables de coups et blessures envers leurs enfants ; elle punit également des abstentions coupables : *la privation de soins envers les enfants*.

Enfin, la loi du 15 novembre 1921, complétée par celles du 23 juillet 1925, du 17 juillet 1927, et, enfin, par un décret-loi du 30 octobre 1935, est venue remédier à certains inconvénients de la loi de 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle. Cette dernière était d'une rigidité excessive ; quand la déchéance de la puissance paternelle était prononcée, elle entraînait la privation de tous les droits appartenant aux parents sur la personne de leurs enfants ; elle produisait ses effets à l'égard de tous les enfants. La loi de 1921 permet de prononcer le retrait *partiel* des attributs de la puissance paternelle, d'enlever, par exemple, aux mauvais parents, uniquement le droit de garde. Désormais, le tribunal pourra infliger une déchéance qui ne produira d'effet qu'à l'égard d'un seul enfant. Enfin, elle a permis

de réprimer par la déchéance de la puissance paternelle le « manque de direction » reproché aux parents. Le décret-loi du 30 octobre 1935 assouplit encore le régime en organisant des « mesures d'assistance éducative » que le président du tribunal, à la requête du ministère public, peut ordonner à l'égard des parents qui se seraient montrés incapables ou négligents. La résistance des parents entraîne le retrait, par le tribunal, d'un des attributs de la puissance paternelle<sup>1</sup>.

En même temps que se multipliaient les cas de déchéance paternelle, le législateur devait se préoccuper d'assurer le sort des enfants abandonnés. C'est à cette idée que se rattachent les lois sur l'assistance publique, en particulier, celle du 28 juin 1904 ou loi Strauss, concernant le régime des pupilles de l'assistance publique, modifiée par un décret-loi du 30 octobre 1935, aujourd'hui abrogée et remplacée par celle du 15 avril 1943 relative à l'assistance de l'enfance. Citons encore les lois et décrets fixant le régime des colonies pénitentiaires, et, plus récemment, la loi du 27 juillet 1917 sur les pupilles de la nation.

Certaines de ces lois, notamment celles de 1898 et de 1904, ont un caractère à la fois préventif et répressif. Elles sont faites surtout pour assurer la protection de l'enfant, mais le législateur s'est trouvé amené à prendre des mesures pénales. Les deux idées sont en effet liées, car les enfants coupables sont presque toujours des enfants malheureux.

## § 2. — Evolution législative du régime pénal des enfants et adolescents

**282. Notions historiques.** — La nécessité d'un régime spécial à l'enfance délinquante est apparue à toutes les époques.

**283. L'ancien droit et le droit intermédiaire.** — Dans l'ancien droit, une présomption d'irresponsabilité absolue était généralement admise pour les enfants de moins de sept ans, auxquels on assimilait volontiers les *infantiae proximi*<sup>2</sup>. Cette présomption a été supprimée par la Révolution française, qui a créé, pour la remplacer, la question de discernement. Cette question devait jouer un rôle capital dans le système du législateur de 1810 ainsi que dans notre droit pénal récent.

**284. Trois périodes historiques.** — En ce qui concerne le régime de l'enfance coupable, trois systèmes ont été successivement en vigueur :

1° Le système du Code pénal de 1810 et des lois immédiatement postérieures ;

2° Les amendements apportés à ce système par les lois de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, et du commencement du XX<sup>e</sup> siècle, ayant pour objet de développer l'organisation des mesures d'éducation dont les enfants coupables seront l'objet ;

3° Enfin, les réformes réalisées par la loi du 22 juillet 1912, puis par

1. MOSSÉ, *Chronique pénitentiaire (Revue de Science criminelle)*, 1936, pp. 263 et suiv.)

2. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes...*, p. 74 ; SERPILLON, *Code criminel*, I, pp. 69 et 374.

l'ordonnance du 2 février 1945. Les enfants relèvent d'une juridiction spéciale, les *Tribunaux pour enfants*, et ils bénéficient du régime de la *liberté surveillée*.

**285. Le régime du Code pénal de 1810.** — Le système du Code pénal de 1810 complété par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 25 juin 1824, devenu l'article 68 C. pénal lors de la revision de 1832<sup>1</sup>, se caractérisait par les traits suivants :

Tout d'abord, pour les enfants âgés de moins de 16 ans (la majorité pénale était fixée à 16 ans), l'existence d'un régime spécial, au point de vue de la compétence. L'enfant relève, en principe, du Tribunal correctionnel, même pour ses crimes. On a redouté pour lui l'appareil impressionnant de la Cour d'assises devant laquelle il serait peut-être tenté de « crâner ».

D'ailleurs, on revient à la règle générale dans deux cas :

1<sup>o</sup> Quand l'enfant a des complices majeurs et présents. On veut alors assurer l'unité de l'instance, et la Cour d'assises est compétente pour tous ;

2<sup>o</sup> Lorsque l'enfant, s'il était majeur, encourrait, pour le crime commis, la peine de mort ou une peine perpétuelle.

En second lieu, tandis que, pour les majeurs, la question générale de culpabilité, qui est posée au jury, englobe l'élément matériel et l'élément moral de l'infraction, pour le mineur, l'élément moral fait l'objet d'une question spéciale : quand la question de culpabilité a été résolue affirmativement, se pose, en ce qui concerne l'enfant, la question de discernement.

En troisième lieu, l'enfant qui est reconnu avoir agi avec discernement bénéficie de l'*excuse atténuante de minorité*, qui détermine une importante réduction de la peine.

Enfin, quand il a été déclaré, soit par le jury, soit par le tribunal correctionnel, que l'enfant a agi sans discernement, il est acquitté. Mais comme il a témoigné, par son acte, d'un caractère dangereux, il est l'objet de mesures d'éducation. L'article 66 du Code pénal dispose, en effet, que *selon les circonstances, l'enfant sera remis à ses parents ou conduit dans une maison de correction pour y être élevé et détenu pendant tel nombre d'années que le juge déterminera et qui, toutefois, ne pourra excéder l'époque où il aura accompli sa vingtième année.*

**286. La mise en oeuvre du régime institué par le Code, et ses conséquences.** — Ces maisons de correction devaient être, dans la pensée du législateur, des établissements spéciaux d'éducation pour mineurs. Malheureusement, en 1810, l'organisation pénitentiaire était insuffisante : il n'y avait pas d'établissements réservés aux enfants ; les prisons étaient dans un état lamentable. En fait, c'est dans les prisons départementales que l'enfant était envoyé et détenu avec les majeurs. Il en résultait cette situation paradoxale que l'enfant, qu'il ait été condamné ou qu'il ait été acquitté comme ayant agi sans discernement, était interné dans le même établissement. Dans le premier cas, il subissait une courte peine, tandis que, dans le second, sa détention pouvait se prolonger jusqu'à l'âge de

1. Les textes relatifs au régime pénal et pénitentiaire de l'enfance sont réunis : 1<sup>o</sup> dans le *Code de l'Enfance traduit en Justice* (1904 et supplément 1923) ; 2<sup>o</sup> dans le *Nouveau Guide pour la Protection de l'Enfance traduit en justice*, par MM. DE CASABIANCA, DE BARRIGUE DE MONTVALON et PASCALIS, Paris, 1934 ; 3<sup>o</sup> le *Recueil de la législation relative à l'enfance malheureuse ou traduite en justice*, par P. DE CASABIANCA, Melun, 1941.

20 ans. Signalons toutefois que, dans ce dernier cas, la mesure, ayant un caractère simplement éducatif, ne devait entraîner, ni au point de vue du service militaire, ni au point de vue des incapacités, ni au point de vue de la récidive, les conséquences légales des peines correctionnelles.

**287. Modifications de ce régime par des lois postérieures.** —

Dans la seconde période, où l'on s'efforce d'améliorer et de compléter le régime pénal et pénitentiaire des mineurs, il faut citer :

**288. La création des colonies pénitentiaires.** — 1<sup>o</sup> La loi du 5 août 1850 sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus. Cette loi est le résultat des essais entrepris sous la Monarchie de Juillet pour organiser, à l'usage des mineurs, des maisons d'éducation et de relèvement, des colonies pénitentiaires. Désormais, les mineurs acquittés comme ayant agi sans discernement, au lieu d'être internés dans une prison départementale où ils subissaient une promiscuité funeste, sont envoyés dans ces colonies. Ils sont employés à divers travaux, généralement à des travaux agricoles ; ils sont l'objet d'une éducation professionnelle, morale et religieuse.

**289. La réforme de l'instruction préparatoire.** — 2<sup>o</sup> La loi du 19 avril 1898 intitulée : *Loi sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté ou attentats commis envers les enfants*. Le législateur, suivant les suggestions du sénateur Bérenger, comprit la nécessité de prendre, avec des mesures de protection, certaines dispositions répressives concernant les enfants coupables.

La loi du 19 avril 1898 a permis, tout d'abord, au juge de recourir, à l'égard de l'enfant, dès la période de l'instruction préparatoire, aux mesures nécessaires à sa préservation. Sur l'initiative du *Comité de défense des enfants traduits en justice*, qui s'était constitué à Paris à partir de 1890, pour s'occuper des questions relatives au traitement de l'enfance coupable, l'habitude s'était introduite de soumettre à l'instruction toutes les affaires criminelles ou correctionnelles qui concernaient les mineurs. C'était une dérogation au droit commun, puisqu'en matière correctionnelle l'instruction est facultative. Mais cette habitude était excellente ; elle permettait au juge d'acquérir une connaissance plus complète du jeune délinquant et de préparer, dès l'instruction, la décision définitive.

Mais que faire de l'enfant pendant la période de l'instruction ? Avant la loi de 1898, deux solutions se présentaient : ou bien le laisser aux mains de ses parents, qui pouvaient constituer pour lui un milieu très fâcheux, ou bien le faire interner dans une maison d'arrêt où il se trouvait trop souvent en contact avec des adultes. Sans doute, on pouvait encore provoquer la déchéance de la puissance paternelle conformément à la loi de 1889, mais la procédure de cette loi présentait deux inconvénients :

1<sup>o</sup> Elle avait le défaut d'être trop rigide et d'entraîner des conséquences absolues. On sait que cette situation n'a pris fin que depuis la loi de 1921 ;

2<sup>o</sup> La procédure de la déchéance de la puissance paternelle était beaucoup trop longue.

Aussi le législateur de 1898 a-t-il ouvert une troisième solution, qui est généralement la meilleure. Le juge d'instruction peut ordonner, après avoir entendu le ministère public, que la garde de l'inculpé, pendant la période de l'instruction, soit enlevée à ses parents et confiée, provisoire-

ment, à une personne charitable que le juge d'instruction aura désignée, à une institution, ou encore à l'assistance publique.

**290. Assouplissement et prolongation du régime éducatif.** — La loi de 1898 a d'ailleurs introduit une nouvelle innovation concernant la *décision définitive*. Le législateur a donné une faculté supplémentaire au juge : auparavant, le tribunal correctionnel était dans l'alternative suivante : ou bien envoyer l'enfant acquitté à sa famille, ou bien le faire interner dans une colonie pénitentiaire, c'est-à-dire dans un établissement où le régime était fort dur. La loi de 1898 permet au tribunal de confier l'enfant, à titre définitif, soit à une personne charitable, soit à une institution, soit enfin à l'Assistance publique.

La loi de 1898 a réalisé une troisième innovation, qui s'imposait, en prolongeant la durée des mesures d'éducation de l'enfant. Dans le système du Code, les mesures d'éducation ordonnées par le tribunal ne pouvaient dépasser l'âge de vingt ans. En conséquence, il s'écoulait, entre la libération du mineur et le moment où il devait être pris par le service militaire, un intervalle d'un an pendant lequel, ne pouvant s'assurer une occupation fixe, il était presque fatalement voué au vagabondage et aux mauvaises fréquentations. Aussi la loi de 1898 a-t-elle décidé que les mesures d'éducation pourraient se prolonger jusqu'à l'âge de vingt et un ans.

**291. Extension des mesures éducatives aux mineurs de 16 à 18 ans.** — Enfin, la loi du 12 avril 1906 « modifiant les articles 66 et 67 du Code pénal, l'article 340 du Code d'instruction criminelle, et fixant la majorité pénale à 18 ans ».

D'après le système du Code, la majorité pénale était fixée à 16 ans. Or, l'expérience a démontré que, vis-à-vis de jeunes délinquants, les mesures d'éducation avaient produit le meilleur effet : elles étaient toujours préférables aux courtes peines privatives de liberté. Il parut alors désirable que le bénéfice de ces mesures fût étendu à des catégories de plus en plus nombreuses de jeunes délinquants. Aussi la loi de 1906 a-t-elle décidé que désormais la question de discernement serait posée pour tous les enfants et les adolescents jusqu'à l'âge de 18 ans.

**292. Les lois nouvelles : institution des tribunaux pour enfants et du régime de la liberté surveillée.** — La troisième et dernière période est caractérisée par la création d'un organe juridictionnel spécialisé : le *tribunal pour enfants*, et le recours à une méthode rééducative nouvelle : la *mise en liberté surveillée*.

Ces innovations furent l'œuvre de la loi du 22 juillet 1912 qui a créé en même temps, pour les enfants, une période d'irresponsabilité pénale complète s'étendant jusqu'à l'âge de treize ans.

Après une réforme entreprise, en 1942, par le gouvernement de Vichy et qui avorta<sup>1</sup>, la loi du 22 juillet 1912 est aujourd'hui remplacée par l'or-

1. La loi du 27 juillet 1942 était un véritable Code de l'enfance délinquante, qui abrogeait non seulement la loi du 22 juillet 1912, mais les articles 66 à 69 du Code pénal et la loi du 5 août 1850 sur l'éducation et le patronage des jeunes délinquants. Sa mise en vigueur devait suivre l'élaboration d'un règlement d'administration publique ; la date en devait être fixée par décret ; ce décret n'a jamais paru. La loi du 27 juillet 1942 est annulée.

donnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante qui, tenant compte de certaines lacunes révélées par l'expérience, a réorganisé le tribunal pour enfants, modifié l'instruction, accentué le caractère éducatif du traitement des mineurs délinquants.

Précédemment, la loi du 24 mars 1921 et le décret-loi du 30 octobre 1935 — ce dernier encore en vigueur — avaient fait application de cette méthode à une catégorie particulière de mineurs : les jeunes vagabonds.

### § 3. — La solution moderne du problème de la responsabilité pénale des mineurs

**293. L'institution des tribunaux pour enfants.** — La cheville ouvrière du régime actuel, concernant l'enfance, c'est l'institution des tribunaux pour enfants et de la mise en liberté surveillée. Il y a là une législation nouvelle, pénétrée par les idées modernes tendant à l'individualisation du régime pénal. La responsabilité pénale de l'enfant ne doit pas être appréciée comme celle de l'adulte. Quand elle est reconnue, elle ne peut avoir les mêmes conséquences que pour le majeur.

**294. Ses origines américaines : le juge pour enfants et l'officier d'épreuve.** — Quand l'institution des Tribunaux pour enfants fut introduite en France, elle fonctionnait déjà depuis quelques années aux Etats-Unis, en particulier dans l'Etat de Massachussets et dans l'Illinois, à Chicago (1899).

Le système a pour base, aux Etats-Unis, la spécialisation d'un magistrat unique, détaché du Tribunal correctionnel, auquel sont adjoints des officiers d'épreuve (*probation officers*) ou délégués du Tribunal, dont le rôle est double.

Il consiste, tout d'abord, à préparer la décision du juge. Dès que le mineur est arrêté, le délégué procède à une enquête, et se procure tous les renseignements relatifs à l'enfant, à ses antécédents, à sa famille. Il communique ces informations au juge. Devant le magistrat, il n'existe pas de ministère public, ni d'avocat, ni de débats contradictoires. L'enquête du délégué est, pour le juge, le seul élément d'information. Le juge peut condamner l'enfant à une peine privative de liberté ; mais c'est un moyen auquel il n'a recours que dans les cas extrêmes. Le plus souvent, il prescrit des mesures d'éducation analogues à celles que prévoit la loi française ; il peut rendre l'enfant à sa famille, le confier à une personne charitable, l'envoyer dans une institution, ou le faire interner, s'il y a lieu, dans une école d'anormaux.

En même temps, le juge soumet l'enfant à la surveillance du délégué. Dès lors, le délégué est le tuteur moral du jeune délinquant. Il le visite, il lui donne des conseils ; périodiquement, il rend compte de sa mission au Tribunal, qui, il faut bien le remarquer, n'est pas dessaisi par le jugement rendu. Si l'enfant se conduit mal, le juge pourra, sur le rapport du délégué, prendre à son égard des mesures plus sévères, par exemple, ordonner son internement dans une maison de réforme (*reformatory*).

par ordonnance du 8 décembre 1944. On consultera sur cette loi notre commentaire D. C., 1943. L. 30 et les études de M<sup>me</sup> CAMPINCHI, *Le statut de l'enfance délinquante et la loi du 27 juillet 1942* ; de MM. BOITARD, *La responsabilité pénale des mineurs en droit français et la loi du 27 juillet 1942* ; BOUZAT, *Conception nouvelle des établissements de redressement pour les enfants de justice amendables* ; PINATEL, *La méthode de l'éducation surveillée et la loi du 27 juillet 1942*, dans le volume : *Etudes de science criminelle et de droit pénal comparé*. Sirey, 1944, p. 161 et suiv.

Ce qui montre le grand succès obtenu par cette institution américaine, c'est qu'elle a été imitée par la plupart des Etats d'Europe<sup>1</sup>. Elle existe aujourd'hui en Espagne<sup>2</sup>, en Angleterre<sup>3</sup>, en Allemagne<sup>4</sup>, au Danemark<sup>5</sup>, en Belgique<sup>6</sup>, et, depuis le décret-loi du 20 juillet 1934, en Italie<sup>7</sup>. Elle fonctionne au Japon depuis 1923.

**295. Loi du 22 juillet 1912 « sur les tribunaux pour enfants et la mise en liberté surveillée ».** — Elle a été introduite chez nous par la loi du 22 juillet 1912. Cette loi est issue d'une proposition déposée au Sénat le 7 juin 1910, par MM. Ferdinand Dreyfus et Bérenger; complétée par un décret du 31 août 1913, qu'a remplacé celui du 15 janvier 1929, elle est entrée en vigueur le 5 mars 1914. Ses dispositions ont été améliorées par les lois du 22 février 1921, du 26 mars 1927, du 30 mars 1928.

**296. L'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.** — La loi du 2 février 1945, issue d'un projet élaboré au ministère de la justice par une commission que présidait Mme Campinchi tend à combler les mêmes lacunes et s'inspire des mêmes *desiderata* que sa devancière, la loi éphémère du 27 juillet 1942 : renforcer la spécialisation de la juridiction pour mineurs; substituer à la question de discernement une question d'utilité qui sera généralement résolue en faveur des mesures rééducatives; améliorer et diversifier ces mesures : mais les modalités sont sensiblement différentes. Elle abroge la loi du 22 juillet 1912 et les textes qui l'ont modifiée et complétée; elle amende les articles 66, 67 et 69 du Code pénal. Elle laisse subsister la loi du 5 août 1850, ainsi que le décret-loi du 30 octobre 1935 sur la *protection de l'enfance*.

Elle conserve, enfin, le cadre du système antérieur, savoir, les degrés successifs de la responsabilité pénale<sup>8</sup>.

**297. Les degrés successifs de la responsabilité pénale.** — Ces degrés étaient au nombre de trois :

a) Jusqu'à l'âge de treize ans, l'enfant, bénéficiaire d'une présomption

1. Voir, à ce sujet, les travaux des Congrès pénitentiaires internationaux de Washington, 1910 (*Revue pénit.*, 1910, p. 1168); Prague, 1931 (*Revue pénit.*, 1931, p. 20); voir aussi : *L'Organisation des Tribunaux pour Enfants et les Expériences faites à ce jour* (Publications de la S. D. N., 1931, IV, n° 13).

2. Décret-loi du 3 février 1929 sur les tribunaux pour enfants. MAGNOL et DE MOULINS *Le Code pénal espagnol de 1928*, pp. 78 et suiv.; 496 et suiv.

3. Children Act, de 1908. PAUL KAHN, *Les Institutions légales de l'Enfance en Angleterre*, rapport à la Société des prisons (*Revue pénitentiaire*, 1918, pp. 554 et suiv.). Depuis, sont intervenus : le *Prevention of Crime Act*, du 31 déc. 1908, relatif aux mineurs de 16 à 21 ans; le *Juvenile courts Act* de 1920, le *Children and young Persons Act* de 1933.

4. Les *Jugendgerichte* ont été créés par voie d'ordonnances. L. RIVIÈRE, *Les tribunaux pour enfants en Allemagne*, *Revue pénitentiaire* 1914, p. 383. Ils sont régis, actuellement, par le *Jugendgerichtsgesetz*, du 16 février 1923.

5. Loi du 14 avril 1905.

6. Loi du 15 mai 1912.

7. P. DE CASABIANCA, *Les nouveaux tribunaux pour enfants en Italie*, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1934, p. 467; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Régime pénale e penitenziario dei minori nel diritto francese*, extrait de la *Rivista di diritto penitenziario*, 1935.

8. MAGNOL, *L'ordonnance du 2 fév. 1945 sur l'enfance délinquante*, *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1946, pp. 7 et suiv.

absolue d'irresponsabilité pénale, était justiciable, pour les crimes et délits qu'il pouvait commettre, du tribunal civil statuant en Chambre du conseil ;

b) De treize à dix-huit ans, traduit devant une juridiction spécialisée, le tribunal pour enfants et adolescents, il voyait poser, à son sujet, la question de discernement ;

c) Quand le discernement était reconnu, le bénéfice de l'excuse atténuante de la minorité était admis, *mais réservé aux mineurs de seize ans*.

L'ordonnance du 2 février 1945 maintient les trois degrés qu'instituait la loi du 22 juillet 1912. Cette division conserve son intérêt quant au fond, en ce sens que le bénéfice d'une irresponsabilité pénale absolue est réservé aux mineurs de treize ans, et que celui de l'excuse atténuante n'est assuré qu'aux mineurs de treize à seize ans. Le régime de la compétence et de la procédure est désormais le même pour tous les mineurs : seulement, au cas de crime, des règles spéciales, quant à l'organisation du tribunal, sont prévues pour les mineurs de seize à dix-huit ans, qui peuvent être frappés des mêmes peines que les adultes. A la *question de discernement*, abolie, est substituée une *présomption d'irresponsabilité pénale* qui s'applique à tous les mineurs de treize à dix-huit ans, et qui souffre la preuve contraire.

**298. Comment s'apprécie l'âge du mineur.** — Le régime des mineurs délinquants varie donc suivant leur âge. Pour apprécier celui-ci, il faut se placer, non au moment où l'enfant comparait en justice, mais à celui où il a commis l'infraction. La solution est constante<sup>1</sup>, l'ordonnance n'y apporte aucun changement<sup>2</sup>. C'est l'application du principe que, pour apprécier les éléments d'un délit, il faut se placer au moment où il a eu lieu.

Certaines questions délicates se sont posées dans l'application de cette règle, en ce qui concerne les délits continus et les délits d'habitude. Il faut considérer l'âge de l'enfant au moment où le délit continu a pris fin ; pour les délits d'habitude, on tient compte de l'époque où a été commis le dernier acte constitutif de l'habitude punissable. Cf. ci-dessus, n<sup>os</sup> 183 et 186.

**299. Division.** — L'ordonnance du 2 février 1945, publiée au *Journal officiel* du 4 février, n'était pas immédiatement applicable. Un décret ultérieur a fixé son entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> octobre 1945.

Cette ordonnance est aujourd'hui la charte de l'enfance délinquante. C'est à elle que notre étude sera principalement consacrée. Mais sa mise en vigueur est trop récente pour qu'on puisse négliger les dispositions de la loi précédente qui a gouverné la matière pendant plus de trente ans, et dont elle conserve l'esprit. C'est dans un parallèle constant avec la loi du 22 juillet 1912 que l'économie du régime nouveau sera exposée.

A l'égard des mineurs, plus encore que des adultes, les règles de fond sont inséparables des règles de forme. La méthode la plus logique est celle qui consiste à suivre la marche du procès pénal. Nous examinons successivement : 1<sup>o</sup> l'instruction préparatoire ; 2<sup>o</sup> l'instruction définitive ; 3<sup>o</sup> la décision, son objet et ses suites.

1. Crim., 4 mai 1917, *D. P.*, 1922, 1, 133 ; *S.*, 1920, 1, 142.

2. Sur les défauts de cette solution, voir cependant les observations de M.-J. BANCAL *Essai sur le redressement de l'enfance coupable*, Paris, Sirey, 1941, p. 14.

## 1° L'INSTRUCTION PRÉPARATOIRE

**300. Du caractère obligatoire de l'instruction.** — En matière de crimes et de délits, la loi du 22 juillet 1912 a consacré le principe de l'instruction obligatoire, que la pratique avait introduit (*supra* n° 289). L'ordonnance du 2 février 1945 l'a maintenu, sous réserve d'une exception qui sera précisée plus loin<sup>1</sup>. Sur le terrain de la logique, la comparution du jeune délinquant devant un magistrat répressif s'accorde mal avec l'irresponsabilité pénale absolue dont bénéficient les mineurs de 13 ans, et même avec la présomption d'irresponsabilité pénale qui s'applique aux mineurs de 13 à 18 ans. Mais l'harmonie d'une construction juridique est secondaire auprès de l'intérêt social à ce que les meilleurs procédés soient mis en œuvre pour révéler la personnalité du jeune délinquant. Ces raisons ont acquis plus de force à mesure que se perfectionnaient les moyens d'investigation (enquête sociale, examen médico-psychologique) concernant le mineur et sa famille.

**301. Une innovation de l'ordonnance : le juge des enfants.** —

Pourtant, le système de l'instruction obligatoire et confiée à un magistrat spécialisé n'est pas, à l'heure actuelle, généralement suivi. Dans la plupart des pays d'Europe, où le régime des mineurs s'éloigne plus encore que chez nous du droit commun, les premières recherches, comme l'instruction définitive, sont dirigées par le tribunal. La loi belge de 1912 (art. 12, § 2) dispose que l'instruction ne sera ouverte que dans des circonstances exceptionnelles et au cas de nécessité absolue. En France même, il est apparu que pour des cas légers, l'observation de la loi du 8 décembre 1897, qui renferme le droit commun de l'instruction, est une source de complications et de longueurs inutiles. D'où l'exception introduite par l'ordonnance du 2 février 1945.

Cette ordonnance permet au procureur de la République, au lieu de saisir le juge d'instruction, de s'adresser, en cas de délit (*stricto sensu*), au *juge des enfants*, juge unique, expérimenté, spécialisé, auquel incombe essentiellement une mission de triage. Il recherche si la prévention est fondée. Dans la négative, il classe l'affaire (art. 8). Dans l'affirmative, il peut, à son choix, admonester l'enfant, ou le remettre à ses parents, à son tuteur, à la personne qui en avait la garde, ou à une personne digne de confiance, en décidant, le cas échéant, qu'il sera placé, jusqu'à un âge qui ne pourra excéder 21 ans, sous le régime de la liberté surveillée.

Mais là s'arrête le pouvoir du juge des enfants à l'effet de régler définitivement le sort des mineurs. S'il estime qu'une mesure éducative plus sévère ou qu'une peine s'impose, il ordonne le renvoi de l'affaire devant le juge d'instruction ou devant le tribunal pour enfants.

De là il suit que si, en général, l'instruction des affaires de mineurs comprend deux phases : celle de l'instruction préparatoire et celle du jugement, elle peut, exceptionnellement, n'en comprendre qu'une : c'est le cas où le juge des enfants, saisi d'une affaire simple, l'expédie lui-même et prononce, à titre définitif, une des mesures d'éducation qui entrent dans sa compétence. Elle peut, exceptionnellement aussi, en comprendre trois. C'est lorsque le juge des enfants, s'apercevant que la gravité ou la com-

1. Le principe était maintenu, également, par la loi du 27 juillet 1942, art. 3.

plexité relative du cas a échappé au ministère public, renvoie le mineur au juge d'instruction, qui saisira le tribunal pour enfants.

Il convient d'examiner en premier lieu les formes de l'instruction suivie par le juge d'instruction, qui est la règle, et de considérer ensuite les particularités de l'information dirigée par le juge des enfants. Il convient enfin d'étudier une question commune aux deux hypothèses : celle que soulève la garde du mineur, pendant l'instruction ou l'information.

**302. La désignation du magistrat instructeur.** — C'est le juge d'instruction (voir, pour sa nomination, ci-dessous n° 1218). L'ordonnance veut que ce soit un juge *spécialisé* à l'égard des affaires de mineurs : article 4, alinéa 3 : *Un ou plusieurs juges d'instruction, désignés par le premier président sur la proposition du procureur général, et un ou plusieurs magistrats du parquet désignés par le procureur général seront chargés spécialement des affaires de mineurs.* La spécialisation du juge d'instruction était imposée par l'article 17 de la loi du 22 juillet 1912<sup>1</sup>. La spécialisation s'étend désormais aux membres du ministère public, et, comme on verra, aux magistrats du siège.

Quant à la compétence *ratione loci* du juge d'instruction, la loi du 22 juillet 1912, article 1<sup>er</sup>, s'inspirant du droit commun, attribuait une compétence égale au juge du lieu de l'infraction, à celui de la résidence des parents ou du tuteur, à celui du lieu où le mineur est trouvé. Entre les trois, la prévention décidait.

L'ordonnance du 2 février 1945 introduit, à divers égards, un système plus souple. La compétence *ratione loci* du juge d'instruction est commandée par la disposition de l'article 3, qui fixe celle du tribunal pour enfants : *Sont compétents, sur renvoi, le cas échéant, du premier tribunal saisi : le tribunal du lieu de l'infraction, celui de la résidence du mineur ou de ses parents ou tuteurs, celui du lieu où il a été placé. Il pourra notamment y avoir lieu à dessaisissement lorsque le mineur aura été placé dans un centre d'observation situé dans le ressort d'un tribunal autre que le tribunal primitivement saisi.*

**303. La saisine du juge d'instruction.** — Le régime des mineurs comporte un certain nombre de dérogations au droit commun de l'instruction. Ces dérogations interviennent aussi bien lorsque le mineur a des complices majeurs et présents que lorsqu'il est traduit seul en justice.

1° En droit commun, l'instruction, pour les délits (*stricto sensu*), est facultative (*supra*, n° 153). Le ministère public, la personne lésée peuvent exercer, de préférence, le droit de citation directe devant le tribunal correctionnel. A l'égard des mineurs, une seule voie est ouverte : celle qui passe par le juge d'instruction (loi du 22 juillet 1912, art. 15)<sup>2</sup> ou —

1. Art. 17. *Dans les tribunaux où il existe plusieurs juges d'instruction, un ou plusieurs de ces magistrats, désignés par le premier président sur la proposition du procureur général, seront chargés spécialement de l'instruction des inculpations dont sont l'objet les mineurs de dix huit ans.* La loi du 27 juillet 1942 était muette, quant à la spécialisation du magistrat instructeur.

2. On s'est demandé, toutefois, s'il n'en serait pas autrement pour les délits passibles seulement d'amende. On a fait valoir que l'article 15 de la loi de 1912, qui exclut le droit de citation directe, vise uniquement les délits comportant peine d'emprisonnement. En ce sens trib. corr. Saint-Palais, 5 mars 1926, S., 27, 2, 89. En sens contraire, admettant

aujourd'hui — par le juge des enfants (ordonnance du 2 février 1945, art. 7). Le juge d'instruction est saisi par le ministère public ou exceptionnellement (*supra* n° 301) par renvoi du juge des enfants<sup>1</sup>.

2° En droit commun, la personne lésée par le délit peut, de sa propre initiative, saisir le juge d'instruction, en déposant entre ses mains une plainte accompagnée de constitution de partie civile.

La loi du 22 juillet 1912 lui refusait cette faculté à l'égard des mineurs de 13 ans, parce que l'intérêt social et celui de l'enfant lui-même, que représente le ministère public, doivent primer ceux de la victime du délit. La réclamation de cette dernière devait être portée devant le tribunal civil<sup>2</sup>. Aux termes de l'article 6 de l'ordonnance, *l'action civile sera exercée conformément au droit commun devant le juge des enfants, devant le juge d'instruction et devant le tribunal pour enfants*. Ainsi, la juridiction pour mineurs est désormais qualifiée pour connaître du règlement des intérêts civils. La personne lésée peut joindre son action en réparations à l'action pénale déjà intentée par le ministère public. Mais peut-elle aussi prendre les devants, et saisir directement de sa plainte, avec constitution de partie civile, le juge d'instruction? (Voir, pour cette faculté, *infra* n° 1097). La généralité des termes de l'article 6 semble l'impliquer.

Il n'est pas certain que telle ait été l'intention des auteurs de l'ordonnance. Etant données les variations, sur ce point, du droit antérieur, une disposition formelle n'eût pas été inutile. Si on admet la constitution principale de partie civile, l'article 70 nouveau du Code d'instruction criminelle (loi du 2 juillet 1931, *infra* n° 1237) réserve au procureur de la République la faculté de s'opposer à l'inculpation du mineur.

3° La procédure expéditive du flagrant délit, qui compromet les intérêts de l'inculpé, est interdite à l'égard des mineurs. Comme les dispositions précédentes, celle-ci s'applique alors même que le mineur a des co-inculpés majeurs et présents, eux-mêmes soumis à cette procédure<sup>3</sup>.

**304. Les actes d'instruction.** — Le droit commun gouverne les formalités de l'instruction, les procédés d'investigation mis à la disposition du juge, les garanties assurées à l'inculpé par la loi du 8 décembre 1897 et les lois postérieures (loi du 22 juillet 1912, art. 4 ; ordonnance du 2 février 1945, art. 9). Mais voici les dispositions exceptionnelles :

1° Au lieu que, pour les adultes, l'assistance d'un conseil est facultative, soumise au gré de l'inculpé, (*infra*, n° 1287), elle est obligatoire à l'égard

seulement la saisine par comparution volontaire du mineur prévenu : trib. corr. Redon, 21 nov. 1935, *Gaz. Pal.*, 36, 1, 49.

1. Pour les délits dont la poursuite est réservée à une administration, le droit d'agir appartient au procureur de la République, sur la plainte de l'administration intéressée. (Ordonnance du 2 février 1945, art. 37 ; cf. dans le même sens, la loi du 22 juillet 1912, art. 15 modifié par la loi du 22 février 1921, et l'art. 3 de la loi du 27 juillet 1942).

2. La loi du 27 juillet 1942 appliquait la même règle aux mineurs de tout âge. Elle ajoutait, comme correctif, que s'il y avait des co-inculpés majeurs, la personne lésée pouvait faire valoir ses droits devant la juridiction répressive appelée à les juger (art. 11) ; juridiction devant laquelle le mineur ne comparait pas lui-même.

3. Le procureur de la République constitue alors un dossier spécial concernant les mineurs et en saisit le juge d'instruction (art. 7 al. 2) ; cf. dans le même sens, la loi du 27 juillet 1942, art. 3 al. 2.

des mineurs. Le juge donne avis au *Comité de défense des enfants traduits en justice* qu'une instruction est ouverte. Si ce dernier, ou l'enfant lui-même, n'a pas choisi un avocat, il est pourvu par le bâtonnier, ou par le juge d'instruction, à la désignation d'un défenseur d'office (ordonnance du 2 février 1945, art. 10).

2° A l'égard des mineurs, les circonstances personnelles — savoir : les antécédents héréditaires de l'enfant, le milieu où il a grandi, l'éducation qu'il a reçue — ont une importance essentielle. L'activité de la police peut être mal appropriée à des recherches délicates. La loi de 1912 ouvrait au juge d'instruction la faculté de confier à des personnes privées le soin d'une enquête. Les rapporteurs devaient être pris sur une liste dressée, au commencement de l'année judiciaire, par la Chambre du conseil. Ils seraient choisis, de préférence, parmi les magistrats, les avocats, les membres des Sociétés de patronage reconnues d'utilité publique ou désignées par arrêté préfectoral, les membres du *Comité de défense des enfants traduits en justice* (art. 4, al. 4<sup>e</sup>). Le rapporteur devait se rendre chez les parents, envisager les mesures les plus favorables au relèvement de l'enfant. Aucun pouvoir de coercition ne lui était attribué. Par une singularité que la pratique a corrigée, la désignation d'un rapporteur n'était prévue que pour les mineurs de 13 ans.

En fait, l'institution ne fonctionne régulièrement que dans les grands centres, où elle a rendu des services reconnus par tous. Auprès du tribunal de la Seine, les enquêtes sont poursuivies, avec compétence et dévouement, par des groupes d'assistantes sociales : le *Service social de l'enfance en danger moral* (fondatrice, Mme Spitzer) pour les mineurs de 13 ans ; la *Sauvegarde de l'adolescence* (directrice, Mme Guichard), pour les mineurs au-dessus de 13 ans. En province, les efforts, insuffisamment coordonnés, des membres des Sociétés de patronage et des Comités de défense des enfants traduits en justice facilitent la tâche du juge d'instruction<sup>1</sup>.

Consacrant cet état de fait, l'ordonnance du 2 février 1945 étend aux mineurs de tout âge le bienfait de l'institution. Elle n'innove ni en ce qui concerne la mission, ni en ce qui touche les pouvoirs du rapporteur. Elle confie l'enquête sociale aux services spécialisés existant auprès des tribunaux pour enfants ou aux personnes titulaires d'un diplôme de service social, habilitées par le tribunal pour enfants (art. 10)<sup>2</sup>. L'enquête sociale est complétée, s'il y a lieu, par un examen médico-psychologique.

3° La proportion impressionnante, parmi les jeunes délinquants, d'enfants scrofuleux, anémiés ou mentalement anormaux manifeste la nécessité de cet examen. La loi du 22 juillet 1912, article 4, alinéa 3, disposait, au sujet des mineurs de 13 ans : *l'enquête sera complétée, s'il y a lieu, par un examen médical*. Cette prescription se retrouvait dans l'article 17, au sujet des mineurs de 13 à 18 ans. Elle est reproduite par l'ordonnance du 2 février 1945 (art. 10)<sup>3</sup>.

1. LUIRE, *Le rôle de l'initiative privée dans la protection de l'enfance délinquante en France et en Belgique*, Thèse Lyon, 1936.

2. Un arrêté du 1<sup>er</sup> mars 1945 fixe les taux des indemnités allouées aux assistantes sociales chargées des enquêtes sur les mineurs délinquants.

3. Par contre, on a fait un grief au législateur de 1942 d'avoir omis de prévoir, pour la période de l'instruction, le concours des psychiatres et des rapporteurs. Dans la pensée des auteurs de la loi, cette lacune devait être comblée par le règlement d'administration publique.

Enfin, comme une exacte connaissance du mineur peut exiger un examen prolongé, l'ordonnance (art. 10) autorise le placement de l'enfant dans un des centres d'accueil ou d'observation dont le fonctionnement sera exposé plus loin.

**305. La clôture de l'instruction.** — L'instruction se clôt par une ordonnance du juge qui est, suivant les circonstances, soit une ordonnance de non-lieu, soit une ordonnance de renvoi devant le tribunal pour enfants, soit enfin, si l'infraction reprochée est un crime, une ordonnance de transmission à la Chambre des mises en accusation.

L'appel des ordonnances du juge d'instruction est porté, conformément à l'article 135 du Code d'instruction criminelle (*infra* n<sup>o</sup> 1352 et suiv), devant la Chambre des mises en accusation.

Quand le mineur a des complices majeurs et présents également soumis à l'instruction, le juge prononce la disjonction, les adultes devant être, au cas de poursuite, renvoyés devant la juridiction compétente suivant le droit commun<sup>1</sup>.

**306. L'instance devant le juge des enfants.** — Le juge des enfants est une création de l'ordonnance du 2 février 1945. Ce magistrat est désigné au sein de chaque tribunal de première instance par le garde des sceaux, ministre de la justice (ordonnance du 2 février 1945, art. 4). Il est délégué dans ses fonctions pour trois ans. A l'issue de la réorganisation judiciaire en cours, son ressort sera vraisemblablement le département. Par son institution, l'unité de la juridiction pour mineurs n'est pas compromise, puisque, comme on verra plus loin, c'est le même magistrat qui, assisté de deux assesseurs, constitue le tribunal pour enfants.

Le juge des enfants est saisi par le ministère public, lorsque, l'infraction reprochée étant un délit correctionnel, il apparaît de plus que le cas est sans gravité. L'intérêt social, et plus encore peut-être, l'intérêt du mineur est ici le *leit-motiv* de la compétence. Aussi est-il surprenant que l'article 6 de l'ordonnance confère, ou semble conférer (*supra* n<sup>o</sup> 303) à la personne lésée le pouvoir de déterminer cette compétence en choisissant, pour déposer sa plainte avec constitution de partie civile, entre le juge d'instruction et le juge des enfants.

L'information dirigée par le juge des enfants est secrète. Le juge entend le mineur, ses parents, son tuteur, la personne qui en a la garde, et toute personne dont l'audition lui paraît utile. Il procède à l'enquête sociale et à l'examen médico-psychologique dans les mêmes conditions que le juge d'instruction.

Il peut, comme ce dernier, décerner des mandats, sous réserve des prescriptions relatives au placement (*infra*, n<sup>o</sup> 307), qui s'imposent à l'un et à l'autre. Il peut faire interner l'enfant dans un centre d'accueil ou d'observation.

En revanche, les dispositions de la loi du 8 décembre 1897 ne sont pas applicables.

Nous avons indiqué plus haut l'objet de la décision, en caractérisant

1. La disjonction était également prescrite par la loi du 27 juillet 1942 qui, comme l'ordonnance, consacrait à l'égard des mineurs, même au cas de complices majeurs et présents, la compétence exclusive du tribunal pour enfants (art. 3, al. 2, art. 6, al. 3).

la mission du juge des enfants. Sa tâche est de donner une solution prompte et définitive aux affaires sans gravité. Mais s'il résulte de ses constatations que l'intérêt social et celui du mineur exigent une mesure plus sévère que le renvoi de l'enfant à sa famille ou sa remise à une personne qualifiée, il ne peut prendre cette décision lui-même, Il ordonne alors le renvoi de l'enfant, soit au juge d'instruction, soit au tribunal pour enfants.

En définitive, il dépend du juge des enfants lui-même, selon son appréciation des faits, de statuer comme juridiction de jugement ou de se contenter du rôle plus modeste de juridiction d'instruction.

La loi éphémère du 27 juillet 1942 s'était inspirée d'une idée semblable. Mais c'est à une juridiction collégiale dont nous précisons plus loin l'organisation, le *tribunal civil en chambre du Conseil*, qu'elle avait conféré ce caractère double et cette fonction de triage<sup>1</sup>. Le législateur du 2 février 1945 s'adapte à la tendance moderne, et nous croyons qu'il est mieux inspiré, en les attribuant à un juge unique. Aussi la décision du juge des enfants porte-t-elle le nom d'*ordonnance*.

Quant aux voies de recours, l'ordonnance est susceptible d'opposition et d'appel, dans les conditions du droit commun (*infra*, n<sup>os</sup> 1485 et suiv. ; 1500 et suiv). L'opposition est ouverte au mineur défaillant, l'appel au ministère public et au mineur, ce qui exclut implicitement la partie civile. Ces voies de recours sont les mêmes, et leurs effets obéissent aux mêmes règles que les voies de recours ouvertes contre les jugements du tribunal pour enfants ; c'est à l'occasion de ces dernières que ces effets seront exposés.

Ces dispositions sont cohérentes, quand le juge des enfants statue comme juridiction de jugement. Elles semblent fort discutables, quand il renvoie le mineur au juge d'instruction ou au tribunal pour enfants. Ici, la nécessité d'un recours n'apparaît pas<sup>2</sup>. L'anomalie est d'autant plus flagrante que l'ordonnance par laquelle le juge d'instruction renvoie l'affaire au tribunal pour enfants est insusceptible d'appel de la part de l'inculpé (*supra*, n<sup>o</sup> 305, art. 135 C. inst. crim. *infra*, n<sup>o</sup> 1352).

**307. La garde de l'enfant pendant l'instruction préparatoire et l'information.** — La loi donne au magistrat instructeur le pouvoir de s'assurer de la personne de l'enfant, s'il paraît nécessaire de le soustraire à sa famille.

A cet effet, le juge peut, par voie d'ordonnance, le confier à une personne

1. Le tribunal civil, en chambre de conseil, était compétent à l'égard des mineurs de tout âge. Saisi par le juge d'instruction, il examinait à huis clos si la prévention était fondée (loi du 27 juillet 1942 art. 8). Dans la négative, il prononçait la relaxe. Dans l'affirmative, il avait le choix entre les deux décisions suivantes : rendre l'enfant à ses parents ou à la personne qui en avait la garde, en le plaçant, s'il croyait devoir le faire, sous le régime de la liberté surveillée ; ou ordonner sa comparution devant le tribunal pour enfants et adolescents.

2. La loi du 27 juillet 1942 excluait toute voie de recours contre la décision par laquelle la Chambre du conseil renvoie l'affaire au tribunal pour enfants et adolescents. Et cette solution semble préférable. L'appel, qui se porte devant une chambre de la Cour spécialisée, mais uniquement formée de magistrats professionnels (*infra* n<sup>o</sup> 325) est sans intérêt pour le mineur. D'ailleurs, le juge des enfants peut en neutraliser l'effet en ordonnant l'exécution immédiate de sa décision de renvoi devant le tribunal pour enfants (ordonnance du 2 février 1945, art. 22).

ou à une institution charitable reconnue d'utilité publique ou désignée par arrêté préfectoral (loi du 22 juillet 1912, art. 16). Il faut ajouter aujourd'hui l'Assistance publique<sup>1</sup>, les établissements hospitaliers, les centres d'accueil, et, en vue d'une observation médicale et médico-psychologique, les centres d'observation. Le régime de la liberté surveillée « provisoire » peut se combiner avec ces mesures (art. 10).

Quant à l'internement du jeune prévenu dans un établissement pénitentiaire, la loi de 1912 l'autorisait, conformément au droit commun, pour les mineurs de 13 à 18 ans. L'incarcération des mineurs de 13 ans n'était permise que si l'infraction reprochée était un crime ; le mineur devait être absolument séparé des autres détenus (loi du 22 juillet 1912, art. 3, al.3)<sup>2</sup>. Désormais, la détention préventive n'intervient que si cette mesure paraît indispensable, ou encore *s'il est impossible de prendre toute autre disposition*. Elle n'est admise à l'égard d'un mineur de 13 ans que *par ordonnance motivée et s'il y a prévention de crime* (ordonnance du 2 février 1945, art. 11).

A Paris, la maison de détention préventive pour mineurs est, depuis la désaffectation de la Petite Roquette, constituée par les prisons de Fresnes.

Contre l'ordonnance du juge prescrivant la mesure de placement ou d'internement, un recours peut être formé par les parents du mineur, jusqu'au troisième degré inclusivement, son tuteur ou subrogé tuteur ou le ministère public. Il est porté devant la Chambre des mises en accusation (ordonnance du 2 février 1945, art. 10)<sup>3</sup>.

Ces prescriptions relatives à la garde, à la détention préventive et aux voies de recours sont également applicables à l'information dirigée par le juge des enfants.

## 2° L'INSTRUCTION DÉFINITIVE

**308. Le régime des contraventions.** — Nos explications précédentes ne concernent que les crimes et les délits. A l'égard des contraventions de simple police, infractions très légères, la phase de l'instruction préparatoire est exclue, pour les mineurs aussi bien que pour les adultes. L'agent est cité, directement, devant la juridiction du jugement.

La loi de 1912 avait introduit un système hybride, comportant, outre la distinction fondée sur l'âge, une autre distinction qui tenait compte de la qualité, chez le jeune inculpé, de délinquant primaire ou de récidiviste en matière de contraventions.

1. Aux termes de la loi du 27 juillet 1942, l'Assistance publique cessait de figurer sur la liste des institutions bénéficiaires de la remise provisoire. Cette liste comprenait, en revanche, les institutions relevant du commissariat général à la Famille, et du Secrétariat d'Etat à l'éducation nationale.

2. Cette incarcération résultait d'une ordonnance motivée du juge d'instruction ; dans le silence de la loi, on admettait, conformément au droit commun, qu'elle pût être frappée d'appel par le ministère public, mais par lui seul, devant la Chambre des mises en accusation (art. 135 al. 3, C. instr. crim. *infra*, n° 1360).

3. Sous le régime de la loi du 22 juillet 1912 (art. 16) l'opposition contre la mesure de placement (à l'exclusion de la détention préventive) était portée, dans les trois jours, devant la Chambre du Conseil, par voie de simple requête. Cette voie d'appel était maintenue, et soumise aux mêmes règles de compétence, par la loi de 1942 (art. 4 *in fine*.)

a) S'agissait-il d'un mineur de 13 ans inculpé d'une première contravention ? Il était traduit devant le tribunal de simple police, constitué par le juge de paix, qui lui adressait, le cas échéant, une admonestation, et une réprimande à ses parents, à son tuteur, ou à son gardien. Admonestation ni réprimande n'avaient de caractère répressif<sup>1</sup> ;

b) S'agissait-il d'un mineur de 13 ans récidiviste en matière de contraventions aux termes de l'article 483 du Code pénal, c'est-à-dire ayant commis plusieurs contraventions dans un délai maximum d'un an et dans le même canton ? Il était, par une disposition curieuse de la loi (art. 14 *in fine*), assimilé, au point de vue de la compétence et de la sanction, au mineur du même âge inculpé de crime ou de délit. Il était traduit devant la Chambre du conseil qui pouvait prescrire, à son égard, l'une des mesures éducatives énumérées ;

c) S'agissait-il, enfin, d'un mineur de 13 à 18 ans ? La distinction entre le délinquant primaire et le récidiviste était exclue. L'inculpé était traduit devant le tribunal de simple police, c'est-à-dire le juge de paix. Au cas de discernement, il encourait, comme un adulte, une faible amende ou une courte peine d'emprisonnement. Au cas de non-discernement, il était purement et simplement acquitté<sup>2</sup>.

La solution originale concernant les mineurs de 13 ans récidivistes pouvait s'expliquer, parce que la commission par un enfant d'infractions répétées, même si elles sont très légères, témoigne d'un défaut de surveillance qui peut appeler des mesures de redressement prolongées. Mais il était illogique que ce régime ne fût pas étendu aux mineurs au-dessus de 13 ans, vis-à-vis desquels les mêmes raisons intervenaient<sup>3</sup>. Et il était choquant qu'en matière de contraventions le droit pénal fût, dans la réalité des choses, plus afflictif à l'égard des enfants qu'à l'égard des adultes.

L'ordonnance simplifie heureusement le régime institué par la loi de 1912. Les dispositions spéciales visant le cas de récidive contraventionnelle imputée au mineur de 13 ans sont abolies. Le mineur de 13 ans ne peut être l'objet que d'une admonestation du juge de paix.

A l'égard des mineurs de 13 à 18 ans, toute peine privative de liberté

1. Quant aux voies de recours : 1° L'appel était exclu, soit à cause des règles générales sur le caractère exceptionnel de cette voie de recours devant le tribunal de simple police (ci-dessous, n° 1502 et suiv.) soit à cause du silence de l'art. 14 de la loi de 1912 ; 2° On admettait, en général, que si le mineur et ses parents ne comparaissaient pas, l'admonestation et la réprimande ne pouvaient avoir lieu en leur absence ; 3° On admettait, malgré le silence de l'art. 14, la possibilité d'un pourvoi en cassation qui était porté devant la Chambre criminelle.

2. Ces solutions étaient dictées par le silence de la loi. Crim. 7 janv. 1876, S., 76, 1, 96 ; 3 mai 1912. B. crim., n° 247 ; 4 juillet 1912. B. crim., n° 375. — Par contre, la loi colonienne (Code pénal de 1936, art. 72) étend le régime de la liberté surveillée, pour une période d'un à deux ans, au mineur de 14 à 18 ans auteur de simples contraventions.

3. La loi du 27 juillet 1942, s'inspirant de ces considérations, étendait aux mineurs de treize à seize ans (désormais bénéficiaires, en matière de délits et de contraventions d'une irresponsabilité pénale absolue, (*infra* n° 320), le régime en vigueur pour ceux de treize ans et fondé sur la distinction entre le délinquant primaire et le récidiviste (art. 24, al. 2, 3, et 4). Mais la seule mesure éducative que, vis-à-vis de ce dernier, la Chambre du conseil pouvait prescrire était le renvoi de l'enfant à sa famille ou à la personne en ayant la garde (*infra* n° 312). D'autre part, l'amende prévue par la loi pouvait être prononcée. Aux mineurs de seize à dix huit ans, la loi de 1942 appliquait, purement et simplement, le droit commun des adultes (art. 24 al. 1).

est exclue. *Si la contravention est établie, le juge pourra, soit admonester le mineur, soit prononcer la peine d'amende prévue par la loi.* Comme en matière criminelle et correctionnelle, la question de discernement est abolie.

Il n'y a pas de voie de recours, aucune mention n'en étant faite dans le texte, dont l'article 21 exclut, formellement, en matière de contraventions, l'application du droit commun.

**309. Constitution de la juridiction pour mineurs.** — Le régime de la loi du 22 juillet 1912 reposait, en matière criminelle et correctionnelle, sur une distinction fondamentale entre les mineurs âgés de moins ou de plus de 13 ans.

a) Les mineurs de 13 ans étaient tenus pour irresponsables ; ils étaient en dehors du droit pénal. Pour les crimes et délits qu'ils pouvaient commettre, ils relevaient du *tribunal civil*, réuni en Chambre du conseil, c'est-à-dire siégeant sans publicité, qui ne pouvait ordonner, à leur égard, que des mesures éducatives ;

b) Les mineurs au dessus de 13 ans étaient justiciables d'une chambre spécialisée du tribunal correctionnel d'arrondissement, constituant le *tribunal pour enfants et adolescents*, et devant qui la question de discernement était posée. Toutefois, lorsque l'inculpé de crime était un mineur de 16 à 18 ans, ou lorsque, âgé de 13 à 16 ans, il avait des complices majeurs et présents, il relevait, conformément au droit commun, de la Cour d'assises.

Or ce système a soulevé, dans l'application, plusieurs critiques :

1° D'une part, il est apparu que la limite de 13 ans était artificielle. Le caractère propre de la juridiction pour mineurs est d'être une juridiction bienveillante, un organe de protection plutôt que de répression. Lorsque s'affirma la tendance à généraliser les mesures éducatives, à les étendre à de nouvelles catégories de mineurs, disparut la raison d'en différencier la composition à l'égard des enfants en bas âge.

2° Par contre, le particularisme de la juridiction pour mineurs devait s'affirmer, s'affranchir de certaines exceptions jusqu'alors admises. Quand l'inculpé de 13 à 18 ans avait des complices majeurs et présents, la loi du 22 juillet 1912 imposait, à l'égard de tous, l'application du droit commun, c'est-à-dire la compétence du tribunal correctionnel normalement constitué, pour les délits, et de la Cour d'assises, pour les crimes. Le but était d'éviter la scission des instances, et la contradiction des jugements qui pouvait s'en suivre. Mais le mineur était privé du bénéfice que constitue pour lui l'examen de son cas par des magistrats amis de l'enfance. Il a paru que la seconde considération devait prévaloir sur la première.

3° *A fortiori* critiquait-on la règle qui réservait, dans tous les cas, à la Cour d'assises le jugement des crimes imputés à des mineurs de 16 à 18 ans. Il est vrai que les peines les plus sévères pouvaient, et peuvent encore, être prononcées contre eux, et que la participation des juges populaires est regardée, traditionnellement, comme une garantie. Mais on se demande, si la vocation du juge spécialisé dans les affaires de mineurs n'est pas, pour le jeune accusé, une garantie plus précieuse encore.

Ainsi s'expliquent les trois innovations principales introduites par l'ordonnance du 2 février 1945 : l'abolition de la Chambre du conseil ; le régime nouveau, et commun à tous les mineurs, du tribunal pour enfants ; les modalités particulières de son organisation à l'égard des crimes.

**310. La « Chambre du Conseil » d'après la loi du 22 juillet 1912 : organisation et compétence.** — L'irresponsabilité pénale absolue du mineur de 13 ans ne signifie pas que l'infraction qui lui est imputée doit échapper à toute constatation judiciaire. Cette constatation doit avoir lieu, tant pour sauvegarder les intérêts civils de la personne lésée que pour permettre l'application des mesures éducatives que requiert l'état moral de l'enfant<sup>1</sup>. Mais comme le mineur de 13 ans est « en dehors du droit pénal » cette juridiction de jugement n'est pas une juridiction pénale : c'est le tribunal civil, formé de 3 juges, et statuant en « chambre du conseil, c'est-à-dire sans la publicité<sup>2</sup> ordinaire. Le choix du tribunal civil s'explique en outre parce qu'au moment où le législateur a statué, le tribunal civil, en vertu d'une loi de 1907, faisait fonction de conseil de famille des enfants naturels. Il n'était pas étranger aux questions de l'enfance<sup>3</sup>.

La Chambre du conseil connaît de tous crimes et délits imputés aux mineurs de 13 ans. Elle connaît même des contraventions, au cas de récidive (*supra*, n° 308). Elle est seule compétente à l'égard du mineur, même s'il a des complices présents et majeurs, ou mineurs de 13 à 18 ans. L'irresponsabilité pénale de l'enfant est une règle d'ordre public, qui excluait toute autre solution.

Quand le fait imputé est établi<sup>4</sup>, la Chambre du conseil ordonne une mesure éducative qui peut être soit le renvoi de l'enfant à sa famille, — soit sa remise à une personne ou à une institution charitable — soit sa remise à l'Assistance publique (art. 6). Dans les deux premiers cas, elle peut ordonner, en outre, le placement du mineur sous le régime de la liberté surveillée, c'est-à-dire qu'un délégué du tribunal est chargé de le suivre, et d'exercer, sur son éducation, un pouvoir de contrôle.

**311. L'instance devant la Chambre du conseil.** — Le tribunal civil est saisi par le juge d'instruction, qui a dû connaître de l'affaire (*supra* n° 300) et ne peut être saisi que par lui.

Toute assistance n'est pas exclue. Partagé entre les avantages respectifs de la publicité conforme au droit commun et du huis-clos qui épargne à l'enfant une impression de honte et sauvegarde mieux son avenir, le légis-

1. Certaines législations fixent cependant une période de complète irresponsabilité pénale, excluant toute instance judiciaire, et toutes mesures, même éducatives. Cette période dure jusqu'à 6 ans en Suisse. (Code pénal de 1938, art. 82) ; jusqu'à 7 ans en Finlande (Code pénal, chap. III, § 1), en Egypte (Code pénal de 1937, art. 65), et dans l'Union Sud-africaine (*Children Protection Act* de 1913).

2. Partagé entre les avantages respectifs de la publicité conforme au droit commun et du huis-clos qui épargne à l'enfant une impression de honte et sauvegarde mieux son avenir, le législateur s'était résigné à une solution moyenne. *Étaient* seuls admis à l'audience : les membres des sociétés de patronage, des comités de défense d'enfants traduits en justice, et d'autres personnes ayant reçu une délégation du président du tribunal.

3. En pratique, et notamment au tribunal de la Seine, la Chambre du Conseil était formée des mêmes magistrats qui composaient le tribunal pour enfants, juridiction répressive. Les mêmes constituaient la chambre du tribunal civil appelée à connaître des corrections paternelles et des demandes en déchéance de la puissance paternelle. Ainsi était heureusement amorcée la spécialisation des magistrats s'intéressant aux problèmes de l'enfance.

4. La relaxe est ordonnée lorsqu'une erreur de fait est constatée, lorsque la poursuite est éteinte... Crim. 24 juillet 1924. S., 25. 1, 285.

lâteur de 1912 s'est résigné à une solution moyenne. Sont seuls admis à l'audience : les membres des Sociétés de patronage, des Comités de défense d'enfants traduits en justice et, d'autres personnes ayant reçu une délégation du président du tribunal.

La procédure est simple. On entend l'enfant, les témoins, les gardiens de l'enfant, les parents, le tuteur, le ministère public, le défenseur.

La décision, qui prononce la relaxe ou ordonne une mesure éducative pouvant se prolonger jusqu'à la majorité civile de l'enfant, est lue publiquement (art. 6). Elle est soumise aux voies de recours du droit commun<sup>1</sup>, et susceptible, en outre, de modification ultérieure, au cas d'incident à la liberté surveillée.

**312. Réforme et suppression de la « Chambre du conseil » : le juge des enfants.** — Nous avons dit (*supra* n° 309) les critiques que suscitait l'existence d'une juridiction spéciale pour les mineurs de 13 ans. La loi vichysoise du 27 juillet 1942 qui, s'inspirant de ces critiques, réalisait l'unité de compétence à l'égard des mineurs de tout âge, n'abolissait pas, de ce chef, la Chambre du conseil. Tout en maintenant sa composition antérieure, et, en général, les caractères de l'instance, elle lui assignait un rôle tout nouveau. Saisie par le juge d'instruction, la Chambre du conseil examinait la prévention (loi du 27 juillet 1942, art. 8). Quand celle-ci n'était pas fondée, elle prononçait la relaxe<sup>2</sup>. Dans le cas contraire, elle avait le choix entre les deux décisions suivantes : rendre l'enfant à ses parents ou à la personne qui en avait la garde, en le plaçant, si elle croyait devoir le faire, sous le régime de la liberté surveillée ; ou ordonner sa comparution devant le tribunal pour enfants et adolescents. En définitive, la Chambre du conseil revêtait le caractère double et exerçait la fonction de filtrage qui sont aujourd'hui dévolus au juge des enfants.

Nous estimons que l'ordonnance du 2 février 1945, qui s'est approprié l'idée de base du législateur de 1942, en a réellement amélioré l'application. La loi de 1942 était restée fidèle au principe de collégialité, profondément ancré dans la mentalité et dans les habitudes françaises. L'ordonnance se rapproche des législations étrangères<sup>3</sup> par l'institution — prudente et limitée à des cas simples. — du juge unique.

La loi du 27 juillet 1942 allongeait et alourdissait l'instance, en ajou-

1. L'appel était ouvert contre un jugement contradictoire. On admettait, dans le silence de la loi, que l'opposition fût formée contre un jugement par défaut (arg. art. 186. C. instr. crim.). En ce sens : NAST et KLEINE, *Code manuel des tribunaux pour enfants*, Pichon, 1913, n° 117 et 118 ; *contra* GARRAUD, *Traité théor. et prat.*, 3<sup>e</sup> éd., t. I, n° 393. Le recours en cassation était également admis ; il était porté, bien que la décision émanât d'une juridiction civile, devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation : Crim., 17 août 1916. *D. P.*, 1920, 1, 79 ; *S.*, 1918-19, 1, 99. Enfin, par une importante dérogation aux règles ordinaires, la loi de 1912 (art. 10 et 11) autorisait, à la requête du ministère public, des parents, du tuteur, ou même d'office, la révocation, par le tribunal qui les avait prescrites, des mesures dont l'expérience aurait révélé les inconvénients.

2. La relaxe est ordonnée lorsqu'une erreur de fait est constatée, lorsque la poursuite est éteinte... Crim. 24 juillet 1924, *S.*, 25. 1. 285. En pareil cas, aux termes de la loi de 1942, art. 8, al. 2, le parquet apprécie s'il convient de signaler la situation du mineur aux services chargés de la protection de l'enfance et de la jeunesse.

3. Le système du « juge unique » a donné d'excellents résultats aux Etats-Unis et en Belgique. Dès 1911, il avait obtenu les préférences de la commission du Sénat.

tant aux deux juridictions d'instruction une troisième juridiction d'instruction. L'ordonnance, au contraire, simplifie en créant, pour les cas légers qu'elle prévoit, l'unité d'instance.

**313. Le tribunal pour enfants et adolescents. Sa compétence, sous le régime de la loi du 22 juillet 1912.** — Sous le régime de la loi du 22 juillet 1912, les mineurs de 13 ans échappaient à la compétence du tribunal pour enfants et adolescents. Celui-ci était, par contre, la juridiction répressive ordinaire à l'égard des infractions commises par des mineurs de 13 à 18 ans. Toutefois, lui étaient soustraits :

1° Les mineurs de 16 à 18 ans inculpés de crimes qui, en vertu d'une tradition remontant au Code pénal de 1810, relevaient de la Cour d'assises (arg. art. 68 C. pénal) ;

2° Les mineurs de 13 à 18 ans ayant des co-accusés majeurs et présents qui, pour éviter une scission de l'instance, devaient être traduits devant la juridiction compétente à l'égard de ces derniers : c'est-à-dire la Cour d'assises, s'il s'agissait d'un crime ; la chambre ordinaire du tribunal correctionnel, s'il s'agissait d'un délit (loi du 22 juillet 1912, art. 18)<sup>1</sup>.

Ce sont ces complications que, dans un esprit de simplification et de faveur accentuée pour la spécialisation du régime de l'enfance, l'ordonnance du 2 février 1945 a fait disparaître.

**314. Sa compétence, sous le régime de l'ordonnance du 2 février 1945.** — La compétence du tribunal pour enfants est généralisée :

a) Elle s'applique à tous les mineurs de 13 ans. Elle ne subit pas d'exception pour les mineurs de 13 ans.

b) Elle ne subit pas d'exception au cas de co-accusés majeurs et présents<sup>2</sup>. On a vu (*supra* n° 303) qu'en pareil cas majeurs et mineurs sont soumis au même juge d'instruction. Mais celui-ci prononce la disjonction. Les adultes sont traduits devant la juridiction de droit commun, tandis que les mineurs sont appelés à comparaître devant le tribunal pour enfants. L'idée nouvelle est que le privilège de juridiction accordé à l'enfance offre un intérêt supérieur à celui que présente l'unité de l'instance, même si la dualité risque d'entraîner une contradiction de jugements.

c) Elle ne subit pas d'exception pour les mineurs de 16 à 18 ans inculpés de crimes<sup>3</sup>. Toutefois, pour sauvegarder l'intérêt légitime de ces derniers, l'organisation du tribunal et la procédure sont alors soumises à des règles spéciales, qui seront exposées plus loin.

1. Par contre, un mineur de 13 ans ne pouvait être invité à comparaître que devant la Chambre du conseil, même s'il avait des complices majeurs et présents. En pareil cas, la procédure était disjointe (loi du 22 juillet 1912, art. 8). A l'étranger, la règle généralement suivie attribue compétence aux tribunaux de droit commun. En Italie, la disjonction est facultative ; elle est décidée par le Procureur général, à l'égard des co-accusés mineurs de 18 ans (loi du 20 juillet 1924, art. 9) ; elle est obligatoire en Belgique (loi du 15 mai 1912, art. 20).

2. La loi du 27 juillet 1942 supprimait l'exception introduite, à cet égard, par la loi du 22 juillet 1912. D'après M. BANCAL (*op. cit.* p. 39) la complicité d'un adulte se présente dans un cas sur trois ; et il s'agit, le plus souvent, du père ou de la mère du jeune inculpé.

3. La loi du 27 juillet 1932 supprimait également cette exception (art. 6). Précédemment, une pratique extra-légale s'était instituée, tendant à correctionnaliser les affaires de mineurs. (BANCAL, *op. cit.*, p. 42.)

**315. L'organisation du tribunal pour enfants.** — L'extension de compétence a pour corollaire un remaniement de la composition et de l'organisation des tribunaux pour enfants.

Sous le régime de la loi de 1912, le tribunal était constitué par une chambre du tribunal d'arrondissement (art. 15). Dans les grands tribunaux, on faisait en sorte qu'elle fût composée de magistrats spécialisés, s'intéressant aux questions de l'enfance : les affaires de correction paternelle, celles de déchéance de la puissance paternelle étaient également portées devant elle. Dans les petits tribunaux, ne possédant qu'une chambre, on réservait du moins certaines audiences au jugement des mineurs.

L'idée de constituer de grandes juridictions pour mineurs, à ressort étendu, dépassant même celui de la Cour d'appel, fut adoptée et mise en œuvre par la loi du 27 juillet 1942. On suivait l'exemple donné par l'Italie<sup>1</sup>. L'innovation se justifiait par le fait que les tribunaux d'arrondissement n'avaient, pour la plupart, chaque année à connaître que d'une quantité restreinte d'affaires de mineurs.

En élargissant leur ressort<sup>2</sup>, en réduisant leur nombre, on diminuait les frais généraux. On pouvait renforcer la spécialisation des magistrats. On pouvait améliorer l'équipement, tant au point de vue des auxiliaires (rapporteurs et délégués près le tribunal pour enfants) que du matériel : chaque tribunal avait à sa disposition un *centre d'observation*, muni d'un outillage moderne. L'inconvénient, corrélatif, était d'imposer des transferts onéreux : pour les mineurs non résidant au siège du tribunal, à l'égard desquels l'instruction se faisait sur place, des mesures urgentes (enquête sociale, examen médico-psychologique) étaient sacrifiées ou compromises.

L'ordonnance du 2 février 1945 maintient le ressort actuel qui est celui du tribunal correctionnel : l'arrondissement, bientôt peut-être le département<sup>3</sup>. Mais le tribunal pour enfants a, désormais, sa composition propre. Il comprend le *juge des enfants*, président, et deux assesseurs qui sont des personnes privées de l'un ou l'autre sexe, âgées de plus de 30 ans, de nationalité française, et s'étant signalées par l'intérêt qu'elles portent aux questions concernant l'enfance. Ces assesseurs sont nommés pour 3 ans par arrêté du ministre de la justice (art. 12). Ils ont voix délibérative. C'est le système de l'*échevinage* (*infra*, n° 1419).

1. En Italie, la juridiction pour mineurs est rattachée au siège de la Cour d'appel.

2. D'après la loi de 1942, le président du tribunal pour enfants est un magistrat de la Cour d'appel (art. 14). Le parquet est tenu par un avocat général ou substitut du procureur général, assisté d'un ou plusieurs substituts (art. 16). La composition du tribunal varie suivant que l'infraction à juger est un délit ou un crime.

S'il s'agit d'un délit, le tribunal comprend, outre le président, deux magistrats de première instance. C'est la composition antérieure, sauf la dignité supérieure du président.

S'il s'agit d'un crime, le tribunal comprend, en outre, deux assesseurs, choisis parmi les personnes âgées de plus de trente ans, remplissant les conditions générales d'accès à la fonction publique et qui se sont déjà signalées par l'intérêt qu'elles portent aux questions concernant l'enfance. Il sont nommés pour un an, par arrêté du garde des Sceaux (art. 14).

3. En cas de rattachement de tribunaux, la compétence du tribunal pour enfants établi au siège du tribunal de rattachement s'étend aux ressorts des tribunaux rattachés. (Ordonnance du 8 sept. 1945).

D'autre part, quelques concessions sont faites à l'idée d'un rattachement à la Cour d'appel. A Paris, où les statistiques témoignent que se jugent plus de la moitié des affaires de mineurs, l'ordonnance permet de déléguer dans les fonctions de président du tribunal pour enfants un conseiller à la Cour. Un substitut du procureur général peut être chargé du ministère public (art. 4 in fine). Dans le ressort de chaque Cour, un conseiller est « délégué à la protection de l'enfance ». Ainsi, un magistrat peut maintenir sa spécialisation et consacrer de longues années de sa carrière aux affaires de mineurs, sans renoncer à l'avancement.

Enfin, le ressort et la composition du tribunal sont fixés différemment, quand un mineur de 16 à 18 ans est accusé de crime. Ici interviennent les règles spéciales dont nous réservons l'examen.

**316. L'instance, sous le régime de la loi du 22 juillet 1912.** — Le droit de citation directe étant exclu (*supra* n° 300) le tribunal pour enfants et adolescents ne peut être saisi que par ordonnance du juge d'instruction<sup>1</sup>.

Quant aux règles de l'instance, elles reproduisent, avec quelques différences de détails, celles en vigueur devant la Chambre du conseil, pour les mineurs de 13 ans (*supra* n° 311).

Ici encore, la publicité est restreinte. La seule différence est qu'aux membres des sociétés de patronage, des Comités de défense des enfants traduits en justice etc, s'ajoutent les représentants de la presse. Admission assez singulière, puisqu'aucune reproduction des débats dans les journaux n'est permise, et que, dans le texte du jugement lui-même, le nom du mineur ne sera figuré que par une initiale<sup>2</sup>.

Ici encore, la procédure comprend l'audition de l'enfant, des témoins, des parents, du tuteur, du ministère public, du défenseur<sup>3</sup>. Un échange de vues s'engage, ayant bien moins le caractère d'un débat judiciaire que d'une collaboration affectueuse en vue de pourvoir de façon utile à l'avenir de l'enfant. Aucun mineur ne doit être présent à l'examen de l'affaire concernant un autre mineur.

**316 bis. L'instance, d'après l'ordonnance du 2 février 1945.** — Le tribunal pour enfants est saisi, soit par le juge des enfants, soit par le juge d'instruction, soit par la Chambre des mises en accusation saisie par renvoi du juge d'instruction (art. 9) ou sur appel formé contre une ordonnance de ce dernier (ordonnance du 2 février 1945, art. 13)

Les changements apportés à l'instance, et qui se justifient d'eux-mêmes, sont :

1° L'exclusion des journalistes, en rapport avec l'interdiction qui est faite de publier sous une forme quelconque un compte rendu des débats, de reproduire une illustration quelconque concernant le mineur, etc. (art. 14, al. 4).

1. Sous le régime de la loi du 27 juillet 1942, le jeune inculpé est déféré au tribunal pour enfants par la Chambre du conseil, ou par le ministère public interjetant appel, quand l'enfant a été rendu par celle-ci à la famille (art. 9).

2. La loi de 1942 excluait, en conséquence, les journalistes, et aggravait (art. 13) les sanctions atteignant la publication du tout compte-rendu, portrait, illustration, concernant le jeune inculpé.

3. La loi de 1942 prévoyait en outre une enquête ou un complément d'enquête auquel il était procédé sur l'initiative d'un juge rapporteur désigné par le président.

2° L'exclusion du mineur lui-même, qui est invité à se retirer après l'interrogatoire et l'audition des témoins (art. 14, al. 3). Il peut même être dispensé de comparaître, si son intérêt l'exige ; il est alors représenté par son défenseur, par ses parents ou par son tuteur. La décision est réputée contradictoire (art. 13)<sup>1</sup>.

La décision peut être ajournée, et le mineur soumis à une période d'épreuve pendant laquelle il est placé sous le régime de la liberté surveillée. Ainsi, la liberté surveillée « préjudicielle » est maintenue, ainsi que, pendant la phase précédente, la liberté surveillée « provisoire » (art. 10), comme préludes à la liberté surveillée « accessoire ». L'activité des délégués à la liberté surveillée est coordonnée et contrôlée par des délégués professionnels ou « permanents » (art. 25), qui seront, sans doute, en pratique, des assistantes sociales.

**317. Le cas des mineurs de 16 à 18 ans accusés de crime.** — Le cas des mineurs de 16 à 18 ans accusés de crime appelait une réglementation spéciale. Ces mineurs encourant, au cas où leur discernement serait reconnu, les mêmes peines que les adultes — y compris le châtiment capital — il avait paru impossible d'exclure, à leur préjudice, la participation du jury. La loi du 22 juillet 1912 les déferait à la Cour d'assises.

Mais alors, d'autres garanties étaient abandonnées : celles que constituent l'examen de l'affaire par des magistrats spécialisés dans les questions de l'enfance, et la procédure paternelle du tribunal pour enfants. Le législateur vichyssois de 1942 crut introduire un palliatif suffisant en décidant qu'en pareil cas<sup>2</sup>, le tribunal pour enfants et adolescents, désormais compétent, comprendrait, outre sa composition normale, deux assesseurs choisis parmi les personnes âgées de plus de 30 ans remplissant les conditions générales d'accès à la fonction publique, et s'étant déjà signalées par l'intérêt qu'elles portaient à l'enfance. Ces personnes remplaceraient le jury. C'était le système de l'*échevinage*, dont l'ordonnance du 2 février 1945 devait faire, comme on l'a vu, (*supra*, n° 315) une plus large application.

Pour les mineurs de 16 à 18 ans accusés de crime, l'ordonnance cumule les garanties dues aux mineurs et celles accordées aux adultes. Le mineur est jugé au siège de la Cour d'assises par le tribunal pour enfants avec sa composition ordinaire (le juge des enfants, et les deux assesseurs), mais complété par le jury. Les pouvoirs attribués au président des assises seront exercés par le président du tribunal pour enfants, ceux de la Cour par les trois membres de ce tribunal (art. 20). C'est le système de l'assessorat combiné avec celui de l'échevinage.

### 3° LE JUGEMENT ET LES VOIES DE RECOURS

**318. L'objet du jugement : la question de discernement et ses conséquences d'après la loi du 22 juillet 1912.** — L'objet de la sen-

1. La loi du 22 juill. 1912 (art. 5) n'exigeait la présence, aux débats, du mineur en cause que s'il s'agissait d'un mineur de 13 ans. Jugé, en conséquence qu'est justifié l'arrêt qui statue contradictoirement à l'égard d'un mineur de plus de 13 ans non présent, mais représenté, ainsi que son père, par un avocat : Crim., 15 nov. 1945, *D.*, 1946, *J.*, 110.

2. Cf. ci-dessus, n° 315, p. 180, note 2.

tence subit une modification importante, par suite de la suppression de la question de discernement.

La question de discernement était le pivot du système institué par le Code pénal, et dont la loi de 1912 avait maintenu le principe à l'égard des mineurs de 13 à 18 ans. Elle se posait, quelle que fût la juridiction devant laquelle le mineur comparaisait — même s'il était traduit, avec des complices majeurs et présents, devant la Cour d'assises ou à l'audience ordinaire du tribunal correctionnel. En Cour d'Assises, la question était posée par le président au jury, après la question générale de culpabilité. En matière correctionnelle et dans toute affaire dont le tribunal pour enfants et adolescents était saisi, les motifs du jugement devaient témoigner que le tribunal s'était occupé du discernement.

Les conséquences de la réponse étaient les suivantes :

a) Quand l'enfant était reconnu avoir agi *sans discernement*, il était acquitté. Mais le tribunal devait prendre, à son égard, l'une des mesures éducatives suivantes :

1° Rendre l'enfant à ses parents. Cette solution devait prévaloir lorsque l'infraction était de faible gravité et que la famille inspirait confiance ;

2° Le confier à une personne ou à une institution charitable pour une durée pouvant aller jusqu'à l'âge de 21 ans ;

3° Ordonner — et c'était la mesure la plus sévère — l'internement du mineur dans une *colonie pénitentiaire*, appelée, depuis un décret du 31 décembre 1927, *maison d'éducation surveillée* — devenue aujourd'hui, *institution publique d'éducation surveillée*<sup>1</sup>.

En remettant l'enfant à sa famille, en le confiant à une personne ou à une institution charitable, le tribunal pouvait le soumettre à la surveillance d'un délégué.

Depuis la loi du 22 juillet 1912, la remise à l'Assistance publique avait cessé de figurer parmi les mesures éducatives que le tribunal peut prescrire, à titre définitif, à l'égard des mineurs de 13 à 18 ans<sup>2</sup>. Le législateur s'était laissé justement impressionner par le danger de l'influence que les jeunes délinquants peuvent exercer sur les enfants matériellement ou moralement abandonnés qui sont les pupilles de l'Assistance publique.

b) Au cas de discernement reconnu, une condamnation intervenait. Une peine était prononcée. Mais le taux variait suivant l'âge du mineur.

1° Le mineur de 13 à 16 ans bénéficiait de l'*excuse atténuante de la minorité* qui entraînait réduction des peines correctionnelles, et substitution aux peines criminelles d'un emprisonnement dont la durée maximale était de 20 ans (art. 67 C. pénal) ;

2° Le mineur de 16 à 18 ans était puni comme un majeur<sup>3</sup>.

### 319. La notion de discernement et les raisons de la réforme. —

1. Article 66 du Code pénal (rédaction de la loi du 22 juillet 1912). *Lorsque le prévenu ou l'accusé aura plus de 13 ans et moins de 18, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement il sera acquitté ; mais il sera, selon les circonstances, remis à ses parents ou à une personne ou à une institution charitable, ou conduit dans une colonie pénitentiaire, pour y être élevé ou détenu pendant le nombre d'années que le jugement déterminera, et qui, toutefois, ne pourra excéder l'époque où il aura atteint l'âge de 21 ans.*

2. Crim., 14 mai 1914, S., 1914, 1, 497, note Roux ; 3 juillet 1914, S., 1915, 1, 143.

3. Les législations étrangères se montrent, à cet égard, plus indulgentes. Le bénéfice d'une réduction de peine est accordé aux mineurs de 18 ans en Suède (Code pénal 1864,

L'expérience a montré les difficultés que soulève l'appréciation du *discernement*.

Ce terme est susceptible de deux acceptions.

Dans une première interprétation, le discernement est la connaissance, par l'enfant, qu'il contrevient à une disposition de la loi pénale, la conscience qu'il accomplit un acte illicite. Le terme est, alors, synonyme d'*intention coupable*<sup>1</sup>. Ainsi entendu, le discernement se rencontre chez la plupart des jeunes délinquants de 13 à 18 ans.

Si, au contraire, on entend par *discernement* un certain développement des facultés mentales qui permet à l'agent de sentir l'immoralité de sa conduite, il apparaîtra exceptionnel chez des enfants qui ont souffert d'une éducation défectueuse et grandi dans un mauvais milieu. Comme l'écrit M. Garraud<sup>2</sup>: « Pour distinguer le bien du mal, pour comprendre qu'il y a une vie honnête et une autre qui ne l'est pas, il faut pouvoir faire la comparaison ».

La difficulté de pénétrer la psychologie du mineur a fait prévaloir dans la pratique une méthode indépendante de ces deux interprétations. Depuis longtemps, les juges et les jurés s'affranchissent de la notion de *discernement*. Ils se demandent, d'un point de vue utilitaire, s'il vaut mieux, dans le cas concret, frapper l'enfant d'une peine ou le soumettre à des mesures d'éducation. Et comme un préjugé s'est élevé, à l'époque moderne, contre l'infliction aux enfants de sanctions pénales, la question de discernement est, dans la grande majorité des cas, résolue par la négative.

chap. v, § 3), en Allemagne (loi du 16 février 1923, § 8); en Italie (Code pénal de 1930, art. 98). En Suisse, les mineurs obtiennent une réduction de la peine jusqu'à l'âge de 20 ans (Code pénal de 1937, art. 100); en Yougoslavie jusqu'à 21 ans (Code pénal de 1929, § 30). De même au Brésil (Code des mineurs de 1927). En Angleterre (*Childrens and Young Persons act* de 1933), pour les mineurs de 17 à 21 ans, les tribunaux de droit commun peuvent substituer à la peine une mesure d'éducation, s'ils la jugent plus efficace. En Suède, des lois du 15 juin 1935 et du 13 mars 1937, entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1938, ont introduit pour les mineurs de 18 à 21 ans, auteurs d'infractions passibles des travaux forcés ou de l'emprisonnement, un régime mi-répressif, mi-éducatif, celui de la prison-école (Iver STRAHL, Les nouvelles lois suédoises contre la criminalité juvénile, *Revue de science criminelle*, 1938, p. 433). Cette substitution, facultative pour le tribunal, de la mesure de sûreté à la peine entraîne l'affectation des détenus à des travaux agricoles pour une durée variant de 1 à 4 ans (sentence relativement indéterminée). Dans le même esprit, une loi allemande du 4 octobre 1940 (*Verordnung zur Ergänzung des Jugendstrafrechts*) élargit le recours aux mesures éducatives en autorisant, à l'égard des mineurs (*Jugendliche*) la substitution du *Jugendarrest* à l'emprisonnement. Inversement, une autre loi allemande du 4 octobre 1939 (*Verordnung zum Schutz gegen jugendliche Schwerverbrecher*), permet de tenir compte, dans le sens de la sévérité, de cas exceptionnels. Lorsque l'acte imputé à un mineur de 16 à 18 ans révèle une perversité particulière, l'agent, traduit devant la juridiction de droit commun, peut, si sa précocité d'esprit est reconnue (*frühreif*), être frappé de la peine applicable aux adultes (MEZGER, *Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss*, p. 89). On trouve ici l'inspiration de l'adage *Malitia supplet aetatem*, qui, emprunté par notre ancien Régime au droit romain, influença la jurisprudence de nos Parlements. — En Russie, un règlement du 15 juin 1943 prévoit des colonies de redressement pour les adolescents vagabonds, convaincus de légers délits ou incorrigibles des colonies d'enfants. (GALIAKOV, *op. cit.*, p. 134).

1. *Unterscheidung der Strafbarkeit*, suivant l'expression du Code pénal allemand, § 56. Cf. Poitiers, 27 janv. 1928, *D. P.*, 1929, 2, 47. Cette notion du discernement est expressément consacrée par le Code pénal yougoslave, § 28. Aux termes du Code pénal polonais de 1932, art. 69, § 1: *Agir sans discernement, c'est agir sans avoir atteint le développement intellectuel et moral d'un degré permettant de connaître l'importance de l'acte et de régler sa conduite.*

2. *Précis de droit criminel*, 15<sup>e</sup> éd., 1934, n° 101, p. 269.

En décidant que, désormais, cette question ne se poserait pas, le législateur de 1945 a donc consacré un état de fait.

Il reste à voir comment il l'a remplacée.

**320. Substitution à la question de discernement d'une présomption d'irresponsabilité pénale.** — On pouvait admettre l'extension du bénéfice de l'irresponsabilité pénale, que la loi de 1912 réservait aux mineurs de 13 ans. Les adolescents, jusqu'à 16, sinon jusqu'à 18 ans, ne seraient l'objet que de mesures éducatives. C'est, pour les mineurs de 16 ans, le système en vigueur en Belgique, depuis une loi de 1912. C'est, pour les mêmes, une idée dont la loi vichyssoise du 27 juillet 1942 s'était inspirée<sup>1</sup>.

Le législateur de 1945 n'est pas allé jusque là, voulant sans doute réserver les cas graves, où la nécessité d'un moyen répressif s'avérerait. Il maintient donc, quant au traitement pénal, la démarcation précédente entre les mineurs de 13 ans et les autres.

Pour les mineurs de 13 ans, la répression demeure exclue : la présomption d'irresponsabilité pénale dont ils bénéficient est absolue, irréfutable. Il ne peut être question, à leur égard, que de mesures éducatives.

Quant aux autres, la question de discernement, abolie, est remplacée par une présomption d'irresponsabilité pénale : mais cette présomption souffre la preuve contraire. La règle est l'application exclusive de moyens rééducatifs, mais elle subit exception quand les faits, tenant à la gravité de l'infraction ou à la personne du jeune inculpé, l'imposent. Le tribunal pour enfants peut, en matière de crimes et de délits, lorsque les circonstances et la personnalité du délinquant lui paraîtront l'exiger, prononcer une condamnation pénale (ordonnance du 2 février 1945, art. 2, al. 2).

Les dispositions des articles 66, 67 et 69 du Code pénal sont modifiées en conséquence.

**321. Du cas particulier des mineurs de 13 ans.** — Pour ces mineurs<sup>2</sup>, le régime comporte, en général, les mesures que prévoyait la loi

1. Aux termes de l'art. 17 al. 1 de cette loi : *Tous les mineurs de dix huit ans reconnus auteurs ou complices d'un crime ou d'un délit ne sont en principe l'objet que d'une mesure de protection et de redressement* : c'est donc une présomption d'irresponsabilité pénale qui vient prendre la place de la question de discernement. Mais ses effets varient, suivant l'âge du mineur et la nature de l'infraction :

a) Pour les mineurs de seize ans, la présomption d'irresponsabilité pénale est absolue, irréfutable lorsque l'infraction reprochée est un délit *stricto sensu*. Si c'est un crime, une peine peut être prononcée.

b) Pour les mineurs de seize à dix huit ans, la présomption souffre toujours la preuve contraire. Une peine peut intervenir, quelle que soit la nature, criminelle ou correctionnelle de l'infraction. Une mesure répressive, si le tribunal pour enfants et adolescents l'estime nécessaire (art. 17).

2. Certaines législations étrangères prolongent au delà de 13 ans la période d'irresponsabilité pénale. Elle dure jusqu'à 14 ans en Norvège (Code pénal de 1902, § 46), en Allemagne (loi du 16 février 1923), en Yougoslavie (Code pénal de 1929, § 26), au Brésil (Code des mineurs, du 12 oct. 1927), en Colombie (Code pénal de 1936, art. 70 et suiv. et en Suisse (Code pénal de 1938, art. 83 à 88) ; — 15 ans en Danemark (Code pénal de 1933, art. 15) ; 16 ans en Belgique (loi du 22 mai 1912). — La loi soviétique décide que les peines prévues par la loi peuvent atteindre le mineur, à partir de 12 ans pour certaines infractions (loi du 7 avril 1935, complétée par un règlement du 10 déc. 1940), de 14 ans pour les autres (règlement du 31 mai 1941). La condamnation du mineur suppose d'ailleurs, comme celle de l'adulte, la double faculté de se rendre compte du caractère de ses actes, et de se conduire. — Dans quelques pays de l'Amérique

du 22 juillet 1912. Toutefois, la formule est nouvelle, en rapport avec la diversité croissante des établissements appelés à rééduquer les enfants délinquants.

Ces mesures comprennent :

- 1° La remise aux parents, au tuteur, à la personne qui avait la garde, ou à une personne digne de confiance ;
- 2° La remise à la garde d'une œuvre privée habilitée ;
- 3° Le placement dans un internat approprié ;
- 4° La remise à l'Assistance publique ;
- 5° Le placement dans un établissement ou une institution d'éducation, de formation professionnelle ou de soins, dans un institut médico-pédagogique, de l'Etat ou d'une administration publique, habilité (art. 15).

Les mesures comprises dans la première de ces catégories peuvent être prononcées soit par le juge des enfants (*supra*, n° 301) soit par le tribunal pour enfants. Les suivantes entrent dans la compétence exclusive du tribunal pour enfants. Aux unes et aux autres peut s'ajouter le régime de la liberté surveillée, susceptible de se prolonger, comme ces mesures elles-mêmes, jusqu'à la majorité civile.

**322. Du cas ou l'irresponsabilité pénale d'un mineur de 13 à 18 ans est admise.** — Le régime prévu par l'ordonnance comporte les mesures de protection, d'assistance, de surveillance, d'éducation ou de réformation qui semblent appropriées (art. 2).

Ces moyens rééducatifs sont, en général, les mêmes que l'ordonnance applique aux mineurs de 13 ans. Il y a lieu, toutefois, d'observer les différences suivantes :

- 1° La remise à l'Assistance publique n'est possible qu'en vue d'un traitement médical, ou encore dans le cas d'un orphelin, ou d'un enfant dont les parents ont été déchus de la puissance paternelle<sup>1</sup> ;
- 2° Le placement dans un internat approprié est remplacé par le placement dans une institution publique d'éducation professionnelle, d'éducation surveillée ou d'éducation correctrice (anciennes colonies pénitentiaires et correctionnelles).
- 3° Ce terme : *institution publique* met en relief la tendance de l'Etat à s'arroger le monopole de la rééducation, à l'égard de la jeunesse délinquante.

Ajoutons qu'aux termes de l'article 66 nouveau du Code pénal le tribunal peut se contenter d'adresser une admonestation au jeune prévenu ou accusé.

La décision qui prononce ces mesures est *motivée* (art. 15 et art. 16). Quant à sa nature juridique, le législateur s'abstient de l'énoncer. La formule de l'ancien article 66 du Code pénal, aux termes duquel le mineur ayant agi sans discernement était *acquitté* ne se retrouve pas dans l'ordonnance du 2 février 1945<sup>2</sup>. (*infra* n° 770).

**323. Du cas ou la responsabilité pénale d'un mineur de 13 à 18**

du Sud, notamment à Cuba (Code pénal de 1936, art. 35 et 37) et au Venezuela (Code pénal de 1936, art. 69), l'irresponsabilité pénale n'est reconnue que jusqu'à l'âge de 12 ans.

1. La remise du mineur à l'Assistance publique était exclue par la loi du 27 juillet 1942.
2. Elle ne figurait pas davantage dans la loi du 27 juillet 1942.

**ans est retenu.** — La responsabilité pénale, reconnue, a pour sanction la condamnation à une peine. Il résulte de ce qui précède que l'une et l'autre ont un caractère exceptionnel.

Une innovation importante est l'octroi du bénéfice de l'excuse atténuante aux mineurs de 16 à 18 ans (art. 2; cf. l'art. 67 nouveau du C. pénal)<sup>1</sup>. En s'abstenant désormais de leur appliquer la rigueur pratiquée vis-à-vis des adultes, le législateur se rapproche du système généralement suivi à l'étranger (*supra*, n° 318, p. 183, note 3). Mais l'excuse revêt, en ce qui les concerne, un caractère *facultatif*. Le tribunal pourra décider, à l'égard des mineurs âgés de plus de 16 ans, et par une disposition spécialement motivée, qu'il n'y a pas lieu de retenir l'excuse atténuante de la minorité (art. 2, al. 3; cf. l'art. 67 al. 1 C. pénal nouveau). C'est une soupape de sûreté dont l'utilité, dans l'état des mœurs actuelles, et devant la précocité singulière de jeunes malfaiteurs, ne sera contestée par personne.

Les effets de l'excuse atténuante, quant au taux d'abaissement de la peine, sont déterminés plus loin (n° 772).

**324. Le centre d'observation.** — La suppression de la question de *discernement* ne réduit en aucune manière l'utilité de connaître la personnalité physique et psychologique du jeune délinquant. La pratique, dont le législateur de 1942 et celui de 1945 se sont inspirés, a montré la nécessité d'ajouter à l'examen médical et mental, pour les enfants dont la nature est complexe, une période d'observation et en quelque sorte d'expérimentation, qui permettra de choisir en connaissance de cause la mesure éducative favorable au redressement et à l'avenir professionnel du mineur.

S'inspirant de ce point de vue, la loi du 22 juillet 1912, article 20, permettait au tribunal pour enfants et adolescents d'ajourner sa décision, et de soumettre le jeune inculpé à une période de liberté surveillée<sup>2</sup>. La création de *centres de triage*, utiles surtout pour le dépistage des mineurs anormaux, était prévue par le décret du 15 janvier 1929, article 1<sup>er</sup>. Certaines initiatives privées ou publiques avaient pourvu, depuis quelques années, à la fondation de *centres d'observation*.

Mentionnons : celui du *Patronage de l'enfance et de l'adolescence*, créé à Paris, rue de Vaugirard, en 1925; celui du *Service social de l'enfance en danger moral* pour les enfants de sept à treize ans, à Brunoy; celui de la Faculté de médecine de Lyon, installé dans un quartier de la prison de Saint-Paul<sup>3</sup>; celui de la rue de Crimée, à Paris (1942).

Imitant la récente législation italienne (décret-loi du 20 juillet 1934) qui groupe autour de la juridiction pour mineurs les établissements de divers types destinés à l'examen et au redressement de la jeunesse délin-

1. La loi du 27 juillet 1942, comme la loi du 22 juillet 1912, réservait aux mineurs de seize ans le bénéfice de l'excuse atténuante de la minorité. Une disposition singulière voulait qu'à l'égard de ces mineurs même le bénéfice de l'excuse fût exclu, quand la peine prévue par la loi pour l'infraction était une peine perpétuelle.

2. Sur les caractères de cette mesure, qui peut être l'objet d'un appel immédiat devant la Cour, voir *Crim.*, 1<sup>er</sup> mai 1936, *Gaz. Pal.*, 2 juillet 1936. MAGNOL, *Chronique Revue de Science criminelle*, 1936, p. 542.

3. E. FRANK, *Observation, triage et rééducation*, *Revue de Science criminelle*, 1939, p. 36.

quante<sup>1</sup>, la loi de 1942 voulait qu'un centre d'observation fût annexé à chaque tribunal pour enfants (art. 27). Ces centres, munis d'installations sportives, sanitaires, scolaires, devaient être utilisés pour tous les enfants en danger moral ; à cet effet, une coopération était prévue entre le secrétariat d'Etat à la justice et le commissariat général à la famille (art. 27 *in fine*). Le régime de l'occupation militaire opposa à la réalisation de cette entreprise d'insurmontables obstacles ; c'est une des causes qui ont retardé, jusqu'à son annulation, la mise en vigueur de la loi du 27 juillet 1942<sup>2</sup>.

Dans le système de l'ordonnance, le centre d'observation n'est pas un rouage essentiel du tribunal pour enfants. Même si les difficultés budgétaires qui s'opposent à leur installation sont vaincues, le nombre de ces centres sera très inférieur à celui des tribunaux. Leur éloignement déterminera un large recours aux centres d'accueil, qui existent à Paris (rue de Madrid), Lyon, Poitiers, Toulouse, Nice, etc., et qui sont un modèle réduit des précédents. L'œuvre, simplement amorcée, appelle un délicat effort d'organisation administrative.

**325. Les voies de recours.** — Le problème des voies de recours est renouvelé, lui aussi, par le nouvel aménagement de la juridiction pour mineurs.

A l'égard des décisions du tribunal pour enfants et adolescents, la loi du 22 juillet 1912 n'apportait aucun changement au droit commun. L'appel s'interjetait devant la Cour. L'audience était réglée par les mêmes prescriptions qu'en première instance ; la publicité était restreinte<sup>3</sup>. Contre un jugement rendu par défaut l'opposition était admise. Le recours en cassation était porté devant la Chambre criminelle.

Le législateur de 1942, soucieux d'abroger l'instance, avait supprimé ces divers recours, à l'exception du recours en cassation. Ce mode de simplification souleva diverses critiques<sup>4</sup>. Le législateur du 2 février 1945, qui a usé d'autres moyens pour accélérer la procédure (*supra* n° 301) revient ici à l'application du droit commun.

L'opposition est ouverte au mineur contre les jugements du tribunal pour enfants, aussi bien que du juge pour enfants (*supra* n° 306). Elle fait revenir l'affaire devant le juge qui a précédemment statué. Elle est exclue à l'égard des décisions du tribunal pour enfants qui concernent un mineur de 16 à 18 ans accusé de crime ; en l'absence de l'inculpé, c'est la

1. P. de CASABIANCA, Les nouveaux tribunaux pour les mineurs en Italie, *Revue médico-sociale de l'enfance*, 1935, p. 347.

2. G. MAZO, *Le centre d'observation et la loi du 27 juillet 1942*, Paris, 1944.

3. Sur la faculté, pour la Cour, lorsqu'elle est saisie d'un appel contre la décision définitive du tribunal, de surseoir à statuer, en ordonnant une période d'épreuve : *Crim.* 16 juillet 1936, S., 38, 1, 38.

4. On expliquait la suppression de l'opposition, et par conséquent du jugement par défaut, par l'idée que, l'examen médical et psychologique étant, désormais, un élément essentiel de l'instance, le mineur ne pouvait être jugé en son absence. Il pouvait s'en suivre des cas regrettables d'impunité, donnant au public le sentiment d'une carence de la justice. On justifiait l'abolition de l'appel par l'idée que l'instruction à deux degrés devant le juge d'instruction et devant la Chambre du conseil assurait un examen sérieux de l'affaire. Mais l'observation cessait d'être vraie quand la Chambre du conseil assumait le rôle d'une juridiction de jugement. Dans ce cas, l'appel était ouvert au ministère public, et à lui seul, il était porté devant le tribunal pour enfants et adolescents. (art. 9).

procédure par contumace qui s'ouvrira. Dans ce cas, en effet, le tribunal pour enfants joue le rôle de Cour d'assises ; pour la même raison, ses décisions sont insusceptibles d'appel.

Sous cette réserve, l'appel des jugements du tribunal pour enfants est ouvert, suivant le droit commun, au mineur, au Procureur de la République, et au Procureur général. Il est suspensif, sauf la faculté, pour le tribunal, d'ordonner l'exécution provisoire (art. 22). Il est statué sur l'appel, par la Cour, dans une audience spéciale, et dans les mêmes conditions que devant les premiers juges. Au sein de chaque Cour d'appel, un conseiller est délégué — sans fonction définie ! — à la protection de l'enfance, et nommé pour trois ans (art. 24).

Le recours en cassation n'a pas d'effet suspensif, sauf si une condamnation pénale est intervenue (art. 24).

Par ailleurs, le législateur n'a rien retranché de la souplesse qui caractérisait, depuis la loi de 1912, le régime rééducatif de l'enfance délinquante. La possibilité d'une révision est maintenue. La mesure éducative est susceptible d'être modifiée dans la suite, s'il est reconnu par le tribunal saisi d'un incident à la liberté surveillée qu'elle s'est révélée inopportune ou insuffisante.

#### § 4. — Le vagabondage des mineurs, et le problème législatif de l'enfance délinquante

**326. Le vagabondage des mineurs.** — Parmi les problèmes de l'enfance délinquante, le cas des mineurs vagabonds doit être traité à part. En droit commun, le vagabondage est une infraction à la loi pénale ; et longtemps, à l'égard des enfants eux-mêmes, il a été frappé comme tel. Mais la tendance récente de notre droit positif, dont l'ordonnance du 2 février 1945 ne s'écarte pas, est d'exclure les mineurs vagabonds de la catégorie des enfants délinquants, et de les soumettre à un régime spécial.

Le vagabondage des mineurs est un des phénomènes sociaux préoccupants de l'heure actuelle.

Il a des causes multiples. Parfois, les enfants trouvés errants dans la rue sont des malades, de petits « fugueurs », victimes d'un automatisme ambulatoire. Plus souvent, leur genre de vie procède de l'état d'un foyer misérable, ou divisé, où l'enfant ne trouve pas les éléments nécessaires à son éducation, ni même à sa vie matérielle<sup>1</sup>. La dispersion des familles imposée par la guerre, la défaite et l'exode des populations ont donné à ce mal une redoutable intensité. Les enfants errants dans la rue sont exposés au vice et à la prostitution. Leur relèvement s'avère, ensuite, plus difficile que celui des petits délinquants ordinaires.

Depuis le début du XIX<sup>e</sup> siècle, la question du vagabondage des mineurs a fait l'objet de trois règlements successifs : celui du Code ; celui qu'a introduit la loi du 24 mars 1921 ; celui résultant du décret-loi du 30 octo-

<sup>1</sup>. PASSEZ, Du vagabondage et de la prostitution des mineurs de 16 ans, *Revue pénitentiaire* 1892, p. 973 et suiv. ; Du vagabondage pathologique, *Revue pénitentiaire*, 1896, p. 547 et suiv. ; R. LÉPOINTE, *Le vagabondage des mineurs*, Paris, 1936.

bre 1935, relatif à la protection de l'enfance. Il ne semble pas qu'elle ait encore reçu de solution satisfaisante.

**327. Le régime antérieur à la loi du 24 mars 1921.** — Jusqu'à la loi du 24 mars 1921, il n'était pas fait, en général, de différence entre les adultes et les enfants. Aux uns et aux autres était appliquée la définition du vagabondage résultant de l'article 270 du Code pénal.

D'après ce texte, le délit est caractérisé : 1° par l'absence de domicile fixe ; 2° par le défaut de moyens de subsistance réguliers, d'exercice d'un métier, d'une profession.

Quant aux sanctions, elles étaient les mêmes, avec cette différence que, depuis la loi du 28 avril 1832 modifiant l'article 271 du Code pénal, l'emprisonnement était remplacé, pour les mineurs de 16 ans, par l'interdiction de séjour.

Ce régime était doublement vicieux. Il était illogique d'appliquer aux enfants la notion du vagabondage des adultes. On ne peut reprocher à l'enfant de n'avoir pas de domicile propre : il a, de plein droit, celui de ses parents. On ne peut lui reprocher, non plus, de n'avoir pas de profession, ni de moyens réguliers d'existence. Lui infliger l'interdiction de séjour, c'était entraver son relèvement, en l'empêchant de résider dans la ville où habitaient ses parents.

**328. Le système de la loi du 24 mars 1921.** — La loi du 24 mars 1921 a réalisé, en conséquence, une double innovation :

1° Elle a spécialisé le vagabondage des mineurs, qui est désormais l'objet d'une définition propre. Il se caractérise, aux termes de l'article 270 alinéa 2, nouveau, par le fait que le mineur a, sans cause légitime, quitté le domicile de son tuteur ou de ses parents, et qu'il a été trouvé soit errant, soit logeant en garni, tirant ses ressources de la débauche et de métiers prohibés. Cette définition permettait d'étendre le bénéfice de la loi nouvelle aux prostituées mineures, pour lesquelles une loi précédente du 11 avril 1908 avait institué un régime spécial dont l'échec était avéré<sup>1</sup>.

2° On a renoncé à infliger des peines aux mineurs vagabonds. Désormais, on ne peut prendre, vis-à-vis d'eux, que des mesures éducatives ; la question de discernement n'est pas posée.

L'enfant est renvoyé à sa famille, remis à une personne ou une institution charitable, ou, enfin, interné dans une colonie pénitentiaire ou correctionnelle. Toutefois, à l'égard des jeunes vagabonds de 16 à 18 ans, le droit commun de l'enfance délinquante reste en vigueur : la question de discernement est posée, et elle entraîne ses conséquences habituelles.

**329. Le décret-loi du 30 octobre 1935, relatif à la protection de l'enfance.** — Ce régime, fruit d'études attentives et qui n'avait suscité aucune plainte<sup>2</sup> a été aboli par le décret-loi du 30 octobre 1935 relatif à la protection de l'enfance. Ce décret supprime le délit de vagabondage des

1. Eugène PREVOT, *La prostitution des enfants*, Paris, Pion, 1909, *Revue pénitentiaire*, 1909, p. 770 et suiv.

2. Voir le rapport de M<sup>me</sup> Campinchi au comité de défense des enfants traduits en justice de Paris, le 25 juin 1935, *Bulletin de l'Union des Sociétés de patronage*, 1936, p. 10 et suiv.

mineurs. Il soumet tous les enfants abandonnés par leurs parents et trouvés errants — vicieux ou non — à un régime d'arrestation administrative. Ils sont traduits devant le président du tribunal pour enfants et adolescents ou un juge délégué par lui qui statue, à leur égard, sans la garantie préalable d'une instruction judiciaire<sup>1</sup>. Il peut les rendre à leurs parents, les remettre à un particulier, à une institution charitable, ou les confier à l'Assistance publique<sup>2</sup>. Si le jeune vagabond enfreint la mesure éducative, on prévoit sa comparution devant le tribunal pour enfants, qui peut ordonner son internement dans une colonie pénitentiaire, ou même lui infliger une peine (art. 4, renvoyant aux articles 66 et 67 du C. pénal). Disposition qui s'est aussitôt révélée inapplicable, puisqu'en l'absence de toute infraction à la loi pénale une condamnation serait dépourvue de fondement.

Dans sa partie négative, la réforme de 1935 partait de l'idée que les enfants vagabonds sont moins répréhensibles, moins dangereux que les jeunes délinquants, et méritent un traitement moins sévère : ce qui est contraire à la vérité. De plus, elle méconnaissait le caractère paternel, et non répressif, de la juridiction pour mineurs.

Dans sa partie positive, elle confondait fâcheusement, pour les soumettre à un régime semblable, des enfants malheureux et des enfants vicieux ou prostitués. Elle imposait leur garde à l'Assistance publique, au risque d'engendrer une contagion malsaine. Ce sont des défauts auxquels la pratique n'a pu remédier que par des expédients.

Un décret-loi du 17 juin 1938 soustrait aux dispositions précédentes les mineurs bénéficiant ou susceptibles de bénéficier de la loi du 27 juin 1904 sur les enfants assistés, c'est-à-dire les enfants abandonnés et malheureux, et ordonne leur remise pure et simple à l'Assistance publique. Quant aux jeunes vagabonds de l'autre catégorie, devant le faible empressement que les œuvres privées et l'Assistance publique ont mis à les recevoir, ils furent retenus, le plus souvent, dans un local des prisons de Fresnes dont on se borna à retirer, pour se mettre d'accord avec le droit nouveau, l'étiquette pénitentiaire.

**330. La position du législateur de 1945 vis-à-vis du problème de l'enfance vagabonde.** — Parmi ses imperfections techniques, le décret-loi de 1935 contenait une innovation heureuse : l'attribution de compétence à un *juge unique*, dont la pratique n'a pas tardé à montrer les heureux effets. Instruit par cette expérience, le législateur de 1945 a fait une assez large application du même système à la juridiction des mineurs délinquants.

Nous regrettons qu'il n'ait pas saisi l'occasion de rapprocher et d'unifier les dispositions de fond et de forme relatives aux mineurs délinquants, et

1. Cf. le rapport de M. TATON-VASSAL sur les décrets-lois du 30 octobre 1935 au comité de défense, *Bulletin de l'Union des Sociétés de patronage*, 1936, p. 19 et suiv. ; Pierre VOIRIN, *Commentaire des décret-lois du 30 octobre 1935 concernant l'éducation des mineurs*, *Lois nouvelles* 1936, I, p. 1 et suiv. ; BORNET, *Le régime des mineurs vagabonds et le décret du 30 octobre 1935*, *Revue de Science criminelle*, 1936, p. 196.

2. A l'exemple du décret-loi du 30 octobre 1935, la loi du 11 août 1936 sur l'obligation scolaire (art. 8) confère au président du tribunal, statuant seul, le pouvoir d'ordonner ces mesures éducatives à l'égard des enfants qui ont manqué, de façon persistante, à leurs devoirs d'assiduité aux classes. La durée du placement ne peut alors excéder une année scolaire.

aux mineurs vagabonds<sup>1</sup>. Comme il résulte de notre exposé précédent, la thèse incluse dans le décret loi de 1935 qui dénie au vagabondage des mineurs le caractère d'une infraction pénale sous-estime le caractère dangereux de ce fléau social. Celle qui refuse, en conséquence, de le soumettre au tribunal pour enfants, méconnaît le caractère paternel de la juridiction pour mineurs.

**331. Appréciation critique du régime instauré par l'ordonnance du 2 février 1945.** — Par ailleurs, l'ordonnance du 2 février 1945 a réalisé des améliorations certaines en substituant à la question de discernement une présomption d'irresponsabilité pénale, et faisant prévaloir ainsi les méthodes éducatives ; en assurant une spécialisation plus complète du tribunal pour enfants ; en perfectionnant l'équipement de ce tribunal et coordonnant l'activité de ses divers auxiliaires ; en allégeant son rôle, en simplifiant l'instruction et accélérant la procédure par l'institution heureuse du juge des enfants. Elle a le mérite de ne pas rompre les cadres existants, et de maintenir le parallélisme avec la justice pénale des adultes, elle même en évolution.

Les amendements dont le texte de l'ordonnance est susceptible nous semblent concerner surtout le système des voies de recours.

Des réformateurs intransigeants taxent l'œuvre en cours de timidité. Imbus du même sentimentalisme qui animait le législateur de 1935, ils demandent la substitution à l'organisme judiciaire d'un « conseil de protection de l'enfance ». Ils veulent détacher du ministère de la justice le régime pénal et pénitentiaire des mineurs, pour l'annexer soit au ministère de l'hygiène, soit à celui de l'éducation nationale. Ils préconisent l'identité des méthodes rééducatives destinées aux jeunes délinquants et aux enfants moralement ou matériellement abandonnés<sup>2</sup>.

On aurait tort, croyons-nous, de se livrer à ces exagérations. De telles propositions méconnaissent le fait que la *prévention collective* a, vis-à-vis des mineurs eux-mêmes, sa raison d'être. Tout ce qui affaiblit, dans leur esprit, l'idée d'une justice morale, et d'une justice sanctionnatrice, est contraire à l'intérêt de leur relèvement.

## SECTION II

### DES CAUSES D'IRRESPONSABILITE CHEZ LES ADULTES

**332. Des circonstances exclusives de la culpabilité.** — Quand les trois éléments de l'infraction : élément légal, élément matériel et élément moral, sont constitués, le délit existe, et normalement, la peine est encourue. Cependant, la loi prévoit un certain nombre de circonstances qui, se trouvant réalisées, ont pour effet de supprimer la culpabilité et, par conséquent, d'écarter l'application de la peine. Ces circonstances sont de deux sortes. Les unes résident dans la personne même de l'agent, elles

1. D'autres raisons techniques exigent la revision du décret-loi du 30 octobre 1935. L'art. 4 de ce décret-loi se réfère à la loi du 22 juillet 1912, aujourd'hui abrogée, aux articles 66 et suivants du Code pénal, dont la rédaction est modifiée.

2. Cf. F. JOUBREL, *L'enfance coupable*, Saint-Brieuc, 1942.

ont un caractère individuel : c'est le cas, par exemple, de l'aliénation mentale. On les appelle des *causes de non-imputabilité*. Les autres résultent de faits extérieurs. Tel est le cas de la légitime défense, qui suppose l'existence d'une agression. On les appelle des *causes de justification*.

**333. Faits justificatifs et causes de non-imputabilité.** — Entre les causes de non imputabilité, d'une part, et les causes de justification, de l'autre, il existe les différences suivantes :

1° Les causes de non-imputabilité ont, avons-nous dit, un caractère *subjectif*. Les causes de justification sont, au contraire, *objectives*, elles résident dans les faits ;

2° Quand une infraction a été commise, en participation, par plusieurs personnes, la cause de non-imputabilité doit être envisagée et déterminée séparément pour chacune d'entre elles. Au contraire, la cause de justification présente un caractère commun : elle est l'objet, devant le jury, d'une question unique. Telle, la question de légitime défense : elle est posée d'une façon générale, et non séparément pour chaque participant ;

3° La doctrine admet généralement, bien que ce point soit controversé, que les causes de non-imputabilité laissent subsister la responsabilité civile. C'est ainsi que, quand une infraction a été commise par un aliéné, ou par un faible d'esprit, une action en dommages-intérêts pourra être dirigée contre lui. Au contraire, la cause de justification supprime à la fois la responsabilité pénale et la responsabilité civile ; quand un individu a causé un préjudice, se trouvant en état de légitime défense, il ne peut être condamné à des dommages-intérêts.

Il est à noter qu'il existe des circonstances qui font disparaître la culpabilité, mais qui semblent offrir, relativement aux précédentes, un caractère mixte. Ce sont : 1° la contrainte ; 2° l'état de nécessité.

**334. Distinction des causes d'irresponsabilité et des excuses absolutoires.** — Les causes de justification et les causes de non-imputabilité ont ce caractère commun qu'elles excluent la culpabilité : ce sont des causes d'irresponsabilité pénale. Elle se distinguent par là des *excuses absolutoires*, dont il sera question plus loin. L'excuse absolutoire écarte l'application de la peine ; aucune condamnation n'est prononcée, *mais la culpabilité subsiste*. Le bénéficiaire de l'excuse absolutoire est un coupable, mais échappe à la peine, pour des raisons de politique criminelle, susceptibles d'ailleurs de varier. Ainsi, il résulte de l'article 380 du Code pénal que, par exception à la règle générale, le vol n'est pas puni quand il est commis entre proches parents. Le législateur a voulu éviter d'envenimer les haines entre les membres d'une même famille. L'impunité n'est pas la conséquence de l'absence de culpabilité. Il s'agit d'une excuse absolutoire.

#### § 1. — Des anomalies psychiques en tant que causes de non-imputabilité

**335. L'article 64 du Code pénal. Neutralité de la loi moderne à l'égard de la liberté morale.** — Aux termes de l'article 64 du Code pénal : *Il n'y a ni crime, ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence*

au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. Cette dernière formule implique l'existence, chez l'individu normal, d'une possibilité de résistance aux influences mauvaises qui s'exercent sur lui, la présence, par conséquent, d'une volonté capable de choisir.

Toutefois, le législateur français n'a pas voulu donner son adhésion formelle à une doctrine philosophique. On trouve des formules plus positives, plus dogmatiques, dans certains codes étrangers. Le paragraphe 51 du Code pénal allemand de 1871, dans sa rédaction initiale, est ainsi conçu : *Il n'y a pas d'acte punissable, lorsque son auteur était, lors de la perpétration de cet acte, dans un état d'inconscience ou de trouble manifeste de l'activité de l'esprit, excluant la détermination libre de sa volonté.* Pour le législateur allemand, la détermination libre de la volonté, le libre arbitre est donc le fondement de la responsabilité pénale. Ce rapprochement met en lumière la différence entre le caractère exclusivement pratique du Code pénal français de 1810 et l'allure dogmatique du Code allemand.

Sous l'influence des doctrines de l'Union internationale de droit pénal et de l'École technico-juridique, les auteurs des codes récents ont adopté, à l'égard du problème du libre arbitre, une attitude de neutralité. Elle leur a inspiré des formules dont la prudence rappelle celle de notre article 64. On citera comme exemple l'article 42 du Code pénal italien de 1930 : *Nul ne peut être puni pour une action ou omission prévue par la loi comme infraction, s'il ne l'a commise avec conscience et volonté*<sup>1</sup>.

La responsabilité pénale est donc la règle chez l'individu normal, mais elle disparaît chez celui dont l'intelligence ou la volonté ont été abolies par des troubles morbides. C'est ce que prévoit l'article 64 qui traite de la démence et de la contrainte.

**336. Division.** — En ce qui concerne la démence, trois questions se posent :

1° Qu'est-ce que le législateur entend exactement par démence ?

2° Quel est l'effet de la démence ? La formule législative indique qu'elle entraîne une absence de culpabilité, de responsabilité ; mais entre l'irresponsabilité absolue de l'aliéné et la responsabilité complète de l'homme sain d'esprit n'existe-t-il pas des catégories intermédiaires ? Ne connaît-on pas des maladies qui altèrent l'intelligence et la volonté sans les faire disparaître complètement ?

3° Le législateur, dans l'article 64 du Code pénal, suppose que la démence existe au moment de l'action. Mais que décider pour le cas où le sujet qui, lors de la commission du délit, jouissait de ses facultés mentales, a été postérieurement atteint d'aliénation mentale ? Quels seront les effets.

1. De même, les auteurs du projet national-socialiste allemand subordonnaient la responsabilité pénale qui est la règle chez l'adulte, à la condition que se rencontrent chez lui : 1° la faculté d'apercevoir le caractère illicite (*Unrecht*) de l'acte ; 2° celle d'orienter sa conduite suivant cette perception (SCHÄFER, *Das kommende deutsche Strafrecht*, p. 38). Le § 51 du Code pénal de 1871 a été modifié dans ce sens par une loi du 24 nov. 1933. Cf. ci-dessus, n° 259. — Le Code russe de 1926 tient compte également de la maladie chronique et de l'infirmité temporaire, de l'altération des facultés mentales qui empêche l'homme de se conduire, comme de celle qui lui interdit de mesurer la portée de ses actes.

de cette situation quant à l'application de la peine ? La législateur n'a nullement envisagé la question.

### 1° LA NOTION DE DÉMENCE

**337. Le régime des aliénés dans le droit ancien.** — L'irresponsabilité pénale du dément n'a pas toujours été reconnue. Il serait inexact de dire qu'elle a été consacrée, pour la première fois, par le législateur de 1810. En droit romain, la séparation était faite entre les hommes sains d'esprit et les fous. On se rendait compte que la démence était une maladie ; si on prenait des mesures contre les aliénés, on ne prétendait pas, par là, les punir (cf. les *Etudes de Droit romain sur la Folie et la Prodigalité* de M. Audibert, Paris, 1892).

Mais dans la « nuit du moyen âge », les imaginations sont impressionnées par le caractère mystérieux de la folie ; on soupçonne, chez l'aliéné, une possession démoniaque. De ces superstitions est né un préjugé qui a traversé tout notre ancien droit, se prolongeant jusqu'à la Révolution française. Sous l'Ancien Régime, le fou n'est pas considéré comme irresponsable, il n'est pas exempt de peine. On en trouve encore la preuve dans les écrits de Muyart de Vouglans. L'individu insensé, mais convaincu de culpabilité, dit-il, est frappé comme l'homme sain. C'étaient les Parlements qui, à la suite de l'appel interjeté, se réservaient de faire bénéficier le fou d'une réduction de peine. Jusqu'en 1789, les aliénés furent l'objet de traitements odieux. On pensait que la folie, ayant ses sources véritables dans le péché, ne relevait pas uniquement de la médecine.

Cette idée a disparu à la suite des progrès faits par la psychiatrie depuis le début du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>1</sup>.

**338. Position de l'École positiviste à l'égard des aliénés criminels.** — On se saurait confondre avec ces idées anciennes le point de vue des représentants actuels de l'École positiviste, qui soumettent les aliénés au droit pénal<sup>2</sup>. Les auteurs dont il s'agit préconisent l'institution, pour les aliénés criminels, d'établissements spéciaux, les manicomés, où ces malades doivent être l'objet d'un traitement curatif adapté à leur état. Comme, d'après ces doctrines modernes, le droit pénal est affranchi du point de vue de la responsabilité morale, l'intervention de la peine n'ayant d'autre fondement que l'état dangereux de l'agent, l'aliéné criminel tombe, comme le malfaiteur sain d'esprit, sous le coup de la loi pénale. S'il doit être tenu compte, au point de vue du régime, de son état pathologique, il ne sera pas moins traité, suivant l'expression du docteur Vervaeck « dans le cadre pénitentiaire ».

1. G. DUMAS, *Traité de Psychologie*, en 2 vol. (1924) ; LEGRAND DU SAULE, *Traité de Médecine légale*, Paris, 1874, pp. 551 et suiv. ; MAUDSLEY, *Le Crime et la Folie*, Paris, Alcan, 1891 ; *L'Evolution des Idées médicales sur la Responsabilité des Délinquants*, Paris, 1923 ; LAIGNEL-LAVASTINE, BARBÉ ET DELMAS, *La Pratique psychiatrique*, Paris, Baillière 1929 ; ROQUES DE FURSAC, *Précis de Psychiatrie* ; H. CLAUDE, *Psychiatrie médico-légale*, Paris, Doin, 1932. Voir ci-dessus, n° 61.

2. FERRI, *Sociologia criminale*, 4<sup>e</sup> éd., pp. 218 et suiv., 507 et suiv., 864 et suiv., LOMBROSO, *L'Uomo delinquente*, 5<sup>e</sup> éd., t. II, pp. 266 et suiv. ; t. III, pp. 543 et suiv., 573 et suiv.

Mais ce point de vue positiviste est formellement exclu par les termes de l'article 64 du Code pénal.

**339. L'expertise mentale.** — L'existence de la folie, chez un inculpé, soulève une question de fait, sur laquelle des experts doivent être consultés. L'interdiction, qui a de si grands effets au point de vue civil, n'influe pas sur la responsabilité pénale. Elle ne crée pas, à cet égard, de présomption absolue. L'interdit qui aurait commis un acte délictueux dans un intervalle lucide, à un moment où il jouissait de ses facultés, pourra être puni<sup>1</sup>.

La liste des experts, dont le concours est d'autant plus indispensable qu'en ce qui touche l'allévation mentale, la simulation est fréquente, est dressée par la Cour d'appel pour les tribunaux de son ressort, ainsi que pour elle-même, au début de l'année judiciaire. Aux termes de la loi du 26 mai 1941, art. 14, la liste de ces praticiens ne devait être arrêtée qu'après consultation des Conseils départementaux de l'Ordre des médecins existant dans le ressort de la Cour. Voir, sur les questions que soulève leur recrutement, le rapport de M. Cl. Charpentier et la discussion à la Société des prisons, *Revue pénitentiaire*, 1922, pp. 675 et suivantes.

Il existe, dans le Code de procédure civile, une réglementation de l'expertise. Cette réglementation fait défaut en matière pénale<sup>2</sup>. Mais il y a dans le Code de procédure une règle à laquelle on s'accorde à reconnaître une portée générale, c'est celle aux termes de laquelle l'avis de l'expert ne lie pas le tribunal (art. 323, C. Proc. civ.). La conviction du juge peut et doit se fonder aussi sur des circonstances indépendantes de cet avis, sur toutes celles qui ont accompagné la commission du crime<sup>3</sup>.

Souvent, d'ailleurs, les experts présentent des divergences d'opinions.

Autrefois, les magistrats manifestaient, à l'égard des données de la médecine légale, une certaine méfiance.

Les progrès considérables réalisés par la psychiatrie ont fait disparaître, dans une large mesure, cet état d'esprit.

Ce qui se produit souvent entre les magistrats et les médecins consultants, c'est, au contraire, un conflit négatif d'attributions, les uns et les autres hésitant à résoudre le problème délicat de la responsabilité. La question que cette collaboration soulève a été posée au Congrès de neurologie qui s'est tenu à Genève il y a une quarantaine d'années, et où deux points de vue opposés ont été soutenus : l'un par le docteur Gilbert Ballet de Paris, l'autre par le docteur Grasset, de Montpellier. Le premier estimait que le rôle du médecin consiste à établir un diagnostic, c'est-à-dire à constater l'existence de la maladie, à qualifier l'affection mentale du sujet. Quant au point de savoir si celle maladie a pu entraîner l'irresponsabilité, ce n'est pas, dit le docteur Ballet, une question de médecine, mais de philosophie. Le docteur Grasset, au contraire, allait très loin dans le sens du

1. Crim., 13 oct. 1853, *D. P.*, 53, 5, 204 ; 29 nov. 1902, *S.*, 1904, 1, 301.

2. J. BRISSAUD et R. MICOUD, De la réforme de l'expertise mentale en matière criminelle, *Revue de Science criminelle*, 1939, p. 48.

3. Le Code d'instruction criminelle soviétique contient une disposition semblable (art. 63). Le juge est, en principe, tenu de fonder sa conviction sur le résultat de l'expertise mentale ; il peut cependant s'en écarter en donnant, en détail, les raisons de son opinion. (GOLIAKOV, *op. cit.*, p. 130).

pouvoir, chez le médecin, de doser la responsabilité physiologique et, par conséquent, la responsabilité pénale de l'inculpé<sup>1</sup>.

La thèse du docteur Grasset est aujourd'hui développée par des praticiens en renom, comme le docteur Toulouse et le docteur Dupouy<sup>2</sup>. Ils voudraient que tous les inculpés, mineurs ou adultes, soumis à l'instruction, fussent alors l'objet d'un examen psychiatrique<sup>3</sup>. Ils préconisent, pour sauvegarder plus efficacement les intérêts de l'inculpé, la création de « l'expertise contradictoire ».

Il est désirable que la collaboration des médecins légistes et des magistrats soit organisée, qu'elle soit préparée de bonne heure, notamment dans l'enseignement des Facultés. C'est pour faciliter cette collaboration qu'ont été créés, au sein des universités, des Instituts de criminologie, ou centres d'études pénales<sup>4</sup>.

**340. Le sens précis du mot « démente » dans l'article 64 du Code pénal.** — Au point de vue technique, la démente est une forme particulière d'aliénation mentale. C'est une maladie de l'intelligence, bien caractérisée et bien définie<sup>5</sup>. Elle consiste dans l'affaiblissement des facultés intellectuelles pouvant résulter de la vieillesse ou de certaines maladies, comme la paralysie générale. Mais ce n'est pas dans ce sens technique que le mot *démence* est employé par le législateur dans l'article 64.

Le terme *démence* désigne ici toutes les maladies de l'intelligence, d'une façon générale.

Depuis 1810, les progrès de la médecine mentale ont établi que la liberté de la décision humaine peut être affectée, non seulement par une maladie de l'intelligence, mais encore par une maladie de la volonté. Le législateur de 1810 n'a pu s'occuper de ces dernières, car on les ignorait à son époque.

De plus, on constate chez certains individus des troubles pathologiques<sup>6</sup> susceptibles de provoquer une altération de l'esprit, sans qu'il existe, à proprement parler, une maladie de l'intelligence ni même une maladie de la volonté. En ce qui concerne ces troubles pathologiques, dont les progrès de la psychiatrie ont révélé l'existence, il conviendra de déter-

1. GRASSET, *La Responsabilité des Criminels*, Paris, 1908, p. 113.

2. D<sup>r</sup> SCHIFF, *La Prophylaxie criminelle et la Collaboration médico-judiciaire* (*Revue de Science criminelle*, 1936, pp. 479 et suiv.); Une « société d'anthropologie et de psychologie criminelle pour la lutte contre la délinquance » s'est formée en Italie, *Rivista penitenziaria*, janvier 1934.

3. Pour faciliter les observations, un centre national de prophylaxie criminelle a été créé par décret du 22 mai 1936. Il est actuellement constitué par des annexes psychiatriques installées à la Santé, à la Petite-Roquette, et à Fresnes. D<sup>r</sup> GELMA, *L'Organisation des Services psychiatriques annexes des Prisons* (*Revue anthropologique*, janvier-mars 1926); D<sup>r</sup> A. CELLIER, *La Prophylaxie criminelle pénitentiaire*, rapport au XXI<sup>e</sup> Congrès international de médecine légale (*Annales de Médecine légale*, 1937, p. 324).

4. En France, notamment, dans les Universités de Paris, Toulouse, Lyon, Montpellier. A l'étranger, citons ceux de Rome, Bruxelles, Louvain, Madrid, Buenos-Aires, Montevideo, etc.

5. D<sup>r</sup> Raymond MALLET, *La démente*, Paris, Armand Colin, 1935.

6. Des observations récentes, dont on n'a pas tiré toutes les conséquences, ont mis en relief les rapports de l'endocrinologie et de la criminologie. Ainsi, l'hypertrophie de la glande thyroïde serait la cause de la criminalité violente. Ruiz FUNES, *La Criminalidad y las Secreciones internas*, Murcia, 1927; DE CASABIANCA, *La Chirurgie peut-elle guérir la Délinquance ?* Notre bibliogr., *Revue de Science criminelle*, 1936, p. 464.

miner la position qui doit être prise, en présence de la formule insuffisante de l'article 64 du Code pénal.

Il y a trois sortes d'affections à considérer<sup>1</sup> : A) les maladies de l'intelligence ; B) les maladies de la volonté ; C) les troubles pathologiques qui constituent des situations voisines.

**341. Les maladies de l'intelligence.** — La maladie peut être congénitale. Elle consiste dans la faiblesse de l'intelligence, qui se manifeste dès l'enfance. Elle comporte des degrés, selon qu'on se trouve en présence d'un idiot, d'un crétin ou d'un imbécile.

L'idiot est l'individu chez qui le développement des facultés mentales ne s'est pas opéré de façon complète. Le crétin, celui dont l'état intellectuel est plus rudimentaire encore. Le crétinisme s'accompagne souvent de rachitisme. On attribue sa fréquence, dans certaines régions, à des influences physiques ou climatiques. L'imbécile occupe une situation intermédiaire entre l'idiot et l'homme dont l'intelligence est médiocre. Chez lui, certaines facultés, comme la mémoire, ont pu prendre un très grand développement, alors qu'il se manifeste, d'autre part, un singulier défaut de jugement et d'équilibre.

Le plus souvent, l'affaiblissement de l'intelligence est le résultat d'une maladie évolutive. C'est ainsi que la *paralyse générale*, qui, dans sa phase initiale, se manifeste seulement par quelques défaillances de mémoire et des bizarreries de caractère, dans ses deux dernières phases : période d'état et période terminale, conduit à la destruction progressive et complète des facultés mentales, à la *démence*.

Les catégories d'aliénés qu'on vient de distinguer ne présentent, au point de vue de la responsabilité pénale, qu'un intérêt restreint ; d'une part les individus dont il s'agit sont en général trop affaiblis pour être vraiment dangereux ; de plus, en ce qui les concerne, il n'y a guère de difficulté, la responsabilité morale faisant manifestement défaut.

**342. Folie intermittente et folie spécialisée.** — En revanche, des difficultés surgissent au cas de folie intermittente et de folie spécialisée.

La folie est *intermittente*, quand les périodes d'aliénation mentale sont séparées par des intervalles lucides, dont la durée est très variable. C'est ce qui se produit dans le cas de *folie maniaque* ou *mélancolique*. Quand les périodes de délire reviennent à des intervalles réguliers, on est en présence d'une folie « *circulaire* ».

Les questions que soulèvent ces maladies sont importantes et délicates ; les malheureux qui en sont atteints se livrent souvent à des actes de violence, meurtres ou suicides, qui peuvent être individuels ou collectifs.

Il y a, d'autre part, folie *spécialisée*, quand, l'ensemble des facultés intellectuelles du malade paraissant intact, l'aliénation consiste dans une idée

1. Parmi les nombreuses classifications de maladies mentales, susceptibles de conduire à la délinquance, qu'on a proposées, citons, en dernier lieu, celle de MM. BARRON et HEUYER : Les délinquants mentalement anormaux, *Revue de Science criminelle*, 1939, pp. 6 et suiv. Ces auteurs distinguent : 1° les débiles mentaux ou oligophrènes ; 2° les déséquilibrés (autrefois appelés dégénérés), obsédés, monomanes, épileptiques ; 3° les grands instables, dont on rapproche les toxicomanes et alcooliques.

fixe, une idée fausse, qui est ancrée dans l'esprit du sujet, qui demeure à la base de ses raisonnements, même les plus logiques et les mieux construits, et qui, finalement, oriente sa conduite. Le type du fou spécialisé, c'est le persécuté, celui qui se croit en but à la haine d'un ennemi. L'idée de persécution conduit parfois au meurtre ; elle s'accompagne souvent d'hallucinations auditives ou visuelles.

Il n'y a pas de difficulté quand le fou intermittent a commis un acte délictueux dans un moment de délire, ni quand le fou spécialisé s'est rendu coupable d'un acte délictueux qui se rattache directement et évidemment à son idée fixe. La solution qui s'impose alors, c'est évidemment l'irresponsabilité pénale complète. Mais que décider, quant à l'infraction commise dans un intervalle lucide, quant à celle dont un monomane est l'auteur, et qui n'offre aucun rapport intelligible avec son délire ?

Que décider encore à l'égard du malade chez qui le traitement dont il est l'objet a créé une période de rémission, sans qu'on ait la certitude d'une guérison définitive : ce qui est le cas, notamment, des paralytiques généraux traités, avant la période terminale, au moyen de la malariathérapie ?

Si on s'inspire des termes de l'article 64 qui veut que la démence existe au moment même de la commission du délit, on est amené à admettre l'entière responsabilité de ces malades<sup>1</sup>. Cette solution est d'ailleurs consacrée par certains codes étrangers, notamment par le Code portugais, dans son article 43. Elle est dangereuse et très souvent injuste, car il est peu probable qu'une altération ait pu se produire dans le cerveau d'un homme sans avoir une répercussion sur l'ensemble de ses facultés. Alors même que l'acte commis par le fou spécialisé n'offre aucune relation apparente avec sa folie particulière, on ne sait pas si cette relation n'était pas inhérente à sa pensée d'aliéné, s'il n'existe pas, entre l'idée fausse et l'acte imputé, un rapport « follement logique »<sup>2</sup>.

**343. Les maladies de la volonté.** — C'est une question analogue qui se pose pour *les maladies de la volonté*. Le malade de la volonté est celui dont les facultés d'observation et de raisonnement sont intactes, mais qui obéit à des obsessions, à des impulsions irrésistibles, susceptibles de l'entraîner à commettre des actes délictueux<sup>3</sup>.

La démarcation entre les maladies de l'intelligence et celles de la volonté n'est pas toujours nette. Il arrive souvent que le vice de la volonté exerce son influence sur le raisonnement. Chez les malades de cette seconde catégorie, la spécialisation se rencontre aussi. Citons les cas des pyromanes qui ont la manie du feu, des *kleptomanes* qui ont la manie du vol<sup>4</sup>.

1. En ce sens : MOLINIER, *De la Monomanie envisagée sous le rapport de l'Application de la Loi pénale* (Annales médico-psychologiques, t. VI, 1854) ; TARDIEU, *Etude médico-légale sur la Folie*, Paris, 1872 ; BALL, *De la Responsabilité partielle des Aliénés* (Bulletin de l'Académie de Médecine, 7 sept. 1886).

2. MAUDSLEY, *Le Crime et la Folie*, chap. VI, pp. 191 et suiv. ; PARANT, *La Raison dans la Folie*, 1888, pp. 384 et suiv.

3. DALLEMAGNE, *Pathologie de la Volonté, et la Volonté dans ses Rapports avec la Responsabilité pénale*, pp. 161 et 162 ; MAGNAN, *L'Obsession criminelle morbide*, Actes du 3<sup>e</sup> Congrès d'Anthropologie criminelle de Bruxelles, 1892, pp. 153 et suiv. ; PITRES et RÉGIS, *Les Obsessions et les Impulsions*, Paris, Doin, 1902.

4. Henri JOLY, *Le Crime*, pp. 260 et suiv. ; D<sup>r</sup> LACASSAGNE, *Rapport au 4<sup>e</sup> Congrès d'Anthropologie criminelle de Genève*, 1896, pp. 152 et suiv. ; 258 et 259 ; D<sup>r</sup> Paul DUBUISSON, *Les Voleuses de Grands Magasins*, Paris et Lyon, Stark.

Il y a lieu alors de rechercher si l'individu qui commet un acte délictueux étranger à sa manie, si par exemple le kleptomane qui commet un délit contre les mœurs, doit être considéré comme responsable.

Les principales maladies de la volonté qui entraînent des impulsions coupables sont : la *psychasthénie*, la *neurasthénie* et l'*hystérie*.

L'hystérie, en particulier, qui se produit surtout chez les femmes, crée un état d'obsession pouvant donner lieu à la commission de délits, tels que la dénonciation calomnieuse. L'affaire du lieutenant La Roncière qui, en 1835, sur la dénonciation d'une hystérique, fut condamné à dix ans de réclusion pour tentative de viol, est restée célèbre<sup>1</sup>.

**344. Les maladies de la volonté sont-elles comprises dans le mot : démence ?** — L'article 64 du Code pénal est-il applicable aux maladies de la volonté ?

Du point de vue du législateur de 1810, c'est, semble-t-il, la solution négative qui doit l'emporter. Ce n'est, en effet, qu'à une époque récente que les maladies de la volonté ont été étudiées.

Jusque là, des condamnations pénales ont été prononcées contre des malades de ce genre : parmi eux, on compte les auteurs de crimes politiques, qui ont été cruellement châtiés. C'est ainsi que nous apparaissent Ravallac, l'assassin d'Henri IV, et Damien, qui tenta d'assassiner Louis XV. Tous ces criminels politiques étaient en réalité des malades. Plus récemment, il faut peut-être encore citer Vacher, surnommé le « tueur de bergères » qui avait semé la terreur dans le Dauphiné, Caserio et Gorguloff, assassins de chefs d'Etat.

Il est certain qu'on ne peut comprendre les maladies de la volonté sous le terme de *démence*, dont parle l'article 64, car le législateur de 1810 n'a songé qu'aux maladies de l'intelligence. Mais ne peut-on considérer que ces affections sont prévues par la disposition finale de l'article 64, visant celui qui a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister ?

Cette solution n'a pas été admise par la jurisprudence. La Cour de cassation refuse d'appliquer aux malades de la volonté la formule de l'article 64 (Crim., 11 avril 1908 : *D. P.*, 1908, 1, 261 ; *S.* 1909, 1, 473). D'après nos tribunaux, la force irrésistible prévue par l'article 64 doit être *extérieure*. Or, dans le cas qui nous occupe, elle réside dans la personne de l'agent. Cette solution est critiquable, car elle apporte une restriction arbitraire à l'application de l'article 64, dont les termes ne renferment pas cette exigence.

**345. Les troubles pathologiques.** — Les troubles pathologiques sont : la folie morale, le somnambulisme et l'ivresse. La situation du sourd-muet qui, à la différence des états précédents, est l'effet d'une infirmité physique, congénitale, appelle un examen particulier.

**346. La folie morale : le criminel-né, ou délinquant par tendance.** — Le *fou moral*, ou, comme l'ont nommé les auteurs du Code pénal italien, le *délinquant par tendance*, est un homme dont les facultés intellectuelles

1. LAILLER et VONOVEN, *Les Erreurs judiciaires*, Paris, Pedone, pp. 516 et suiv. ; LEGRAND DU SAULE, *Les Hystériques*, pp. 410 et suiv.

et volitives sont intactes, mais à qui manque le sens moral, qui est capable de comprendre la différence entre le bien et le mal, mais chez qui n'existe, en aucune mesure, ce sentiment d'attraction qui se produit chez l'homme normal, vers le bien, et de répulsion pour le mal. La seule faculté qui fasse défaut chez lui, c'est la conscience ou le sens moral. Le fou moral, c'est le criminel-né de Lombroso<sup>1</sup>.

La question de savoir comment le fou moral doit être traité est un des problèmes les plus délicats de la politique criminelle. Au point de vue de la pure justice, il semble qu'on doive aboutir à l'irresponsabilité, car le fou moral n'est pas libre; il n'aurait pu agir autrement qu'il ne l'a fait. Mais cette solution serait socialement déplorable; le criminel dont il s'agit est particulièrement dangereux, puisqu'il est capable de très mal faire, et n'est retenu par aucun attachement au bien. Il semble donc qu'une répression doive s'exercer. La peine conserve ici sa valeur préventive, puisque l'agent est capable de comprendre et de prévoir les effets du châtement. Le juriste belge Prins, dans son ouvrage *Science pénale et Droit positif*, dit que « le droit pénal substitue pour les fous moraux la notion du devoir à la notion du pouvoir »<sup>2</sup>. En définitive, il semble que la défense sociale doive s'exercer vis-à-vis d'eux, sous la forme des « mesures de sûreté »<sup>3</sup>.

**347. Le somnambulisme et l'hypnotisme.** — Le somnambulisme peut revêtir un caractère accidentel et passager. Il résulte du dédoublement de la personnalité qui engendre ce qu'on appelle un état second. Quand le somnambule est dans sa condition première, il agit comme un individu normal; mais quand il entre dans sa condition seconde, c'est-à-dire généralement quand il est en état de léthargie, conduit par des impulsions à la fois inconscientes et irrésistibles, il accomplit des actes dont, à l'état normal, il serait matériellement et moralement incapable. Il peut être ainsi amené à commettre des infractions à la loi pénale.

La question la plus délicate que fait naître le somnambulisme, au point de vue pénal, est relative au cas où il est provoqué par l'hypnotisme<sup>4</sup>.

Que le somnambulisme soit naturel ou qu'il ait été provoqué, on est d'accord pour admettre que le somnambule ne peut être rendu responsable d'actes qu'il a oubliés dès son réveil. On peut seulement se demander si, parfois, il n'est pas possible de lui imputer un délit d'imprudence. Supposons qu'un somnambule, qui connaît ses propres habitudes de pérégrinations nocturnes, laisse près de lui un revolver chargé, et commette ensuite un meurtre: il sera inculpé d'homicide par imprudence.

On s'est demandé si le somnambule peut, sous l'influence d'une sug-

1. *L'Uomo delinquente*, 5<sup>e</sup> éd., t. II, IV<sup>e</sup> part., chap. I et II, pp. 1 et §§ 52 et suiv.; cf. MAUDSLEY, *Le Crime et la Folie*, p. 102.

2. PRINS, *Science pénale et Droit positif*, n<sup>os</sup> 401 et 402, pp. 240 à 242.

3. C'est la position prise, notamment, par le législateur anglais. Le *Mental Deficiency Act*, de 1913, confie à des institutions dépendant du *Board of Control* (Ministère de la Santé publique) — indépendamment des aliénés et débilés mentaux — les hommes « présentant un état d'arriération mentale permanente associé à de fortes tendances perverses sur lesquelles la punition n'a pas d'effet inhibitif ». — Voir, sur cette loi: D<sup>r</sup> DEROMBES, *Annales médico-psychologiques*, février-mars-avril 1937.

4. GILLES DE LA TOURETTE, *L'Hypnotisme au point de vue médico-légal*, Paris, Plon 1887; RIBOT, *Les Maladies de la Personnalité*, Paris, Alcan.

gestion hypnotique, être déterminé d'une manière irrésistible à commettre un crime. Une controverse s'est élevée à ce sujet, vers 1880, entre l'Ecole de médecine de Nancy et celle de la Salpêtrière. L'Ecole de Nancy admettait l'affirmative. L'Ecole de Paris, au contraire, se montrait sceptique (cf. le mémoire de M. Liégeois, en 1884, à l'Académie des sciences morales et politiques)<sup>1</sup>.

Les expériences de laboratoire dont se prévalait l'Ecole de Nancy ne paraissent pas très concluantes : il semble que le sujet garde toujours quelque conscience de la simulation. Si l'on admet ce pouvoir de l'hypnotisme, la conséquence sera l'irresponsabilité du sujet, tandis que toute la rigueur de la peine pèsera sur l'hypnotiseur convaincu de complicité « par provocation au moyen de machinations ou artifices coupables » (art. 60 du Code pénal)<sup>2</sup>.

**348. L'ivresse.** — Quelle est maintenant l'influence de l'ivresse sur la responsabilité pénale ? On évitera de confondre l'ivresse ordinaire, l'ivresse simple, avec l'alcoolisme qui engendre l'immoralité, détermine un affaiblissement progressif de la race et amène parfois la démence, mais dont l'effet immédiat est moins marqué<sup>3</sup>.

Il n'y a pas de difficulté, si l'ivresse est le résultat d'une circonstance accidentelle, si l'inculpé a absorbé, par suite d'un hasard malheureux, une boisson dont il ne soupçonnait pas les effets. Dans ce cas, la responsabilité disparaît.

Mais supposons que le sujet, cédant à ses mauvaises habitudes, s'est mis en état d'ivresse, et, dans cet état, a, commis une infraction à la loi pénale. On lui infligera, s'il y a lieu, les peines établies par la loi du 1<sup>er</sup> octobre 1917 sur l'ivresse publique<sup>4</sup>. S'est-il rendu coupable, en état d'ivresse, d'un meurtre, on songera à lui infliger aussi la peine de l'homicide par imprudence<sup>5</sup>.

Parfois, on préconise un traitement plus sévère, en faisant intervenir la notion du *dol éventuel*. On soutient que l'agent, ayant commis l'imprudence de s'enivrer, alors qu'une expérience antérieure lui permettait d'en prévoir les conséquences, est responsable de sa faute lourde, que certains auteurs assimilent au *dol*.

Ce point de vue semble avoir guidé la Cour de cassation dans un arrêt du 29 janvier 1921, S., 1922, 1, 185 note J.-A. Roux, et les auteurs du projet de Code pénal français (art. 124), aux termes duquel l'ivresse n'est pas une cause d'exemption de la peine. Sous une inspiration semblable, les auteurs du nouveau Code pénal italien décident que l'ivresse, lorsqu'elle ne dérive pas du cas fortuit ou de la force majeure, n'exclut ni ne diminue la responsabilité. Elle entraîne même une aggravation de peine lorsqu'elle

1. *Bulletin des Séances de l'Académie*, 1884, t. CXXII, pp. 173, 222 et suiv., 231 et suiv. ; cf. D<sup>r</sup> LACASSAGNE, *L'Affaire Gouffé*, Paris, Masson, 1891 ; A. BATAILLE, *Causes criminelles et mondaines* de 1890, p. 1.

2. D<sup>r</sup> BÉRILLON, *Rapport au 3<sup>e</sup> Congrès d'Anthropologie criminelle* de Bruxelles, 1892 ; *Actes...*, p. 120.

3. Cf. sur l'opposition de l'alcoolisme et de l'ivresse : GAROFALO, *Criminologie*, t. II, pp. 315 et suiv. ; M. GARÇON, *Les Nouvelles Lois sur l'Alcool et leur Application*, Rapp. à la Soc. gén. des prisons (*Revue pénit.*, 1919, pp. 115 et 133.)

4. *Revue pénitentiaire*, 1917-1918, p. 445.

5. *Sic.* : Cour supérieure de justice du Luxembourg (cassation), 28 oct. 1898, S., 1900, 4, 8.

à le caractère d'ivresse habituelle (art. 94)<sup>1</sup>. Le Code pénal vénézuélien de 1926 (art. 64 et suivants) prévoit, pour cette dernière hypothèse, l'internement dans un établissement spécial. Le code soviétique de 1926 exclut, dans tous les cas d'ivresse, la cause d'irresponsabilité fondée sur l'état mental (art. 11).

A plus forte raison tend-on à faire prévaloir la solution rigoureuse, si l'inculpé s'est mis en état d'ébriété pour se donner des forces dans l'accomplissement de son crime. S'il a donné suite à son projet, il semble qu'il doive subir toute la rigueur de la peine légale. Il semble que sa préméditation doive lui être imputée comme circonstance aggravante. Jousse atteste que, de son temps, la folie cesse d'excuser le crime « quand l'accusé se l'est procurée lui-même en mangeant ou en buvant quelque chose capable de le rendre frénétique ». L'article 92 du Code pénal italien dispose : *Si l'ivresse a été provoquée à l'avance en vue de commettre un délit ou de se ménager une excuse, la peine est aggravée*<sup>2</sup>.

Dans le silence de la loi française, la solution répressive, disons-nous, semble s'imposer<sup>3</sup>. L'élément matériel et l'élément moral de l'infraction sont tous deux constitués. Mais on peut objecter que ces deux éléments n'ont pas coexisté<sup>4</sup>. Quand le fait s'est produit, l'agent avait perdu conscience de ses actes. M. Gallet, dans une thèse remarquable sur la théorie de la tentative, a essayé de répondre à cette objection. Il considère le fait de s'enivrer avec l'intention de commettre un crime comme un commencement d'exécution, punissable à ce titre. Cette explication ne peut être admise. Elle conduirait à la conséquence inacceptable que l'agent, même s'il tombe ivre-mort et ne peut donner suite à son dessein, doit être puni comme s'il avait commis le crime. En réalité, le fait de s'enivrer ne constitue qu'un acte préparatoire.

La difficulté paraît insoluble, mais elle est plus théorique que pratique. Si l'agent commence l'exécution du crime en vue duquel il s'est enivré, il est permis d'en conclure que l'excitation qu'il a trouvée dans l'alcool était légère, et qu'il doit être déclaré responsable de sa conduite.

**349. Des autres intoxications.** — Des formes très modernes d'ivresse sont déterminées par la *cocainomanie* et la *morphinomanie*. Ces habitudes provoquent, à côté d'un certain délire d'excitation, un délire spécial : le délire d'abstinence. Le malade, privé de son poison, est amené fréquemment, pour se le procurer, à commettre des infractions telles qu'un vol, parfois un meurtre.

La lutte contre le trafic des stupéfiants a été entreprise avec énergie. La loi du 13 juillet 1922 a renforcé le contrôle des fumeries clandestines

1. Une troisième solution, intermédiaire, consiste à établir, pour le cas visé, une incrimination spéciale, et à prévoir une peine dépendant, dans une assez large mesure, de l'appréciation du juge, et dont le maximum serait la peine ordinaire du délit intentionnel. Elle a pénétré dans la loi allemande du 24 novembre 1933 et dans le projet national-socialiste. SCHÄFER, *Das kommende deutsche Strafrecht*, p. 44. Le cas de l'*actio libera in causa* a fait l'objet d'études approfondies en Allemagne. Cf. FREISLER, *Grundzüge eines allgemeinen deutschen Strafrechts*, p. 16.

2. De même, le Code pénal vénézuélien de 1926, art. 64. Le Code pénal suisse de 1938 (art. 12) se contente d'exclure, en pareille hypothèse, la cause de non-imputabilité.

3. Voir ALIMENA, *I Limiti e i Modificatori dell' Imputabilità*, t. II, pp. 236 et suiv. et les auteurs cités par lui dans les divers sens. VIDAL et MAGNOL, *op. cit.*, n° 173, p. 291.

4. En ce sens GARRAUD, *Traité théor. et prat.*, t. I, n° 219, pp. 265 et suiv.

d'opium, en les assimilant aux maisons de jeux et de débauche, quant à la possibilité de perquisitions à opérer la nuit. En exécution de l'accord conclu le 19 février 1925 sous les auspices de la S. D. N., des offices de renseignements sont créés, la liaison est organisée entre les polices des divers Etats.

Quant à l'effet de ces intoxications sur la responsabilité, nos tribunaux accordent volontiers les circonstances atténuantes. Les législations récentes étendent, en général, les distinctions et solutions admises en matière d'ivresse. Citons, notamment, le Code pénal italien de 1930, articles 93 et 94, alinéa 2, et le projet français, articles 73 et 74.

**350. La surdi-mutité.** — A la différence de certaines législations étrangères, le Code pénal français ne contient pas de dispositions concernant l'effet de la surdi-mutité sur la responsabilité pénale. L'application des principes généraux fera admettre, suivant le degré d'infirmité mentale que cette infirmité congénitale a entraîné, soit l'irresponsabilité totale, soit le bénéfice d'une responsabilité atténuée<sup>1</sup>. Les Codes étrangers étendent volontiers au sourd-muet le régime de la « question de discernement », telle qu'on la pose pour les mineurs : ainsi les Codes allemand, § 58, hongrois, article 88, vénézuélien, article 71, cubain, art. 35.

La tendance moderne, dont le Code pénal italien fait l'application aux sourds-muets (art. 219 et 222) est d'étendre aux diverses catégories de demi-responsables le régime des *mesures de sûreté*.

## 2° LES CONSÉQUENCES DE L'ALIÉNATION MENTALE AU POINT DE VUE PÉNAL.

**351. L'aliénation mentale, en tant que cause générale de non-imputabilité.** — Aux termes de l'article 64, quand la démence est reconnue, elle supprime la responsabilité pénale. La juridiction répressive ne peut que prononcer l'acquiescement. Bien que le législateur, dans l'article 64, ne parle expressément que des crimes et des délits, on est d'accord pour reconnaître que la règle est générale et s'applique aux contraventions de simple police.

La démence étant une cause de non-imputabilité, il en résulte que, si elle est constatée par le juge d'instruction, ce dernier doit rendre une ordonnance de non-lieu. Si l'agent est déjà traduit devant la Cour d'assises, la question de démence est comprise dans la question générale de culpabilité. Sans doute, rien n'interdit au président de la Cour d'assises d'attirer l'attention de la Cour et du jury par une question spéciale, mais la position de cette question n'est pas obligatoire.

**352. Les traits caractéristiques du régime français. Critiques.** — Le système établi par l'article 64 du Code pénal, tel qu'il est généralement interprété, se caractérise par les traits suivants :

1° L'état de démence fait disparaître, non seulement la responsabilité pénale, mais toute responsabilité. Le dément ne sera condamné ni aux

1. LEGRAND, DU SAULE, *Traité de Médecine légale*, p. 840 ; GIAMPIETRO, *De la Responsabilité morale et criminelle des Sourds-Muets* (Actes du 2<sup>e</sup> Congrès d'Anthropologie criminelle de Paris, 1889, pp. 240 et suiv.).

dépens, ni à payer des dommages-intérêts à sa victime : la responsabilité civile disparaît comme la responsabilité pénale ;

2° Quand, à la suite du verdict du jury qui résout par la négative la question de culpabilité, l'acquittement est prononcé, l'inculpé est libéré immédiatement ;

3° Le système du Code comporte une opposition absolue entre la responsabilité pénale entière de l'homme normal, sain d'esprit, d'une part, et, d'autre part, l'irresponsabilité de l'aliéné ; entre la santé mentale et la folie, le législateur de 1810 n'a pas prévu de situations intermédiaires.

Ces trois solutions ont été condamnées au cours du XIX<sup>e</sup> siècle par un développement doctrinal et jurisprudentiel, comme étant contraires à la justice ou à l'intérêt social.

**353. De l'irresponsabilité des aliénés, au point de vue civil.** — Il a paru contraire à la justice que l'aliéné, qui, en cette qualité, échappe à l'application d'une peine, soit affranchi en même temps de toute responsabilité civile. La solution traditionnelle repose sur l'idée qu'étant donné l'état de l'agent, on ne peut lui reprocher ni dol ni faute, et qu'en conséquence, il n'y a pas de fondement pour une obligation civile<sup>1</sup>, pour une condamnation à des dommages-intérêts (Cf. Cass. Requêtes, 21 octobre 1901 *D. P.*, 1901, 1, 524 ; S. 1902, 1, 32).

Cette solution est de plus en plus battue en brèche par la doctrine, en France et à l'étranger.

En droit, on oppose à l'argumentation précédente que la faute n'est plus, aujourd'hui, la source unique de la responsabilité civile. Il suffit d'évoquer la théorie du *risque* qui a inspiré notre loi de 1898 sur les accidents du travail, et la jurisprudence actuelle sur les accidents d'automobiles. On ne justifie donc pas suffisamment, a-t-on dit, l'exclusion de la responsabilité civile du dément, en alléguant qu'on ne peut lui reprocher aucune faute.

En équité, si l'aliéné, l'auteur matériel du dommage, est fortuné tandis que sa victime est indigente, n'y a-t-il pas quelque chose de choquant à ce que l'agent, cause du préjudice, soit dispensé de toute réparation ? Parfois, il sera possible de mettre en jeu, sur le fondement de l'article 1384 du Code civil, la responsabilité des personnes qui ont la charge de l'aliéné. Mais celle-ci n'est pas toujours engagée ; elle n'est pas toujours efficace. On verra plus loin que les causes de justification, comme la légitime défense, font disparaître toute responsabilité civile, et sur ce point tout le monde est d'accord.

Mais les causes de justification impliquent l'absence de toute violation du droit. Telle n'est pas la situation actuellement envisagée. L'aliéné qui a causé un préjudice n'a pas seulement lésé un intérêt : il a commis un empiètement sur le domaine juridique de son prochain : la justice veut qu'il répare.

La responsabilité civile des aliénés est nettement affirmée aujourd'hui par les représentants de l'École positiviste. Elle est consacrée par certaines

1. AUBRY ET RAU, *Cours de Droit civil*, t. IV, p. 747, 4<sup>e</sup> éd., BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Des Obligations*, t. IV, n° 2857.

législations, telles que le Code allemand de 1900, § 829<sup>1</sup>. Cf. l'article 54 du Code suisse des obligations de 1881, et l'article 2 de la loi belge de défense sociale, du 9 avril 1930. Elle tend même à pénétrer dans la jurisprudence française<sup>2</sup>.

### 354. De l'internement administratif des aliénés criminels. —

Il a paru contraire à l'intérêt social que l'arrêt ou le jugement qui prononce l'acquiescement fondé sur l'aliénation mentale ait pour conséquence la libération pure et simple de l'aliéné. En effet, a-t-on dit, l'aliéné constitue un danger public contre lequel il est nécessaire que des mesures de préservation sociale soient prises.

Ces mesures de préservation existent chez nous dans une certaine mesure ; mais elles reposent sur l'assimilation complète des aliénés criminels et des aliénés ordinaires, auxquels on ne peut imputer aucun délit. Il en résulte que l'internement de l'aliéné dans un asile, s'il n'est pas sollicité par un membre de sa famille dans les conditions de la loi du 30 juin 1838, ne peut être imposé que par le préfet, c'est-à-dire par une autorité administrative (art. 18 de la loi de 1838).

Il résulte encore de cette assimilation que l'aliéné criminel sera interné dans les mêmes asiles que les aliénés ordinaires, c'est-à-dire dans des établissements publics départementaux, ou privés, mais placés sous la surveillance de l'autorité publique. D'après la loi de 1838, ces établissements doivent être visités à intervalles réguliers par le maire, le préfet, le procureur de la République et le président du tribunal. Mais ces prescriptions ne sont l'objet, en fait, que d'une observation très intermittente.

L'aliéné interné dans un de ces asiles est libéré, lorsqu'il résulte des constatations du médecin qu'il a recouvré la santé<sup>3</sup>.

Voilà quel est le droit positif français, résultant de la combinaison de l'article 64 du Code pénal avec les prescriptions de la loi de 1838.

Ce système est défectueux à plusieurs égards.

1° Il subordonne l'internement de l'aliéné criminel à l'appréciation d'une autorité administrative. Il vaudrait beaucoup mieux, a-t-on dit, que l'internement intervînt comme une conséquence obligatoire de l'acquiescement fondé sur l'aliénation mentale. En effet, l'autorité judiciaire, qui vient de connaître du fait délictueux, est mieux qualifiée que l'administration pour apprécier le danger social que représente l'aliéné. La compétence judiciaire est préférable, car son exercice donne au public l'impression que le crime a été constaté et réprimé. Ce système a pénétré de nos jours dans diverses législations européennes. Nous mentionnons, en parti-

1. Voir sur la notion de *Causahaftung*, opposée à celle de *Culpahaftung*, RAPPAPORT, *La lutte autour de la Réforme du Droit pénal en Allemagne*, p. 66.

2. Montpellier, 30 juillet 1930, *S.*, 31, 2, 33, note BRETON ; Toulouse, 3 novembre 1937 *Semaine juridique*, 1938, 578. Jugé que la responsabilité civile d'un aliéné irresponsable pénalement peut être engagée, s'il est établi qu'il n'a pas agi avec une inconscience absolue, de façon toute machinale, mais avec une certaine lucidité et la logique des aliénés se croyant persécutés. Cf. J. LEBRET, *Essai sur la notion de l'intention criminelle*, *Revue de Science criminelle*, 1938, pp. 438 et suiv.

3. BADOIT, *Les Aliénés criminels. Leur Sortie du Quartier de Sécurité*, thèse (médecine), Strasbourg, 1923.

culier les dispositions très intéressantes de la loi belge précitée, du 9 avril 1930<sup>1</sup>.

2° Le système actuel est encore défectueux parce qu'il confond dans les mêmes asiles les aliénés criminels et les aliénés ordinaires. L'état de l'aliéné criminel nécessite, le plus souvent, des précautions spéciales. La présence d'aliénés criminels a pour conséquence de jeter sur les asiles un certain discrédit. Sous cette impression, les familles éprouvent trop souvent quelque répugnance à y faire entrer leurs malades.

**355. Les manicommes.** — Ce qui prouve que l'état de choses actuel est défectueux, c'est la pratique illégale, qui s'est établie depuis 1887, et qui consiste à affecter aux aliénés criminels, bien qu'acquittés, des quartiers spéciaux d'établissements pénitentiaires. Sur ce point, les propositions de l'École positiviste, qui tendent à affecter aux aliénés criminels des établissements distincts, appelés *manicommes*, sont préférables. Mais il n'est pas nécessaire que ces établissements soient compris dans le « cadre pénitentiaire ». Ils devraient en être indépendants<sup>2</sup>.

**356. Des cas de demi-responsabilité.** — Enfin, il a paru contraire à la justice et à l'intérêt social qu'aucune solution n'ait été prévue par la loi pour les cas intermédiaires entre la responsabilité de l'homme sain d'esprit et l'irresponsabilité complète du dément. Les progrès de la psychiatrie ont établi l'existence d'affections mentales qui affaiblissent l'intelligence ou énervent la volonté sans les abolir complètement. Il suffit de rappeler le cas de la paralysie générale qui, dans sa phase initiale, se manifeste seulement par des bizarreries de caractère, les intervalles lucides dans les cas de folie intermittente ou circulaire, le cas du neurasthénique ou de l'épileptique larvé. On peut citer encore le cas de l'ivrogne et celui du sourd-muet, dont l'état n'abolit pas complètement la responsabilité pénale (arg. art. 333 du Code d'instruction criminelle. Cf. Code allemand, § 58; Code italien, art. 96).

**357. La théorie de la responsabilité atténuée des demi-fous** — C'est pour ces cas intermédiaires que s'est édifiée, dans la seconde partie du XIX<sup>e</sup> siècle, la thèse de la responsabilité atténuée.

Consulter un article de M. GRASSET sur les *Demi-fous et Demi-responsables* paru dans la *Revue des Deux Mondes* en 1906, et son ouvrage sur la *Respon-*

1. Cf. sur les travaux préparatoires de cette loi le rapport de M. SASSERATH à la Société des prisons, *Revue pénitentiaire*, 1928, pp. 14 et suiv. Dans le même sens, les Codes pénaux vénézuélien de 1926, art. 62, italien de 1930, art. 222, polonais de 1932, art. 79, cubain de 1936, art. 35. Le droit russe impose aussi l'internement de l'aliéné délinquant. La Cour suprême de l'U.R.S.S. décide (21 mai 1942) que l'inculpé irresponsable mais socialement dangereux ne doit pas être remis en liberté, mais interné dans un établissement psychiatrique, jusqu'à nouvelle décision du juge, selon une instruction du 17 fév. 1935 (GOLIAKOV, *op. cit.*, p. 131). Le projet français de Code d'instruction criminelle, art. 595, attribue compétence, pour ordonner l'internement, au tribunal *civil* du lieu de la poursuite, devant qui l'aliéné, bénéficiaire de l'acquiescement, est immédiatement conduit.

2. Voir, sur les asiles d'aliénés criminels, l'enquête et le rapport de M. PROUST à la Société générale des prisons (*Revue pénitentiaire*, 1878, pp. 570, 759 et suiv.; 1879, pp. 30, 169 et suiv.), et le rapport de M. CONSTANT à la même Société (*Revue pénitentiaire*, 1897, pp. 768 et suiv.; 1900, p. 258). Des quartiers spéciaux, dits *de sûreté*, ont été réservés, dans certains asiles, aux aliénés criminels. C'est ainsi que fonctionne la section Henri Colin à l'hôpital psychiatrique de Villejuif. BAFFOS et HEUYER, Les délinquants mentalement anormaux, *Revue de Science criminelle*, 1939, p. 5.

*sabilité des Criminels* (Paris, 1908). Plus récemment, le Dr BALTHAZARD a déposé un intéressant rapport à la Société des prisons, qui a paru dans la *Revue pénitentiaire* de 1922, p. 699.

Cette théorie comporte l'affirmation qu'il est possible à un médecin expert de doser la responsabilité du sujet en tenant compte de sa constitution physique et mentale, de l'état de son cerveau : la responsabilité pénale se calquerait sur la *responsabilité physiologique* de l'inculpé.

**358. Ses conséquences.** — Elle a exercé une grande influence sur la jurisprudence française dans les premières années du xx<sup>e</sup> siècle. Et c'est à elle qu'on doit, dans une certaine mesure, l'application si étendue des *circonstances atténuantes*.

**359. Examen critique de la théorie de la responsabilité atténuée.**

— Les objections que cette thèse a rencontrées sont les suivantes :

1<sup>o</sup> L'affirmation qu'il est possible de procéder à un dosage, même approximatif, de l'anomalie mentale, a-t-on dit, n'est pas étayée de preuves ;

2<sup>o</sup> Il n'est pas prouvé non plus qu'on doive proportionner la peine au degré d'anomalie. Le type de l'homme absolument sain d'esprit, exempt de toute tare mentale, est irréel. L'application du principe conduirait à exclure, dans un trop grand nombre de cas, l'entière responsabilité pénale.

Surtout, des controverses se sont élevées quant aux conséquences pratiques du système. La diminution de rigueur du châtement se traduit nécessairement, puisque les moyens répressifs consistent en des peines privatives de liberté, par une réduction de la durée. C'est, en particulier, le résultat auquel conduit, chez nous, les circonstances atténuantes, qui permettent l'abaissement presque indéfini de la peine. Telles qu'elles sont très souvent sobies à l'heure actuelle, les courtes peines privatives de liberté sont inefficaces, car elles n'intimident pas ; mais elle déterminent la corruption mutuelle. Elles sont d'autant plus fâcheuses qu'elles s'appliquent à des demi-fous, particulièrement dangereux<sup>1</sup>.

Ce défaut est peut-être imputable à l'application jurisprudentielle de la théorie de la responsabilité atténuée, plutôt qu'à cette théorie elle-même, telle qu'elle a été comprise par son principal représentant. Il est certain que, dans la pensée du docteur Grasset, l'indulgence ne devait pas se traduire par l'abréviation de la peine, mais par l'atténuation du régime. Il voulait qu'on substituât à la peine, ou plutôt qu'on combinât avec elle, à l'égard des demi-fous, ces mesures d'un caractère nouveau qui tiennent une si grande place dans les Codes pénaux récents, et qu'on appelle les *mesures de sûreté*. On donnerait ainsi satisfaction à l'idée de justice, parce que le régime appliqué ne serait pas essentiellement répressif. Il sauvegarderait suffisamment l'intérêt social, car le coupable serait l'objet d'une détention prolongée<sup>2</sup>.

1. L'abus des courtes peines est facilité chez nous par le jeu des circonstances atténuantes. Il est d'ailleurs l'effet de la tendance naturellement indulgente du juge, lorsqu'il se trouve en présence de cas concrets qui éveillent souvent la commisération. Il se rencontre aussi à l'étranger. En Allemagne, en 1930, les peines prononcées, à concurrence de 62,3 % sont inférieures à trois mois d'emprisonnement (GRAU, *Das kömmende deutsche Strafrecht*, p. 117).

2. Voir, notamment, en ce sens, la loi allemande du 24 novembre 1933, et les projets

**360. Des cas de folie postérieure à l'infraction.** — Lorsque la folie se manifeste après la commission du délit, il faut toujours se demander si on n'est pas en présence d'une manifestation extérieure d'un état pathologique qui existait à l'état latent, lors de la commission de l'infraction à la loi pénale.

**361. Du cas où la crise d'aliénation superveniens révèle un état pré-existant.** — Si, alors, il n'y a pas eu de condamnation prononcée, on procédera à une expertise, dont il sera tenu compte. Si une condamnation est déjà intervenue, mais n'est pas définitive, on usera des voies de recours, ordinaire ou extraordinaire, en vue de réparer l'erreur judiciaire qui a pu être commise. Enfin, on peut supposer qu'une condamnation a déjà été prononcée et est devenue définitive par l'expiration des délais prévus par la loi pour l'appel ou pour le recours en cassation. Il existe, en pareil cas, une voie de recours exceptionnelle, dite *recours en revision* pour erreur judiciaire. Pourra-t-il en être fait usage ? Ce n'est pas certain, car les cas de recours en revision sont énumérés limitativement par la loi. On a prétendu que la revision suppose une erreur relative à la détermination de l'auteur matériel des faits. L'énumération légale n'embrasserait pas le cas d'aliénation mentale. La Cour de cassation a, cependant, admis le recours.

**362. Aliénés criminels et criminels aliénés.** — On peut supposer que l'agent était réellement sain d'esprit au moment où il a commis son acte, mais est devenu fou postérieurement ; au lieu d'un *aliéné criminel*, on est alors en présence d'un *criminel aliéné*.

Trois situations sont à distinguer :

**363. Du cas où la folie intervient au cours des poursuites.** — 1<sup>o</sup> La folie a pu éclater au cours des poursuites, avant qu'un jugement ait été prononcé. Il en résultera la suspension de l'action publique<sup>1</sup>. Quant à l'instruction, elle pourra se poursuivre, mais on ne devra accomplir que des actes ayant un caractère réel, objectif, c'est-à-dire qui ne mettent pas en cause la personne de l'inculpé devenu incapable de se défendre. C'est ainsi que l'instruction comprendra l'audition de témoins, l'enquête, mais l'aliéné ne saurait être l'objet d'un interrogatoire<sup>2</sup>.

**364. Du cas de folie intervenant en cours de peine.** — 2<sup>o</sup> La folie peut éclater après que la condamnation a été prononcée, alors que la peine est en cours d'exécution. Certaines peines peuvent être exécutées, malgré l'état d'aliénation mentale du condamné. Il en est ainsi de la *dégradation*

de Réforme du Code pénal, antérieurs à celui du III<sup>e</sup> Reich. Les conceptions actuelles en Allemagne ne s'opposent pas à l'application des mesures de sûreté ; mais elles répudient, sauf les cas d'un état aigu et passager, toute atténuation soit obligatoire, soit facultative de la peine en faveur des « demi-responsables ». L'affaiblissement de l'intelligence ou de la volonté doit être compensé par le renforcement de la menace pénale ; *Du sollst, denn du kannst*. Cf. SCHÄFER, *Das kommende deutsche Strafrecht*, p. 41, WILMANN, *La Prétendue Responsabilité atténuée*, 1927.

1. De même, en droit soviétique. Une peine ne peut être prononcée. Si la maladie se prolonge, des mesures médicales peuvent seules être ordonnées (art. 7 des *Principes fondamentaux* de 1924 ; art. 11 du Code pénal de 1926).

2. Voir, pour le sursis au jugement du pourvoi en cassation : Crim., 25 janv. 1839, S., 39, 1, 806 ; 29 juillet 1898, *Pand. franç.*, 1898, 1, 510 ; 31 oct. 1912, S., 1913, 1, 424.

*civique*, de l'interdiction de certains droits civils, civiques et de famille, des peines privatives de droits en général. L'aliéné reste privé de la jouissance de ses droits civils et politiques, ce qui se comprend d'autant mieux qu'il est incapable de les exercer. Il en est de même des peines pécuniaires, amendes ou confiscations spéciales. Mais on ne peut poursuivre l'exécution des peines privatives de liberté, comme l'emprisonnement, qui constituerait une cruauté inutile. Le malade sera soigné dans un local dépendant de l'administration pénitentiaire (arg. art. 15 et 16 loi du 4 vendémiaire an VI).

On se demande si le temps consacré à ce traitement doit entrer en ligne de compte dans le calcul de la durée de la peine. En droit strict, il semble que non. Mais c'est pratiquement, dans un esprit d'indulgence, la solution contraire qui prévaut. Elle est formellement consacrée par les Codes pénaux du Vénézuéla (1926) art. 58, de Colombie (1936) art. 99, de Suisse (1938) art. 40. De même, le projet du Code d'instr. crim. français (projet Matter) art. 564 *in fine* : *Le temps passé à l'asile sera imputé sur la durée de la peine.*

**365. Effets de l'aliénation mentale sur la procédure du recours en revision. Renvoi.** — Enfin, 3<sup>o</sup> on envisage le cas où la démence éclate postérieurement à une condamnation devenue définitive. Ici encore, on suppose que la peine était en train de se subir au moment où la folie a éclaté ; mais il s'est présenté une complication supplémentaire ; des faits nouveaux sont venus établir qu'en réalité la condamnation était fondée sur une erreur judiciaire ; le condamné n'était pas matériellement l'auteur de l'acte pour lequel il a été frappé. On sait qu'il existe, pour la réparation des erreurs judiciaires, une voie de recours extraordinaire, le *pourvoi en revision*. Cette procédure suppose des débats contradictoires qui doivent se dérouler, dans certains cas, devant la juridiction à laquelle la Chambre criminelle de la Cour de cassation aura ordonné le renvoi. Comment l'aliéné pourrait-il prendre part à ces débats ? Le législateur du Code d'instruction criminelle n'avait pas prévu cette situation, non plus d'ailleurs que le législateur de 1895, qui a étendu les cas de revision. La loi du 19 juillet 1917 est intervenue pour combler cette lacune. On exposera le système de cette loi en traitant, d'une façon générale, du recours en revision.

## § 2. — De la force majeure, de la contrainte morale et de l'état de nécessité

**366. La « force irrésistible » et ses diverses manifestations.** — Il s'agit de circonstances exclusives de la culpabilité. A elles s'applique encore la formule de l'article 64 : *Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister.* Dans les cas que nous allons envisager, l'inculpé a commis un délit sous l'influence d'une force irrésistible.

**367. Définitions.** — Dans l'article 64, le législateur a prévu le cas de *contrainte*. On parle de *force majeure*, quand la contrainte s'est exercée par des moyens physiques. C'est le cas du banni qui, jeté par la tempête sur les côtes de France, a commis, malgré sa volonté, le délit de rupture de ban.

La contrainte est dite *morale* quand elle s'est exercée par des moyens

d'ordre psychologique, tels que la persuasion, accompagnée de menaces. Il faut éviter de confondre avec ces deux situations l'état de nécessité. L'état de nécessité est celui d'un individu qui jouit, en apparence, de toute la liberté de ses mouvements, mais qui, pour sauver un bien que la loi protège, s'est trouvé obligé de sacrifier un autre bien, protégé également par la loi, et de commettre un délit. Tandis que la formule de l'article 64 s'applique à la contrainte, aucun texte ne vise l'état de nécessité. Cette théorie est l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence.

**368. Conséquences ; caractères juridiques.** — La force majeure, la contrainte morale et l'état de nécessité sont des circonstances exclusives de la culpabilité ; elles ont pour conséquence l'acquittement de l'inculpé. Doivent-elles être comprises parmi les causes de non-imputabilité, comme la démence, ou faut-il les ranger parmi les causes de justification, comme la légitime défense ? L'intérêt pratique de cette question est considérable, notamment en ce qui touche la responsabilité civile. Cette question ne comporte pas une réponse uniforme ; elle dépend du fondement juridique que l'on attribue à chacune de ces circonstances.

#### 1° DE LA FORCE MAJEURE

**369. Des diverses formes de la contrainte physique.** — La contrainte physique peut se manifester de différentes façons.

Elle peut résulter d'une circonstance naturelle, d'un phénomène physique. C'est le cas du banni, qui, naviguant dans le voisinage des côtes de France, a été jeté sur ces côtes par la tempête. Un cas plus pratique, qui vise cette fois un délit d'omission, est celui du juré qui, convoqué régulièrement à une audience de la Cour d'assises, a été empêché de s'y rendre par une inondation, ou par un accident de chemin de fer. C'est là ce qu'on appelle proprement la *force majeure*<sup>1</sup>.

Mais on peut supposer, en second lieu, que la contrainte physique a été l'œuvre d'une personne, d'un tiers. Les exemples qu'on cite parfois sont d'ailleurs fort peu pratiques. Tel, le cas de celui qui a falsifié un document parce qu'une tierce personne lui aurait pris la main pour le faire écrire. On suppose, avec plus de vraisemblance, le cas d'un conscrit qui, victime d'une séquestration arbitraire, n'a pu se présenter le jour fixé à l'autorité militaire, et se voit poursuivi pour insoumission.

Il n'est pas douteux que, dans ces hypothèses, la responsabilité pénale s'évanouit. La solution qui s'impose est l'acquittement pur et simple. Elle s'impose, quelle que soit la nature de l'infraction : crime, délit ou contravention de simple police<sup>2</sup>. Un élément psychologique fait défaut, dont l'absence exclut toute responsabilité pénale : la volonté.

Toutefois, la jurisprudence soumet l'effet justificatif de la force majeure aux trois conditions suivantes, qui, toutes donnent lieu à discussion :

1. Voir encore : Crim., 28 févr. 1861, S., 61, 1, 671 ; D. P., 61, 1, 140.

2. Crim., 28 juill. 1881, S., 82, 1, 392 ; D. P., 82, 1, 95, 14 avril 1916, D. P., 1921, 1, 48 ; 16 déc. 1921 et 18 fév. 1922, D. P., 1922, 1, 72. Crim., 24 avril 1937, D. H., 37, 429 (au sujet du délit d'abandon de famille) ; Amiens (Chambre correctionnelle), 9 mars 1939, *Semaine juridique*, 1939, 1196.

- 1° Elle exige que, par l'effet de la force majeure, l'inculpé se soit trouvé dans l'impossibilité *matérielle et absolue* de se conformer à la loi<sup>1</sup> ;
- 2° Elle exige que la contrainte résulte d'une circonstance extérieure à la personne de l'agent ;
- 3° Elle exige que cette circonstance soit indépendante de toute faute qui pourrait être reprochée à ce dernier.

C'est la question devenue classique des « apatrides expulsés » qui a donné à la Cour de cassation l'occasion de se prononcer sur le premier point.

**370. Du cas de refoulement des expulsés apatrides.** — Il s'agit d'étrangers dénationalisés et réfugiés qui, ayant été expulsés de France, sont rentrés sur le territoire en violation de l'arrêté d'expulsion, parce qu'ils ont été refoulés, suivant une pratique devenue fréquente, par les autorités des pays limitrophes. Longtemps, des condamnations se succédèrent sur la base de la loi du 3 décembre 1849, article 8, sans que l'exception de la *force majeure* ou de la contrainte fût même soulevée ou examinée. On semblait croire que le caractère « *contraventionnel* », ou « *purement matériel* » du délit excluait ce moyen de défense. Quand la question s'est posée, en droit, devant la Cour de Paris, elle a repoussé l'exception, argument pris de ce qu'on ne peut assimiler à l'*impossibilité absolue*, seule constitutive de la force majeure, la *grande difficulté* où s'était trouvé l'inculpé de se conformer à l'arrêté d'expulsion<sup>2</sup>. La Cour de cassation, saisie à son tour, a jugé non pertinente l'offre, faite par l'expulsé, de prouver qu'il avait été refoulé par tous les Etats limitrophes de la France : ne pouvait-il, par voie de mer, trouver refuge dans un Etat non limitrophe<sup>3</sup> ? L'erreur des juges est d'avoir apprécié, en soi, d'un point de vue purement *objectif*, le degré de difficulté et l'impossibilité prétendue, sans aucune recherche active des circonstances personnelles à l'agent. Indépendamment des iniquités dont elle est la source, cette interprétation encourt le double reproche de contrarier la tendance individualisante du droit pénal moderne et d'être inconciliable, ainsi que nous le montrons plus loin, avec les termes de l'article 64 du Code pénal. Une réaction s'est manifestée, dans la jurisprudence<sup>4</sup> et dans la doctrine<sup>5</sup>. Puis, les décrets-lois des 2 mai,

1. L'affirmation que la force majeure, pour exclure la culpabilité, a dû être « *irrésistible* » et « *imprévisible* » se trouve dans certaines décisions : Crim., 14 avril 1916, *D. P.*, 1921, 1, 48 ; 29 janv. 1921, *S.*, 22, 1, 185, note Roux ; 16 déc. 1921 et 18 fév. 1922, *D. P.*, 22, 1, 72 ; 20 avril 1934, *S.*, 35, 1, 399 ; 15 décembre 1934, *Gaz. Pal.*, 14 fév. 1935 ; 27 mars 1936, *D. H.*, 36, p. 253 ; 6 nov. 1936, *Gaz. Pal.*, 24 déc. 1936. Cf. MAGNOL, *Revue de Science criminelle*, 1937, p. 58. Voir depuis, dans le même sens : Crim. 21 octobre 1942, *D. C.*, 1943, J. 25 ; Crim. 17 mars 1943, *Gaz. Pal.*, 21-25 mai 1943.

2. Paris, 26 juill. 1934, *D. P.*, 34, 2, 115, note DONNEDIEU DE VABRES, Paris, 30 janvier 1937, *D. H.*, 37, p. 228.

3. Crim., 8 fév. 1936, *D. P.*, 36, 1, 44, note DONNEDIEU DE VABRES, De même : Crim., 1<sup>er</sup> mai 1936, *Gaz. Pal.*, 1936, 2, 186 ; 25 juin 1937, *Gaz. Pal.*, 1937, 2, 480 ; 17 décembre 1937, *Gaz. Pal.*, 11 février 1938 ; 19 octobre 1938, *D. H.*, 39, 3.

4. Trib. corr. de Nice, 4 juill. 1935, *D. P.*, 36, 2, 47, note DONNEDIEU DE VABRES ; Trib. corr. Seine, 14 nov. 1936, *D. H.*, 37, 14. C. de Toulouse, 9 juin 1937, arrêt cité par MAGNOL, *Chronique, Revue de Science criminelle*, 1937, p. 680 ; Trib. corr. Seine, 16 déc. 1938, *Gaz. Pal.*, 3 mars 1939 ; ce dernier jugement admet l'exception de force majeure en faveur d'un expulsé dont la femme venait de mettre au monde deux jumaux qu'elle soignait à l'hôpital. Voir depuis, dans le même sens : trib. corr. Bordeaux, 18 avril 1940 *Gaz. Pal.*, 1940, 1, 337. Bordeaux 18 avril 1940, *Gaz. Pal.*, 21-35 mai 1943.

5. H. DONNEDIEU DE VABRES, Le problème de l'expulsion des apatrides, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1935, pp. 52 et suiv. ; R. FATOU, A propos du problème des étrangers indésirables et de leur expulsion, *Revue de Science criminelle*, 1936, p. 317 ; J. A. ROUX, Les apatrides et le droit d'expulsion, *Revue internationale de droit pénal*, 1936, p. 248 ; PHILONENKO, Expulsion des apatrides, Jurisprudence et pratique administrative, *Journal du droit international*, 1937, p. 699, NIBOYET, *Addendum au Traité de droit international privé français*, t. 11, *Strey*, 1939, n° 659, p. 2.

17 juin et 11 novembre 1938, que nous commentons plus loin (n° 383) ont donné à cette difficulté une solution conforme à l'ordre public et à la justice. Ils ont imposé aux étrangers dont l'expulsion n'est pas réalisable certaines mesures de surveillance et une résidence forcée. Malgré ces innovations, la jurisprudence dominante n'a pas renoncé à son interprétation très restrictive du cas de force majeure<sup>1</sup>.

**371. Du cas d'infraction à la police des étrangers.** — Parmi ces mesures de police, dont le progrès de l'immigration et le danger extérieur ont déterminé le renforcement, figurent les dispositions des décrets-lois du 2 mai 1938 et du 11 novembre 1938, qui exigent des étrangers voulant résider un an en France, un permis suivi de la délivrance d'une carte d'identité<sup>2</sup>. L'article 2, § 3, du premier de ces décrets frappe d'emprisonnement et d'amende, sans formuler aucune réserve, le fait de séjourner en France, après refus ou retrait de la carte d'identité<sup>3</sup>. L'article 3 frappe des mêmes peines l'étranger qui, *sans excuse valable*, aura omis de solliciter, dans les délais réglementaires, la délivrance de la carte d'identité. Si l'infraction à l'article 2, § 3, peut être justifiée par le cas de force majeure, même en l'absence d'une impossibilité absolue<sup>4</sup>, il en est de même, *a fortiori*, de l'infraction à l'article 3, dont le législateur a pris soin de subordonner la répression à l'absence d'*excuse valable*<sup>5</sup>. Ces mots, qu'on rencontre dans certains textes du Code d'instruction criminelle, à propos des jurés (art. 398) et des témoins (art. 82) ne désignent pas, de l'avis commun des auteurs, une *excuse absolutive*<sup>6</sup>. Il s'agit bien d'une application élargie de la notion de force majeure. Cette notion comporte des nuances. Elle doit être *individualisée*<sup>7</sup>. Des raisons d'égalité s'opposent à ce qu'on lui attribue la rigidité dont la Cour de cassation faisait état. Les mêmes règles s'appliquent

1. Voir notamment : Crim., 21 mai 1941, *Gaz. Pal.*, 1941, 1, 132; Trib. corr. de Bordeaux, 20 avril 1940, *Gaz. Pal.*, 21 avril 1940, ci-dessous n° 383, p. 221, note 7.

2. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. II, 1938, n° 641, p. 88; H. BLIN, Des règles de police applicables aux étrangers en France et des sanctions de ces règles, *Semaine juridique*, 1939, p. 104; M. PRÉVOT, Variétés sur la police des étrangers, *Gaz. Pal.*, 12 mai 1939; B. MORICE, Commentaire du décret-loi du 12 novembre 1938, relatif à la situation et à la police des étrangers, *Lois Nouvelles*, 1939, p. 37. — Les mesures de police prises par décret-lois des 2 mai 1938 et 11 novembre 1938 ont été renforcées par des décrets du 16 mars 1943 et du 20 mai 1943, qui subordonnent à certaines formalités les changements de domicile et l'accès de certains départements. Les sanctions résultent de l'article 471, § 15 du Code pénal, sans préjudice des peines visées par le décret-loi du 2 mai 1938 et par les lois du 9 novembre 1942 relatives au séjour et à la circulation des Juifs étrangers et du 30 janvier 1943 autorisant la création de zones réservées. L'annulation des décrets de 1943 est prononcée (tableau II) par ordonnances du 12 décembre 1944 et du 28 juin 1945. Les conditions d'entrée et de séjour des étrangers sont aujourd'hui régies par l'ordonnance du 2 nov. 1945 (*D.*, 1946, *L.*, 24), et le décret du 30 juin 1946 (*D.*, 1946, *L.*, 313).

3. Crim., 10 mars 1939, *Gaz. Pal.*, 28 avril 1939, *Semaine juridique*, 1939, p. 1157.

4. Trib. corr., Seine, 31 octobre 1938, *D. H.*, 39, 15.

5. Ces termes se retrouvent dans l'ordonnance du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers (*D.*, 1946, *L.*, 24; *infra*, n° 383).

6. GABOLDE, La notion d'excuse valable en matière d'infractions à la police des étrangers, *Lois nouvelles*, 1939, I, pp. 141-143.

7. Jugé que la négligence et l'oubli ne suffisent pas à constituer l'excuse valable (Trib. corr. Albertville, 4 oct. 1938, *S.*, 39, 2, 117). Par contre, le bénéfice de l'excuse valable est accordé à une vieille femme honorable que son état de santé a empêchée de remplir les formalités légales (Trib. corr. Saint-Brieuc, 16 mars 1939, *D. P.*, 1939, 2, 71, note LEBRUN); à une Française devenue étrangère par son mariage et empêchée d'accomplir à temps les formalités de recouvrement de la nationalité (Poitiers, 1<sup>er</sup> déc. 1939, *Semaine juridique*, 1940, 1449, *D. H.*, 40, 45); à un étranger dont les démarches pour obtenir le renouvellement de sa carte d'identité n'ont pu aboutir à temps (Trib. corr. Mirande, 14 mars 1940, *D. H.*, 40, 108). Cf. les Chroniques de MM. MAGNOL et HUGUENY *Revue de Science criminelle*, 1939, pp. 498 et 505.

au défaut de renouvellement de la carte d'identité dans le délai légal, que vise un décret réglementaire du 14 mai 1938<sup>1</sup>.

**372. Du cas où la contrainte physique a sa source dans la personne même de l'agent.** — On peut supposer que la contrainte physique vient de l'agent lui-même, procède d'une cause interne, inhérente à sa personne. Il semble que, même dans ce cas, la contrainte doive entraîner l'irresponsabilité pénale, puisque le législateur n'a fait aucune distinction, dans l'article 64, suivant l'origine de la contrainte. Cependant, la jurisprudence s'est prononcée en sens contraire, ou, du moins, elle se montre fort hésitante.

Voici une espèce qui s'est présentée, il y a quelques années, devant la Cour de Nancy. Une personne honorable, femme d'un médecin militaire, ayant des raisons de prévoir et de redouter la mise à la retraite anticipée de son mari, écrivit au ministre de la Guerre une lettre d'outrages et de menaces. Ayant été arrêtée et mise en prévention, elle adressa des injures au procureur de la République et au juge d'instruction. On la soumit à un examen médical; et les experts, tout en considérant qu'elle n'était pas atteinte d'aliénation mentale, constatèrent qu'elle avait obéi à une impulsion irrésistible. L'acquittement fut prononcé par le Tribunal correctionnel et confirmé par la Cour de Nancy. Celle-ci déclara « que les actes reprochés à la dame S... avaient été exécutés sous l'empire de la crainte de la mise à la retraite de son mari, de l'émotion de son arrestation et de sa comparution devant le magistrat instructeur; qu'ils étaient le résultat d'une impulsivité irrésistible dont la dame S... n'était pas maîtresse de modérer les effets, et qu'au moment de l'action, la prévenue ne disposait pas de son libre arbitre et de la plénitude de ses facultés mentales ».

Sur pourvoi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation cassa l'arrêt de la Cour de Nancy, en alléguant que, d'une part, l'arrêt n'établissait pas l'existence du fait extérieur qui aurait produit la contrainte, et que, d'autre part, la Cour de Nancy n'a pu faire résulter la contrainte de l'impulsivité de la prévenue, c'est-à-dire d'un fait personnel à l'agent lui-même et qui, comme tel, ne rentre pas dans les prévisions de l'article 64 du Code pénal (Crim., 11 avril 1908, *D. P.*, 1908, 1, 261; *S.*, 1909, 1, 473). Voir encore dans le même sens : Crim., 27 nov. 1926, *Semaine juridique*, 1927, p. 76.

Cette solution paraît doublement critiquable : 1° au point de vue de l'équité; 2° au point de vue du droit, car la Chambre criminelle a ajouté arbitrairement une restriction au texte de l'article 64 qui n'en comporte pas : cet article fait de la contrainte physique une cause d'irresponsabilité pénale, sans distinguer suivant son origine.

Aussi la jurisprudence a-t-elle admis plus justement, en d'autres occasions, qu'une cause interne peut constituer la force irrésistible exclusive de responsabilité. Il est jugé qu'un voyageur qui, cédant au sommeil, a dépassé la station pour laquelle il s'est fait délivrer un billet n'encourt aucune peine<sup>2</sup>. Décision d'autant plus remarquable que le délit prévu par les lois des 15 juillet 1845 et 15 novembre 1846 est purement matériel.

**373. Du cas où la contrainte est l'effet d'une faute antérieure de l'agent.** — Une autre difficulté surgit, si l'on suppose que la contrainte physique dont le délinquant a été l'objet procède d'une faute antérieure qui lui est imputable.

1. Crim., 23 juin 1939, *Gaz. Pal.*, 25 août 1939.

2. Crim., 19 oct. 1922, *S.*, 23, 1, 187; Toulouse, 5 déc. 1893, *S.*, 94, 2, 57; *Contra*, Pau, 29 mai 1886, *S.*, 87, 2, 64.

Voici une espèce qui s'est présentée devant les tribunaux. Un marin s'était mis en état d'ivresse, et, se trouvant dans l'incapacité physique de regagner son bord en temps voulu, avait été poursuivi pour désertion. Pouvait-il être condamné de ce chef ? La Cour de cassation s'est prononcée dans le sens de la répression, sous l'influence de l'idée précitée : du moment que la contrainte physique procède de la personne même de l'agent, elle ne peut pas être invoquée comme une cause d'irresponsabilité pénale (Crim., 29 janvier 1921, S., 1922, 1, 185, note J.-A. Roux)<sup>1</sup>. Nous n'avons pas à reproduire l'objection que cet argument appelle.

Mais dans cette espèce, la question se complique du fait que l'état de contrainte physique est le résultat d'une *faute commise antérieurement par l'agent*<sup>2</sup>. Cette faute doit-elle être prise en considération et faire admettre la responsabilité de l'inculpé ? Nous estimons qu'elle doit être réprimée, conformément à la loi de 1917, par les peines qui atteignent l'ivresse. Mais quant à l'acte délictueux qui s'en est suivi, si l'agent, à ce moment, n'était plus maître de ses facultés, l'élément moral de l'infraction n'est pas constitué et l'acquiescement, à défaut d'une incrimination spéciale, s'impose.

Cette répugnance que la jurisprudence éprouve à admettre l'effet libératoire de la contrainte physique, lorsqu'elle procède de la personne de l'agent, ou lorsqu'elle a, pour origine, une faute de sa part, se manifeste également à l'égard des effets de la contrainte morale et de l'état de nécessité.

## 2° DE LA CONTRAINTE MORALE

**374. Distinction de la contrainte physique et de la contrainte morale.** — La contrainte morale suppose qu'en l'absence de tout facteur physique une pression s'est exercée sur la volonté de l'agent et l'a empêchée de se manifester normalement. Ici encore, il faut distinguer le cas où la contrainte est le fait d'un tiers, et celui où elle procède de l'agent lui-même.

**375. Du cas où la contrainte morale est l'œuvre d'un tiers.** — Quand la contrainte est l'œuvre d'un tiers, la jurisprudence l'admet, en tant que cause exclusive de responsabilité pénale. Ce serait, par exemple, le fait d'un individu qu'un autre aurait forcé, à l'aide de menaces, à lui prêter son concours dans l'accomplissement d'un vol.

**376. Appréciation de la contrainte.** — Mais si les tribunaux reconnaissent que la contrainte morale est une circonstance exclusive de responsabilité, ils se montrent exigeants lorsqu'il s'agit de la constater en fait. Elle doit être appréciée, non d'un point de vue objectif, mais en tenant compte des circonstances personnelles à l'agent. Le législateur, dans l'article 64, ne dit pas : Il n'y a ni crime ni délit quand le prévenu a été contraint par une force *irrésistible*, mais par une force à laquelle lui, personnellement, *il n'a pu résister*.

1. Cf. Crim., 15 nov. 1934, D. P., 35, 1, 11, note DONNEDIEU DE VABRES.

2. C'est le cas, précédemment envisagé à propos de l'ivresse (ci-dessus, n° 348), de l'*actio libera in causa*.

A cet égard, un rapprochement intéressant est à faire entre la *contrainte*, cause d'irresponsabilité pénale, et la *violence*, qui est prévue par le droit civil comme une cause de nullité des contrats. Qu'on se reporte à la définition de la violence qui est donnée dans l'article 1112 du Code civil : *Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent*. Dans ce texte, le législateur semble se placer à un point de vue général, objectif. Mais il ajoute aussitôt : *On a égard à l'âge, au sexe et à la condition des personnes*. Et ici, c'est un point de vue individuel.

Par contre, une différence profonde sépare, sur ce point, la jurisprudence contemporaine et la tradition ancienne. En droit romain, pour savoir s'il y avait eu une violence suffisante pour qu'il en fût tenu compte, le juge devait se placer, quant à la validité du contrat, au point de vue abstrait, considérant le type de *vir constantissimus*, de l'homme très courageux<sup>1</sup>.

Une autre règle est commune à la violence en droit civil et à la contrainte en droit pénal. Ni l'une ni l'autre n'entrent en ligne de compte lorsqu'elles ont un caractère *légitime*, lorsqu'il s'agit de la crainte révérentielle des ascendants, de l'influence qu'un supérieur exerce sur son subordonné<sup>2</sup>.

Mais voici qui est propre au droit pénal : la contrainte, aux termes de l'article 64, ne doit être prise en considération que lorsqu'elle a été *irrésistible* : l'agent n'est pas justifié s'il disposait d'un moyen quelconque d'éviter la commission de délit. Cette condition est interprétée assez strictement par la Cour de cassation<sup>3</sup>.

Les Cours d'appel et les tribunaux se montrent volontiers moins absolus. Citons, notamment, la jurisprudence récente relative aux effets de la provocation. On s'est demandé si l'initiative de l'agent provocateur qui a déterminé la commission du délit pour en arrêter l'auteur (*supra*, n° 123) réduit, ou même exclut la responsabilité pénale de celui-ci. En principe, la question se résout par la négative. La provocation — au sens où nous prenons ici le mot — n'est ni un fait justificatif, ni une excuse<sup>4</sup>. — Mais il arrive que l'agent provocateur, intéressé, et, quelquefois, pécuniairement intéressé au succès de son entreprise, se laisse aller à des manœuvres dont la gravité atteint ou dépasse les prévisions de l'article 60 du Code pénal définissant la provocation. On fait alors intervenir en faveur du provoqué la contrainte morale, cause de non-imputabilité. Dans l'affaire soumise à la Cour de Toulouse, le 23 avril 1942, on voit l'agent provocateur, un inspecteur du service des prix, se présenter sous un faux nom,

1. On consultera avec profit une note de M. André BRÉTON, Req. 17 novembre 1926, S., 26, 1, 121.

2. GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 64, nos 189 à 194; *Revue pénit.*, 1902, p. 1191; *Crim.*, 21 déc. 1901, S., 1905, 1, 543.

3. *Crim.* 28 déc. 1900, S., 1903, 1, 254. Voici l'espèce qui a donné lieu à cet arrêt. Un habitant s'était rendu acquéreur, en Corse, d'un bois infesté de brigands. Menacé par eux, il conclut un pacte moyennant lequel, en échange d'une rente, les malfaiteurs promettent de le respecter et de ne pas porter atteinte à son bien. Le propriétaire du bois fut poursuivi pour recel des malfaiteurs. Il se prévalut de la contrainte morale, invoquant l'article 64 et déclarant qu'il avait cédé à des menaces. La Cour d'appel avait admis l'application de l'article 64, mais la Chambre criminelle se prononça en sens contraire, déclarant que les menaces n'avaient pas été assez sérieuses pour enlever sa liberté morale au recéleur. De même : *Crim.*, 20 avril 1934, S., 35, 1, 399; *Gaz. Pat.*, 16 juin 1934.

4. *Crim.*, 28 octobre 1942, D. C., 1943, J., 89; 27 janvier et 3 mars 1944, D. A., 1944 J., 92.

produire un document truqué, exercer, par une série d'artifices, une pression sur un des inculpés, enfin se servir de lui pour déterminer la conclusion, par un autre, du marché prohibé. La Cour juge « qu'à défaut de cet élément essentiel : une volonté criminelle certaine se manifestant par des actes libres et réfléchis, une décision de relaxe doit intervenir en faveur des deux prévenus »<sup>1</sup>. Dans une autre affaire, où les agents du service des prix se sont présentés comme acheteurs, et ont montré les sommes considérables qu'ils portaient sur eux (plus d'un million), le tribunal correctionnel d'Evreux juge « qu'il y a eu provocation caractérisée aux délits, ces derniers ayant été déterminés par l'utilisation de procédés immoraux et blâmables ; que ces procédés ont créé une pression sur la volonté des divers inculpés, soit directement, soit indirectement à travers leurs co-inceulpés, mais d'une manière certaine, pression telle que les volontés des co-inceulpés n'ont pas été libres »<sup>2</sup>.

**377. Du cas où la contrainte morale procède de la personne même de l'agent.** — Enfin la contrainte morale est dépourvue de tout effet, quand elle procède de la personne même de l'agent.

Quand la *passion* a un caractère morbide, quand elle vient d'un défaut de constitution physique ou physiologique, la jurisprudence ne l'admet pas en tant que cause de non-imputabilité. Nous avons dit pourquoi cette solution est critiquable.

**378. Les passions et leur influence sur la responsabilité pénale.**

— En revanche, on ne peut qu'approuver les tribunaux, quand ils se refusent à admettre la passion comme cause d'irresponsabilité, car il existe, chez chaque individu normal, la faculté et le devoir de résister à ses passions. L'un des principaux buts de l'intervention répressive, c'est justement de donner à l'homme une raison supplémentaire d'offrir quelque résistance à ses impulsions. En ce sens l'article 90 du Code pénal italien : *Les états émotifs ou passionnels n'excluent ni ne réduisent la responsabilité*. Le projet de Code pénal français (art. 124) dispose, de même, que les états passionnels ou émotifs ne sont pas des causes d'exemption de peine.

Cette solution comporte les tempéraments suivants :

1° Prenant en considération le *mobile*, qui peut être moins vil, moins anti-social quand l'agent a été déterminé par la passion, le législateur a fait exceptionnellement de celle-ci, à l'égard de certains crimes ou délits, une cause d'atténuation de la peine.

C'est ainsi qu'en droit français, l'excuse de *provocation*, prévue par l'article 321 du Code pénal, lorsqu'elle accompagne la commission d'un meurtre, d'un crime ou délit de coups et blessures, entraîne un abaissement notable de la sanction. Des causes légales d'atténuation de la peine sont instituées par certaines législations étrangères en faveur de celle ou de celui qui s'est rendu auteur ou complice d'un avortement ou d'un infanticide, quand l'acte a été commis pour sauver l'honneur de la mère<sup>3</sup>.

1. Toulouse, 23 avril 1942, *D. C.*, 1943, *J.*, 94, note DONNEDIEU DE VABRES.

2. Tribunal correctionnel Grenoble, 28 janvier 1943, *J. C. P.*, 1943, 2, 2277 ; Evreux, 21 décembre 1942, *Gaz. Pal.*, 23 février 1943.

3. Voir, pour l'avortement, les Codes espagnol (art. 427), portugais (art. 358), hongrois (§ 285), italien (art. 551) ; pour l'infanticide : Codes pénaux belge (art. 396), allemand (§ 217), hongrois (§ 284), hollandais (art. 290 et 291), italien (art. 578). L'atténua-

2° En l'absence de toute cause légale d'atténuation, l'application des circonstances atténuantes permet aux tribunaux d'accorder au délinquant que la passion a déterminé le bénéfice d'une indulgence qui, en matière correctionnelle, peut amener un abaissement presque indéfini de la sanction.

Evidemment, il y a lieu de tenir compte de la qualité du mobile, c'est-à-dire de la nature noble ou méprisable, sociale ou antisociale de la passion. L'acte de celui qui a abusé d'une jeune fille, si violente que fût sa passion, et la conduite de la fille abandonnée qui, pour venger son honneur, blesse ou tue son séducteur, sont loin de comporter le même degré de réprobation<sup>1</sup>.

On sait qu'à l'égard des criminels dits « passionnés », c'est-à-dire de ceux qui ont été guidés par les passions de l'amour, les jurés — et notamment les jurés parisiens — sont coutumiers d'une faiblesse plus grande. Usant de son pouvoir souverain, le jury, par une réponse négative à la question de culpabilité, impose l'acquiescement, qui est devenu presque la règle. On a signalé la discordance que cette pratique institue entre la loi écrite et son application, et l'on s'est demandé s'il n'y avait pas lieu de réformer la loi, en tant qu'elle se désintéresse du mobile, pour la mettre d'accord avec l'opinion<sup>2</sup>. L'École positiviste a préconisé l'impunité légale des crimes passionnés<sup>3</sup>. Mais une réaction se manifeste à l'heure actuelle, même parmi ses représentants<sup>4</sup>.

En France, la loi du 5 mars 1932 qui a associé le jury à la Cour, quant à la détermination de la peine, a, pour des raisons qui seront exposées plus loin, rendu moins fréquents les acquittements jugés scandaleux. On peut attendre un effet plus radical de la loi du 25 novembre 1941, validée et amendée par l'ordonnance du 20 avril 1945, qui institue une collaboration généralisée des magistrats et des jurés (*infra*, n° 1230).

3° Enfin, la jurisprudence a fait parfois intervenir la contrainte morale procédant d'une cause interne, pour expliquer l'impunité dont bénéficie l'auteur du délit nécessaire.

### 3° DE L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ

**379. Définition de l'état de nécessité.** — L'état de nécessité est un état de choses tel que la sauvegarde d'un droit ou d'un bien exige l'exécution d'un acte en lui-même délictueux et portant atteinte à un autre bien, appartenant à une autre personne.

Il y a quelque analogie entre la force majeure, ou contrainte physique, venant du dehors, et l'état de nécessité. Ce qui crée la différence, c'est que l'auteur du délit nécessaire a eu à exercer un choix.

tion de peine, résultant, pour la mère coupable d'infanticide, de la loi française du 21 novembre 1901, qui a modifié les articles 300 et 302 du Code pénal, lui était accordée sans acception du mobile. Ou, plus exactement, le mobile honorable était présumé, et la présomption était absolue. Depuis la loi du 2 septembre 1941, le bénéfice de cette présomption n'est pas limité à la mère (Ci-dessus, n° 125).

1. BONANO, *Il Delinquente per Passione*, Torino, 1890; PROAL, *Le Crime et le Suicide passionnés*, Paris, Alcan, 1900, chap. XIII, pp. 601 et suiv.

2. Ainsi GARRAUD, *Précis*... 15<sup>e</sup> éd., n° 127, p. 318.

3. LOMBROSO, *L'Uomo delinquente*, parte VI, chap. I, t. II, pp. 204 et suiv.; Ferri, *Sociologia criminale*, pp. 241 et 242.

4. RABINOWICZ, *Le Crime Passionnel*, Paris, Rivière, 1931, et le rapport du même à la Société générale des prisons (*Revue pénitentiaire*, 1931, pp. 224 et suiv.). Voir aussi la discussion ouverte au 16<sup>e</sup> Congrès de médecine légale de Paris, mai 1931, à la suite d'un rapport du D<sup>r</sup> LÉVY-VALENSI (*Revue pénitentiaire*, 1931, pp. 402 et suiv.).

**380. Diverses formes de l'état de nécessité.** — L'état de nécessité peut se présenter dans des conditions assez différentes.

1° Une personne, pour sauvegarder un bien important qui lui appartient, a pu sacrifier un bien de valeur très inférieure, appartenant à un tiers. C'est le cas d'une femme mourant de faim qui, pour sauver sa vie et celle de son enfant, a dérobé un pain à la devanture d'un boulanger. Il s'est présenté jadis devant le tribunal de Château-Thierry, dans l'affaire Ménard ;

2° On peut supposer qu'une personne, obéissant à un sentiment altruiste, a, pour sauver le bien d'une autre personne, sacrifié un intérêt moins important, appartenant à un tiers. C'est le cas du pompier, qui, pour pénétrer dans un immeuble attaqué par l'incendie, et sauver la vie des personnes qui s'y trouvent, a saccagé un jardin appartenant à un propriétaire voisin ;

3° Enfin, et c'est là la situation la plus délicate, on peut supposer que les deux biens en présence, dont l'un a été sacrifié à l'autre, étaient d'égale valeur. C'est le cas, par exemple, de deux naufragés qui, ayant abandonné un bateau, se trouvent sur une planche incapable de les supporter tous les deux. Comment régler ce différend ?

Cicéron l'enseigne dans son traité *De la République*, en faisant connaître sur ce point la pensée du philosophe grec Carnéade : « Si celui des deux naufragés qui est le plus robuste, dit le philosophe, précipite son compagnon à la mer, c'est un homme de sens ; s'il se sacrifie, c'est un juste, mais c'est un insensé ». Cicéron estime qu'il convient de sacrifier celui des deux dont la vie est la moins précieuse à l'Etat<sup>1</sup>.

**381. Notions historiques.** — En droit romain, l'impunité de l'auteur du délit nécessaire était fondée sur le défaut d'intention délictueuse, de ce que les Romains appelaient *le dol*<sup>2</sup>.

Dans le droit germanique et canonique, c'est le point de vue *objectif* qui prévaut. L'idée dominante est celle de solidarité. Les lois germaniques autorisent le voyageur à s'emparer de ce qui est nécessaire à la nourriture de son cheval épuisé. C'est en droit germanique qu'est né, semble-t-il, l'adage : *Nécessité n'a pas de loi*.

Au moyen âge, en temps de famine, le vol nécessaire, commis dans les souffrances de la faim, demeurait impuni. Les criminalistes fixèrent leur attention sur le vol nécessaire. Ils justifiaient l'impunité, en cette matière, par l'idée d'une communauté de biens, qui se produirait en cas de péril, et par le consentement présumé du propriétaire, qui n'a pas pu vouloir laisser mourir de faim son semblable<sup>3</sup>. Cette solution ressort plus tard de la Constitution fameuse de Charles-Quint, la « Caroline ». L'article 166 de la Caroline est ainsi conçu : *Si un vol d'aliments a été vraiment nécessité par la faim dont souffrait l'auteur du vol, sa femme ou son enfant, et que ce vol soit considérable et manifeste, les juges délibéreront à nouveau comme il vient d'être dit*. Quoique relâché sans punition, le voleur n'avait pas de recours contre le plaignant, du chef de la plainte.

1. CICÉRON, *De Republica*, III, 15 ; *De Officiis*, III, 23, 6.

2. ULPYEN, au *Dig.*, 47, 9, *De incendio*, 3, 7.

3. MORIAUD, *Du Délit nécessaire*, Paris, Larose, 1889, pp. 81 et suiv.

L'impunité du vol nécessaire est encore attestée par les criminalistes du XVIII<sup>e</sup> siècle, Jousse<sup>1</sup> et Muyart de Vouglans<sup>2</sup>.

**382. Etat actuel des textes concernant l'état de nécessité.** — On s'est donc occupé de tout temps de la question. On peut être surpris de constater la carence du législateur de 1810 sur la matière. Le Code pénal ne contient pas, en effet, de disposition générale, concernant l'état de nécessité.

Il n'existe aujourd'hui, dans notre législation, que quelques dispositions particulières :

1<sup>o</sup> Tout d'abord, les dispositions antérieures à 1810. Le Code rural du 26 septembre 1791 contient un article 41, encore en vigueur aujourd'hui et ainsi conçu : *Si un chemin est impraticable, le fait de passer dans une propriété riveraine ne constitue pas une contravention ;*

2<sup>o</sup> Dans le Code pénal, on trouve des règles analogues. Les articles 453 et 454 punissent ceux qui ont tué certains animaux domestiques sans nécessité. Il faut citer l'article 471, paragraphe 4, du Code pénal, qui vise le dépôt de matériaux sur la voie publique. L'auteur de cette contravention est justifié, s'il n'a pas pu faire autrement<sup>3</sup>. Il faut citer enfin les articles 274 et 275 du Code pénal, qui punissent la mendicité : le délit de mendicité se trouve justifié ou frappé d'une peine moindre, lorsqu'il n'y a pas, dans la commune, de dépôt de mendicité ;

3<sup>o</sup> Une nouvelle application de l'état de nécessité, comme fait justificatif, résulte du décret-loi du 29 juillet 1939, *relatif à la famille et à la natalité françaises*, art. 87. Elle concerne l'avortement.

Il était communément admis que la nécessité de sauvegarder la vie ou la santé de la mère justifie l'interruption de la grossesse. C'est cette solution que consacre le décret-loi. Mais, obéissant à l'esprit du nouveau « Code de la famille », il la subordonne à deux conditions, l'une de fond, l'autre de forme.

1<sup>o</sup> Il exige que la vie même de la mère fût *gravement menacée* ;

2<sup>o</sup> Il exige, outre l'initiative du médecin traitant, l'avis conforme de deux médecins consultants, dont l'un pris sur la liste des experts près le tribunal civil, et leur attestation écrite.

Ainsi s'affirme, en France comme à l'étranger, la réaction contre la tendance trop libérale qui, en Russie, jusqu'à la loi restrictive du 27 juin 1936, et en Allemagne sous la République de Weimar, autorisait l'interruption de la grossesse, non seulement pour des raisons d'eugénique, mais dans l'intérêt économique de la famille<sup>4</sup>.

**383. Jurisprudence.** — Mais ce sont là des cas isolés : il n'y a pas de règle générale concernant le cas de nécessité.

1. *Traité de la Justice criminelle*, IV, p. 256, n<sup>o</sup> 206.

2. *Institutes au Droit criminel*, pp. 552-553.

3. *Crim.*, 10 nov. 1938, *D. H.*, 39, p. 85.

4. H. DONNEDIEU DE VABRES, *La Politique criminelle des Etats autoritaires*, pp. 133, 165. En Danemark, la loi du 11 mai 1937 sur l'avortement abroge l'article 242 du Code pénal, qui permettait « en cas de circonstances particulièrement atténuantes », d'acquitter la femme coupable d'avortement, et détermine limitativement les cas où une femme peut faire interrompre sa grossesse. La loi admet des indications médicales et eugéniques, mais exclut les considérations sociales. Le Code pénal suisse (1938) art. 120, autorise après avis de médecins diplômés, l'interruption de la grossesse au cas de danger grave pour la vie ou la santé.

La question s'est posée, il y a quelques années, devant le tribunal de Château-Thierry, dans l'affaire Ménard. Le président du tribunal de Château-Thierry, en prononçant l'acquittement, joignit à ses motifs des considérations d'ordre social assez hardies<sup>1</sup>. Ces considérations firent illusion, quant à l'originalité de la décision même. Il est curieux qu'au xx<sup>e</sup> siècle le public ait regardé comme une innovation une solution dont les précédents remontent bien au delà du moyen âge<sup>2</sup>.

Depuis cette époque, le bénéfice de l'impunité est assuré par nos tribunaux aux *vagabonds*, auteurs du délit résultant des articles 270 et 271 du Code pénal, quand ce vagabondage, caractérisé par l'absence d'un domicile certain, de moyens de subsistance et d'exercice habituel d'un métier ou d'une profession, est imputable à des circonstances fortuites, telles que la misère ou l'infirmité. Il est injuste de les frapper, car ce qui ne peut être évité ne saurait être puni<sup>3</sup>.

La *mendicité* est impunie, alors même qu'elle s'est exercée dans un département qui possède un dépôt de mendicité, si le mendiant se trouve dans une catégorie que les règlements<sup>4</sup>, ou l'application qui en est faite dans la pratique<sup>5</sup> excluent du dépôt. Des circulaires ministérielles reconnaissent qu'il existe « des vagabonds et des mendiants par nécessité » pour lesquels ce n'est pas la prison qu'il faut, mais l'hospice<sup>6</sup>.

En raison et en équité, on devait assimiler aux deux catégories précédentes celle des *expulsés apatrides* qui, s'étant vu refuser par tous les consuls des Etats limitrophes de la France le visa de leurs passeports, et prévoyant en conséquence le refoulement, se sont abstenus de rejoindre la frontière. Ils n'ont pas cédé à la *contrainte*. Mais ils ont fait un choix, se trouvant dans l'alternative de transgresser les lois de l'Etat voisin, en pénétrant, sans y être autorisés, sur son territoire, ou de contrevenir à l'arrêté d'expulsion. On sait que néanmoins, la Cour de cassation, contrairement à l'avis de la doctrine et de plusieurs juridictions inférieures, a refusé de voir, dans cette situation, un fait justificatif<sup>7</sup>. C'est pour mettre

1. Voir le jugement du tribunal de Château-Thierry du 4 mars 1898, et l'arrêt confirmatif de la Cour d'Amiens, du 22 avril 1898, *S.*, 99, 2, 1, et la note de M. ROUX ; *D. P.*, 99, 2, 329, note JOSSEKAND.

2. L'état de nécessité est admis en Allemagne comme un fait justificatif, en dehors même des cas que prévoit le Code pénal (§ 54). En ce sens, deux décisions célèbres du Tribunal supérieur, toutes deux relatives au cas d'avortement pratiqué par un médecin pour sauvegarder la vie ou la santé de la mère, l'une, du 11 mars 1927 (*Entscheidungen des Reichsgerichts*, t. LXI, p. 242), l'autre, du 20 avril 1928 (*E. R. G.*, t. LXII, p. 137). Il existe un droit coutumier de la nécessité. KLEE, *Das kommende deutsche Strafrecht*, pp. 56 et suiv.

3. Trib. de Château-Thierry, 3 mars 1899 ; Trib. corr. de Thonon, 22 juillet 1926, *S.*, 28, 2, 128 ; comp. Cass. 11 mars 1887, *S.*, 90, 1, 288.

4. Amiens, 3 mars 1899, *S.*, 1900, 2, 17 ; note J. A. ROUX.

5. Rouen, 29 janv. 1903, *S.*, 1903, 2, 64. *Contra* Rouen, 15 déc. 1898, *S.*, 1900, 2, 17.

6. Circulaires du garde des Sceaux, du 2 mai 1899 (*Rev. pénit.*, 1899, p. 755) ; du 25 avril 1907 (*Journ. des Parquets*, 1907, 3, 216).

7. Voir, indépendamment des décisions précitées (n° 370), l'espèce curieuse qui a fait l'objet d'un arrêt de la Cour de cassation : *Crim.*, 17 déc. 1937, *Gaz. Pal.*, 11 février 1938, *Semaine juridique*, 1939, 620. La Cour juge que « l'arrêté ministériel ordonnant l'expulsion est une mesure de police dont les tribunaux n'ont pas à apprécier l'opportunité ni les motifs ». De même : *Crim.*, 15 nov. 1934, *S.*, 36, 1, 195 et la note ; 19 oct. 1938, *Journal du droit international*, 1939, p. 76 ; *Crim.*, 3 mars 1943, *Gaz. Pal. Supp.* juillet 1943, p. 103 ; Paris, 14 nov. 1937, *Journal*, 1938, p. 293 ; Paris, 10 janvier 1938,

fin aux inconvénients manifestes de cette jurisprudence que le législateur est intervenu. Les décrets-lois des 2 mai et 17 juin 1938 ont excepté les étrangers dont il s'agit de l'application des articles 8 et 9 de la loi du 3 décembre 1849 sur le séjour des étrangers en France, et les ont soumis à un régime de contrôle policier dont l'ordonnance du 2 novembre 1945 a corrigé certaines imperfections.

Le premier de ces textes, dans ses articles 8 et 9, confirme les pouvoirs d'expulsion que la loi du 3 décembre 1849 conférait au ministre de l'intérieur et aux préfets des départements frontalières, et il augmente sensiblement la sévérité des peines infligées aux contrevenants. Le second, s'inspirant de la convention de Genève, du 29 octobre 1933, ratifiée par la France, et promulguée par décret du 3 décembre 1936, soustrait à l'application de ces peines l'étranger pour lequel il sera démontré qu'il se trouve dans l'impossibilité de quitter le territoire français<sup>1</sup>. Cet étranger est seulement tenu de résider dans les lieux qui lui sont assignés par le ministre de l'Intérieur, ou par le ministre des Colonies, et de se soumettre aux mesures de surveillance prévues par l'article 25 du décret-loi du 11 novembre 1938. La jurisprudence, arguant des termes de ce dernier, prétendit cumuler l'obligation de résidence avec les peines encourues pour infraction à l'arrêté d'expulsion<sup>2</sup>. L'ordonnance du 2 novembre 1945 dispose expressément que ces peines sont inapplicables lorsqu'il est démontré que l'étranger se trouve dans l'impossibilité de quitter le territoire français. Cette impossibilité est considérée comme démontrée lorsque l'étranger établit qu'il ne peut ni regagner son pays d'origine, ni se rendre dans aucun autre pays<sup>3</sup>.

**384. Fondement juridique de « l'état de nécessité ». Examen des divers systèmes.** — L'état de nécessité étant admis en tant que cause d'irresponsabilité pénale, comment se justifie cette solution ?

Le système qui a prévalu en jurisprudence rattache l'état de nécessité à la contrainte morale.

L'homme placé dans l'alternative de compromettre un intérêt auquel il est fortement attaché, ou de commettre un délit, est réputé avoir perdu une partie de son pouvoir de décision. Il n'a pas su exactement ce qu'il faisait. C'est en ce sens que s'est prononcé le tribunal de Château-Thierry

*Journal*, 1938, p. 296. La jurisprudence administrative est conforme. Le Conseil d'Etat s'est toujours déclaré incompétent pour apprécier les motifs et l'opportunité d'un arrêté d'expulsion : Conseil d'Etat, 26 déc. 1902; S., 1905, 2, 96.

1. Pour l'application, voir les arrêts du Conseil d'Etat des 8 mars et 3 avril 1940, S., 41, 3, 14, *Gaz. Pal.* du 9 mai 1940. Jugé que l'arrêté d'expulsion n'est pas susceptible de discussion ; en estimant que la présence de l'étranger sur le territoire est dangereuse, le ministre se livre à une appréciation des faits, qui échappe au contrôle du Conseil d'Etat. Mais les sanctions des art. 8 et 9 de la loi de 1849 sont exclues.

2. L'article 11 du décret-loi du 2 mai 1938, modifié par celui du 11 novembre 1938, dispose que « l'étranger pour lequel il sera démontré qu'il se trouve dans l'impossibilité de quitter le territoire français, bien qu'assujéti aux dispositions des articles 8 et 9 du présent décret, pourra, jusqu'à ce qu'il soit en mesure de déférer, être astreint à résider dans les lieux fixés par le ministre de l'Intérieur ». Se fondant sur ce texte, le Tribunal correctionnel de Bordeaux, par jugement du 20 avril 1940 (*Gaz. Pal.*, 21 avril 1940), a décidé que c'est à l'expiration de sa peine que l'expulsé sera soumis au régime de la résidence forcée. — Comme l'écrit M. HUGUENEY (*Chronique, Revue de Science criminelle*, 1940, p. 368) : « On avait demandé au législateur de remplacer une peine injuste et illusoire par une mesure de sûreté moins blessante et plus efficace. Et voici qu'un vent de sévérité vient plaquer devant la mesure de sûreté la peine qu'elle avait mission de remplacer. »

3. Ces termes montrent nettement que l'impossibilité s'apprécie au point de vue personnel de l'expulsé. Voir, en ce sens, nos observations, *supra*, n° 370.

dans l'affaire Ménard du 4 novembre 1897 (S., 99, 2, 1, D.P., 99, 2, 329)<sup>1</sup>.

Il y a des cas où cette explication est plausible. On peut citer celui des naufragés de « La Mignonette » qui, en 1884, mourant de faim et de soif, avaient tué une mousses pour manger sa chair et boire son sang. Ils furent condamnés à mort, en Angleterre, mais il bénéficièrent d'une commutation de la peine qui fut réduite à six mois d'emprisonnement. Ici le délit nécessaire s'explique par le fait que ces hommes se trouvaient dans un état physique qui leur avait ôté la maîtrise d'eux-mêmes.

Mais cette explication ne s'accorde pas avec toutes les espèces. La femme qui a volé un pain pour nourrir son enfant mourant de faim a su et voulu ce qu'elle faisait.

Une autre explication a prévalu, notamment, dans l'arrêt de la Cour d'Amiens relatif à l'affaire Ménard. La Cour a maintenu le jugement du tribunal de Château-Thierry (12 août 1898, S. 99, 2, 1), mais avec des motifs différents. Elle déclare que les circonstances exceptionnelles de la cause ne permettent pas d'affirmer que l'intention frauduleuse ait existé. L'affirmation que « l'acte nécessaire exclut toute faute » se trouve dans certaines décisions récentes<sup>2</sup>.

Il suffit de rappeler la définition qui a été précédemment donnée de l'intention pour comprendre que cette explication ne peut être admise<sup>3</sup>. L'intention frauduleuse est la conscience, chez l'agent, d'accomplir un acte illicite, défendu par la loi pénale. Or, cette intention est réalisée chez l'auteur du délit nécessaire ; il a su qu'il transgressait une disposition de la loi. Ce qui manque chez lui, c'est le mobile coupable, mais le motif n'entre pas en ligne de compte dans la constitution du délit.

**385. L'état de nécessité, en tant que fait justificatif, a pour fondement l'utilité sociale.** — Pour rendre juridiquement compte de l'impunité qui est assurée à l'auteur du délit nécessaire, on doit renoncer à considérer la personne de l'agent, pour se placer au point de vue *objectif*, suivant l'ancienne tradition germanique et féodale. L'impunité s'explique et se justifie parce qu'il n'existe aucune raison de punir. L'amendement

1. Voir, dans le même sens : Crim., 16 mai 1934, D. H., 1934, p. 367.

2. Crim., 27 janv. 1933, Gaz. Pal., 15 fév. 1933, relatif au cas d'un motocycliste qui, pour éviter une collision, a contrevenu, par nécessité, aux prescriptions du Code de la route.

3. Le même erreur se trouve, à notre sens, dans une décision récente qui, par ailleurs, s'inspire, à l'occasion des circonstances de la guerre, d'une notion large et humaine de l'état de nécessité. Par cet arrêt du 6 octobre 1945, D., 1945, J., 115, la Cour de Paris relaxe du chef d'infraction à la loi du 27 octobre 1940 (instituant la carte d'identité de Français et renvoyant pour la répression du faux à l'article 154 du Code pénal) l'Israélite qui, pour échapper aux recherches des Allemands et éviter le camp de concentration ou la déportation en Allemagne, a pris, dans une carte d'identité, un état-civil supposé : « S'il n'existe point, dit la Cour, de texte abrogeant la loi du 27 octobre 1940 dont s'agit, il existe dans les principes généraux de droit la possibilité, pour les juges, de motiver leurs jugements ; il est constant que les prévenus ont agi, dans l'espèce, sous l'empire de la nécessité ; que cet état de nécessité laisse présumer que les prévenus n'ont point agi dans le but de commettre un délit ; qu'au contraire, il n'existe point, dans la cause, l'élément intentionnel permettant d'étayer une telle accusation. » Les rédacteurs de cet arrêt, dont la solution est juste, ont tort de faire intervenir la qualité du mobile qui est sans effet sur l'existence légale du délit. Les infractions commises dans un but licite sont punissables en droit positif français (*supra* n° 123). Le fondement de l'état de nécessité, comme fait justificatif, est objectif.

est inutile, puisque l'acte ne révèle aucune perversité; l'intimidation de même, car selon toute vraisemblance, les circonstances exceptionnelles qui ont déterminé la commission du délit ne se reproduiront pas. La menace d'une peine serait d'ailleurs inopérante à l'égard d'un homme qui a de pressantes et légitimes raisons d'agir<sup>1</sup>. Le délit nécessaire ne peut, en aucun cas, être considéré comme un acte antisocial; il a été socialement utile, si le bien sauvegardé était supérieur à celui qui a été sacrifié, et socialement indifférent, s'il était de valeur égale<sup>2</sup>. L'acte accompli en état de nécessité est « en dehors du droit pénal » Voilà pourquoi la société n'intervient pas pour punir.

Il s'en suit qu'à la différence de la *contrainte* qui, résidant dans la personne de l'agent, doit être considérée comme une *cause de non-imputabilité*, l'état de nécessité, résultant de faits extérieurs, est une *cause de justification*.

### 388. Conséquences. Du domaine juridique de l'état de nécessité.

— De cette idée se dégagent des conséquences pratiques concernant les cas d'intervention et le domaine de l'impunité dont bénéficie l'auteur du délit nécessaire.

Les Codes pénaux finlandais, norvégien, § 47, le Code pénal suisse, art. 34, visent les attaques à la propriété. Le Code pénal allemand ne prévoit, au contraire, que la protection de la vie ou de la santé (§ 54). De même, le Code pénal égyptien, art. 61.

Il faut admettre qu'un délit peut être rendu nécessaire, quelle que soit la nature du bien protégé, qu'il s'agisse des biens ou de la vie de soi-même ou d'autrui.

Plusieurs législations modernes attribuent à l'état de nécessité, en tant que fait justificatif, cette portée générale. Citons les Codes russe de 1926, art. 13<sup>3</sup>, yougoslave de 1929, § 25, italien de 1930, art. 54, polonais de 1932, art. 22, danois de 1933, art. 14, roumain de 1937, art. 131, le Code pénal suisse de 1937, art. 34, le projet tchécoslovaque, § 23. Le projet de Code pénal français prévoit l'état de nécessité, comme une cause générale d'exemption de peine, dans son article 126, ainsi conçu : *L'exemption de la peine s'appliquera au cas où, en dehors de l'état de légitime défense, prévu à l'article 112 du présent Code, l'infraction aura constitué l'acte nécessaire pour détourner de soi-même ou d'autrui et d'un bien appartenant à soi-même ou à autrui un péril grave, imminent et non autrement évitable, pourvu qu'il n'y ait pas disproportion entre le mal à écarter et la mesure prise pour le prévenir*<sup>4</sup>.

1. BENTHAM, *Traité de Législation civile et pénale*, t. II, p. 44, avait déjà émis cette idée.

2. GARÇON, *Nouvelle Revue historique du Droit français et étranger*, 1891, pp. 523 et suiv.; *Code pénal annoté*, art. 64, nos 94 et suiv. Cf. ROUX, *L'Etat de nécessité et le Délit nécessaire*, rapport à la Société générale des prisons (*Revue pénit.*, 1900, p. 1409); SERMET, *L'Etat de nécessité en Matière criminelle*, Paris, Rousseau, 1903.

3. Selon le Code russe de 1926 — à la différence du Code de 1922 — l'état de nécessité peut être invoqué pour la défense des intérêts collectifs protégés par la loi. En pratique, les applications sont rares. Citons comme exemples — s'agissant de justifier l'absence ou le retard au travail — le cas de la femme seule dont l'enfant vient d'être blessé, celui du médecin retenu à l'hôpital, celui de l'ouvrier occupé à éteindre un incendie... (GOLIAKOV, *op. cit.*, p. 172).

4. De même, le projet allemand du II<sup>e</sup> Reich, qui, à la différence du § 54 actuel, admet le fait justificatif de l'état de nécessité au cas de menace dirigée contre les biens. KLEB, *Das kommende deutsche Strafrecht*, p. 63.

**387. Des conditions de l'état de nécessité.** — On admettra que l'état de nécessité intervient comme un fait justificatif, même s'il a été provoqué par la faute antérieure de celui-là même qui s'en prévaut. Une personne a, par son imprudence, déterminé un incendie, dont elle est sur le point d'être victime. Supposons que, pour se sauver des flammes, elle ait, en s'enfuyant, renversé une barrière ou saccagé le jardin du voisin. Pourra-t-elle se prévaloir de l'état de nécessité ? Nous l'admettons, bien que la solution ne soit entièrement conforme ni à la jurisprudence française<sup>1</sup>, ni à la généralité des législations étrangères<sup>2</sup>. Nous écartons même la distinction proposée par certains auteurs<sup>3</sup>, suivant que le bien sacrifié était de valeur nettement inférieure au bien sauvegardé ou suivant que les deux biens étaient d'égale valeur. C'est ainsi, nous l'avons vu précédemment, que la contrainte physique peut être invoquée en tant que cause exclusive de culpabilité, même si elle a été déterminée par la faute de l'agent. Dans les deux cas, s'il y a lieu, on appliquera la peine encourue pour le délit d'imprudence.

D'autres conditions, dont la doctrine dominante fait dépendre l'effet justificatif de l'état de nécessité, nous semblent également sujettes à contestation.

Ainsi, le projet français exige que le mal dont on était menacé fût à la fois *grave* et imminent. Or, le Code pénal, dans son état actuel, érige en « délits nécessaires », des infractions commises pour la sauvegarde d'intérêts minimes. Ce qui importe, en effet, ce n'est pas la valeur absolue, objective, du bien sauvegardé ; c'est la valeur relative des biens en présence<sup>4</sup>.

On est d'accord pour exclure l'état de nécessité, si la valeur du bien sacrifié était supérieure. On n'a pas le droit, pour défendre sa propriété, de porter atteinte à la vie de son prochain.

La comparaison sera parfois délicate. Les opérations chirurgicales (embryotomie, opération césarienne) qui, intervenant au cours d'un accouchement, ont pour but, ou pour résultat possible, de sacrifier la vie de l'enfant à la santé de sa mère, ont fait naître des difficultés qui ont embarrassé la pratique<sup>5</sup>.

Dans le doute, ou si les biens sont de valeur sensiblement égale, par exemple si une vie humaine a été sacrifiée à une autre vie, le fait justificatif est-il exclu ? On l'a soutenu, mais nous avons déjà dit pourquoi notre opinion est contraire. L'acte, en pareil cas, s'il n'est pas socialement utile, est socialement indifférent.

La société se désintéresse du conflit entre biens égaux. Citons, en ce sens, le texte proposé par la Conférence d'unification de Varsovie (1927) : « Est exempt de peine celui qui commet un acte nécessaire pour détourner

1. Crim., 17 fév. 1860, *D. P.*, 63, 5, 163 ; 7 août 1890, *D. P.* 91, 1, 43 ; cf. ci-dessus, n° 373.

2. Code pénal allemand, § 54 ; Code italien de 1930, art. 54, Code vénézuélien (1926), art. 65) Code cubain (1936), art. 54 ; Code pénal suisse (1938), art. 34.

3. MORTAUD, *op. cit.*, p. 292.

4. Le projet allemand du III<sup>e</sup> Reich, pour éviter une admission trop large du cas de nécessité, exige cependant que le dommage dont on est menacé soit *erheblich*. KLEB, *Das kommende...*, p. 67. Même disposition dans l'art. 14 du Code pénal danois, les Codes du Venezuela, art. 65 ; de Cuba, art. 36, de Colombie, art. 25. *Contra* : le Code soviétique de 1926, art. 13.

5. Crim., 20 juin 1896, *S.*, 97, 1, 105 (opération césarienne, pratiquée par un prêtre sur une femme qui vient de mourir, pour baptiser son enfant). Voir encore Crim., 28 mai 1891, *B. crim.*, n° 121 (exercice illégal de la médecine en cas de nécessité).

d'un bien quelconque appartenant à soi-même ou à autrui un danger grave, imminent ou autrement inévitable, pourvu que le bien sauvegardé soit au moins égal au bien sacrifié ».

En revanche, on sera d'accord sur la condition suivante : l'état de nécessité ne peut être reconnu que si le péril était *inévitabile*, c'est-à-dire, s'il n'existait aucun autre moyen d'éviter le danger. Si un moyen existait, mais s'il a été négligé parce que l'agent avait perdu l'usage de ses facultés, ce dernier pourra prétendre au bénéfice des circonstances atténuantes ; il pourra, dans les cas particulièrement favorables, se prévaloir de la contrainte morale, cause de non imputabilité. Mais il ne sera pas *justifié*.

**388. Effets de l'état de nécessité.** — L'état de nécessité est un fait justificatif. Il exclut la culpabilité. Il écarte l'application à celui qui a pu s'en prévaloir de toute sanction pénale, peine ou mesure de sûreté. Il dispense de toute condamnation aux frais du procès. Dispense-t-il également de toute réparation civile du dommage que l'acte nécessaire a pu causer à un tiers innocent ? L'affirmative semble imposée par l'idée que le « nécessité » a agi dans l'exercice objectif d'un droit. Et nous avons admis sur ce point une différence entre les causes de non-imputabilité et les causes de justification ; les premières seules laissent subsister, en principe, une responsabilité civile. Nous reconnaissons cependant que l'évolution des idées relatives aux sources de cette responsabilité rend la question délicate. On a fondé sur l'idée d'*enrichissement sans cause* l'affirmation d'une dette dont le bénéficiaire du délit nécessaire serait tenu envers le lésé. On a parlé d'*expropriation pour cause d'utilité privée*. Dans le compte à régler entre les deux patrimoines, et en l'absence de toute faute, il semble préférable que le préjudice reste à la charge de celui qui en est matériellement l'auteur. En ce sens le Code civil allemand du 18 août 1896, §§ 228 et 904 *in fine* : *Le propriétaire (lésé par le délit nécessaire) peut réclamer réparation du dommage qu'il subit.*

On peut supposer enfin que la personne contre qui ou contre les biens de qui est commis le « délit nécessaire » résiste à l'agression dont elle est l'objet, et se rend elle-même coupable, en résistant, d'une infraction à la loi pénale. Peut-elle invoquer, pour se justifier, la légitime défense ? Non, car celle-ci postule, comme on verra plus loin, le caractère injuste de l'agression, qui ne se trouve pas réalisé dans notre espèce. Mais si le bien qu'elle prétend défendre n'est pas inférieur à celui que son adversaire veut sauvegarder, elle peut se prévaloir elle-même de l'état de nécessité. Devant le conflit d'intérêts égaux, le droit pénal se désintéresse, et il en accepte le résultat, quel qu'il soit<sup>1</sup>.

### § 3. — Les causes de justification

**389. Détermination des faits justificatifs. Distinction.** — A la différence des faits précédents, les circonstances que nous devons envisager maintenant ne sont l'objet d'aucune controverse : nul ne conteste qu'il s'agisse de causes de justification, faisant disparaître toute responsabilité

1. En ce sens, le projet de Code pénal allemand du III<sup>e</sup> Reich. KLEE, *Das kommende deutsche Strafrecht*, pp. 65 et suiv.

pénale ou civile. Mais, tandis que la *légitime défense*, *l'ordre de la loi* et le *commandement de l'autorité légitime* sont admis par tout le monde à ce titre, c'est, au contraire, l'une des questions les plus délicates du droit pénal que celle de savoir si le *consentement de la victime* est un fait justificatif.

A cette liste des faits justificatifs, il faut ajouter aujourd'hui, en soulignant son caractère occasionnel et temporaire, la cause d'irresponsabilité pénale que crée l'ordonnance du 6 juillet 1943 relative aux infractions commises pendant l'occupation<sup>1</sup> : « *Sont déclarés légitimes tous actes accomplis postérieurement au 10 juin 1940, dans le but de servir la cause de la libération de la France, quand bien même ils auraient constitué des infractions au regard de la législation appliquée à l'époque* ». (Cf. *supra*, n° 125). Il s'agit d'un fait justificatif (*supra*, n° 332) : bien que les éléments du délit soient réunis, la culpabilité est exclue et l'acquittement s'impose. L'originalité de ce texte consiste à faire de la légitimité du but un fondement de l'impunité.

### 1° DE LA LÉGITIME DÉFENSE

**390. Définition.** — Une personne, ayant été l'objet d'une agression injuste, a commis un délit pour se défendre.

Il existe une grande ressemblance entre l'état de nécessité et la légitime défense. Dans les deux cas, l'infraction a été perpétrée en vue de se soustraire à un danger, d'éviter un mal. Aussi les Allemands ont-ils employé, pour désigner ces deux situations, des expressions presque semblables : *Notstand* et *Notwehr*. On peut dire que la légitime défense n'est pas autre chose qu'un cas particulier de l'état de nécessité. Mais c'est un cas spécialement favorable, offrant ceci de particulier que la victime du délit est elle-même un *agresseur*.

La légitime défense a été admise comme fait justificatif à toutes les époques. Elle est consacrée formellement par le Code pénal actuel ; sans, d'ailleurs, que toute controverse, relative à son domaine d'application, soit résolue.

**391. Notions historiques.** — La légitime défense a toujours été admise comme cause de justification ; mais, au cours de l'histoire, son fondement a varié.

Elle était reconnue, en droit romain ; il existe à cet égard un passage classique du *Pro Milone* de Cicéron<sup>2</sup>.

Mais la conception première se modifia au cours de l'histoire, sous l'influence de la tradition chrétienne, de l'idée que celui qui commet un acte délictueux, en état de légitime défense, a manqué au devoir de charité. Il ne sera pas puni, mais il est coupable. Il doit solliciter du roi des *lettres de grâce ou de rémission*. Ce droit a été consacré par l'Ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 (art. 168), plus tard, par la Grande Ordonnance sur la

1. Cette ordonnance est au nombre de celles qui, antérieures à la libération, ont été rendues exécutoires en France le 9 août 1944 (*Supra* n° 108).

2. « Est haec non scripta, sed nata lex, disait Cicéron (*Pro Milone*, IV), quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripimus, hausimus, expressimus ; ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus ; ut si vita nostra in aliquas insidias, si in vim, in tela aut latronum, aut inimicorum incidisset, omnis honesta ratio esset expediendae salutis ». Cf. ULPEN, D., 43, 16. *De vi et de vi armata*, 27 ; GAJUS, D., 9, 2, *Ad Leg. Aquiliam*, 4 pr.

procédure criminelle de 1670, titre XVI, articles 2 et suivants. La grâce ne pouvait être refusée lorsqu'il y avait eu légitime défense de la vie<sup>1</sup>.

Sous la Révolution, on revient à la conception romaine. L'article 5 du Code pénal de 1791 est ainsi conçu : *En cas d'homicide légitime, il n'existe point de crime, et il n'y a lieu de prononcer aucune peine, ni même aucune condamnation civile.* L'article 6 ajoute : *L'homicide est commis légitimement, lorsqu'il est indispensablement commandé par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui*<sup>2</sup>.

### 392. Observations sur les articles 328 et 329 du Code pénal. —

Le législateur de 1810 a synthétisé, dans l'article 328, les dispositions précédentes du Code pénal de 1791. Il s'exprime en ces termes : *Il n'y a ni crime ni délit lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui.*

Ce texte appelle les observations suivantes :

1° Le législateur de 1810, comme celui de 1791, a admis la légitime défense en tant que *fait justificatif* ;

2° La formule de la loi, contrairement à l'intention probable du législateur de 1810, restreint les cas d'application de la légitime défense. Il semble résulter des termes de l'article 328 et de sa place sous le titre *Homicide, Blessures et Coups* que la légitime défense, en tant que fait justificatif, ne s'attache qu'au crime de meurtre et aux coups et blessures. On est d'accord, cependant, pour attribuer à ce texte la portée générale qu'admettent expressément certaines législations étrangères, telles que le Code pénal allemand de 1871, paragraphes 52 et 53<sup>3</sup>. La prévision de l'article 328 s'applique au *quod plerumque fit*, car, dans la majorité des cas, c'est à des actes de violence que la personne attaquée a eu recours pour se protéger. Mais si elle a pu se défendre autrement, si par exemple elle a saisi, garroté son adversaire ou l'a détenu temporairement, si au lieu d'un crime ou d'un délit, c'est une simple voie de fait<sup>4</sup> qu'elle a commise, le bénéfice du fait justificatif ne saurait lui être refusé. Il existe en sa faveur un argument *a fortiori*. Devant l'insuffisance et le laconisme de la loi, c'est à la doctrine et à la jurisprudence qu'il appartient de construire la théorie de la légitime défense ;

3° Le législateur de 1810 n'a pas énuméré les conditions de la légitime défense. On trouve seulement une disposition complémentaire dans l'article 329 ainsi conçu :

*Sont compris dans les cas de nécessité actuelle de défense les deux cas suivants : 1° si l'homicide a été commis, si les blessures ont été faites et si les coups ont été portés en repoussant pendant la nuit l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances ; 2° si le fait a eu lieu en se défendant contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence.*

1. JOUSSE, *op. cit.*, II, p. 378 ; MUYART DE VOUGLANS, *Institutes*, pp. 110 et 111 ; ESMEIN, *Histoire de la Procédure criminelle en France* (1882), pp. 253 et suiv.

2. Code pénal de 1791, 2<sup>e</sup> partie, titre II, sect. I, art. 5 et 6.

3. Voir encore les Code hongrois (§ 79), hollandais (art. 41), norvégien (§ 48), russe de 1903 (art. 45, 459, et 472), yougoslave de 1929 (§ 24), italien de 1930 (art. 52), danois de 1932 (art. 13), suisse de 1938 (art. 33), le projet français (art. 113, al. 3).

4. *Comp. Crim.*, 2 août 1866, *B. crim.*, n° 199.

Il convient de déterminer les conditions générales de la légitime défense, et de préciser ensuite la portée des dispositions de l'article 329.

**393. Du fondement de la légitime défense.** — Mais, d'abord, il faut rechercher, d'un point de vue théorique, quel est le fondement de la justification.

Plusieurs explications ont été proposées. Le premier système est celui du *droit naturel*. Il a été défendu par Cicéron et développé, depuis cette époque, par Grotius, par Wolff et par Carrara<sup>1</sup>. D'après eux, c'est un droit naturel pour l'homme que de sauvegarder sa vie. Quand, pour une raison quelconque, la protection sociale n'a pu se manifester en sa faveur, le droit de défense individuelle reparait et s'exerce. Comme disait Cicéron « Les lois se taisent au milieu des armes ».

Cette explication est insuffisante ; elle s'applique à la défense de la vie ; mais elle ne suffit pas à justifier la défense des biens, si l'on admet, avec un assez grand nombre d'auteurs, que le droit de propriété n'est pas un droit naturel.

D'après un second système, celui de Rousseau, au cas d'une agression illégitime, le pacte social cesse de recevoir application ; l'homme se retrouve alors à l'état de nature, où chacun se fait justice à soi-même. C'est la théorie précédente, mais compliquée par l'hypothèse gratuite du contrat social. Cette observation suffit à la réfuter.

Un troisième système est celui de la *rétribution du mal par le mal*. Il s'inspire de la doctrine de la justice absolue. Il a été exposé par un auteur allemand, Geyer, dans un ouvrage intitulé : *La Doctrine de la Légitime Défense*, publié en 1857<sup>2</sup>. L'acte de défense, dit-on, est la rétribution légitime du mal qui résulte de l'attaque. Il se produit ainsi une compensation, d'où découle le rétablissement de l'ordre. Le philosophe Hegel a exprimé cette idée sous une forme mathématique : « L'attaque est la négation du droit ; la défense est la négation de cette négation, donc l'affirmation du droit<sup>3</sup> ».

Cette explication est spécieuse. Il est possible, en effet, que l'acte d'agression constitue en lui-même, un délit. Si on admet l'explication précédente, il en résultera que, celui qui s'est défendu étant réputé avoir assuré le rétablissement de l'ordre, sa défense constitue une sanction suffisante ; aucune peine, ensuite, ne devra intervenir. Cette conséquence, que personne n'admettra, suffit à condamner cette explication.

On a proposé encore le système dit *de la contrainte morale*. Celui qui s'est défendu doit demeurer impuni parce qu'il ne jouissait pas de sa liberté morale<sup>4</sup>. Mais cette explication est contraire aux faits. L'individu qui s'est défendu a montré, au contraire, par son acte, qu'il était en possession de son intelligence et de sa volonté.

### **394. La légitime défense, comme l'état de nécessité, a pour fonde-**

1. CARRARA, *Diritto della Difesa pubblica e privata* (Opuscoli I, pp 139 et suiv.), *Progrgen.*, § 291.

2. GEYER, *Die Lehre von der Nothwehr*, Iena, 1857. Voir aussi : GEYER, *Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht*, I, p. 81, Munich, 1884.

3. HEGEL, *Grundlehren der Philosophie des Rechts*, § 127.

4. PUFFENDORF, *De Officio Hominis et civis secundum legem naturalem*, liv. I, chap. v. §§ 12 et 20.

**menr l'utilité sociale.** — Nous préférons, comme dans le cas de nécessité, le point de vue *objectif*. Si la personne attaquée qui se défend ne doit pas être punie, c'est parce qu'elle a rendu service à la société. La société n'a, en effet, aucun intérêt à frapper celui qui a résisté à une agression injuste. L'acte est moralement irréprochable, et il est socialement utile<sup>1</sup>. On en conclura que la légitime défense, étant l'exercice d'un droit, exclut toute responsabilité, soit pénale, soit civile<sup>2</sup>. On en conclura qu'elle n'est pas seulement l'exercice d'un droit, mais l'accomplissement d'un devoir.

**395. Des conditions de la légitime défense.** — Envisageons, sur la base des observations précédentes, les conditions de la légitime défense.

L'article 328 dispose : *Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui.*

Le législateur suppose qu'il s'est produit successivement une agression injuste et un acte de défense. Il convient de déterminer *quels doivent avoir été les caractères de l'agression et ceux de la défense*, pour que le fait justificatif soit constitué.

**396 a) Conditions relatives à l'acte d'agression. Son objet.** — Il semble résulter du texte de l'article 328 qu'il faille une agression contre la personne. Le législateur, dans l'article 328, n'a, en effet, prévu que l'agression contre la personne. Il a d'ailleurs pris soin de dire qu'on peut intervenir pour protéger soi-même ou autrui<sup>3</sup>. Tout le monde admet qu'il peut s'agir d'une agression contre la santé, la pudeur ou l'honneur.

**397. Du cas où il est dirigé contre les biens.** — Mais on se demande si la légitime défense peut avoir pour objet la protection des biens. Certaines législations étrangères se sont prononcées pour l'affirmative. Citons l'article 41 du Code pénal hollandais ; le paragraphe 79 du Code hongrois ; l'article 52 du Code pénal italien ; l'article 21 du Code pénal polonais. Mais que décider dans le silence de la loi française ?

On a soutenu parfois qu'il ne pouvait y avoir de légitime défense en ce qui concerne les biens. On fait observer que le mal qui atteint la santé ou la vie d'une personne est irréparable, tandis que celui qui atteint un bien est susceptible de réparation. Cette assertion est loin d'être toujours conforme à la vérité. Si un petit rentier, un retraité se voit dérober les quelques titres qui constituaient tout son avoir, comment nier qu'il subira de ce chef, au cas fréquent d'insolvabilité de son agresseur, un dommage irrémédiable ? — On ajoute que si on admet la légitime défense des biens, il peut se produire une disproportion choquante entre la gravité de l'at-

1. C'est, notamment, le point de vue du droit pénal soviétique ; celui-ci considère la légitime défense comme une situation exclusive du caractère *socialement dangereux* sans lequel l'action ou l'inaction ne peut constituer une infraction pénale. (GOLIAKOV, *op. cit.*, p. 162).

2. En cas d'homicide légitime, disposait le Code pénal de 1791, *il n'existe point de crime ; il n'y a lieu de prononcer aucune peine, ni même aucune condamnation civile* (2<sup>e</sup> partie, titre II, sect. I, art. 5). De même : Req. rej., 24 févr. 1886, S., 86, 1, 176 ; Req., 25 mars 1902, S., 1903, 1, 5, note LYON-CAEN.

3. Les lois de l'U.R.S.S. admettent la légitime défense à l'occasion d'un attentat dirigé contre la puissance soviétique (art. 9 de la loi fédérale de 1924 sur les *Principes fondamentaux* ; Code pénal de 1926, art. 13).

taque et la réaction défensive. Mais cette objection repose sur l'idée erronée que la légitime défense serait affranchie de toute mesure; on verra plus loin qu'il n'en est rien.

**398. Du caractère imminent et injuste de l'agression.** — Pour qu'il y ait légitime défense, il faut, en second lieu, que l'auteur du délit se soit vu menacé d'un mal imminent. Réagir contre un mal passé, c'est se venger. Si l'attaque est simplement future, éventuelle, celui qui commet un délit pour la prévenir ne se trouve pas justifié<sup>1</sup>. La peur n'est pas plus légitime que la vengeance.

Il faut, en troisième lieu, que l'agression soit injuste. Si elle émane d'un agent de l'autorité qui vient procéder à une arrestation, à une perquisition, aucune réaction n'est justifiée : on n'a le droit de réagir que contre une agression injuste.

**399. Du droit de résistance à l'acte illégal de l'autorité.** — Mais, dans l'application de ce principe, des questions délicates se posent. On se demande notamment si la légitime défense est constituée, dans le cas où l'attaque consiste dans un acte illégal d'un fonctionnaire. Un gendarme, par exemple, veut arrêter une personne sans avoir reçu de ses supérieurs l'ordre de le faire. Si la personne attaquée se défend, sera-t-elle en état de légitime défense ? Sur cette question, trois théories ont été défendues, lorsqu'elle a été discutée à la fin de la Restauration et au début de la Monarchie de Juillet.

1° Une première opinion est celle qu'a développée Armand Carrel dans le journal *Le National* du 24 janvier 1832<sup>2</sup>. L'auteur affirme le droit absolu de résistance à un acte illégal. Il invoque l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1793, ainsi conçu : *Tout acte exercé contre un homme, hors les cas et dans les formes que la loi détermine, est arbitraire et tyrannique; celui contre lequel on voudrait l'exécuter par la violence a le droit de le repousser par la force.* A ce texte on ajoute celui de l'article 209 du Code pénal, relatif à la rébellion; mais ce texte est, en réalité, beaucoup moins clair que le précédent;

2° Au système du droit absolu de résistance s'oppose le système de l'obéissance passive, qui a été consacré par la Cour de cassation dans un arrêt du 22 août 1867 (S. 68, 1, 142). Il admet une présomption absolue de légalité en faveur des actes accomplis par les agents de l'autorité, toutes les fois qu'ils se présentent en cette qualité;

3° Une solution moyenne a été soutenue, sous la Restauration, par Isambert dans la *Gazette des Tribunaux* du 14 septembre 1826. D'après lui, l'obéissance est due aux agents de l'autorité, à condition qu'ils soient munis de titres, alors même que ces titres seraient irréguliers. On ne peut résister à un gendarme, muni d'un mandat d'arrêt délivré par un juge d'instruction incompétent, par exemple. Un vice du titre ne suffit pas à légitimer la résistance à l'acte de l'autorité<sup>3</sup>.

1. Crim., 27 juil. 1927, S., 29, 1, 356 (affaire Maurras).

2. A la suite de cet article, Carrel fut traduit, le 13 mars 1832, devant la Cour d'assises de la Seine, défendu par Ollivon Barrot, et acquitté. Voir les plaidoyers d'Armand Carrel et Ollivon Barrot, S., 1832, 2, 178.

3. En ce sens, GARRAUD, *Traité...*, 3<sup>e</sup> éd., t. II, n<sup>o</sup> 447; GARÇON *Code pénal annoté*, art. 209, n<sup>os</sup> 130 et suiv.; CHAVEGRIN, note sous Crim., 28 nov. 1902, 26 déc. 1902, 2 janv. 1903, S., 1904, 1, 57.

Il semble que la Cour de cassation s'oriente vers la théorie de l'obéissance passive<sup>1</sup>; les Cours d'appel ont fini par suivre. On l'a remarqué, notamment, au moment des poursuites qui furent intentées pour outrage et rébellion, lors de la dispersion de certaines congrégations. Il y avait eu, alors, des bris de scellés apposés par l'autorité administrative. La jurisprudence a déclaré que ces délits n'étaient pas justifiés par la légitime défense (voir la note de M. Chavegrin sous un arrêt de la Cour de cassation du 28 novembre 1902, S., 1904, 1, 57).

**400. Du cas où l'agression est excusable.** — Que décider, si l'on est en présence d'une agression simplement *excusable*? Quand un mari surprend sa femme en flagrant délit d'adultère, s'il tue l'infidèle ou son complice, il bénéficie d'une excuse atténuante, qui substitue à la peine criminelle une peine correctionnelle (art. 324 C. pénal, al. 2). Mais si le complice attaqué tue le mari, sera-t-il en état de légitime défense? Nous n'hésitons pas à le penser. L'affirmative est d'ailleurs généralement admise; l'attaque du mari, dans ce cas, n'est pas justifiée, elle est simplement excusable, et conserve un caractère délictueux<sup>2</sup>.

**401. Du cas où l'agression est le fait d'un irresponsable.** — Que décider, enfin, si l'agression est le fait d'une personne irresponsable? D'un aliéné par exemple? La personne attaquée n'est pas en état de légitime défense, puisque l'attaque, œuvre d'un fou, n'a pas, à proprement parler, le caractère injuste. Mais elle peut se prévaloir de l'état de nécessité<sup>3</sup>.

**402. b) Des conditions relatives à l'acte de défense. Sa nécessité.** — Il est nécessaire, d'autre part, pour que l'acte de défense entre dans le champ d'application de l'article 328, que la personne attaquée n'ait pu se soustraire au danger que par la commission d'un délit<sup>4</sup>.

Signalons, dans cet ordre d'idées, une question célèbre; celle de savoir si la personne attaquée est obligée de prendre la fuite. Les criminalistes du XVIII<sup>e</sup> siècle ont examiné cette question. Muyart de Vouglans<sup>5</sup>, distingue selon que la personne attaquée est un noble ou un villain. La fuite étant déshonorante pour une personne de condition, elle ne peut lui être imposée. Cette distinction étant contraire au principe d'égalité qui régit les sociétés modernes, on ne peut la préconiser aujourd'hui. Mais il existe d'autres distinctions, plus raisonnables, plus conformes à l'équité. Supposons qu'un adulte soit menacé par l'agression d'un enfant ou d'un infirme;

1. Crim., 15 sept. 1864, S., 65, 1, 152; 22 août 1867, S., 68, 1, 142; 14 déc. 1928, *Gaz. Pal.*, 11 janv. 1929 (arrêt punissant l'opposition par voies de fait à des travaux ordonnés par l'autorité publique, mais exécutés dans des conditions irrégulières: art. 438 C. pén.).

2. En ce sens CHAUVEAU et HÉLIE, *op. cit.*, t. IV, n<sup>os</sup> 1489 et 1490; GARRAUD, *Traité*, 3<sup>e</sup> éd., t. II, n<sup>o</sup> 447. *Contra* ALIMENA, *op. cit.*, t. III, pp. 57 et 115; VIDAL et MAGNOL, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 205, p. 321.

3. *Sic*: JANKA, *Der strafrechtliche Notstand*, I, Erlangen, 1878; ALIMENA, *op. cit.*, t. III, pp. 54 et suiv., 63 et suiv. La situation est la même, quand le dommage dont on est menacé vient d'un animal ou d'une chose. Elle est prévue par le Code civil allemand, §§ 228 et 904, qui admet la légitimité de la réaction, quand elle est proportionnée à la gravité de l'attaque. Dans le même sens, le projet de Code pénal du III<sup>e</sup> Reich, qui assimile ce cas à la légitime défense. KLEE, *Das kommende deutsche Strafrecht*, p. 61.

4. Crim., 28 mai 1937, *Gaz. Pal.*, 17 sept. 1937. Chronique MAGNOL, *Revue de Science criminelle*, 1937, p. 682.

5. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au Droit criminel*, p. 10.

il serait inexcusable de ne pas recourir à la fuite, si elle lui permet d'éviter le danger. De même, si un fils est menacé par son père<sup>1</sup>. En dehors de ces cas exceptionnels, il convient de s'inspirer de l'idée que la légitime défense n'est pas seulement un droit, mais un devoir.

**403. Mesure de la légitime défense.** — Il faut, en second lieu, que la réaction soit proportionnée à l'attaque. Du fait qu'on a été attaqué, il ne résulte pas qu'on ait le droit de tout faire, de résister par n'importe quel moyen, d'infliger n'importe quel mal à son agresseur<sup>2</sup>. La Cour d'assises de la Loire a justement condamné, le 28 janvier 1920, le propriétaire d'un jardin qui avait abattu, à coups de revolver, un individu qui lui déroba des fruits<sup>3</sup>.

Signalons, à ce propos, la question des « détonateurs automatiques ». Un propriétaire a-t-il le droit de placer dans un coffre-fort une machine infernale qui, par un déclenchement automatique, compromettra la vie ou la santé d'un voleur éventuel ? La situation suivante s'est présentée devant les tribunaux : un propriétaire, sachant que des individus venaient lui dérober des poissons placés dans un vivier, avait mis devant ce vivier un engin automatique, qui causa à l'un des voleurs une blessure assez grave pour nécessiter l'amputation d'une jambe. Pouvait-il se prévaloir de la légitime défense ? La Cour de cassation, dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 25 mars 1902 (S., 1903.1.5, note de M. LYON-CAËN), a jugé que cet acte était licite. Elle a fait intervenir, en ce sens, le caractère absolu du droit de propriété.

Cette solution est inadmissible. Le droit de propriété n'est pas un droit absolu ; il est limité par le droit concurrent des propriétaires voisins, à plus forte raison, par le respect de la vie humaine. La décision précédente est d'autant plus surprenante que souvent, et à tort d'ailleurs, la jurisprudence s'est refusée à admettre la légitime défense des biens. Dans l'espèce, l'abus du droit imputable à l'inculpé excluait le fait justificatif de la légitime défense.

**404. Du cas d'excès de la légitime défense.** — Cependant, quand celui qui a résisté à une agression a, ce faisant, dépassé les limites de son droit, il convient de montrer une certaine indulgence. Le législateur et les tribunaux ont tenu compte de cette idée de la façon suivante :

Le législateur a créé, pour le cas où les limites de la légitime défense ont été dépassées, une excuse atténuante. Elle résulte de l'article 321 du Code pénal, ainsi conçu : *Le meurtre ainsi que les blessures et les coups sont excusables, s'ils ont été provoqués par des coups ou violences graves envers les personnes. C'est l'excuse de provocation ; elle a pour effet d'abaisser la peine jusqu'à un emprisonnement de courte durée.*

1. Argument des articles 323 et 324 qui déclarent *inexcusable* le meurtre commis par un fils sur la personne de son père, ou par un conjoint sur son conjoint, quand la vie du meurtrier n'a pas été mise en péril. Ces textes ne doivent pas, d'ailleurs, être entendus comme excluant, de manière absolue, la légitime défense. Cf. VIDAL et MAIGNOL, *Cours*, n° 203, p. 319.

2. *Crim.*, 2 août 1866, *D. P.*, 66, 5, 493 ; 5 nov. 1875, *S.*, 76, 1, 282 ; 5 août 1881, *S.*, 83, 1, 239 ; 16 juillet 1897, *B. crim.*, n° 249 ; 12 déc. 1929, *S.*, 31, 1, 113, note ROUX.

3. Le projet allemand de 1927, § 24, exige « que le dommage résultant de la défense ne soit pas disproportionné au mal de l'attaque ». Le projet national-socialiste, fidèle à son principe, prend pour critérium de la légitime défense le sentiment populaire, la *gesunde Volksanschauung*. KLEE, *Das kommende deutsche Strafrecht*, p. 58. — Le Code pénal soviétique (art. 13) exige que l'agent « n'ait pas dépassé les limites de la légitime défense ». Les limites sont déterminées par la gravité de l'attaque et par la nature de l'intérêt défendu, de telle sorte que le mal infligé à l'assaillant puisse être, en certains cas, supérieur à celui qui menaçait la victime de l'agression. (GOLIAKOV, *op. cit.*, p. 166).

L'indulgence peut aller plus loin. Sous l'influence de la crainte ou de l'irritation déterminée par l'agression, la personne attaquée peut s'être trouvée dans un état de trouble, qui exclut toute responsabilité pénale. L'acquiescement se fondera sur l'article 64 du Code pénal.

La même solution est consacrée en termes formels par certaines législations étrangères. On citera notamment le § 53 du Code pénal allemand de 1871 : *L'agent n'est pas punissable lorsque, par le trouble, la crainte ou la terreur, il aura dépassé les bornes de la légitime défense*<sup>1</sup>. De même, le Code pénal polonais de 1932, art. 21, § 2. — En droit soviétique, l'excès dans la légitime défense justifie, en divers cas, un adoucissement de la peine selon l'article 51 du Code pénal russe de 1926, mais peut aussi, exceptionnellement, déterminer l'impunité<sup>2</sup>. — Au cas d'excès de légitime défense, le Code pénal suisse (1938), art. 33, permet une libre atténuation de la peine. Si cet excès provient d'un état excusable d'excitation ou de saisissement causé par l'attaque, aucune peine ne sera encourue.

Dans le cas où l'agent est sorti des limites de la légitime défense, mais a bénéficié ainsi d'une cause de non-imputabilité, peut-il subsister à sa charge une responsabilité civile ? Nos explications antérieures nous dictent une réponse affirmative. Il y a lieu, en effet, de distinguer nettement la faute civile de la faute pénale. On est en droit de se montrer plus rigoureux lorsqu'il s'agit de prononcer contre quelqu'un une condamnation simplement civile, que lorsqu'il s'agit d'infliger une peine.

En faveur du principe de la dualité des fautes, on peut citer les décisions suivantes : Cass. civ., 4 mars 1919, *D.P.*, 1920, 1, 27 ; Chambre civile, 3 février 1925, *D.P.*, 26, 1, 189 ; Chambre criminelle, 23 janv. 1925, *S.*, 26, 1, 48. L'opinion contraire a été soutenue par M. Morel sous un arrêt de la Chambre civile du 18 décembre 1912, *S.*, 1914, 1, 249. Elle paraît condamnée aujourd'hui (n° 1573).

**405. Des cas privilégiés de légitime défense.** — Les cas privilégiés de la légitime défense sont énoncés dans l'article 329 du Code pénal, ainsi conçu : *Sont compris dans les cas de nécessité actuelle de défense les deux cas suivants : 1° si l'homicide a été commis, si les blessures ont été faites, ou si les coups ont été portés en repoussant, pendant la nuit, l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison, d'un appartement habité ou de leurs dépendances ; 2° si le fait a eu lieu en se défendant contre les auteurs de vols ou de pillages, exécutés avec violence.*

Il résulte de ce texte qu'il y a deux cas, dits *privilégiés*, de légitime défense. Le premier se rapporte à l'hypothèse de l'escalade ou de l'effraction qui s'est produite pendant la nuit, dans une maison habitée ; le second se rapporte au vol ou au pillage, accomplis, même pendant le jour, mais avec violence.

1. Le projet national-socialiste marque, à cet égard, une réaction. Il n'admet, en principe, en cas d'excès de légitime défense, qu'une réduction de peine ; l'impunité n'est prévue qu'à titre exceptionnel.

2. Le meurtre par excès de légitime défense est considéré comme homicide accidentel et bénéficie de circonstances atténuantes selon l'art. 139 du même Code. Encore faut-il que la défense fasse suite immédiatement à l'attaque et que celle-ci soit effective et non supposée. (Cour suprême de l'U.R.S.S., 11 juill. 1940). Mais celui qui fait feu sur des agents de l'autorité, les ayant pris pour des bandits, alors qu'ils ont pénétré chez lui et fait usage de leurs armes, peut invoquer une erreur exclusive de l'élément intentionnel de l'infraction (même Cour, 14 mai 1926, *GOLIAKOV, op. cit.*, pp. 162 et suiv.).

La seconde hypothèse s'explique par une tradition déjà ancienne ; il fallait assurer la répression des actes de brigandage qui étaient fréquemment commis, dans l'ancienne France, sur les grandes routes, et qui, sous la Révolution, s'étaient multipliés. Cette hypothèse n'offre guère aujourd'hui d'intérêt pratique.

**406. Du cas d'agression nocturne contre une maison habitée. —**

L'attention doit se concentrer sur le premier cas visé par l'article 329. Le législateur suppose qu'un meurtre ou un délit de coups et blessures a été commis, en résistant à une agression. Celle-ci résultait d'une escalade ou effraction commise, pendant la nuit, dans une maison habitée.

1° Le législateur suppose donc que le délit a été commis pendant l'agression. Mais on admet que le texte est applicable, *a fortiori*, quand le malfaiteur avait déjà pénétré dans la maison<sup>1</sup> ;

2° Il faut qu'il s'agisse d'une *maison habitée*. L'article 390 du Code pénal en donne une définition, mais elle est relative au cas de vol et ne concerne pas notre hypothèse. D'après l'article 390, on entend par *maison habitée* celle qui sert à l'habitation, alors même qu'elle serait vide le jour du délit. Or, on est d'accord pour admettre que, lorsqu'il s'agit de l'application de l'article 329, il n'y a maison habitée que si la maison était habitée *lors de l'agression*. C'est, en effet, à cette seule condition que le danger auquel l'inculpé a dû faire face a réellement existé ;

3° Il faut, en troisième lieu, que l'agression ait eu lieu *pendant la nuit*. Au cas d'agression diurne, il n'existe, comme on verra plus loin, qu'une excuse atténuante (art. 322 et 325 C. pénal). Que faut-il entendre par *nuit* ? La jurisprudence déclare qu'il y a là une question de fait, qui doit être résolue par les juges du fait. On désigne ainsi, en général, l'intervalle de temps qui s'écoule entre le coucher et le lever du soleil (voir à ce sujet un arrêt de la Cour de cassation du 15 avril 1825, *D. P.*, 1825, 1, 303). Cf. un jugement du Tribunal correctionnel de Narbonne du 13 février 1926 (*S.*, 1926, 2, 7)<sup>2</sup>.

**407. De la présomption légale résultant de l'article 329 du Code pénal. —** Ces conditions étant réunies, quel est l'intérêt de la solution formulée par l'article 329 ? Quelle disposition complémentaire l'énumération des cas privilégiés de légitime défense ajoute-t-elle à la règle générale de l'article 328 ?

Plusieurs explications ont été proposées.

On a dit parfois que l'article 329 n'avait d'autre objet que de citer des exemples à l'appui de la règle générale formulée dans l'article 328. Cette explication est inadmissible ; il n'est pas dans l'habitude du législateur de procéder par voie d'exemples. Cette méthode serait une source de confusions et de malentendus.

D'après un second système, l'article 329 aurait pour objet d'autoriser, exceptionnellement, la légitime défense des biens. Cette explication est proposée par les auteurs qui, d'une façon générale, décident que la légitime défense ne peut intervenir que pour la protection des personnes. L'article 329

1. *Crim.*, 11 juill. 1844, *S.*, 44, 1, 777 ; 8 déc. 1871, *S.*, 72, 1, 346 ; Paris, 18 févr. 1933, *S.*, 33, 2, 107. *Contra* : GARRAUD, *Traité...*, 3<sup>e</sup> éd., t. II, n<sup>o</sup> 450.

2. Ce jugement, relatif à l'application des lois sur la chasse, limite la durée de la nuit au laps de temps compris entre la fin du crépuscule astronomique et la pointe du jour.

apporterait à cette règle deux exceptions. Il faut repousser cette interprétation, dont le point de départ est faux. D'ailleurs, dans l'article 329, c'est aussi et surtout la personne que le législateur a voulu protéger. Le propriétaire témoin d'une escalade ou d'une effraction qui se commet chez lui, pendant la nuit, a des raisons de craindre pour sa vie.

On admet généralement aujourd'hui que l'article 329 a créé une présomption ; il a institué deux cas *présomés* de légitime défense. Quand les circonstances prévues par cet article sont réalisées, la personne attaquée qui, en résistant, a commis une infraction à la loi pénale, est dispensée de prouver qu'elle était menacée d'un mal imminent ; la situation de légitime défense est *présumée*.

**408. Cette présomption est-elle irréfragable ?** — Mais la présomption résultant de l'article 329 est-elle absolue, irréfragable, *juris et de jure* ? Souffre-t-elle la preuve contraire ? Que décidera-t-on, s'il résulte des circonstances que l'inculpé savait qu'il n'était pas sérieusement menacé ? Sera-t-il néanmoins justifié ?

La question s'est posée dans l'espèce suivante. En 1857, Mme de Jeufosse, qui habitait un château à la campagne, sachant qu'un jeune voisin, Guillot, escaladait la nuit le mur de son parc et venait déposer des billets doux sur la fenêtre de Mlle de Jeufosse, fit placer son garde Crépel en embuscade ; Guillot fut tué d'un coup de feu. Mme de Jeufosse et le garde furent traduits en Cour d'assises, et, après une plaidoirie de Berryer, ils furent acquittés (voir *Le Droit*, 15 décembre 1857, et BOUCHARDON, *Les Dames de Jeufosse*, Paris, Michel, éditeur). La même solution prévalut l'année suivante dans une affaire Pochon (Cour d'assises de la Moselle, 27 févr. 1858).

La question, posée dans ces circonstances, était de savoir si la présomption de l'article 329 était absolue, irréfragable, en sorte que Mme de Jeufosse se trouverait de plein droit justifiée.

L'acquiescement prononcé par le jury ne prouve pas qu'elle ait été résolue par l'affirmative. Car le jury se laisse guider uniquement par des considérations de fait. Ce qui est pertinent au point de vue qui nous occupe, c'est que Mme de Jeufosse et le garde ont été mis en accusation.

Ce qu'il faut retenir de la pratique judiciaire, c'est que la Chambre des mises en accusation prononce le renvoi en Cour d'assises. Elle admet donc implicitement que la présomption de l'article 329 est une présomption ordinaire, souffrant la preuve contraire. Cette opinion, généralement défendue par les auteurs, semble conforme à la justice et au bon sens ; sinon, l'article 329 constituerait, en faveur de celui qui tue sans intention de se défendre, dans un pur esprit de vengeance ou d'avarice, un brevet légal d'impunité. Elle a prévalu, récemment, devant la Cour de Paris<sup>1</sup>. Mais elle n'est pas unanimement admise. Si elle résulte, formellement, de l'article 417 du Code pénal belge, les auteurs du projet de Code pénal français (art. 114) n'ont pas cru devoir la consacrer.

## 2° L'ORDRE DE LA LOI ET LE COMMANDEMENT DE L'AUTORITÉ LÉGITIME.

**409. Le fait justificatif de l'article 327 du Code pénal.** — Aux termes de l'article 327 du Code pénal : *Il n'y a ni crime, ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés*

1. Paris, 18 févr. 1933, S., 33, 2, 107.

*par l'autorité légitime. Ce texte crée une nouvelle cause de justification : l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime.*

On remarquera l'analogie entre les termes de l'article 328 et ceux de l'article 327. Dans l'un et l'autre cas, on est en présence d'un fait justificatif. *Il n'y a ni crime ni délit, dit la loi.* Dans les deux cas, la loi ne vise que l'homicide, les blessures et les coups ; mais on est d'accord pour attribuer au texte une portée générale.

**410. Les éléments du fait justificatif.** — Pour que le fait justificatif soit constitué, la loi exige la réunion de deux conditions. Il faut : 1° un ordre de la loi ; 2° le commandement d'une autorité légitime.

**411. a) L'ordre de la loi.** — Le fait justificatif suppose, tout d'abord, qu'il y a un *ordre de la loi*. Ne commet pas une infraction à la loi pénale celui qui accomplit un acte prescrit par un ordre formel du législateur. La loi ne pourrait, sans contradiction, condamner ce qu'elle ordonne.

Citons l'article 378 du Code pénal qui punit la violation du secret professionnel par *les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou profession, par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie*. L'article 378 excepte les cas dans lesquels la loi elle-même oblige les personnes dont il s'agit à se porter dénonciatrices. N'est pas punissable pour violation du secret professionnel le médecin qui s'est conformé aux décrets prescrivant la déclaration de certaines maladies contagieuses. N'est pas punissable non plus celui qui, ayant été désigné comme expert pour examiner un blessé ou un malade, par exemple à la suite d'un accident du travail, s'acquitte, en parlant, d'une fonction qu'il est tenu de remplir. Il obéit à un ordre de la loi<sup>1</sup>.

Sous le régime de l'occupation allemande, les auteurs de certains délits politiques, tels que la livraison de matériel à l'ennemi, ou d'infractions de droit commun, telles que des faits de violence ou de pillage, bénéficièrent de l'impunité, parce que ces actes étaient conformes aux lois et règlements du Gouvernement de Vichy. Ils se prévalaient de l'article 327 du Code pénal. L'annulation rétroactive des actes de l'autorité de fait eut pour conséquence logique l'abolition, également rétroactive, de l'effet justificatif qui s'y attachait. C'est ce qu'ont admis diverses ordonnances du Gouvernement provisoire<sup>2</sup>. Toutefois, l'absence de mobile antinational, la pression exercée par des fonctionnaires eux-mêmes soumis à la volonté de l'occupant interviennent le cas échéant, soit pour atténuer, soit même pour exclure la peine<sup>3</sup>.

1. Grenoble, 29 janvier 1909, S., 1909, 2, 120 ; note LÉGAL sous Crim., 22 février 1940, *Semaine juridique*, 1941, 1582.

2. Notamment : l'ordonnance du 6 octobre 1943 sur la répression des rapports avec les ennemis et la guerre économique ; celle du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre (art. 3) ; celle du 28 novembre 1944 relative aux faits de collaboration ; celle du 29 mars 1945 relative à la répression du commerce avec l'ennemi.

3. Exemples : Ordonnance du 6 octobre 1943 : *Si les inculpés invoquent les actes dits lois ou décrets du prétendu gouvernement de Vichy, les tribunaux compétents ne pourront retenir ceux-ci comme faits justificatifs, mais seulement comme circonstances atténuantes.* — Ordonnance du 26 décembre 1944 : *Pour l'appréciation de la culpabilité, la chambre civile, ou, le cas échéant, la cour de justice peut tenir compte de la pression exercée sur les auteurs ou de l'importance et de la fréquence de leurs agissements. Cf. au sujet de l'ordonnance du 28 novembre 1944, supra n° 125 ; de l'ordonnance du 28 août 1944, infra, n° 1657.*

**412. L'autorisation de la loi et de la coutume.** — Bien que l'article 327 se borne à mentionner, comme élément du fait justificatif, l'ordre de la loi, on doit lui assimiler la simple *autorisation légale*. Cette assimilation est commandée par d'autres dispositions légales, dont certaines sont de création récente.

On vient de voir que la loi, pour sauvegarder la santé publique, rend obligatoire la déclaration de certaines maladies. Dans d'autres cas, le législateur, partagé entre diverses considérations, laisse le médecin traitant juge de la discrétion à observer. Quand celui-ci procède à la déclaration, elle ne peut être punie comme violation du secret professionnel. Un médecin qui dénonce une grippe, maladie pour laquelle le décret du 16 mai 1936 prévoit la déclaration facultative, n'est pas moins justifié que celui qui déclare une fièvre typhoïde, dont la déclaration, d'après le même décret, est obligatoire. Le système de la simple *faculté* a été introduit en 1939, en matière d'avortement et de contamination vénérienne.

Aux termes de l'article 378 du Code pénal, complété par le décret-loi du 29 juillet 1939 art. 90 (Code de la famille), *les personnes ci-dessus énumérées (médecins, chirurgiens, etc...) sans être tenues de dénoncer les avortements jugés par elles criminels dont elles ont connaissance à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, n'encourent pas, si elles les dénoncent, les peines prévues au paragraphe précédent*. Le décret-loi du 29 novembre 1939 relatif à la prophylaxie des maladies vénériennes, article 2, autorise le médecin qui a connaissance d'accidents vénériens contagieux à prévenir l'autorité sanitaire de l'imprudence nocive commise par le malade. Et l'article 3, amendement l'article 378 C. pénal, dispense du secret professionnel ceux que la loi oblige ou autorise à se porter dénonciateurs.

L'effet justificatif de l'autorisation légale, en matière de diffamation, résulte de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse.

La diffamation est réprimée par cette loi (art. 29 et suiv.) quand elle est publique. Au cas où la personne diffamée est un particulier, l'articulation diffamatoire, *même conforme à la vérité*, constitue un délit (agr. art. 29 et 35, *a contrario*<sup>1</sup>), à moins, dit la jurisprudence, qu'elle ait été formulée de bonne foi<sup>2</sup>.

Si, au contraire, la diffamation est dirigée contre un fonctionnaire, contre un directeur ou administrateur d'établissement financier, commercial ou industriel, qui a fait appel à l'épargne, à l'occasion d'un acte de ses fonctions, l'inculpé peut se justifier en apportant la preuve des faits articulés par

1. Trib. corr. Seine, 12 janvier 1938, *Semaine juridique*, 1938, p. 686.

2. Crim., 27 octobre 1938, *D.P.*, 39, 1, 77; Paris, 25 juillet 1939, *D. H.*, 40, 33. Par ce dernier arrêt, la Cour de Paris a relaxé l'auteur de diffamations dirigées contre un candidat à une fonction élective, parce que ces imputations lui avaient été dictées, non par un sentiment d'animosité, mais par le seul souci d'éclairer le corps électoral sur le passé du candidat. Cette jurisprudence fait consister la mauvaise foi dans la volonté de nuire : c'est-à-dire que, dérogeant aux principes généraux, elle comprend le *mobile* dans l'élément moral de l'infraction. Sur cette notion de la mauvaise foi, qui ne s'identifierait ni avec le *dolus generalis*, ni avec le *dolus specialis*, voir la note de M. P. MIMIN, *D. P.*, 39, 1, 77 cf. ci-dessus, n° 124, Avec M. HUGUENY (*Revue de Science criminelle*, 1940 p. 224), nous croyons plus simple et plus exact d'adopter un point de vue objectif, et d'apercevoir, sous l'excuse de « bonne foi », un fait justificatif, qui serait moins l'état de nécessité, comme le suggère M. HUGUENY, que l'autorisation légale ou coutumière d'un acte conforme à l'intérêt social.

lui (art. 35)<sup>1</sup>. La cause de justification procède de l'article 327 : le délit est supprimé par l'autorisation que donne implicitement la loi de formuler des imputations diffamatoires, lorsqu'elles sont conformes à la vérité.

Il y a enfin des cas d'autorisation fondés que *la coutume*<sup>2</sup>. En général, la loi punit les coups et blessures et même les simples voies de fait. Les enfants, en particulier, sont protégés contre les coups et blessures par les dispositions exceptionnelles de la loi de 1898. Mais la coutume tolère, comme conséquence du droit et du devoir d'éducation qui incombe aux parents, le fait par eux d'infliger à leurs enfants des châtimens légers. Ce pouvoir est admis également par l'usage, dans une certaine mesure, au profit des instituteurs<sup>3</sup>.

L'impunité des blessures résultant d'opérations chirurgicales ou d'exercices sportifs — matière sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir — nous apparaîtra également comme l'effet d'une autorisation légale, ou, tout au moins, coutumière.

**413. L'effet de l'ordre de la loi et de l'autorisation légale sur la révélation, en justice, du secret professionnel.** — On s'est demandé depuis longtemps si la règle du secret professionnel s'étend aux dépositions faites en justice. Le médecin, le chirurgien — ou l'une quelconque des personnes visées par l'article 378 — qui est appelée à témoigner, tombe-t-elle, si elle révèle alors un fait dont elle a reçu confiance dans l'exercice de sa profession, sous l'application de cet article ? Faut-il décider, au contraire, que le secret professionnel est implicitement levé par l'ordre de la loi qui enjoint au témoin de dire la vérité, rien que la vérité, toute la vérité ? — Deux intérêts respectables peuvent se trouver en présence : celui de la santé publique et celui de la justice : le témoin est pris dans un « conflit de devoirs ».

Ce conflit a donné lieu à des systèmes très divers. La jurisprudence, influencée par l'avis presque unanime du corps médical, s'est prononcée longtemps pour le caractère absolu du secret professionnel<sup>4</sup>. Une solution transactionnelle consistait à dégager de l'article 378 C. pénal une *dispense*, pour le médecin, de témoigner ; mais il échappait, s'il croyait devoir révéler le secret, en justice, à la peine de l'article 378<sup>5</sup>. C'est cette solution moyenne qu'à la suite d'une campagne menée pour la répression de l'avortement<sup>6</sup>, le décret-loi du 26 juillet 1939 a fait pénétrer dans le texte de l'article 378 : *Citées en justice pour une affaire d'avortement, elles (les personnes autorisées à le dénoncer) demeurent libres de fournir leur témoignage à la justice sans s'exposer à aucune peine.* Et le décret-loi du 29 novembre 1939 a introduit une règle semblable pour la révélation des maladies vénériennes.

En dehors de ces cas, aujourd'hui réglés par la loi, il faut noter une tendance de la pratique à reconnaître, suivant l'exemple de certains pays étrangers, la relativité du secret professionnel. Cette tendance s'est traduite, dans un arrêt récent de la Cour de cassation<sup>7</sup>, par la distinction, très contestable, des choses « secrètes ou non secrètes par leur nature ».

1. La loi du 29 juill. 1881 consacrait une autre différence. La diffamation dirigée contre une personne privée a toujours relevé du tribunal correctionnel (Crim., 7 août 1937, S., 38, 1, 397). La diffamation dirigée contre un fonctionnaire est soumise à la compétence exceptionnelle de la Cour d'assises (art. 45). C'est l'ordonnance du 6 mai 1944 qui, par un retour au droit commun, a généralisé, en matière de délits de presse, la compétence du tribunal correctionnel (*infra*, n° 1211).

2. Trib. corr. Epinal, 3 janvier 1936, *Gaz. Pal.*, 1936, 1, 462, *Chronique HUGUENY, Revue de Science criminelle*, 1936, p. 420.

3. Crim., 4 déc. 1908, S., 1910, 1, 160.

4. Crim., 7 mars 1908, S., 1911, 1, 598 ; Req., 17 juin 1927, S., 27, 1, 325.

5. GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 378, n° 33 et suiv.

6. Voir le rapport de M. BERTHÉLEMY à la Société des prisons sur les Mesures propres à prévenir et à réprimer l'avortement criminel, *Revue pénitentiaire*, 1917, pp. 99 et suiv.

7. Civ., 13 juillet 1936, S., 38, 1, 201, note LÉGAL. Cf. la *Chronique* de M. HUGUENY, *Revue de Science criminelle*, 1937, p. 71.

**414. b) Le commandement de l'autorité légitime.** — Pour que le fait justificatif institué par l'article 327 soit constitué, il faut, en second lieu, le *commandement d'une autorité légitime*. Quand la loi prescrit une mesure de contrainte, on ne peut admettre qu'elle soit exécutée par n'importe qui. L'officier de police judiciaire qui procède à l'arrestation d'une personne, même inculpée, sans s'être muni au préalable d'un mandat du juge d'instruction, est coupable de délit d'arrestation arbitraire (art. 114 C. pénal). Il est essentiel que, dans l'application de la loi, les règles de la hiérarchie administrative et judiciaire soient strictement observées<sup>1</sup>.

Cette exigence d'un commandement de l'autorité légitime est limitée dans son application :

1° Elle ne concerne pas les hypothèses où l'acte a eu lieu en vertu, non d'un ordre de la loi, mais d'une simple autorisation légale ;

2° Elle est sans effet pratique, quand l'ordre légal s'adresse à un fonctionnaire qui, à l'égard de l'acte à accomplir, est au sommet de la hiérarchie. Quand le juge d'instruction est saisi d'une affaire, il a le droit de décerner de sa propre autorité un mandat d'amener ou de dépôt ;

3° Enfin, il y a un cas exceptionnel où la loi donne à chaque fonctionnaire et à toute personne le droit d'accomplir un acte qui, envisagé au regard du droit commun, constituerait une atteinte à la liberté. C'est le cas de l'article 106 du Code d'instruction criminelle, visant le flagrant délit. Le citoyen qui, dans les cas limitativement spécifiés par l'article 106, a procédé, sans aucun ordre, à l'arrestation du délinquant est justifié.

Le commandement de l'autorité légitime est celui donné par une personne qui est investie de quelque parcelle de la puissance publique. Il ne faut pas considérer comme tel l'ordre d'un mari à sa femme<sup>2</sup>, ou d'un patron à son employé<sup>3</sup>.

**415. Des cas où l'un des éléments du fait justificatif fait défaut.** —

Ayant déterminé les conditions dont la réunion est nécessaire pour que le fait justificatif de l'article 327 soit constitué, il faut examiner maintenant la situation qui se présente, si l'un de ces deux éléments fait défaut.

On peut supposer, tout d'abord, qu'un acte conforme à la loi a été fait sans commandement de l'autorité légitime, dans un cas où celui-ci était requis. Il n'y a pas de fait justificatif. Tel serait le cas d'une arrestation opérée par un agent de la force publique n'ayant reçu aucun ordre à cet effet.

**416. Des effets de l'exécution d'un commandement illégal.** — On peut supposer, inversement, qu'il y a eu commandement de l'autorité légitime, mais que ce commandement était *illégal*. Il n'y a pas ici de fait justificatif. Néanmoins, il serait inique que l'agent fût puni, sans tenir compte du fait que le délit qui lui est reproché est un acte d'obéissance à un ordre reçu.

Il n'y a pas de difficulté, si le cas était prévu par la loi. Citons, par exemple, l'article 114 du Code pénal, visant un acte arbitraire, attentatoire

1. JOSEPH-BARTHELEMY, *L'Influence de l'Ordre hiérarchique sur la Responsabilité des Agents*, (*Revue de Droit public*, 1914, pp. 491 et suiv.).

2. Paris, 15 mars 1816, *S. chron.*, Cour d'assises de la Seine, 24 avril 1816, *S. chron.*

3. Caen, 9 mai 1877, *S.*, 78, 2, 49.

à la liberté individuelle. Le législateur déclare que si le fonctionnaire qui en est l'auteur a agi sur l'ordre de son supérieur, *il sera exempt de peine*. On trouve des solutions semblables, pour le délit de violation de domicile, prévu par l'article 184 du Code pénal et pour l'emploi de la force publique contre l'exécution des lois (art. 188 à 190). Dans les cas prévus par ces textes, la cause de justification n'existe pas, mais l'agent bénéficie d'une *excuse absolutive*.

Mais que décider dans le silence de la loi ? Plusieurs systèmes ont été défendus.

1° Le système de l'*obéissance passive*. Les agents inférieurs, a-t-on dit, n'ont pas à apprécier la régularité des ordres reçus de leurs supérieurs hiérarchiques. Par cela même qu'ils ont obéi, ils sont, dans le silence de la loi, justifiés. — Ce système doit être écarté ; il est dangereux, car il crée une complicité forcée entre le supérieur et l'inférieur. Il est d'ailleurs formellement exclu par le texte même de l'article 327, qui exige à la fois l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité. Il ne suffit pas d'un commandement, il faut que l'ordre donné ait été légal ;

2° A ce système de l'obéissance passive, s'oppose exactement celui des « baïonnettes intelligentes ». Il admet le droit pour l'inférieur de discuter l'ordre du supérieur et de refuser l'obéissance, quand l'ordre est illégal. La conséquence logique est que l'inférieur qui a obéi est responsable. — Cette solution doit être également écartée ; elle compromet la discipline, en particulier la discipline militaire ;

3° D'après un troisième système, intermédiaire, le fonctionnaire bénéficiera d'une atténuation de peine (en l'absence de fait justificatif) si l'ordre exécuté avait les apparences de la légalité, s'il était régulier en la forme. La question de savoir dans quels cas il y a eu irrégularité apparente est laissée à l'appréciation des juges du fait. A cet égard, il y a lieu d'établir une différence entre les civils et les militaires. Chez les militaires, où le lien hiérarchique est plus fort, on pourra faire intervenir, dans les cas les plus intéressants, la contrainte morale. Ils se prévaudront avec succès de l'article 64 du Code pénal<sup>1</sup>.

### 3° LE CONSENTEMENT DE LA VICTIME

#### 417. Le consentement de la victime est-il un fait justificatif ? —

Au premier abord, il semble étrange que cette question puisse se poser. Les termes n'en sont-ils pas contradictoires ? — Quand on réfléchit, le cas n'apparaît pas comme une simple hypothèse d'école. Les journaux portent parfois le récit douloureux d'homicides commis par un fils, par une amante, en vue d'abrèger les souffrances d'un être aimé, et pour répondre aux implorations de celui-ci. — Il arrive que des attentats à la pudeur se commettent avec l'assentiment de celui qui en est l'objet.

Le problème de la répression se pose alors sous un aspect particulier.

1. Bourges, 30 déc, 1870, S., 71, 2, 167 ; D. P., 71, 2, 226. Jules CAUVIERE, *Discipline militaire et Obéissance passive*, Paris, 1907. — Le règlement de 1940 sur la discipline de l'Armée rouge (art. 8) exige du militaire l'obéissance passive aux ordres de ses chefs. Mais le droit soviétique estime qu'en règle générale l'ordre supérieur ne lie le subordonné et ne justifie son acte que s'il est *légalement* ordonné. (GOLIAKOV, *op. cit.*, p. 177).

L'idée que le consentement de la victime fait disparaître la responsabilité pénale de l'agent est conforme à l'opinion la plus répandue dans le public. On fait intervenir en ce sens l'adage romain : *Volenti non fit injuria*. A défaut de lésion personnelle, il n'y a pas de délit.

C'est au *Digeste*, livre XLVII, titre 10, *De Injuriis*, loi 1, § 5, que se trouve l'adage *Volenti non fit injuria*. Ce texte n'est pas décisif, car la règle qu'il énonce s'applique à une catégorie spéciale d'infractions à la loi pénale : à l'injure. Sans doute ce mot d'injure avait, en droit romain, un sens plus large que dans notre droit actuel ; il ne désignait cependant qu'une catégorie spéciale d'infractions.

**418. Pourquoi le consentement de la victime n'est pas, en règle générale, un fait justificatif.** — D'un point de vue rationnel, l'idée que le consentement de la victime abolit la responsabilité pénale serait vraie si la répression n'intervenait que pour la défense d'intérêts privés. Mais il n'en est rien. L'intervention répressive a pour but essentiel d'assurer le maintien de l'ordre public, non de donner satisfaction à des particuliers<sup>1</sup>.

La vérité générale est donc que le consentement de la victime laisse subsister la responsabilité pénale.

**419. De certains cas exceptionnels.** — Il y a des exceptions ; il y a des délits qui cessent d'exister quand la victime est consentante. Cela vient de ce que les faits dont il s'agit ont été incriminés comme consistant précisément dans une atteinte à la volonté d'une personne. Si cette personne est consentante, l'infraction disparaît.

Mais ces exceptions confirment la règle, qui est, nous le répétons, l'inefficacité du consentement de la victime. Elle gouverne les attentats à la vie humaine et à l'intégrité corporelle. Il en est ainsi du meurtre et des coups et blessures. La culpabilité ne saurait disparaître, du fait que la victime est consentante.

**420. Applications.** — Dans l'intérêt de la défense nationale, la loi elle-même a fait l'application de ce principe au cas de mutilations volontaires destinées à soustraire le patient aux obligations du service militaire. Des peines sévères sont prévues par la loi du 31 mars 1928 sur le recrutement de l'armée, article 87 ; les Codes de justice militaire pour l'armée de terre, article 231, et pour l'armée de mer, article 236. — En dehors de ces cas réglés par la loi, des questions délicates se sont présentées en pratique.

**421. Homicide sur demande et complicité de suicide.** — Soit d'abord le cas de l'homicide sur demande. Une personne, qui se sait atteinte d'un mal incurable ou souffre d'un chagrin intime, voulant en finir avec la vie, prie un parent, un ami ou un médecin, d'abrégier ses souffran-

1. Filippo CRISPIONI, *Il Consenso dell' Offeso* (compte rendu, *Revue pénitentiaire*, 1927, p. 368) ; BADR, *L'Influence du Consentement de la Victime sur la Responsabilité pénale*, thèse, Paris, 1928, préface DONNEDIEU DE VABRES ; J. SIMON, *Le Consentement de la Victime justifie-t-il les Lésions corporelles ?* (*Revue belge de Droit pénal*, 1933, p. 457) ; J. HEMARD, *Le consentement de la victime dans le délit de coups et blessures*, *Revue critique*, 1939, pp. 293 et suiv.

ces. Ce dernier, cédant à ses instances, lui donne la mort. Y a-t-il, en pareil cas, un meurtre ?

Quand la question s'est posée, en droit, devant le juge d'instruction et la Chambre des mises en accusation, le renvoi devant la Cour d'assises a été ordonné : pour ces juridictions, le consentement de la victime n'a pas fait disparaître l'infraction. Quand des pourvois ont été formés contre les décisions précédentes, ils ont été rejetés<sup>1</sup>. Donc, pour la jurisprudence, l'homicide, les blessures et les coups ne sont pas justifiés par le consentement de la victime.

On peut opposer une objection. La loi française ne punit pas le suicide, et, en vertu d'une règle qu'on exposera par la suite, le complice doit être traité comme l'auteur principal. La loi française ne punit pas la complicité de suicide. N'est-ce pas reconnaître que l'homme peut disposer librement de sa vie ? Pourquoi ne peut-il charger un tiers de l'en affranchir ?

Cette argumentation n'est pas décisive.

Certaines législations, à la différence de la nôtre, répriment, comme un délit, la complicité et la tentative de suicide<sup>2</sup>. Il en était ainsi dans l'ancienne France. Quant à notre droit pénal actuel, l'impunité du suicide s'explique par les raisons suivantes : on estime que ses causes, que son développement échappent à l'action de la loi pénale. Cette impunité n'implique donc nullement le droit que chacun aurait de renoncer à la vie<sup>3</sup>. Les deux solutions — impunité du suicide, et répression du meurtre consenti — ne sont pas incompatibles.

Il n'en est pas moins vrai qu'en pratique, il sera parfois difficile de les accorder ; on peut concevoir des situations embarrassantes. Supposons que deux fiancés, dont les projets sont contrariés, ont résolu d'en finir ensemble avec la vie. Par hasard, l'un d'eux survit à la tentative, peut-être celui qui avait pris l'initiative de l'acte. Le survivant sera-t-il puni comme l'auteur d'un homicide sur demande, ou devra-t-il échapper à toute peine, comme étant le complice d'un suicide ? Au point de vue juridique, la difficulté est inextricable ; en fait, elle est résolue par l'indulgence constante du jury.

Le Code pénal italien de 1930 évite ces difficultés en frappant d'une peine atténuée (six à quinze ans de réclusion) l'homicide commis avec le consentement de la victime<sup>4</sup>. Le nouveau Code pénal de l'Uruguay (art. 37) permet au juge d'exempter de toute peine l'auteur de l'homicide commis « pour des motifs de pitié »<sup>5</sup>.

1. Crim., 23 juin 1838, S., 38, 1, 626 ; P., 38, 2, 17 et les conclusions conformes du procureur général DUPIN ; 21 août 1851, S., 52, 1, 286.

2. Ainsi, le droit anglais. STEPHEN, *Digest of the Criminal Law*, art. 248, p. 190 ; le Code pénal de New-York (1881), art. 172 et suiv. Le Code pénal russe de 1903 punissait la provocation, l'aide au suicide (art. 462 et 463) et la convention de suicide après tirage au sort (art. 488). L'aide au suicide est également l'objet d'une incrimination spéciale dans les Codes pénaux d'Italie (1930), art. 580, d'Espagne (1932), art. 416, de Pologne (art. 228), de Danemark (art. 240), de Colombie (1936), art. 367, de Suisse (1938), art. 115. De même le projet de Code pénal français, art. 369.

3. DURKHEIM, *Le Suicide*, Paris, Alcan, 1897 ; A. BAYET, *Le Suicide et la Morale*, thèse lettres, Paris, 1922.

4. De même, les Codes pénaux d'Allemagne (§ 216), d'Espagne (1870), art. 121), de Hollande (art. 293), de Norvège (§§ 23 et 236), de Pologne (art. 227), de Danemark (art. 239), de Suisse (1938), art. 114, le projet allemand du III<sup>e</sup> Reich (KLEE, *Das kommende deutsche Strafrecht*, p. 66).

5. Alberto Bouza, *El homicidio por Piedad*, Montevideo, 1935. Dans le même cas, le Code pénal colombien (1936), substitue la prison au *presidio*, et autorise le *pardon judiciaire* (art. 364). — Le Code pénal russe de 1922, dans sa rédaction première (art. 143)

**422. Le duel.** — Dans l'ancien droit, la répression du duel était très dure. Elle était assurée par les édits de 1602, 1609, 1626 et l'ordonnance criminelle de 1670. Le duel était puni en vertu d'une incrimination spéciale, comme constituant un crime de lèse-majesté.

Devant le silence du législateur révolutionnaire et des rédacteurs du Code pénal, la question fut posée de savoir si on devait punir le duelliste comme auteur d'un meurtre. Dans le cas où le duel n'aurait pas entraîné la mort, on s'est demandé si les combattants pouvaient être poursuivis sous l'inculpation de coups et blessures.

Il s'est produit, à cet égard, des revirements de jurisprudence, déterminés par les opinions différentes des procureurs généraux près la Cour de cassation. C'est ainsi que de 1818 à 1829, sous l'impulsion du procureur général Merlin, on se prononçait pour l'impunité du duel<sup>1</sup>. Mais à partir de 1837, la Cour de cassation se décida en sens contraire, sous l'influence du procureur général Dupin (Cass. Chambres réunies, 15 décembre 1837, S., 1838, 1, 5).

Il résulte de cette dernière jurisprudence des conséquences rigoureuses : non seulement les duellistes sont punis, mais encore les témoins, en tant que complices. Selon l'issue du duel, ils sont complices de meurtre ou de coups et blessures.

Contre cette jurisprudence et pour justifier l'absence de répression :

1° On a allégué le défaut d'intention coupable ; chez les duellistes, l'intention, l'élément moral du meurtre n'est pas constitué. A cette objection, on peut répondre que l'intention coupable existe chez le duelliste, puisqu'il accomplit *sciemment* un acte contraire à la loi, qui interdit l'homicide ;

2° On a allégué l'état de légitime défense. C'est encore une erreur ; dans le duel, les agressions sont simultanées, tandis que la légitime défense suppose une riposte à un acte précédent ;

3° On a allégué le consentement de la victime. Mais le consentement de la victime est inopérant.

La pratique judiciaire actuelle est loin, cependant, d'être satisfaisante dans ses effets. En fait, quand les duellistes et leurs complices sont poursuivis devant le Tribunal correctionnel pour simples coups et blessures, ils sont condamnés. Si, au contraire, il y a eu mort de l'un des adversaires, la poursuite est intentée devant la Cour d'assises ; alors l'acquittement intervient presque toujours. Il faudrait, à l'exemple de certaines législations étrangères<sup>2</sup>, établir un droit spécial concernant le duel<sup>3</sup>.

n'incriminait pas le meurtre commis par compassion et à la demande pressante de la victime. La pratique ayant montré le danger social de cette solution, elle fut abandonnée, suivant l'idée que le consentement de la victime n'est un fait justificatif que dans la limite des droits et intérêts laissés à la libre disposition de la personne.

1. MERLIN *Rép. et Quest. de Droit*, v° *Duel*. Cass. réun., 4 déc. 1824 et 8 août 1828, S. *chron.*

2. Notamment : les Code pénaux italien (art. 394), polonais (art. 238), colombien (art. 390), suisse (art. 131).

Le défi, la provocation au duel est l'objet, dans certaines législations (notamment le Code italien), d'une incrimination spéciale.

3. Une proposition, tendant à la répression du duel, a été déposée, à la Chambre, par l'abbé LEMIRE et le général de Castelnau (*J. des Débats*, 2 août 1920). Cf. le rapport de l'abbé LEMIRE à la Société des prisons, sur *les Réformes à introduire dans la Répression du Duel* (*Revue pénitentiaire*, 1911, pp. 471 et suiv.) ; MASSON, *Le Duel et la Loi pénale*, thèse, Dijon, 1930. Le projet de Code pénal français s'abstient de toute incrimination spéciale.

**423. Les blessures occasionnées par les sports.** — La troisième application de cette idée générale que le consentement de la victime est inopérant se rencontre en matière de blessures déterminées par des exercices sportifs tels que le football ou les matches de boxe.

La question s'est posée en 1912, sur le terrain du droit civil, devant la Cour de Douai. Il s'agissait d'apprécier la validité d'un engagement conclu par le boxeur Carpentier. Pour se dégager des conséquences de cet engagement, Carpentier, ou plutôt son représentant, alléguait le caractère illicite du combat de boxe, qui renferme la violation des articles 309 et 311 du Code pénal, punissant les coups et blessures.

La Cour de Douai, le 3 décembre 1912 (S., 1914, 2, 217) s'est prononcée pour la validité de l'engagement contracté. Il résulte des motifs que le délit ordinaire de coups et blessures, puni par la loi pénale, est dicté par un sentiment de haine. Ce sentiment, dit la Cour, est étranger aux boxeurs, qui font simplement leur métier.

On peut contester cette affirmation. Dans l'excitation de la lutte naissent parfois la colère et la haine.

On ne saurait admettre l'argumentation de M. Demogue dans la *Revue critique* de 1914, page 262, en faveur du caractère licite des combats de boxe. Pour M. Demogue, le boxeur, auteur d'une violence légère, est justifié par le consentement de la victime. Le consentement de la victime est inopérant pour les délits légers aussi bien que pour les délits graves.

La seule raison qui explique l'impunité du boxeur et de tous ceux qui, au cours d'exercices sportifs, ont déterminé une blessure, c'est qu'il existe, en leur faveur, une *autorisation de la loi*.

Certains auteurs l'ont trouvée dans les articles 1965 et 1966 du Code civil qui, après avoir exclu toute action pour dette de jeu, distinguent des jeux de hasard les exercices sportifs, dont ils proclament implicitement le caractère licite. Le fait justificatif existe : il consiste, non pas dans le consentement de la victime, mais dans l'autorisation de la loi. Peut-être vaut-il mieux dire : dans la tolérance de la coutume (voir à ce sujet un article de M. Pierre GARRAUD intitulé : *Les sports et le droit pénal* dans la *Revue internationale de droit pénal* de 1924, p. 212).

Ce fait justificatif disparaît si l'auteur des coups et blessures ne s'est pas conformé aux règles du jeu. Dans ce cas, en effet, il ne peut invoquer la loi ni la coutume. Voir la question délicate que tranche à cet égard un jugement du Tribunal correctionnel de Bordeaux du 22 janvier 1931, *Semaine juridique* 1931, p. 176<sup>1</sup>.

**424. Des opérations chirurgicales.** — On résoudra dans le même sens la question qui se présente à l'occasion de la médecine ou de la chirurgie. Pourquoi un chirurgien qui, au cours d'une opération, a infligé à son client une blessure grave, qui a peut-être compromis sa vie, ne peut-il être poursuivi pénalement pour coups et blessures ou pour meurtre ? On allègue généralement le consentement du patient qui s'est soumis à l'opération. Mais si la victime a subi l'opération, avait-elle accepté le préjudice qui en est résulté pour elle ?

Pour écarter l'inculpation de meurtre ou de coups et blessures, il vaut mieux faire intervenir, ici encore, l'autorisation légale. Le texte qui justi-

1. Cf. Bordeaux, 14 avril 1931, *D. P.*, 31, 2, 45, note LOUF ; S., 32, 2, 56. Trib. corr. Bourg, 6 avril 1938, *Gaz. Pal.*, 16 sept. 1938, et chronique HUGUENY, *Revue de Science criminelle*, 1938, p. 712.

fié le chirurgien malheureux, c'est l'article 327 du Code pénal. Le chirurgien a causé un dommage dans l'exercice d'une profession que rendaient licite les diplômes dont il était titulaire.

Ce principe étant posé, il sera plus facile de préciser les conditions de l'impunité, et d'en fixer les limites.

Elle n'est pas toujours subordonnée au consentement que le malade a donné à l'intervention chirurgicale<sup>1</sup>. En règle générale, ce consentement — qu'il émane du patient lui-même ou de ses représentants légaux, — ce qui dépend de l'âge, du sexe, des circonstances — est requis<sup>2</sup>. Mais l'obligation fléchit dans les cas « urgents »<sup>3</sup>, plus généralement dans ceux où s'exerce ce qu'une théorie récente appelle « le droit de guérir ».

L'impunité cesse au cas de faute dans l'exercice de la profession. Et l'on sait que nous entendons par là une faute *grave*, impliquant soit une ignorance, soit une imprudence inexcusable, qu'un praticien de valeur moyenne ne commettrait pas. On sait que nous établissons ici une différence nécessaire entre les cas de responsabilité civile et ceux de responsabilité pénale.

Du principe, que nous avons posé, il résulte enfin que l'impunité est exclue quand le médecin s'est servi de son art dans un but qui n'est pas purement *curatif*, qui est donc étranger à la profession. Il dépasse alors les limites de l'autorisation légale. C'est ainsi qu'une condamnation sévère a pu être prononcée contre un interne de l'hôpital Lariboisière, à Lyon, pour avoir, dans un but d'expérimentation scientifique, inoculé la syphilis à un enfant soigné dans le service des teigneux<sup>4</sup>.

Le développement récent de la *chirurgie esthétique* a donné au même problème un intérêt nouveau.

Citons l'espèce qui s'est présentée devant la Cour de Paris, le 22 janvier 1913 (S., 1919, 2, 97). Une jeune personne, ayant voulu faire disparaître une particularité de son visage qu'elle considérait comme inesthétique, s'était adressée à un chirurgien. Le traitement radiothérapique appliqué par ce dernier avait causé une plaie persistante au menton. Sur sa demande, une condamnation à 5.000 francs de dommages-intérêts a été prononcée par la Cour de Paris contre le chirurgien ; le pourvoi devant la Cour de cassation fut rejeté par la Chambre civile le 29 novembre 1920 (S., 1921, 1, 119). La Cour a estimé que le chirurgien était inexcusable d'avoir recouru à un traitement dangereux dans un but futile, alors que la santé de sa cliente n'était pas compromise<sup>5</sup>. Le fait justificatif cesse alors d'exister. Et si la

1. P. GARRAUD et LABORDE-LACOSTE, *Le Rôle de la Volonté du Médecin et du Patient quant au Traitement médical et à l'Intervention chirurgicale* (Rev. gén. de Droit, 1926, pp. 129 et suiv.). DONNEDIEU DE VABRES, DUVOIR et DESOILLE, *La Responsabilité médicale* (Annales de Médecine légale, mai 1931).

2. Voir, par exemple, une décision précitée (ci-dessus, n° 383) du Tribunal supérieur allemand (E. R. G., 62, p. 137), dont se sont inspirés les auteurs du projet de Code pénal du III<sup>e</sup> Reich : « L'avortement n'est pas punissable, lorsqu'un médecin, avec le consentement de la personne enceinte, interrompt la grossesse, parce que cette mesure est nécessaire, d'après les règles de l'art médical, pour écarter un danger grave pour la santé ou la vie de la mère, qui ne peut être évité autrement. » L'effet justificatif de l'état de nécessité est subordonné, dans ce cas, au consentement de la victime. KLEE, *Das kommande deutsche Strafrecht*, p. 64.

3. En ce sens également, le projet allemand, du III<sup>e</sup> Reich. Au cas de nécessité, le médecin est justifié, « alors que les circonstances ne lui permettaient pas de demander en temps voulu le consentement de la parturiente ou du patient sans compromettre sérieusement leur vie ou leur santé ». KLEE, *Das kommande...*, p. 71.

4. Voir encore, au point de vue de la responsabilité civile, Trib. civ. Selne, 16 mai 1935 D. P., 36, 2, 9, note DESBOIS. Jugé, par contre, que la radiothérapie et la radjesthésie pouvant avoir des effets utiles, le simple fait d'y avoir eu recours ne peut engager la responsabilité civile du médecin, dont la Cour de cassation affirme aujourd'hui le caractère contractuel (Civ., 20 mai 1936, D. P., 1936, 1, 88), sur la base de l'art. 1382, ni de l'article 1384 (Req., 15 juin et 1<sup>er</sup> juillet 1937, S., 1938, 1, 5), ni donner lieu à une inculpation d'escroquerie (Cour de Gand, 17 février 1938, S., 38, 4, 13.)

5. Cf. Paris, 12 mars 1931, S., 31, 2, 129, note PERREAU.

faute a été particulièrement lourde, il pourra intervenir une inculpation d'homicide ou de coups et blessures par imprudence (Crim., 16 avril 1921, S., 1923, 1, 143).

Un autre progrès de la chirurgie a posé une question nouvelle, voisine du cas précédent. Il s'agit de la greffe des articulations. L'opération consiste à substituer à l'articulation malade d'une personne — l'articulation du genou par exemple — une autre articulation prélevée sur une personne saine, avec le consentement de celle-ci<sup>1</sup>. Ce consentement a pu être déterminé par le dévouement ou par la promesse d'une rémunération. Peu importe. Dans les deux cas, la question est la même. Ce consentement suffit-il à justifier un acte qui constitue, dans ses éléments objectifs, un délit de coups de blessures ?

Nous inspirant du principe que nous avons formulé, nous résoudrons cette question par la négative.

Si la transfusion du sang est une opération licite, parce qu'elle n'inflige au « donneur de sang » qu'un préjudice momentané et toujours réparable, il en va autrement de la greffe des articulations. Il en va autrement d'une opération analogue, la greffe d'une glande sexuelle, suivant la méthode de Voronoff, dont cependant la Cour de Naples, dans un arrêt du 30 avril 1932<sup>2</sup> a reconnu le caractère licite. Dans ces deux derniers cas, le consentement de la victime ne justifie pas le délit de coups et blessures. Et l'état de nécessité ne peut intervenir davantage comme fait justificatif, parce qu'il n'y a pas d'équivalence entre le dommage définitif et certain causé à la victime consentante et l'avantage aléatoire que le « greffé » retirera de l'opération.

Le Code pénal allemand (§ 226<sup>a</sup> ajouté par la loi du 26 mars 1933) dispose que le consentement de la victime ne justifie pas l'atteinte à l'intégrité corporelle, quand l'acte offense « les bonnes mœurs ». La stérilisation est prévue pour des malades par la loi du 14 juillet 1933, la castration est imposée au § 42 k du Code pénal, pour les auteurs de certains attentats aux mœurs, suivant des indications eugéniques, mais sans égard au consentement ou à l'opposition du patient. — En France, la stérilisation est punissable, sans égard au consentement du patient, vis-à-vis de l'auteur principal et des complices, en vertu de l'article 309 du Code pénal<sup>3</sup>.

**425. Des cas exceptionnels où le consentement de la victime fait disparaître l'infraction.** — Nous avons dit qu'il existe, d'autre part, des infractions dont le défaut de consentement, chez la victime, est un élément essentiel. Le délit consiste dans une atteinte portée à sa volonté. Si cette volonté est consentante, *le délit n'existe plus* et l'agent est justifié.

Ceci se vérifie à l'égard des délits contre la propriété, contre la liberté, et contre les mœurs.

Si le plaignant a consenti à remettre lui-même l'objet prétendu du vol, il n'y a pas vol<sup>4</sup>.

Il en est de même des délits contre la liberté : il ne saurait y avoir de séquestration arbitraire (art. 314 à 344 du C. pénal), quand la prétendue victime a consenti à son incarcération.

Même solution à l'égard de certains délits contre les mœurs : rapt, viol,

1. D. VEZIN, *Etude médico-légale des Homogreffes*, thèse, Paris, 1928.

2. *Giustizia penale*, 2<sup>e</sup> partie, 1932, p. 1679. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation de Rome le 31 janvier 1934 (*Revue belge de droit pénal et de criminologie*, 1934, p. 1116.)

3. Crim., 1<sup>er</sup> juillet 1937, S., 38, 1, 193, note R. TORTAT, *D. H.*, 37, 537. Cf. J. HÉMARD, Le consentement de la victime dans le délit de coups et blessures, *Revue, critique de législation et de jurisprudence*, 1939, p. 293. L'auteur souligne l'influence croissante qu'aurait, pour l'exclusion de la peine, le consentement de la victime lorsqu'il est conforme à l'utilité sociale, dont la notion varie, d'ailleurs, suivant les pays.

4. Crim., 7 janv. 1864, S., 64, 1, 242 et le rapport de FAUSTIN-HÉLIE ; 2 déc. 1871, S., 72, 1, 148 ; 18 mai 1876, S., 76, 1, 327.

attentat à la pudeur. Le rapt, en particulier, n'est pas punissable, si la fille séduite a consenti à suivre son séducteur.

**426. Du caractère que doit revêtir alors, le consentement de la victime.** — Mais, pour intervenir comme fait justificatif, le consentement de la victime doit satisfaire à certaines conditions :

1° Il faut qu'il soit antérieur, ou tout au moins concomitant, au délit. S'il est intervenu postérieurement à l'infraction, il ne compte pas<sup>1</sup>. On sait que la réparation du préjudice postérieure au délit ne fait pas disparaître l'infraction. Notre solution procède de la même idée. Les éléments de la responsabilité pénale doivent être considérés lors de la commission du délit ;

2° Il faut que le consentement soit *sincère et libre*, qu'il ne soit pas vicié par le dol ou par la fraude. Le consentement ne peut entrer en ligne de compte, si la personne a été trompée par des manœuvres malhonnêtes. Ainsi, la remise volontaire d'une somme d'argent, déterminée par des manœuvres frauduleuses, est un élément de l'escroquerie ;

3° Enfin, pour que le consentement puisse entrer en ligne de compte il faut qu'il émane d'une personne raisonnable. Le législateur a créé, à ce sujet, des présomptions qui ont une valeur absolue.

C'est ainsi que le consentement du mineur de 15 ans est inopérant pour les attentats à la pudeur commis sans violence (art. 331 du Code pénal)<sup>2</sup> ; celui des mineurs de 16 ans pour l'acte occasionnel d'excitation de mineur à la débauche (art. 334 bis du Code pénal introduit par la loi du 13 avril 1946, *infra*, n° 876) ; celui des mineurs de 18 ans pour le rapt (art. 356 du Code pénal)<sup>3</sup>, celui des mineurs de 21 ans pour le délit d'excitation habituelle de mineurs à la débauche (art. 334 bis précité).

### SECTION III

#### THEORIE DE LA COMPLICITÉ

**427. Notion générale.** — La théorie de la complicité suppose qu'une infraction a été commise, en participation, par plusieurs agents.

**428. Du caractère dangereux de la participation criminelle.** — Le législateur fait quelquefois de la participation une circonstance aggravante. C'est ainsi que le vol simple (art. 381 du C. pénal) est réprimé plus sévèrement quand il est commis en collaboration par plusieurs personnes.

Le législateur s'est inspiré de l'idée que les infractions commises dans

1. Voir, pour la novation après abus de confiance : Crim., 17 mai 1901, *Journ. des Parquets*, 1905, 2, 9 ; 27 oct. 1916, *S.*, 1919, 1, 105, note Roux.

2. Ce chiffre date de l'ordonnance du 2 juillet 1945 qui a porté de treize à quinze ans l'âge maximum de protection contre les attentats à la pudeur commis sans violence.

3. Ce chiffre date de l'ordonnance du 28 juin 1945 qui a élevé de seize à dix huit ans l'âge maximum de protection des mineurs contre l'enlèvement sans fraude ni violence. Cette protection s'étend désormais aux mineurs des deux sexes. (art. 356 et 357 nouveaux du Code pénal.)

ces conditions sont particulièrement dangereuses. Les méfaits les plus redoutables pour l'ordre social sont souvent l'œuvre d'associations de malfaiteurs.

**429. Les crimes des foules.** — Il y a cependant une hypothèse à laquelle ces observations ne s'appliquent pas; c'est le cas des crimes commis par la foule. Alors, le caractère collectif de l'infraction ne procède pas d'un accord préexistant; il est spontané. Dans ses ouvrages, *Les lois de l'imitation*, *Philosophie pénale*, Gabriel Tarde a montré comment, par le fait des contacts que crée la foule, certains instincts qui sommeillent au cœur de l'homme sont soudainement réveillés, renforcés. Il en résulte que peuvent être perpétrés ainsi des actes de violence que chacun des coupables, pris individuellement, aurait été incapable d'accomplir.

Sur le terrain de la psychologie, les crimes des foules ont fait l'objet d'intéressantes observations<sup>1</sup>. Mais la question de droit pénal, celle relative à la détermination des responsabilités individuelles, a été insuffisamment étudiée jusqu'ici. Il y aurait lieu de distinguer les *meneurs*, qui ont joué dans l'insurrection un rôle actif, et qui doivent supporter à ce titre une aggravation de peine, et les *menés*, qui, ayant subi une influence, ont droit à quelque indulgence. Le caractère et les antécédents personnels de chacun des participants entreraient légitimement en ligne de compte. A l'égard de tous, il y a lieu de considérer si le crime collectif est l'effet d'une impulsion irréfléchie ou s'il manifeste la résolution et la préméditation d'un groupe qu'a entraîné une passion politique ou religieuse (crimes de sectes)<sup>2</sup>.

A défaut de réglementation légale, c'est par le jeu des circonstances atténuantes que nos tribunaux font les différences nécessaires. L'acquiescement est fréquent. L'individualisation de la peine se heurte inévitablement à de grandes difficultés de preuve.

Le Code pénal italien de 1930 érige en circonstance atténuante le fait d'avoir commis l'infraction par suggestion de la foule en tumulte (art. 62, 3<sup>o</sup>). Il en est autrement, si la réunion ou le rassemblement était interdit par la loi ou l'autorité, ou si le coupable est un délinquant ou un contrevenant d'habitude, de profession, ou par tendance.

**430. Les associations de malfaiteurs.** — A l'opposé des crimes des foules, la formation de groupements, en vue de commettre des infractions contre l'Etat, contre les personnes ou les propriétés, est un phénomène particulièrement dangereux. Il a retenu, depuis longtemps, l'attention du législateur.

Le Code pénal punit, dans ses articles 96 à 101, l'organisation de bandes *séditieuses et armées*, en vue d'exécuter l'un des crimes prévus par ces articles; elle offre un caractère politique. Mais le Code réprime également (art. 265 à 268) l'association de malfaiteurs formée en vue d'attentats contre les personnes ou les propriétés, et qui est un crime de droit commun.

On remarquera que, dans les deux hypothèses précédentes, l'organisation

1. Voir, notamment : SIGHELE, *La Foule criminelle*, 2<sup>e</sup> éd. franc., Paris Alcan, 1901; TARDE, *Rapport au Congrès d'Anthropologie criminelle de Bruxelles*, 1892, pp. 73 et suiv. Gustave LE BON, *Psychologie des Foules*, Paris, Alcan, 1893; ABBO, *Les Crimes des Foules*, Menton, 1910.

2. PELLA, *L'Esprit de Corps et le Problème de la Responsabilité pénale*, Paris, Sagot, 1920.

de l'association ou de la bande est punie en elle-même, antérieurement à toute exécution des crimes projetés. Le législateur est allé plus loin dans le sens de la prévention. Le *complot*, qui est une simple *entente*, antérieure à toute organisation en vue de crimes politiques, est puni par les articles 87 à 89. La *coalition de fonctionnaires* en vue de mesures contraires à la loi est incriminée (art. 123 C. pénal), à raison du simple concert pratiqué.

La législation postérieure a étendu cette méthode préventive aux infractions de droit commun. Pour réagir efficacement contre les attentats anarchistes, l'article 265 nouveau, modifié par la loi du 18 décembre 1893, punit, non plus seulement l'association, mais la simple *entente* de malfaiteurs en vue de commettre des crimes contre les personnes ou les propriétés ci-dessus n° 223 (p. 131). Et le simple fait de s'affilier à une association ou de participer à une entente de cette nature constitue, sous le nom de *crime contre la paix publique*, une infraction distincte<sup>1</sup>.

Ces formes complexes de la participation criminelle étant désormais laissées de côté, il convient d'envisager le cas le plus simple : celui de plusieurs individus qui se sont concertés pour commettre une infraction à la loi pénale.

**431. Distinction des auteurs principaux et des complices.** — Le système de la loi française repose sur la distinction de deux catégories de participants : tout d'abord, ceux qui ont joué dans l'entreprise délictueuse un rôle essentiel : ce sont les *auteurs principaux* ; d'autre part, ceux qui n'ont joué dans la commission de ce délit qu'un rôle secondaire et accessoire : ce sont les *complices*. Le caractère coupable des actes accomplis par ces derniers ne résulte pas de leur nature intrinsèque. Il procède de la relation qui existe entre eux et l'activité du principal coupable.

A cette différence dans l'importance du rôle joué par les divers participants correspond, dans certaines législations étrangères, une atténuation de peine, dont bénéficie le complice. Cette réduction de la peine était préconisée par la doctrine néo-classique.

Le législateur français a fait quelques concessions à cette idée. Mais le principe général dont notre jurisprudence s'inspire est différent. C'est celui de *l'emprunt, par le complice, de la criminalité de l'auteur principal*. La jurisprudence se fonde sur le texte de l'article 59 du Code pénal ainsi conçu : *Les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou de ce délit, sauf le cas où la loi en aurait disposé autrement.*

**432. Division.** — L'article 59 du Code pénal formule le principe de l'identité de la peine infligée à l'auteur principal et à son complice. Les articles 60 et suivants déterminent les conditions de la complicité punissable. On suivra l'ordre inverse, en s'occupant : 1° des conditions de la complicité punissable ; 2° de la détermination de la peine.

1. Cette législation rigoureuse fut renforcée par le législateur de Vichy. La loi du 20 mars 1944 réprimant les activités clandestines frappait de peines variant des travaux forcés à l'emprisonnement et à l'amende la simple affiliation ou adhésion à un groupement de fait de nature clandestine tendant à troubler l'ordre public ou à provoquer la rébellion contre l'autorité de l'Etat. Le recel des membres du groupement était frappé des mêmes peines. Les juridictions compétentes étaient le tribunal spécial et les sections spéciales. (*infra*, n° 1170). La loi du 20 mars 1944 est annulée par ordonnance du 8 décembre 1944.

## § 1. — Conditions de la complicité punissable

**433. De la nécessité d'un fait principal punissable.** — Pour qu'il y ait complicité punissable, il faut que certaines conditions se trouvent remplies.

Il faut, tout d'abord, qu'il y ait un *fait principal* tombant sous le coup de la loi pénale.

C'est par application de cette idée que, le suicide n'étant pas un délit, le complice du suicide n'est pas puni<sup>1</sup>.

De même, quand un vol a été commis entre ascendants et descendants ou dans les rapports entre époux, il résulte des dispositions spéciales de l'article 380 que le voleur échappe à l'application de toute peine. Il intervient, en sa faveur, une excuse absolutoire. Le bénéfice de cette impunité est étendu au complice<sup>2</sup>.

Il est vrai que ce même article 380 consacre une solution différente à l'égard du receleur et de celui qui a retiré un bénéfice des objets volés. Mais les receleurs constituent une catégorie spéciale de participants, qui sont aujourd'hui l'objet d'un régime distinct. (Crim., 6 février 1920, *D. P.*, 1921, 1, 67).

De la même règle il résulte encore que si le fait principal a cessé d'être punissable, soit qu'une amnistie soit intervenue<sup>3</sup>, soit que l'action publique soit éteinte par la prescription<sup>4</sup>, le bénéfice de l'impunité est également assuré au complice.

En revanche, il suffit, pour que le complice puisse être puni, qu'il y ait un fait principal punissable ; il n'est pas nécessaire que l'agent principal, que l'auteur principal de l'acte, soit condamné. Il peut arriver, par exemple, que l'auteur principal d'un vol bénéficie d'un acquittement en sa qualité d'irresponsable, étant atteint d'aliénation mentale : cela n'empêchera pas qu'une peine soit infligée à son complice sain d'esprit<sup>5</sup>. Même observation si l'auteur principal est inconnu<sup>6</sup>, s'il est décédé<sup>7</sup>, s'il a échappé aux recherches de la justice<sup>8</sup>, ou encore s'il a agi sans intention coupable<sup>9</sup>.

Il suffit, enfin, que les éléments constitutifs de l'infraction qui ont un caractère personnel se trouvent constitués en la personne de l'auteur principal. Le complice est punissable, même s'il lui manque une qualité nécessaire à l'existence du délit. On peut, sans être commerçant soi-même, se rendre complice du crime de banqueroute frauduleuse imputé à un commerçant<sup>10</sup>. C'est une conséquence du principe que « le complice emprunte la criminalité de l'auteur principal ».

1. Crim., 27 avril 1815. MERLIN, *Questions de Droit*, V° *Suicide*, § 1.

2. Crim., 6 fév. 1920, *D. P.*, 1921, 1, 67, *Gaz. Pal.*, 1920, 2, 294 ; 8 janv. 1921, *Gaz. Pal.*, 1921, 1, 371.

3. Crim., 22 oct. 1920, *S.*, 22, 1, 138.

4. Crim., 26 juin 1873, *S.*, 73, 1, 345.

5. Crim., 26 déc. 1812, *S.*, *chr.* ; 22 janv. 1835, *S.*, 35, 1, 920 ; 27 nov. 1845, *D. P.*, 46, 1, 94.

6. Crim., 10 déc. 1836, *S.*, 37, 1, 830 ; 25 fév. 1843, *B.*, 46.

7. Crim., 4 juin 1835, *B.*, 22 ; Rennes, 17 mars 1909, *S.*, 09, 1, 167.

8. Crim., 18 nov. 1880, *S.*, 82, 1, 488 ; Dijon, 18 oct. 1912, *S.*, 1913, 2, 285.

9. Crim., 3 juillet 1886, *D. P.*, 86, 1, 473. Voir cependant, sur ce dernier point, les hésitations de la jurisprudence. GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 59 et 60, n° 127 et suiv.

10. Crim., 13 mars 1936, *D. H.*, 36, p. 254. Cf. Crim., 2 oct. 1856, *S.*, 57, 1, 79.

**434. Des caractères du fait principal.** — Il faut, en second lieu, que le fait principal soit un *crime* ou un *délit*. Le législateur a dit en effet : « Les complices d'un crime ou d'un délit seront punis .... ».

Il n'est pas nécessaire que le fait principal ait été accompli ; le complice d'une simple tentative est puni<sup>1</sup>. C'est la conséquence de l'idée que la tentative, constituée par un commencement d'exécution, est punie comme le délit lui-même. *La complicité de tentative est punie.*

Mais, pour que le complice soit châtié, il faut qu'il y ait eu, de la part de l'agent principal, au moins un commencement d'exécution. Supposons que le complice ait fait tout ce qui dépendait de lui pour que l'infraction ait lieu ; il a donné des instructions à l'agent pour la commettre, il lui a fourni des instruments ; mais l'auteur principal n'a rien fait, soit qu'il n'ait pas voulu, soit qu'il ait été empêché par une circonstance indépendante de sa volonté. A défaut d'acte principal, le complice échappe à la peine<sup>2</sup>. *La tentative de complicité n'est pas punie.*

Il n'est pas nécessaire, pour que le complice soit frappé, que le délit de l'auteur principal ait été *intentionnel*. La complicité peut se concevoir dans les délits d'imprudence. On l'a nié quelquefois, en faisant observer que la complicité suppose une certaine entente, un accord préalable. Comment concevoir cet accord à l'égard des délits non intentionnels, des délits d'imprudence ? — Cette objection ne doit pas être acceptée ; le délit d'imprudence suppose une *faute*. On peut commettre une faute en commun : on peut être plusieurs à supporter, à partager la responsabilité d'une faute. Ce qui est vrai, c'est que, en cas de faute commune, il sera généralement difficile de déterminer la part de responsabilité de chacun des coupables. Ils seront considérés comme co-auteurs, plutôt que comme auteur principal et complice.

La complicité n'est pas punie en matière de *contraventions* ; les contraventions sont des actes trop peu importants<sup>3</sup>.

A ce principe, il existe cependant quelques exceptions ; citons l'article 479 paragraphe 8 du Code pénal, qui punit la complicité en matière de tapage injurieux et nocturne.

Les délits *purement matériels* ont fait naître une difficulté spéciale. Sous l'influence de la théorie des « délits-contraventions », la jurisprudence a admis, pendant quelque temps, qu'ils devaient, quant au régime de la complicité, être assimilés aux contraventions proprement dites. Cette théorie étant aujourd'hui abandonnée, il est constant que la complicité, à l'égard de ces infractions, est punissable<sup>4</sup>. A la base de tout délit, même purement matériel, il existe, en effet, une faute ou une présomption de faute.

**435. De l'accord des volontés.** — Il faut, en troisième lieu, qu'il y ait eu *accord de volontés* entre l'auteur principal et le complice en ce qui touche la nature du fait délictueux à commettre. Supposons qu'un individu prête un fusil à l'un de ses amis pour commettre un délit de chasse.

1. Douai, 16 nov. 1885, *Journ. des Parquets*, 1886, 2, 12.

2. GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 59 et 60, n° 90.

3. Crim., 22 juill. 1897, *D. P.*, 99, 1, 92.

4. Crim., 4 fév. 1898, *D. P.*, 98, 1, 369 et le rapport de M. le conseiller ROULIER ; 13 fév. 1913, *S.*, 1913, 1, 536 ; 27 oct. 1922, *S.*, 23, 1, 141 ; 14 nov. 1924, *S.*, 25, 1, 332.

L'ami s'en sert pour commettre un meurtre. Celui qui a fourni le fusil ne pourra être poursuivi comme complice de meurtre<sup>1</sup>.

L'accord des volontés, quant à l'objet de la participation, est essentiel : il doit être constaté par les juges du fait<sup>2</sup>.

Il doit être antérieur ou concomitant à la commission du délit<sup>3</sup>. Il n'implique pas l'identité de mobile<sup>4</sup>; mais il implique l'identité d'infraction.

Supposons qu'il y ait accord entre les participants sur la nature de l'infraction qu'ils ont en vue; mais l'infraction s'est trouvée aggravée, dans son exécution, par des circonstances que le complice n'avait pas prévues. Il s'agissait, par exemple, de commettre un vol simple. L'auteur, ayant rencontré un obstacle, a commis un vol avec effraction, crime puni des travaux forcés à temps. Le complice aura-t-il à supporter les conséquences de cette circonstance aggravante qu'il n'avait pas prévue? Cette question sera examinée plus loin.

**436. De l'acte constitutif de la complicité punissable.** — Il faut, en quatrième lieu, que l'acte de complicité soit un *acte positif* : une action.

On ne se rend pas complice par une simple abstention<sup>5</sup>.

Une exception résulte toutefois de l'article 616 du Code d'instruction criminelle. Ce texte oblige certains fonctionnaires, s'ils sont informés d'une détention arbitraire, à faire mettre en liberté la personne détenue; s'ils ne s'acquittent pas de ce devoir, ils seront poursuivis comme complices de la séquestration arbitraire. Dans ce cas, la complicité résulte d'une abstention.

Une autre exception, d'origine récente, résultait de la loi du 25 octobre 1941 modifiant les articles 228 et 248 du Code pénal, et portant obligation de dénoncer les crimes ou projets de crimes attentatoires aux personnes et de secourir les personnes en danger. Une disposition de cette loi frappait, comme délit distinct, la non-dénonciation d'un projet permettant de craindre la perpétration de l'une des infractions énumérées. Elle réprimait au même titre l'abstention de celui qui, ayant été témoin d'une de ces infractions, n'en avait pas informé les autorités (art. 2); (cf. ci-dessus, n° 115). Le législateur ajoutait que « dans les cas graves », l'inculpé pourrait être retenu et puni comme complice.

À l'anomalie résultant de ce qu'une abstention était alors incriminée comme un cas de complicité s'en ajoutaient deux autres. C'est, d'abord, le pouvoir quasi-discretionnaire, donné au juge, de choisir entre deux qualifications dont les conséquences pénales peuvent être très différentes. C'était ensuite le fait que, dans le premier cas (non révélation d'un simple projet) la complicité était punie sans qu'il y eût de fait principal punissable.

1. Cf. Orléans 28 janv. 1896, *D.P.*, 97, 2, 5; *S.*, 97, 2, 180.

2. *Crim.*, 21 nov. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930, 1, 841.

3. Tombe sous la censure de la Cour de cassation (*Crim.* 5 nov. 1943, *D. A.*, 1944, J., 29, *S.*, 1944, 1, 44) le jugement qui, pour déclarer un prévenu complice du délit d'abatage clandestin, constate qu'il a loué à ses co-inculpés un local dans lequel ils ont commis le délit, et que, s'il a pu ignorer d'abord l'usage que ses preneurs faisaient de ce local il n'a pas tardé à s'en apercevoir, et les a laissés néanmoins en possession. En effet, c'est au moment du délit, c'est-à-dire de la location, que l'élément moral de la complicité, savoir la connaissance du fait délictueux, doit exister. Le fait d'avoir, dans la suite, connu l'abus de jouissance et de ne pas s'y être opposé est sans effet du point de vue pénal. Cf. à l'égard du recel, délit *continu*, *infra*, n° 459.

4. Sur le cas particulier de l'agent provocateurs, *supra*, n° 123.

5. *Crim.*, 22 juillet 1897, *D. P.*, 99, 1, 92; 23 nov. 1905, *B. cr.*, n° 514; 26 oct. 1912, *S.*, 1914, 1, 225, note Roux; 14 nov. 1924, *S.*, 1925, 1, 332. Note G. LE PORTEVIN, *D. P.*, 1902, 2, 81; Poitiers, 2 nov. 1935, *Gaz. Pal.* 22 janv. 1936.

L'ordonnance du 25 juin 1945 annulant et remplaçant la loi du 25 octobre 1941 a fait disparaître ces anomalies (n° 116).

**437. Détermination légale des cas de complicité.** — Enfin, il faut que l'acte de complicité soit un de ceux prévus limitativement par la loi dans les articles 60 et suivants. Voici les cas de complicité qui sont prévus par la loi.

**438. a) Provocation.** — C'est d'abord (art. 60) le cas de la *provocation*. Pour être un cas de complicité, la provocation doit être accompagnée des procédés prévus par la loi, dons, promesses, menaces, etc... La provocation par menace n'a aucun caractère pratique. La provocation peut résulter d'un abus d'autorité ou de pouvoir. Il faut entendre par *autorité* l'influence d'un père sur ses enfants, par *pouvoir*, l'influence d'un supérieur hiérarchique sur ses subordonnés.

La provocation, quand elle est *qualifiée*, c'est-à-dire quand elle se manifeste par un des procédés énumérés par la loi et qui lui donnent un caractère plus grave<sup>1</sup>, est considérée comme un cas de complicité. Il semblerait plus logique de décider que l'instigateur, ayant pris l'initiative, est l'agent principal, tandis que l'auteur des actes matériels ne serait regardé que comme un complice.

En réalité, il n'y a pas lieu de renverser les rôles établis par la loi. Il est certain que l'agent matériel, celui qui a accompli tous les actes d'exécution, même sous l'influence d'une suggestion, doit être considéré comme un auteur principal. Mais on conçoit le système consacré par certaines législations étrangères (ci-dessous, n° 452, p. 263, note 2), qui, au lieu de ranger les provocateurs dans la catégorie des complices, en font une catégorie spéciale, soumise à un traitement distinct. On peut concevoir, également, que le provocateur soit considéré et traité comme l'auteur moral de l'infraction. Cette notion n'est pas tout à fait étrangère au droit positif français.

On la trouve notamment dans les articles 145 et suivants du Code pénal lui, d'après leur interprétation jurisprudentielle, font considérer comme

1. Crim., 3 sept. 1812, *S. chron.* ; Lyon, 4 janv. 1860, *S.* 60, 2, 104. La lutte contre l'avortement, dont le danger est particulièrement redoutable dans un pays à natalité résistante, exige une action prévoyante et prompte (voir l'art. 317 du Code pénal et les innovations résultant du Code de la famille : décret-loi du 20 juillet 1939, art. 82). Cette nécessité s'est traduite, en jurisprudence, par une notion extensive du commencement d'exécution (*Supra* n° 224). Elle s'est traduite aussi par la volonté d'atteindre largement les provocateurs, plus coupables, en général, que l'avortée elle-même. S'il est jugé que le simple conseil donné par un amant à sa maîtresse de se procurer l'avortement au moyen d'injections ne le constitue pas complice (Crim. 24 décembre 1942, *S.*, 1944, 1, 7 n° sous-note) *Gaz. Pal.*, 15-16 mars 1943) — le même arrêt rappelle que la provocation punissable est, au contraire, constituée, quand le conseil a été proféré dans un lieu public (loi du 31 juillet 1920 (art. 1, voir ci-dessus) ou quand, émanant d'un médecin, il rentre parmi les indications visées à l'art. 317 al. 4 du Code pénal. Est assimilé, il rentre parmi les indications visées à l'art. 317 al. 4 du Code pénal. Est assimilé complice par provocation l'homme qui, pour déterminer sa maîtresse à se faire avorter, lui remet une somme d'argent bien supérieure à celle qui lui était nécessaire à cet effet, et la menace à plusieurs reprises de l'abandonner définitivement au cas où elle laisserait sa grossesse suivre son cours normal, et cela sans se préoccuper des risques qu'elle allait courir. (Crim. 25 fév. 1942, *D. A.*, 1942, *J.*, 91. ; Chronique HUGUENY, *Études de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1944, p. 276).

auteur principal du *faux intellectuel* celui qui a provoqué la rédaction, par un officier public de bonne foi, d'un écrit mensonger ; ou encore les articles 349, 352 et 354 du Code pénal, punissant ceux qui ont exposé ou *fait exposer*, délaissé ou *fait délaissé*, enlevé ou *fait enlever* des enfants... On verra plus loin que certains auteurs expliquent par la notion d'auteur moral la *responsabilité pénale du fait d'autrui*.

Un autre inconvénient du système français, qui fait en général de la provocation un simple cas de complicité, est le suivant. Si la provocation est demeurée sans résultat, le provocateur échappe à la répression, à défaut d'acte principal punissable.

A titre de correctif, le législateur est intervenu dans certaines hypothèses pour réprimer la provocation *comme un délit spécial*. Elle est punie alors, même si elle n'a pas abouti.

La loi du 29 juillet 1881 sur la presse (art. 23, 24 et 45, modifiés par la loi du 10 janvier 1936 et l'ordonnance du 6 mai 1944) punit comme un mode de complicité, et, à défaut de résultat, comme un délit spécial (1 à 5 ans d'emprisonnement), la provocation publique à commettre certains crimes ou délits, *même en l'absence des procédés énumérés par l'article 60*. Il suffit que la provocation se soit manifestée par des discours, cris ou menaces proférés dans la rue ou dans des réunions publiques ou par des écrits<sup>1</sup>. La loi du 28 juillet 1894 sur les menées anarchistes vise la provocation à commettre certains crimes, notamment les atteintes à la vie au moyen d'explosifs (art. 435 du C. pénal). La loi du 9 décembre 1905, sur la séparation des Eglises et de l'Etat; article 35, frappe de 3 mois à 2 ans, d'emprisonnement les ministres du culte qui auraient provoqué, par des discours ou des écrits, certains délits. La loi du 3 juillet 1920 réprime la provocation à l'avortement, notamment quand elle résulte de discours proférés dans des lieux ou réunions publics. La provocation à l'insoumission est prévue par la loi du 31 mars 1928 sur le recrutement de l'armée (art. 91 modifié par la loi du 8 juillet 1934); la provocation à commettre ou l'offre de commettre un des crimes visés aux articles 75 à 77 du Code pénal (trahison et espionnage) est punie comme le crime même (art. 77 modifié par le décret-loi du 29 juillet 1939, al. 2)<sup>2</sup>.

Plusieurs textes incriminent, comme une sorte de provocation indirecte, l'*apologie* de faits délictueux : ainsi la loi du 29 juillet 1881 sur la presse (art. 24), modifiée par celle du 12 décembre 1893; la loi du 28 juillet 1894 (art. 2) contre les menées anarchistes; la loi du 31 juillet 1920, contre la propagande anticonceptionnelle.

Un autre mode de provocation indirecte que la loi vient d'ériger en délit spécial est le fait de celui qui, consciemment, accepte en paiement un chèque faux, ou émis sans provision, afin de trouver, dans cette irrégularité même, un moyen de pression sur le débiteur. Jusqu'alors, l'auteur de cette manœuvre ne pouvait être poursuivi que comme complice du signataire du chèque : encore fallait-il que la provocation fût établie et accompagnée d'un des procédés prévus par la loi : dons, promesses ou menaces<sup>3</sup>. Le décret-loi du 24 mai 1938 ayant incriminé cet agissement comme un délit distinct,

1. Crim., 29 octobre 1936, S., 38, 1, 357 (affaire Maurras). Jugé que la provocation au crime de meurtre est punissable en vertu de la loi du 29 juillet 1881, art. 24, alors même qu'elle est subordonnée à une *condition*.

2. A l'étranger, on doit citer le fameux « paragraphe Duchesne », ajouté au § 49 du Code pénal allemand, à l'imitation d'une loi belge du 7 juillet 1875. Cette innovation fut déterminée par le cas d'un Belge, nommé Duchesne, qui s'était offert à assassiner Bismarck. La loi punit, comme un délit spécial, la provocation, non suivie d'effet, à commettre un crime, le fait de s'offrir à commettre un crime ou à y participer, le fait d'accueillir cette offre ou cette provocation. Quand l'offre ou la provocation est orale, elle doit être accompagnée de dons ou promesses.

3. Paris, 14 janvier 1925, S., 26, 2, 9; Aix, 8 juin 1937, *Semaine juridique*, 1937, 295.

l'instigation n'est plus requise : il suffit que le bénéficiaire ait eu connaissance du vice. La peine encourue par ce dernier est d'ailleurs la même dont la loi frappe le tireur. C'est, au cas d'émission et de réception sans provision, la peine de l'escroquerie (art. 405, § 1 du Code pénal), c'est-à-dire l'emprisonnement jusqu'à 5 ans et l'amende : l'amende ne pouvant être inférieure au montant du chèque et de l'insuffisance ; — au cas de chèque contrefait ou falsifié, la peine de l'escroquerie qualifiée (art. 405, § 2), c'est-à-dire l'emprisonnement dont le maximum est porté à 10 ans, et l'amende dont le montant ne peut être inférieur à celui du chèque. Le montant du chèque incriminé doit être relaté dans le jugement ou l'arrêt<sup>1</sup>.

**439. b) Instructions.** — Le second mode de complicité punissable consiste en des *instructions données*. Le législateur suppose que le complice a agi en connaissance de cause.

**440. c) Fourniture de moyens.** — C'est, en troisième lieu, la complicité par *fourniture de moyens*. L'article 60, paragraphe 2, s'exprime en ces termes : *Seront punis comme complices ceux qui auront procuré des armes, des instruments ou tout autre moyen qui aura servi à l'action, sachant qu'ils devaient y servir.*

Ainsi, l'armurier qui a vendu des armes, sachant que l'acheteur devait les utiliser pour un meurtre, sera puni, alors même qu'il n'avait aucun intérêt à la commission du crime.

À cet égard, il faut signaler une différence entre la formule du Code pénal de 1810 et celle du Code pénal de 1791. Le Code pénal de 1791 contenait une disposition analogue, mais il exigeait que la fourniture des moyens eût lieu « dans le dessein du crime ». C'est volontairement que le législateur de 1810 s'est abstenu de reproduire cette formule.

La loi du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et la propagande anticonceptionnelle punit (art. 2) le fait de vendre ou distribuer des remèdes sachant qu'ils étaient destinés à commettre le crime d'avortement. La fourniture de moyens est alors réprimée comme un délit spécial, mais elle exige le même élément psychologique que la fourniture de moyens acte de complicité<sup>2</sup>.

On remarquera que les formes précédentes de participation, antérieures à la commission du délit, n'impliquent pas de façon nécessaire des relations immédiates entre l'auteur principal et le complice. Celui qui a donné les renseignements ou fourni à l'agent l'instrument du crime (arme, poison, etc.) a pu se les procurer chez un tiers. Si le tiers a agi en connaissance de cause, il est complice. Le complice du complice est punissable. La forme imperson-

1. H. VERDUN, La répression des infractions en matière de chèques depuis le décret-loi du 30 octobre 1936. *Semaine juridique*, 1941, étude 213.

2. Crim., 8 mai 1931, S., 32, 1, 274, et, sur renvoi, Agen, 30 juillet 1931, S., 32, 2, 155. — La preuve de cet élément psychologique s'étant avérée difficile, le décret-loi du 29 juillet 1939, art. 91, interdit à toutes personnes, sous la menace de sanctions pénales, l'offre, la vente, la distribution... de tous remèdes ou substances susceptibles de provoquer ou de favoriser l'avortement. Les peines prévues sont l'emprisonnement, l'amende, auxquels s'ajoute la confiscation obligatoire, et, à titre facultatif, la suspension temporaire ou l'interdiction absolue d'exercer la profession. La volonté de réagir contre le fléau de l'avortement a déterminé, par ailleurs, une interprétation assez large des autres modes de complicité. Jugé que sont complices par fourniture de moyens le tiers qui, au courant d'un avortement projeté, indique l'adresse d'une sage-femme et donne l'autorisation de se présenter chez elle de sa part (Crim. 22 juillet 1943, S., 1943, 1, 115) ; l'entremetteuse qui a conduit une femme enceinte chez une personne de l'art, pour la faire avorter (Crim. 26 nov. 1943. *Gaz. Pal.*, 12-15 février 1944).

nelle du texte permet cette interprétation, bien qu'elle ait été contestée par certains auteurs<sup>1</sup>.

**441. d). Aide ou assistance.** — Le quatrième mode de complicité est la complicité *par aide ou assistance*.

L'article 60, paragraphe 3, dispose : *Seront punis comme complices ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action dans les faits qui l'auront préparée ou facilitée ou dans ceux qui l'auront consommée.*

Tandis que les modes de complicité envisagés jusqu'ici étaient tous antérieurs à la commission du délit, on est en présence d'actes qui peuvent avoir précédé l'acte principal ou l'avoir accompagné<sup>2</sup>.

Quand la complicité est concomitante au délit, une question délicate se pose : comment distinguer, parmi les individus qui ont coopéré simultanément à l'acte, l'auteur principal et les complices ?

On a proposé parfois de considérer comme auteur principal celui qui a un intérêt immédiat et direct à l'action, et comme complice celui qui a un intérêt indirect.

Ce critérium doit être écarté. Il ne correspond pas à la pensée du législateur ; ce qui le prouve, c'est que le provocateur est qualifié par la loi de complice. La vraie solution consiste à traiter comme auteur celui qui a commis l'acte rentrant dans la définition légale du délit ou, tout au moins, des actes nécessaires à son exécution<sup>3</sup>. Seront, par exemple, regardés comme coauteurs d'un meurtre ceux qui ont bâillonné la victime, étouffé ses cris ou passé à l'agent immédiat du crime le lacet destiné à l'étrangler ; tandis qu'on considérera comme un complice par assistance celui qui faisait le guet à l'extérieur, surveillant l'arrivée de la police.

Pour des raisons qui seront exposées plus loin, la jurisprudence a manifesté parfois, dans l'application de ce critérium, une tendance à élargir la notion de coauteur. Ainsi, on a étendu cette qualification à des personnes coupables d'avoir accompagné dans la rue un emblème interdit porté par l'une d'elles<sup>4</sup>.

**442. e) Recel. Renvoi.** — Le dernier cas de complicité est prévu par les articles 61 et suivants du Code pénal ; c'est le recel. Il s'agit ici d'un cas de complicité qui est, soit concomitant, soit postérieur au délit. Le régime du recel a été profondément modifié par une intervention récente du législateur. La loi du 22 mai 1915 a fait du recel de choses un délit distinct. Nous réservons l'étude de cette matière.

1. GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 59 et 60, n° 347 ; ROUX, *Cours de Droit criminel*, p. 260.

2. Ainsi, sont jugés complices de l'avortement, *par aide ou assistance*, l'amant qui, volontairement, accompagne sa maîtresse chez l'avorteuse (Crim. 5 novembre 1941, S., 42, 1, 89, note BOUZAT), la personne qui assure à la femme enceinte le concours de l'avorteuse et assiste aux manœuvres abortives (Crim., 8 juillet 1943, D. A., 1943, J., 66).

3. C'est ainsi que certaines législations sud-américaines exceptent du bénéfice de la réduction de peine généralement accordé aux complices ceux *sans le concours desquels le délit n'aurait pas eu lieu*. En ce sens les Codes pénaux du Venezuela (1926), art. 84, de Cuba (1936), art. 23, de Colombie (1936), art. 19.

4. Crim., 14 janv. 1921, S., 22, 1 235 ; 24 juin 1922, S., 23, 1, 41, note ROUX.

## § 2. — Des peines de la complicité.

**443. Le principe.** — Le principe fondamental résulte de l'article 59 du Code pénal, ainsi conçu : *Les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou de ce délit, sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement.*

Ce texte formule le principe de l'égalité des peines appliquées à l'auteur principal et au complice. C'est sur lui que la jurisprudence et la doctrine ont édifié la théorie fort délicate de *l'emprunt par le complice de la criminalité de l'auteur principal.*

**444. De l'égalité des peines infligées à l'auteur principal et au complice.** — Il est indispensable de préciser le véritable sens de l'article 59. Ce texte ne signifie nullement que, dans une espèce donnée, la peine que le juge infligera à l'auteur principal sera nécessairement prononcée contre le complice. Si l'auteur principal a été puni de 5 mois de prison, il n'en résulte pas que cette peine atteindra, automatiquement, le complice. Un tel résultat serait inique, en contradiction avec les tendances du droit moderne vers l'individualisation de la peine<sup>1</sup>. La loi signifie, ce qui est différent, que la peine *légale* sera commune à l'auteur principal et au complice ; ils seront poursuivis et punis en vertu du même texte, puisqu'ils ont commis la même infraction. Mais l'individualisation judiciaire de la peine peut s'exercer à leur égard *dans les limites prévues par la loi.*

Par exemple, deux malfaiteurs sont poursuivis pour avoir collaboré à un vol. On leur appliquera les dispositions de l'article 401 du Code pénal qui détermine la peine du vol ordinaire. On sait qu'il n'existe pas, pour le vol, de peine fixe ; dans les limites du minimum qui est de 1 an, et du maximum qui est de 5 ans, le juge peut faire varier le châtimeut. Il peut infliger une peine de 5 ans d'emprisonnement à l'auteur principal et de 1 an au complice, ou inversement. On peut supposer encore que deux individus sont poursuivis en vertu de l'article 309 du Code pénal pour coups et blessures ayant causé la mort sans intention de la donner. La peine est celle des travaux forcés à temps, qui peut aller de 5 à 20 ans. Dans cette limite, le juge tiendra compte, pour individualiser la peine, des faits personnels à chaque inculpé.

Son pouvoir est encore augmenté par l'existence des circonstances atténuantes.

Lorsque, en 1832, le Code pénal a été réformé, on a proposé, sous l'influence de Rossi, d'introduire une atténuation légale de la peine au profit du complice. On a jugé que c'était inutile, en raison du pouvoir que confère aux juges le système des circonstances atténuantes.

**445. De l'influence, sur la condition du complice, des causes légales d'aggravation ou d'atténuation de la peine.** — Quelle est l'influence, sur la condition du complice, des circonstances aggravantes, et des causes d'atténuation de la peine ?

1. Il se produisait sous le régime du Code pénal de 1791, qui déclarait la *peine fixe* également applicable à l'auteur principal et au complice.

**446. Définitions.** — Les *circonstances aggravantes* sont des faits limitativement prévus par la loi, qui obligent le juge à élever la peine au-dessus du maximum prévu pour l'infraction à l'état simple.

C'est ainsi que le vol ordinaire est frappé, dans l'article 401, d'une peine allant de 1 à 5 ans d'emprisonnement. Quand il est commis avec escalade ou effraction, le juge est obligé d'élever la peine au-dessus de 5 ans. Cette aggravation résulte de l'article 384, qui prononce contre un tel voleur la peine des travaux forcés à temps. De même, le meurtre ordinaire est puni des travaux forcés à perpétuité. Mais si l'auteur du meurtre est coupable de préméditation, il sera frappé de la peine de mort.

Les *excuses atténuantes* sont des faits limitativement énumérés par la loi, qui déterminent un abaissement de la peine au-dessous du minimum.

Ces définitions données, demandons-nous quel est l'effet des circonstances aggravantes et des excuses atténuantes sur la condition du complice<sup>1</sup>. Pour répondre, il faut distinguer, suivant qu'elles ont un caractère *réel*, *personnel* ou mixte.

**447. a) Du cas où les circonstances aggravantes ou les excuses ont un caractère réel.** — Les circonstances aggravantes ou les excuses atténuantes peuvent avoir un caractère *réel*, c'est-à-dire résider dans les faits extérieurs. Soit l'escalade ou l'effraction dans le vol (circonstances aggravantes), la provocation, dans le délit de coups et blessures (excuse). La circonstance aggravante, l'excuse, se communiquent au complice<sup>2</sup>. C'est la justice même.

Mais que décider dans le cas d'une circonstance aggravante réelle qui n'a pas été voulue, et qui, peut-être, n'est même pas connue du complice ? Un individu s'est associé à une entreprise coupable qui devait avoir pour objet un vol simple. Au cours de ce vol, l'auteur principal s'est rendu coupable d'une effraction. Il encourt la peine des travaux forcés à temps, au lieu de celle de l'emprisonnement.

Il semble contraire à la justice que le complice soit rendu responsable d'une circonstance aggravante qu'il n'a pas prévue. On rencontre dans les législations étrangères des solutions inspirées de cette idée<sup>3</sup>. Voir de même l'article 117, que nous citons plus loin, du projet de Code pénal français. Mais dans le silence de la loi française<sup>4</sup>, on ne peut les admettre. Le complice supportera l'effet des circonstances aggravantes réelles, même s'il n'en a pas eu connaissance<sup>5</sup>. On peut faire valoir, dans ce sens, certaines consi-

1. JANICOT, *Étude, d'après la jurisprudence, de l'effet, sur la pénalité du complice, des circonstances aggravantes et des excuses légales*, thèse Lyon, 1935.

2. Crim., 6 nov. 1874, S., 75, 1, 481 ; 5 janv. 1882, S., 84, 1, 452. Pour l'excuse de provocation, la jurisprudence a varié. La Cour de cassation considère cette excuse, tantôt comme réelle (Crim., 18 oct. 1882, S., 84, 1, 553 ; 26 juill. et 8 août 1895, B. crim., nos 217 et 232 ; 2 fév. 1905, B. crim., n° 49) tantôt comme personnelle (Crim., 19 janv. 1838, S., 38, 1 126, 1<sup>er</sup> mars 1907, B. crim., n° 103 ; 28 juill. 1921, S., 22, 1, 142).

3. C'est ainsi qu'aux termes des Codes pénaux du Venezuela, art. 85, de Cuba (art. 1) de Colombie (art. 22), les circonstances aggravantes liées à l'exécution matérielle du fait et aux moyens n'aggravent la peine qu'à l'égard de ceux qui en ont eu connaissance au moment de l'acte.

4. Argument de l'article 63 du Code pénal, abrogé par la loi du 22 mai 1915. Cf. VIDAL et MAGNOL, *Cours...*, n° 433, p. 524.

5. Crim., 22 août 1817, S. chr. ; 19 juin 1828, S. chr. ; 21 mai 1909, B., 279.

dérations d'ordre rationnel. Dans toute entreprise criminelle, il y a une part d'aléa pour l'auteur principal lui-même. Certains obstacles, qu'il n'avait pas prévus d'abord, peuvent aggraver l'élément matériel de l'infraction. Cet aléa de l'entreprise criminelle, on ne voit pas, après réflexion, pourquoi le complice en serait affranchi. En ce sens, l'article 118 du Code pénal italien.

Si cette solution aboutit, dans certains cas, à des injustices, il est toujours possible de les tempérer par le jeu des circonstances atténuantes.

**448. b) Du cas où elles ont un caractère personnel.** — 2° les circonstances aggravantes ou les excuses atténuantes peuvent avoir un caractère *personnel* : elles résident dans la personne de l'agent.

Elles ne produisent alors leur effet qu'à l'égard du participant en la personne de qui elles sont constituées. Telles, sont, par exemple, la qualité de récidiviste<sup>1</sup> (circonstance aggravante générale); celle de mineur de 16 ans<sup>2</sup> (excuse atténuante), le rapport de parenté au cas de provocation de mineur à la débauche (art. 334 bis 4° du Code pénal (loi du 13 avril 1946) circonstance aggravante spéciale).

**449. c) Du cas où elles ont un caractère mixte.** — 3° Mais il y a des circonstances qui revêtent, au point de vue qui nous occupe, un caractère *mixte*; elles résident dans la personne de l'agent, mais se répercutent sur l'infraction, dont elles changent la gravité objective, dont parfois elles modifient la qualification.

Ainsi, la qualité de domestique chez l'auteur du vol aggrave la peine du vol, mais la nature de l'infraction est également modifiée; le vol domestique est une espèce de délit différente du vol ordinaire. Telle est encore la qualité, chez l'auteur d'un meurtre, de fils de la victime (art. 299)<sup>3</sup>. Telle, la circonstance, chez le meurtrier, de la préméditation (art. 296). Ce sont des circonstances aggravantes personnelles; mais ces circonstances se répercutent sur l'infraction elle-même, dont elles modifient le caractère juridique; le parricide, l'assassinat sous des infractions autres que le meurtre.

Du fait que ces circonstances aggravantes changent la nature de l'infraction, on a conclu, et c'est la solution qui est généralement admise, qu'elle doivent être assimilées aux circonstances aggravantes réelles, c'est-à-dire qu'elles doivent influencer sur la condition des participants accessoires<sup>4</sup>.

Mais il convient d'ajouter une précision. Si ces circonstances résident

1. Grenoble, 12 juin 1834, *S.*, 35, 2, 300.

2. *Crim.*, 3 janv. 1834, *B. crim.*, n° 6.

3. Voir : pour le vol domestique : *Crim.*, 16 juill. 1903, *S.*, 1907, 1, 251; pour le parricide : *Crim.*, 16 juillet 1842, *B.*, 184; 23 mars 1843, *B.*, 66; 11 nov. 1866, *S.*, 67, 1, 143; pour l'assassinat : *Crim.*, 8 juin 1843, *S.*, 43, 1, 559; 30 mai 1875, *S.*, 80, 1, 481; *Crim.*, 23 août 1877, *D. J. G. Supplément*, V° *Crimes et Délits contre les Personnes*, n° 44. Voir encore : pour l'avortement, lorsque l'auteur est médecin, chirurgien, sage-femme, etc. : *Crim.*, 23 nov. 1872, *S.*, 73, 1, 140; pour le détournement par un comptable public : *Crim.*, 15 juin 1860, *S.*, 61, 1, 398; pour la qualité d'officier public dans le faux en écritures : *Crim.*, 22 janvier 1835, *S.*, 35, 1, 920; 22 avril 1869, *S.*, 71, 1, 166, *D. P.*, 70, 1, 434.

4. *Crim.*, 11 mai 1866, *S.*, 67, 1, 443; 6 janvier 1870, *S.*, 71, 1, 174.

dans la personne de l'auteur, elles se communiquent au complice. Un individu s'est associé au meurtre commis par un fils sur la personne de son père, il sera frappé de la peine de parricide. Mais si les circonstances mixtes résident dans la personne du complice, elles n'entrent pas en ligne de compte ; elles n'influent ni sur sa condition propre, ni sur celle de l'auteur. Si un fils s'est associé au meurtre commis par un tiers sur la personne de son père, la peine infligée à l'un et à l'autre sera celle du meurtre ordinaire<sup>1</sup>.

Cette solution procède de l'idée que le complice emprunte la criminalité de l'auteur principal. Il n'a pas de criminalité personnelle ; il est réputé avoir commis l'acte qui est reproché à l'auteur principal et qui est qualifié en la personne de ce dernier. De même encore, le domestique qui s'est associé au vol commis chez ses patrons par une tierce personne est puni de la peine du vol simple<sup>2</sup>.

**450. Des exceptions légales et judiciaires au principe de la criminalité d'emprunt.** — Toutes ces solutions sont logiques, cohérentes. Mais elles sont quelquefois difficiles à justifier au point de vue de l'équité. Ainsi s'expliquent les dérogations que subit, soit de la part du législateur, soit de la part des tribunaux, le principe suivant lequel l'auteur principal d'une infraction a une criminalité qui lui est propre, au lieu que le complice n'a qu'une criminalité d'emprunt :

1° En ce qui touche l'infanticide (art. 302 modifié par une loi de 1901), la loi apportait une exception à l'égalité de traitement. L'atténuation de peine dont bénéficiait la mère coupable ne s'étendait ni à ses coauteurs, ni à ses complices ; cette anomalie a disparu depuis par l'effet de la loi du 2 septembre 1941 (n° 125, p. 78) ;

2° Il arrive que la jurisprudence inflige au complice des incapacités qui ne peuvent s'appliquer à l'auteur principal du même délit. Un médecin s'est rendu complice d'une escroquerie commise par un ouvrier au préjudice d'une compagnie d'assurances, en matière d'accidents du travail. Par une interprétation hardie de la loi du 30 novembre 1892, la Cour de cassation le frappe d'une interdiction d'exercer la médecine, à laquelle l'auteur principal n'est pas exposé (Crim., 30 avril 1909, S., 1911, 1, 125 ; 17 juin 1922, S 22, 1, 400)<sup>3</sup>.

3° La jurisprudence, d'autre part, étend du complice au coauteur l'idée d'emprunt de criminalité. Un vol est commis par deux personnes dont l'une est le domestique de la personne volée. Régulièrement, l'autre coupable, qui a agi comme auteur principal, devrait être frappé de la peine du vol simple. La peine aggravée lui est infligée, en vertu de l'idée que les co-

1. Cf. au sujet d'une mère complice par aide ou assistance du viol commis sur la personne de sa fille : Crim., 2 oct. 1856, S., 57, 1, 79 ; la mère coupable ne subit pas l'effet de la circonstance aggravante résultant de l'article 333, C. pénal.

2. Crim., 17 sept. 1847, B. crim., n° 227.

3. Inversement, le complice peut échapper à la peine accessoire ou complémentaire qui atteint l'auteur principal à raison de sa profession : Crim., 13 mars 1936, D. H., 1936, p. 254. Un banquier a aidé un agent de change à faire des opérations de commerce en violation de l'art. 85, C. com. La destitution qui frappe l'agent de change en vertu de l'article 87, C. com. n'est pas applicable au banquier complice. Chronique, MAGNOL, *Revue de Science criminelle*, 1936, p. 410.

auteurs sont complices les uns des autres<sup>1</sup>. Fiction nécessaire pour éviter que le co-auteur soit traité plus favorablement que le complice.

### § 3. — Le régime de la complicité en droit pénal comparé

**451. La fiction d'emprunt en droit étranger.** — Le système du droit français, relatif à la complicité punissable, repose sur le texte de l'article 59 qui assimile, au point de vue de l'incrimination et de la peine, le complice à l'auteur principal. C'est sur ce texte que la jurisprudence a fondé son principe de l'emprunt absolu, par le complice, de la criminalité de l'auteur principal.

Nous avons signalé les conséquences de ce principe, en ce qui touche notamment l'effet des circonstances aggravantes, et des excuses. Nous avons mis en lumière certains inconvénients qu'il entraîne, certaines dérogations qui lui sont apportées.

On retrouve cette assimilation dans quelques législations étrangères.

Elle est aujourd'hui vivement combattue par une partie importante de la doctrine, et généralement par les législations étrangères.

**452. Du système d'emprunt relatif par le complice de la criminalité de l'auteur principal.** — On lui préfère le système de l'emprunt relatif par le complice de la criminalité de l'auteur principal. La peine du complice est proportionnée à celle de l'auteur principal, mais elle lui est inférieure, elle est généralement abaissée d'un degré.

Cette solution, en faveur de laquelle se sont prononcés notamment Beccaria<sup>2</sup> et Rossi<sup>3</sup>, a pénétré dans le Code pénal belge de 1867 (art. 64), dans le Code pénal allemand, § 49<sup>4</sup>, les Codes pénaux d'Italie (1889), article 64, de Cuba (1936), article 30, de Colombie (1936), article 20, et la plupart des Codes modernes. L'atténuation de peine est simplement facultative dans le nouveau Code pénal suisse (1938), article 25.

L'argument que l'on fait valoir en faveur de cette solution, c'est que le complice a, par définition joué, dans la commission du délit, un rôle secondaire. Il est juste de lui en tenir compte.

Ce système a reçu, dans des cas particuliers, application chez nous. Avant la loi précitée de 1915, les recéleurs de choses étaient considérés comme des complices, mais bénéficiaient, dans certains cas, d'une atténuation de peine. Lorsque l'auteur principal était condamné à la peine de mort, le recéleur était atteint seulement de la peine des travaux forcés à perpétuité. On trouvait une autre application de la même idée dans la loi de 1901, venue modifier la répression de l'infanticide, et l'article 302 du Code pénal. La mère ayant participé au meurtre de son enfant nouveau-né, comme auteur prin-

1. Crim., 9 juin 1848, S., 48, 1, 527; 15 juin 1860, S., 61, 1, 398. « Attendu, dit la Cour, que le coauteur d'un crime aide nécessairement l'autre coupable dans les faits qui consomment l'action, et devient, par la force des choses, légalement son complice. »

2. BECCARIA, *Des Délits et des Peines*, § 14.

3. ROSSI, *Traité de Droit pénal*, liv. II, chap. xxxiv.

4. Toutefois la loi du 5 décembre 1939, relative aux auteurs d'actes de violence (*Gewaltsverbrecher*) permet d'infliger au complice la même peine qu'à l'auteur principal (MEZGER, *Grundriss*, p. 137). Sur la portée de cette loi, voir ci-dessus, n° 238.

cial ou comme complice, était frappée moins sévèrement que les autres participants<sup>1</sup>.

Il ne serait pas utile, chez nous, de généraliser cette pratique législative, et de décider que la peine légale, infligée au complice, sera inférieure, en principe, à celle de l'auteur principal. En effet, l'institution des circonstances atténuantes permet de répondre à toutes les exigences de l'équité et aux nécessités pratiques.

Il serait d'ailleurs fâcheux d'établir une réduction de peine légale, et par conséquent obligatoire, au profit des complices. On rencontre, parmi eux, les provocateurs, qui ont pris l'initiative de l'infraction. Pourquoi bénéficieraient-ils d'une particulière indulgence ? Si notre législation se rattachait au système de l'emprunt relatif, il faudrait exclure les provocateurs de la catégorie des complices<sup>2</sup>. Le législateur italien (art. 112a) institue même, à leur égard, une circonstance aggravante obligatoire.

Un dernier défaut de ce système, indépendant du point de vue spécifiquement français, est le suivant. La règle de l'emprunt relatif est d'une application particulièrement délicate, elle est même exclue au cas où les circonstances ne permettent pas de fixer la part qu'a prise, à l'œuvre criminelle, chacun des codélinquants. Ainsi en est-il lorsque ayant la preuve que plusieurs individus ont participé à l'exécution d'un délit, on ne sait pas exactement lequel d'entre eux en est l'auteur matériel. Ainsi en est-il lorsque, au cas d'une rixe, les participants sont identifiés, mais non l'auteur matériel des coups et blessures qui en ont été la conséquence. On se tire d'affaire, soit par l'infliction à tous les agents d'une peine moyenne, intermédiaire

1. Voir encore : les articles 100, 114, 116, 138, 144, 190, 213, 237 à 245, 266, 267, 293, 336 et 338, 415, 438, 441 qui introduisent également des différences entre les participants au même délit.

2. Parmi les législations étrangères, les unes font figurer les provocateurs dans la catégorie des auteurs principaux (Code pénal autrichien de 1852, § 5 ; suédois de 1864, chap. III, § 1 ; belge de 1867, art. 66 ; bulgare de 1896, art. 51). D'autres en forment une catégorie spéciale, mais dont le régime est aussi sévère que celui des coauteurs (Code espagnol de 1870, art. 11 ; chilien de 1875, art. 14 ; vénézuélien de 1926, art. 83). De même le Code pénal allemand de 1871 distingue des complices (*Gehilfen*), bénéficiant d'une atténuation de peine, les provocateurs (*Anstifter*) qui sont frappés avec toute la sévérité de la peine légale (§ 48). Le doctrine distingue de l'*Anstifter*, qui a provoqué l'action délictueuse d'autrui, l'auteur intellectuel (*Mittelbarer Täter*) qui, principal intéressé dans l'entreprise criminelle, s'est servi de l'agent, inconscient ou dépourvu d'intention frauduleuse, comme d'un instrument, MEZGER, *Strafrecht*, p. 426 ; OETKER, *La Participation au Crime (Ecrits de l'Académie de droit allemand)*, pp. 116 et suiv. ; SILZ, *Auteur intellectuel et auteur moral*, *Rev. internat. de droit pénal*, 1936, p. 140). L'auteur intellectuel est considéré comme un coauteur (*Mittäter*), § 47. Le nouveau projet associe, dans la notion commune de *Mitwirkung*, tous ceux qui ont joué un rôle principal, soit en provoquant à l'acte, parce qu'ils avaient, à sa commission, un intérêt direct, soit en commettant les actes matériels qui le constituent. De plus, il rend facultative pour le juge l'atténuation de peine en faveur des complices ou participants accessoires (VON DOHNANYI, *Das kommende deutsche Strafrecht*, p. 78). — Le droit pénal soviétique distingue trois variétés de complices (art. 12 de la loi fédérale de 1924 sur les principes fondamentaux), l'instigateur, l'exécutant et l'assistant. Tandis que l'exécutant répond directement de l'infraction, l'instigateur n'est punissable que si l'auteur encourt lui-même une responsabilité pénale (au titre de la consommation, de la tentative ou de la simple préparation du délit). L'assistant n'est passible d'une peine que si l'infraction a été consommée. De plus, le Code pénal de 1926, art. 17 et 18, fait bénéficier tout complice ou participant accessoire d'une réduction facultative de la peine ; sa responsabilité est mesurée sur le degré d'avancement de l'activité criminelle et l'intensité du danger social. — Cette réduction facultative de la peine est également prévue par la loi suisse. (Code pénal du 1938, art. 25).

entre la peine légale de l'auteur principal et celle du complice (complicité corespective)<sup>1</sup>, soit par la création d'un délit spécial<sup>2</sup>. La nécessité de ces expédients fait ressortir une faiblesse du système de l'emprunt relatif.

**453. Du système de la complicité circonstance aggravante.** —

Le système de la *complicité circonstance aggravante* n'exclut pas les précédents. Il se concilie avec eux, s'ajoute à eux. Il consiste à admettre que, si l'infraction a été commise à la fois par plusieurs personnes, cette circonstance doit entraîner, pour chaque agent, une aggravation de peine.

Ce système a été défendu, il y a quelques années, par l'Italien Sighele dans un ouvrage intitulé : *Théorie positive de la Complicité*<sup>3</sup>. Des individus, qui s'associent pour commettre un crime ou un délit se rendent, dit Sighele, plus dangereux, ils facilitent par l'association leur activité criminelle, se procurent mutuellement les moyens de commettre le crime et d'échapper à la justice. Il est donc nécessaire de les châtier plus sévèrement. Ces hommes, qui se sont concertés, apparaissent comme plus immoraux, plus redoutables. Il y a, parmi eux, des meneurs et des menés. Les premiers, dit Sighele, sont dangereux par l'influence qu'ils exercent, les seconds par l'influence qu'ils subissent. Lombroso était, sur ce dernier point, d'un avis contraire. Il estimait que l'individu suggestionné devait bénéficier d'une certaine indulgence. Il rangeait les menés dans la catégorie des « criminaloïdes », malfaiteurs de deuxième zone.

Cette théorie a pénétré, en quelque mesure, dans la législation positive. Le Code pénal italien de 1930 (art. 112) fait de la criminalité en commun, quand elle a été concertée, une circonstance aggravante.

Le droit pénal français fait quelques concessions à cette idée. La réunion est une circonstance aggravante pour certains délits, comme le délit de rébellion (art. 210 et suiv.); le délit de mendicité (art. 276 du C. pén.); l'attentat aux mœurs (art. 333); le pillage (art. 440). Le vol est puni plus sévèrement par la loi pénale (art. 381) quand il est commis en réunion par plusieurs personnes. On signalera que les tribunaux, pour admettre la circonstance aggravante de réunion à l'égard du vol, ne tiennent compte que du nombre des auteurs, à l'exclusion des complices. Si, par exemple, un vol a été commis par un auteur principal, assisté de deux complices, ce vol n'est pas commis en réunion, et la peine aggravée de l'article 381 n'est pas applicable. Un correctif résulte, il est vrai, de l'interprétation extensive que la jurisprudence a donnée de la notion du coauteur (ci-dessus n° 441, p. 257).

**Y a-t-il lieu d'étendre la règle et de faire de la réunion une circonstance**

1. La répression moyenne de la complicité corespective résultait du Code pénal italien de 1889 (art. 378). Cette disposition ne se retrouve pas dans le Code de 1930 qui, comme on verra plus loin, a cessé de distinguer auteurs principaux et complices Cf. VIDAL et MAGNOL, *op. cit.*, n° 437, p. 526.

2. La rixe est l'objet d'une incrimination spéciale dans les Codes allemand (§ 227), hollandais (art. 306), italien de 1930 (art. 588), suisse de 1938, art. 133).

3. SIGHELE, *Teorica positiva della Complicita*, Turin, 1894, pp. 12 et suiv., 125 et suiv., 143 et suiv. De même TARDE, *Philosophie pénale*, chap. vii, § V, n° III, p. 466. Le Congrès pénitentiaire international de Washington (1910) a émis le vœu suivant : « Etant donné l'augmentation des infractions dans lesquelles la participation se révèle, et considérant que ces dernières sont surtout le fait de délinquants d'habitude, c'est-à-dire les plus dangereux pour l'ordre social, il y a lieu de considérer la participation comme circonstance aggravante de l'acte délictueux, et d'augmenter la faculté du juge d'élever le taux de la peine » (*Revue pénitentiaire*, 1910, p. 1152).

aggravante ayant une portée générale ?<sup>1</sup> Nous ne le croyons pas. En effet, les peines instituées par le législateur de 1810 sont souvent plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire, en raison des mœurs actuelles ; si on instituait une circonstance aggravante de réunion, ayant une portée générale, le juge serait parfois obligé d'élever la peine au-dessus de ce que demande l'opinion.

**454. Du système de la complicité délit distinct.** — Le système de la complicité délit distinct est profondément différent du système français. Il n'est plus question d'emprunt par le complice de la criminalité de l'auteur principal.

Ce système repose sur l'idée suivante. Quand un délit a été commis par plusieurs personnes, il n'y a pas eu une infraction unique, mais autant de délits distincts qu'il y a eu de participants. On ne saurait distinguer, dès lors, des auteurs principaux et des complices. Il n'y a que des participants, dont la responsabilité sera l'objet d'un examen individuel, séparé, comme si chacun était l'auteur d'une infraction spéciale. Aucun agent ne subira l'influence des circonstances aggravantes, ou des excuses atténuantes qui peuvent être réalisées en la personne d'un autre.

Au XIX<sup>e</sup> siècle, Feuerbach, Carrara<sup>2</sup>, de nos jours von Liszt<sup>3</sup>, se sont prononcés en faveur de ce système, de même que certains représentants de la doctrine positiviste.

Il a pénétré en quelque mesure dans le droit pénal positif : Le Code pénal norvégien de 1902 s'en est notamment inspiré (§§ 58 et 59). De même, le Code italien de 1930, articles 110 et suivants, qui ne distingue pas entre auteurs principaux et complices, et se contente d'autoriser (art. 114) une réduction de la peine en faveur de celui des codélinquants dont la participation paraît minime ; c'est la position qu'a prise le législateur danois (C. pénal, art. 23).

Voici comment les auteurs du projet de Code pénal français, s'appropriant, en partie du moins, les conclusions de ce système, et répudiant la fiction d'emprunt, ont rédigé le texte relatif à la situation du complice :

Art. 117. — *Le complice d'un crime ou d'un délit est puni de la peine établie pour ce crime ou pour ce délit.*

*Les circonstances personnelles d'où résultent aggravation, atténuation ou exemption de peine n'ont d'effet qu'à l'égard de l'auteur ou du complice en la personne de qui elles se rencontrent<sup>4</sup>.*

*Les circonstances réelles n'auront d'effet à l'égard du complice que s'il les a connues.*

On fait valoir, en sa faveur, deux sortes d'arguments :

a) D'un point de vue négatif, on souligne les conséquences choquantes du système de l'emprunt de la criminalité de l'auteur principal par le

1. En ce sens : CUCHE, *Une Théorie nouvelle de la Complicité*, Grenoble, 1896, pp. 15 à 18. L'auteur préconise l'extension à tous les cas de complicité des articles 265 et 266 du Code pénal, réprimant l'entente criminelle.

2. CARRARA, *Progr. spec.*, I, § 1149, note 1.

3. VON LISZT, *Lehrbuch...*, §§ 48 et suiv. De même NICOLADONI, avocat à Linz, *Bull. de l'Union intern. de Droit pénal*, 1895, p. 336.

4. Cf. le Code pénal suisse de 1938, art. 26. *Les relations, qualités et circonstances personnelles spéciales dont l'effet est d'augmenter, diminuer ou d'exclure la peine, n'auront cet effet qu'à l'égard de l'auteur, instigateur ou complice qu'elles concernent.* De même, les Codes pénaux vénézuélien, art. 85, cubain, art. 32, le projet tchécoslovaque, § 25.

complice. Il est tout à fait scandaleux, dit-on, de voir le fils, complice du meurtre de son père, échapper à la peine du parricide. De même, il est scandaleux de voir le provocateur échapper à la répression, toutes les fois que le provoqué s'est abstenu. On sait d'ailleurs combien il est difficile, au cas où le complice et l'auteur principal ont agi en même temps, de les distinguer, de discerner leurs qualités respectives.

b) Voici la partie positive de l'argumentation. Le système de l'emprunt de criminalité repose sur une fiction. Il n'est pas vrai de dire que les prétendus auteurs et complices se sont rendus coupables d'un même délit. Les participants diffèrent profondément les uns des autres par les mobiles qui les ont déterminés et par les actes qu'ils ont matériellement accomplis. Sans doute, chaque participant a utilisé l'activité de ses collaborateurs. Ils ont été des instruments, des outils entre ses mains. Il s'en est servi, comme il se serait servi d'un couteau, d'un revolver.

**455. Appréciation critique de ce système.** — On peut répondre à cette argumentation.

Au point de vue de la logique et de l'équité, il faut reconnaître que la plupart des critiques formulées à l'encontre du Code français sont justifiées. Il est vrai que, théoriquement, le système de l'emprunt absolu de criminalité conduit à des iniquités. Mais il ne faut pas oublier que, dans la pratique, elles sont corrigées par l'emploi des circonstances atténuantes.

Dans sa partie constructive, le principe de la complicité délit distinct se heurte à l'objection suivante. Pour établir la diversité des infractions, ses protagonistes font observer que chaque participant a obéi à un mobile qui lui est propre. Mais la considération du mobile ne joue aucun rôle dans la constitution légale du délit. On oublie ce principe essentiel.

Par contre, on méconnaît un caractère fondamental de l'œuvre criminelle : on fait abstraction de l'*unité du but poursuivi*. Si on analyse séparément l'activité de chaque participant, elle n'a rien en soi, peut-être, de dangereux. Considérée en elle-même, elle est dépourvue de sens. Elle n'offre un intérêt quelconque, elle n'est l'objet d'une appréciation exacte, que si on l'envisage en rapport avec celles des autres participants<sup>1</sup>. C'est ce que la théorie du délit distinct méconnaît. On compare chaque agent à un simple instrument des autres, à un vulgaire outil. C'est oublier que cha-

1. C'est pourquoi la disposition précitée du projet français qui exclut toute communication aux coparticipants des circonstances personnelles qui aggravent ou atténuent la peine, ou qui en exemptent, laisse à désirer. Il n'est pas juste que le complice d'un parricide soit puni comme le complice d'un meurtrier ordinaire. Les dispositions plus nuancées de certains Codes récents sont préférables. Le Code italien (art. 111) dispose que « les circonstances subjectives, non inhérentes à la personne du coupable, qui aggravent la peine pour certains des participants, sont retenues à la charge des autres, bien qu'ils ne les aient pas connues, quand elles ont servi à faciliter la réalisation de l'infraction ». Les Code pénaux de Colombie (1936), art. 21 et d'Égypte (1937), art. 39 étendent, avec certaines modalités, au complice, l'effet des circonstances aggravantes personnelles résidant en la personne de l'auteur principal, à condition qu'il les ait connues. Aux termes du dernier projet allemand, « si la répression d'un acte est subordonnée à certaine qualité ou rapport juridique, il suffit, pour que tous les participants soient punissables, que cette qualité ou ce rapport se rencontre chez l'un d'entre eux. La peine infligée à celui chez qui il ne se rencontre pas peut être réduite ». Ces solutions sont dérogoires à la notion de la complicité délit distinct. Elles prennent justement en considération l'*unité de l'entreprise criminelle*.

cun a sa personnalité, qu'il a pris, dans l'œuvre criminelle, sa part de collaboration active.

Cependant, la théorie de la complicité délit distinct a exercé une influence sur le droit positif. Elle a réussi à faire éliminer de la catégorie des complices certaines variétés de participants, qui sont traités maintenant comme auteurs de délits distincts. Il en est ainsi, dans certaines législations étrangères<sup>1</sup>, des *provocateurs*. Il en est ainsi, même en France, des *receleurs*.

#### § 4. — Le recel

**456. Du recel en droit civil.** — La notion de recel est l'objet d'applications diverses. Le recel est prévu par la loi civile en matière de succession et de communauté.

Le receleur, en droit civil, c'est l'héritier qui s'approprie indûment des objets de la succession ; c'est encore l'époux commun en biens, qui distrait de la masse commune certains effets, au préjudice de son conjoint ou de ses héritiers. Les cas de recel sont prévus par les articles 792, 1460 et 1477 du Code civil qui instituent des peines privées<sup>2</sup>.

**457. Le recel de cadavre.** — En droit pénal aussi, le recel comporte plusieurs acceptions. C'est, tout d'abord, le *recel de cadavre*. L'article 359 du Code pénal dispose : *Quiconque aura recélé ou caché le cadavre d'une personne homicide ou morte des suites de coups et blessures sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 50 à 400 francs, sans préjudice de peines plus graves, s'il a participé au crime.* Le recel de cadavre est donc prévu et puni par la loi comme un délit distinct.

**458. Le recel de malfaiteurs.** — Le *recel de malfaiteurs* consiste à favoriser l'activité de criminels en les recevant chez soi et en leur donnant asile. Le législateur du Code pénal l'a prévu comme un cas de complicité, ou un délit distinct suivant les cas.

La même distinction se rencontre dans les dispositions postérieures du Code pénal.

**A. Comme un cas de complicité.** — L'article 61, 1<sup>o</sup>, dont la rédaction actuelle remonte à 1810, punit le *recel de brigands*. Ce texte est ainsi conçu : *Ceux qui, connaissant la conduite criminelle des malfaiteurs exerçant des brigandages ou des violences contre la sûreté de l'Etat, la paix publique, les personnes ou les propriétés, leur fournissent habituellement logement, lieu de retraite ou de réunion, seront punis comme leurs complices.*

La qualification *complicité* se retrouve dans le décret-loi du 29 juillet 1939 qui, modifiant les articles 75 et suivants du Code pénal, réagit avec une extrême rigueur contre les faits de trahison et d'espionnage.

1. Cf-dessus, n<sup>o</sup> 452, p. 263, note 2.

2. Un délit pénal peut d'ailleurs concourir avec un fait de recel civil. Voir, par exemple, Crim., 6 nov. 1936, S., 37, 1, 115. Un mari a détourné des effets de communauté. L'article 380, C. pénal s'oppose à ce qu'en sa qualité de mandataire légal il soit condamné pour abus de confiance. Mais le tiers locataire du coffre-fort où les effets détournés ont été mis peut être poursuivi pour recel de choses (art. 460, C. pénal).

Aux termes de l'article 85 nouveau du Code pénal, est puni comme complice ou comme recéleur *tout Français et tout étranger qui, connaissant les intentions des auteurs des crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat, leur fournira subsides, moyens d'existence, logement, lieu de retraite ou de réunion* ; 2° *qui portera sciemment la correspondance des auteurs d'un crime ou d'un délit, ou leur facilitera sciemment, de quelque manière que ce soit, la recherche, le recel, le transport ou la transmission de l'objet du crime ou du délit* ; 3° *qui recélera sciemment les objets ou instruments ayant servi ou devant servir à commettre le crime ou le délit ou les objets matériels ou documents obtenus par le crime ou le délit*<sup>1</sup>.

La peine encourue est, comme pour les auteurs principaux, celle qui résulte des articles 75, 76, 77 et 83 du Code pénal.

**B. Comme un délit distinct.** Dans d'autres cas, généralement moins graves, l'auteur du recel est frappé d'une peine spéciale, indépendante de celle qui atteint les auteurs du délit principal.

L'art. 99 du Code pénal prévoit le cas où des bandes séditionnelles ont été formées, soit pour envahir les propriétés et les domaines publics, soit pour faire attaque ou résistance à la force publique. Le législateur a pensé aux troubles qui s'étaient multipliés pendant la période révolutionnaire. Il frappe les auteurs de ces troubles de la peine politique de la déportation. Et le législateur ajoute : *Ceux qui, connaissant le but et les caractères des dites bandes, leur auront, sans contrainte, fourni des logements, lieux de retraite ou de réunion, seront condamnés à la peine des travaux forcés à temps.*

L'article 267 du Code pénal, dans sa rédaction actuelle qui vient de la loi du 18 décembre 1893, a eu pour but de réagir contre la propagande anarchiste. On sait que l'article 265 prévoit, comme un crime particulier, le *crime contre la paix publique*, le fait de s'être affilié à une association, ou à une entente ayant pour but de préparer ou de commettre des crimes contre les personnes ou contre les propriétés (*supra*, n° 430, p. 250). Le simple fait d'être affilié à une bande anarchiste constitue donc un crime contre la paix publique, frappé de la peine des travaux forcés à temps. L'article 267 ajoute : *sera puni de la réclusion, quiconque aura sciemment et volontairement favorisé les auteurs des crimes prévus à l'article 265, en leur fournissant des instruments de crime, moyens de correspondance, logement ou lieu de réunion*<sup>2</sup>.

Les textes précédents visent un but politique ou social, et se rapportent à des cas d'une portée limitée. On trouve une disposition beaucoup plus générale, réprimant comme délit distinct le recel de malfaiteurs dans l'article 61 alinéa 2 du Code pénal dont la rédaction présente date d'une ordonnance du 25 juin 1945. Dans la rédaction initiale du Code, l'incrimination dont il s'agit figurait sous l'article 248 ainsi conçu : *Ceux qui auront recélé ou fait receler des personnes qu'ils savaient avoir commis des*

1. Aux termes de l'art. 85 *in fine* et dans les cas visés par ce texte, l'exemption de peine tirée de l'article 248 du Code pénal (aujourd'hui l'article 61 al. 3, *infra* n° et fondée sur le rapport de parenté est facultative.

2. Citons depuis, dans le même esprit : la loi du 31 mars 1928 sur le recrutement de l'armée, article 91, qui punit celui qui a reçu ou pris à son service un homme recherché pour insoumission ; le décret-loi du 2 mai 1938, sur la police des étrangers, dont l'article 4 frappe d'emprisonnement et d'amende tout individu qui, par aide directe ou indirecte, aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irrégulier d'un étranger : *Aix*, (ch. corr.) 3 janvier 1939, *D. H.*, 39, 137. Jugé que l'hospitalité donnée par une mère à sa fille dépourvue de la carte d'identité n'est que l'accomplissement d'un devoir de famille, et ne suffit pas pour fonder le délit du décret du 2 mai 1938.

*crimes emportant peine afflictive seront punis de trois mois d'emprisonnement au moins, et de deux ans au plus.* Plus tard, devant le danger croissant né des groupements de malfaiteurs, est apparue la nécessité d'élargir les prévisions de la loi et d'aggraver la sanction. C'est ce qu'a entrepris, dans les circonstances spéciales nées de l'occupation, la loi précitée du 25 octobre 1941, *modifiant les articles 228 et 248 du Code pénal et portant obligation de dénoncer les crimes ou projets de crimes attentatoires aux personnes et de secourir les personnes en danger*<sup>1</sup>. Cette loi est aujourd'hui annulée et remplacée par l'ordonnance du 25 juin 1945 (*supra*, nos 116 et 118). L'incrimination de l'article 248 abrogé par cette ordonnance est désormais l'objet d'un alinéa 2 de l'article 61 du Code pénal : ce qui fait voisiner le recel des malfaiteurs communs avec le recel de brigands ; ce qui le rapproche également des délits d'omission prévus par les articles 62 et 63 nouveaux (*supra* nos 116 et 118), groupant des infractions dont le caractère commun est d'être dirigées contre l'administration de la justice.

L'article 61 alinéas 2 et 3 est ainsi conçu : *Ceux, qui en dehors des cas prévus ci-dessus (c'est-à-dire, en dehors du cas de recel de brigands) auront sciemment recélé une personne qu'ils savaient avoir commis un crime ou qu'ils savaient recherchée de ce fait par la justice, ou qui auront soustrait ou tenté de soustraire le criminel à l'arrestation ou aux recherches, ou l'auront aidé à se cacher ou à prendre la fuite, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à trois ans et d'une amende de 1.000 à 50.000 francs (aujourd'hui 5.000 à 250.000 francs) ou de l'une de ces deux peines seulement, le tout sans préjudice de peines plus fortes s'il y échet.*

*Sont exceptés des dispositions de l'alinéa précédent les parents ou alliés du criminel, jusqu'au quatrième degré inclusivement.*

L'analogie que crée la notion de recel entre l'infraction prévue par l'article 61, alinéa 1 et celle résultant des alinéas suivants justifie le rapprochement de textes effectué par l'ordonnance du 25 juin 1945. Mais il subsiste entre le recel de brigands (art. 61, al. 1<sup>er</sup>) et le recel de malfaiteurs communs (art. 61, al. 2 et 3) d'importantes différences.

Ce sont, aujourd'hui, les suivantes :

1° Tandis que l'article 61, al. 1 s'applique à des malfaiteurs d'habitude, à des brigands, l'article 61, al. 2 suppose que le malfaiteur recélé est l'auteur d'un crime<sup>2</sup>.

2° L'article 61, al. 1 suppose que le recel est contemporain de l'activité criminelle ; les malfaiteurs recelés, les brigands recueillis étaient au cours

1. L'art. 248 nouveau était ainsi conçu : *Ceux qui auront sciemment soit recélé ou fait receler une personne qu'ils présumaient fortement avoir commis un crime ou un délit punissable d'un an de prison au moins ou faire l'objet d'un mandat de justice, soit donné ou tenté de donner assistance à cette personne pour la soustraire aux recherches de l'autorité publique par quelque moyen que ce soit seront punis d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans. Dans les cas graves, les auteurs du recel ou de l'assistance pourront être retenus et punis comme complices.*

2. L'art. 248, dans sa rédaction initiale, visait les auteurs de « crimes emportant peine afflictive », terme qui excluait également les auteurs de délits *stricto sensu* et ceux de crimes n'emportant qu'une peine infamante. L'article 248 modifié par la loi du 25 octobre 1941 s'appliquait aux auteurs de crimes ou de délits punissable d'un an de prison au moins ou faisant l'objet d'un mandat de justice. — La large portée de cette disposition et de celles qui suivent procédait du but politique d'un texte dicté par la volonté de l'occupant.

de leurs exploits. Au contraire, le recel de l'article 61, al. 2, est postérieur à l'activité délictueuse<sup>1</sup>.

3° Tandis que, dans le cas de l'article 61, l'habitude du recel est requise, dans le cas de l'article 61, al. 2 il suffit d'un seul fait<sup>2</sup>.

4° L'élément moral de l'infraction est le même ; il faut, chez l'agent, la connaissance du caractère délictueux de l'activité de l'individu caché<sup>3</sup> ; mais dans le cas de l'article 61, al. 2, le législateur a tenu compte du mobile. Si la conduite du recéleur s'explique par des motifs d'affection légitime, le législateur l'absout (art. 61, al. 3)<sup>4</sup>.

5° Tandis que, dans le cas de l'article 61, al. 1, le recéleur est puni comme complice, dans le cas de l'article 61, al. 2, il est puni comme l'auteur d'un délit spécial<sup>5</sup>.

La notion du recel de malfaiteurs n'a pas cessé de s'élargir<sup>6</sup>. Il en est de même de celle du recel de choses.

**439. Le recel de choses.** — *Le recel de choses* consiste à garder sciemment par devers soi, en totalité ou en partie, des choses qui ont été enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit. Cette définition résultait de l'article 62 du Code pénal qui a été abrogé et remplacé par la loi de 1915.

1. C'est ce qu'impliquent, notamment, l'existence d'un « mandat de justice » visé par la loi du 25 octobre 1941 (art. 248 nouveau), ou le fait que le malfaiteur est « recherché par la justice » selon l'expression plus large contenue dans l'article 61 al. 2.

2. Ce fait est le recel, seul prévu par l'art. 61 dans sa rédaction initiale. Au recel, la loi du 25 octobre 1941 assimilait le fait d'avoir donné ou tenté de donner assistance au malfaiteur pour le soustraire aux recherches de l'autorité publique, par quelque moyen que ce soit. L'art. 61 al. 2 nouveau suppose que l'inculpé a soustrait ou tenté de soustraire le criminel à l'arrestation ou aux recherches, ou l'a aidé à se cacher ou à prendre la fuite. — La loi du 25 octobre 1941 avait annexé très artificiellement à l'article 228 relatif aux violences et voies de fait envers un magistrat un texte punissant celui qui, après un des délits spécifiés par la même loi (*supra* n° 115), contrecarre l'action du tiers de bonne volonté lancé à la poursuite du malfaiteur. C'était bien encore, comme le délit de l'article 248 et d'autres infractions prévues dans la même section du Code, un « délit contre l'administration de la justice. » Cette disposition, en relation directe avec les circonstances de l'occupation, est simplement annulée par l'ordonnance de 25 juin 1945.

3. La loi du 25 octobre 1941 n'exigeait pas, chez l'inculpé, une connaissance positive. Il suffisait que l'inculpé eût *présumé fortement* la commission, par l'individu recélé, d'un crime ou d'un délit... expression qui ouvrait la porte à l'arbitraire répressif. L'ordonnance du 25 juin 1945 reprend la formule initiale de l'article 248 : il faut que le prétendu recéleur ait su...

4. Le bénéfice de cette excuse, fondée sur la parenté, était également admis par la loi du 25 octobre 1941 (art. 248 nouveau *in fine*). Cette loi prévoyait une autre excuse pour le cas où la personne recélée ou assistée serait ultérieurement reconnue innocente. Elle postulait, par là, la création d'un cas encore inédit (*infra*, n° 1535) de révision.

5. La peine prévue par la loi du 25 octobre 1941 pour le recel de malfaiteurs, délit distinct, était plus forte : trois mois à cinq ans d'emprisonnement. De plus, dans les cas graves, le juge avait la faculté de retenir et de punir l'auteur du recel ou de l'assistance *comme complice*. Ainsi, par une disposition curieuse, et qui a soulevé des critiques justifiées, l'option entre la qualification *délit distinct* et la qualification *complicité* était livrée à l'arbitraire presque complet du juge (*supra* nos 118 et 436).

6. En dernier lieu, on peut rattacher à cette notion le fait, par le gérant d'un hôtel, pension, débit de boissons... ou lieu quelconque ouvert au public, d'y tolérer habituellement la présence de personnes se livrant à la prostitution. Ce fait est frappé par la loi du 13 avril 1946 (art. 335 nouveau du Code pénal) des peines qui atteignent le proxénétisme (*infra*, n° 876). Une peine moins sévère (art. 4 de la même loi) atteint celui qui tolère, dans le local privé dont il dispose à un titre quelconque, l'exercice habituel de la prostitution.

Avant d'envisager la répression du recel, il importe d'en préciser les éléments constitutifs, tels qu'ils ont été déterminés par l'article 62 du Code pénal, interprété par toute la jurisprudence postérieure. En effet, si la loi du 22 mai 1915 a modifié la qualification du recel de choses qui, au lieu d'être, comme à l'origine, un cas de complicité, est devenu un délit distinct, et s'il s'en est suivi de graves changements quant aux modalités de l'intervention répressive, les éléments intrinsèques de l'infraction sont restés les mêmes.

Quant à sa matérialité, le recel n'implique pas la dissimulation. Il suffit, pour en être coupable, d'avoir gardé par devers soi un objet provenant d'un crime ou d'un délit, généralement d'un vol (choses enlevées), une escroquerie (choses obtenues) ou un abus de confiance (choses détournées).

Quant à son élément moral, le recel implique la connaissance, chez l'agent, de l'origine délictueuse de l'objet. Le recel étant un délit continu<sup>1</sup>, dont la commission se prolonge tant que l'agent reste en possession de l'objet cette connaissance doit, semble-t-il, être requise à tous les moments de l'activité délictueuse : elle a dû exister le jour même de la réception de l'objet. Si l'inculpé était de bonne foi, et si, ayant appris plus tard la provenance de la chose, il en conserve néanmoins le dépôt, cette *mala fides superveniens* ne le constitue pas receleur. On tire argument, en ce sens, de l'article 1038 du Code civil qui ne prévoit, pour cette situation, qu'une sanction civile. Pourtant la Cour de cassation s'est prononcée en sens contraire<sup>2</sup>. Elle n'exige, ni que le receleur ait connu la nature, la date, le lieu du délit précédent, ni qu'il sache qui en étaient les auteurs<sup>3</sup>.

La tendance de la jurisprudence a élargi la notion légale du recel se manifeste surtout d'une façon remarquable, quant à la détermination de son objet. Contrairement à ce qu'on pourrait croire, elle n'exige pas que la chose recélée soit matériellement la même que celle qui a fait l'objet du délit précédent : il suffit qu'elle soit le produit de la vente de cette chose<sup>4</sup>. Il n'est pas requis qu'elle ait été reçue à titre gratuit : elle a pu l'être à titre onéreux par le receleur en suite d'un achat<sup>5</sup> ou en paiement d'une dette<sup>6</sup>. Et quant à la preuve de la provenance, la jurisprudence se montre peu exigeante, comme en témoigne une décision récente qui qualifie de receleur le bénéficiaire d'un chèque tiré sur l'actif d'un compte courant dans une banque qu'avait grossi l'activité d'un escroc<sup>7</sup>.

Cette tendance extensive s'explique par le rôle important que jouent les receleurs, en tant que *fauteurs* de l'activité délictueuse.

C'est pour mieux réprimer leurs agissements qu'est intervenue la réforme du 22 mai 1915.

**460. Le recel de choses, cas de complicité, dans la rédaction originiaire du Code pénal de 1810.** — Dans la rédaction originiaire du Code pénal de 1810, le recel était puni comme un acte de complicité, c'est-à-dire de la même peine que le délit précédent.

A cette solution, il n'existait qu'une exception, résultant de l'article 63 du Code pénal. Quand la peine de mort était prononcée contre l'auteur principal, le receleur ne pouvait être frappé que des travaux forcés à perpétuité.

1. Crim., 10 août 1878, D. P., 79, 1, 43 ; 31 août 1922, S., 23, 1, 237.

2. Crim., 10 août 1878, S., 78, 1, 385 ; 18 juin 1936, S., 37, 1, 193, note HUCQUENY.

3. De même, Paris, 14 déc. 1915, S., 1920, 2, 125.

4. Crim., 9 mars 1900, S., 1902, 1, 423.

5. Crim., 24 déc. 1869, D. P., 70, 1, 382.

6. Crim., 16 déc. 1871, S., 72, 1, 254.

7. Crim., 3 août 1935, Gaz. Pal., 25 oct. 1935 (affaire Stavisky). Cette décision semble difficilement conciliable avec la règle de l'indivisibilité du compte courant. L'objet du délit a perdu son identité, dès lors qu'il est devenu un élément du compte. Cf. notre chronique, dans la *Revue de Science criminelle*, ..., 1936, p. 243.

Ce système, qui traitait le receleur comme un complice, présentait de nombreux inconvénients.

1° L'auteur du délit principal et le receleur étaient frappés de peines identiques, généralement d'un emprisonnement et d'une faible amende. Cela n'était pas très heureux : les receleurs appartiennent le plus souvent à une catégorie sociale qui n'est pas celle des malfaiteurs ordinaires, des voleurs vulgaires. Ce sont des individus que leur métier enrichit, des professionnels dangereux et qui disposent généralement de ressources. Il est désirable qu'on leur inflige des peines pécuniaires atteignant un taux élevé ;

2° Le système de la loi qui faisait du recel un cas de complicité avantageait le receleur. Etant considéré comme un complice, la prescription de l'action publique courait à son profit dès le jour de la commission de l'acte principal, alors que le recel était peut-être intervenu longtemps après<sup>1</sup>. Or, pour un receleur, le moment dangereux est celui où il va essayer de vendre l'objet recélé. Les receleurs avaient un moyen très simple d'échapper aux poursuites : ils gardaient l'objet par devers eux jusqu'à ce que la prescription de l'action publique fût acquise ;

3° Il résulte des principes généraux sur la compétence que le receleur, envisagé comme un complice, doit être jugé par le même tribunal que l'auteur du délit principal. Si donc l'acte principal avait été commis par une personne étrangère ou simplement inconnue hors du territoire français, même si le recel s'était produit sur ce territoire, le receleur échappait à la compétence des juridictions françaises<sup>2</sup>. Il y avait bien l'extradition qui aurait permis de livrer le coupable aux autorités étrangères. Mais cette solution était souvent inapplicable, car la France n'extrade pas ses nationaux.

**401. La réforme du 22 mai 1915. Le recel délit distinct.** — C'est pourquoi la loi du 22 mai 1915 a abrogé les articles 62 et 63 du Code pénal et, profitant du vide qui résultait, dans le Code pénal, de l'abrogation récente des articles 640 et suivants relatifs à la police sanitaire des animaux, elle a inséré les textes nouveaux concernant le recel de choses à la place des dispositions supprimées.

Désormais, le recel est un délit *distinct*. Les conséquences fâcheuses du système précédent ont disparu.

1° Le recel pourra toujours être jugé par les tribunaux français, quand il aura eu lieu en France ;

2° La prescription de l'action publique ne commencera à courir qu'au moment où le receleur aura cessé d'être en possession de l'objet ; le recel est un délit continu<sup>3</sup>, à l'égard duquel la prescription ne commence à courir qu'à partir du moment où il a pris fin<sup>4</sup> ;

3° L'auteur du recel sera frappé des peines spéciales prévues par l'article 401 du Code pénal. Il s'agit de la peine du vol (1 à 5 ans d'emprisonnement). Il est possible que l'infraction précédente ne soit pas un vol ; le

1. Crim., 26 juin 1873, S., 73, 1, 345.

2. Crim., 19 avril 1888, S., 88, 1, 345 ; arg. art. 5 à 7, C. instr. crim.

3. Crim., 18 juin 1936, S., 37, 1, 193.

4. Crim., 30 mars 1939, 17 mai 1939. *Semaine juridique*, 1940, p. 1400.

receleur sera frappé, toujours, des peines de l'article 401. Il en résulte que le receleur d'objets provenant d'un abus de confiance pourra être puni plus éveroement que l'auteur du délit précédent (la peine de l'abus de confiance ne dépassant pas 2 ans d'emprisonnement).

Ajoutons que, le recel étant un délit distinct, la *tentative* et la *complicité* de recel sont désormais punissables, tandis qu'elles ne l'étaient pas auparavant.

Enfin, le législateur a établi, à l'égard du receleur, une amende d'un taux élevé. Le maximum de l'amende prononcée contre le voleur est de 500 francs (aujourd'hui, 30.000 francs). Contre le receleur, elle peut dépasser ce chiffre et s'élever jusqu'à la moitié de la valeur des objets recelés. L'amende est proportionnée au préjudice.

**462. Des conséquences du caractère accessoire que conserve le délit de recel.** — Cependant, le législateur n'a pas complètement rompu avec la tradition du recel, cas de complicité :

a) L'article 460 *in fine* dispose que, si le receleur a commis, vis-à-vis du délit principal, un acte de complicité autre que le recel, il sera puni comme complice ;

b) D'après l'article 461, si le fait qui a été commis avant le recel détermine une peine afflictive et infamante, elle sera infligée au receleur. Toutefois, la peine de mort ne pourra jamais lui être appliquée ;

c) Le receleur ne subira l'effet des circonstances aggravantes attachées au délit précédent que s'il les a connues ;

d) L'article 7 de la loi de 1915 dispose : *Lorsque les lois édictent des incapacités ou lorsqu'elles autorisent les tribunaux à les prononcer contre les individus condamnés pour vol, escroquerie, abus de confiance, soustraction commise par des dépositaires publics, leurs dispositions sont applicables aux individus condamnés pour avoir sciemment recélé, en tout ou en partie, des choses obtenues à l'aide de ces délits ;*

e) Il va de soi que la répression du recel est subordonnée à la condition que le fait qui a procuré les objets recelés tombe sous le coup de la loi pénale. Le recel reste « un délit de conséquence »<sup>1</sup>.

1. Hanoi, Ch. corr., 25 août 1936, *Semaine juridique*, 1936, p. 1375. D'où cette conséquence que le bénéfice de l'amnistie s'étend du délit qui a procuré les choses recélées au recel lui-même. Crim., 12 février 1925. *B. crim.*, n° 47, p. 85 ; 8 janv. 1926, *B. crim.*, n° 6, *Gar. Pat.*, 1926, 1, 377. Solution difficilement conciliable avec l'indépendance des deux infractions, au regard de la prescription.

## CHAPITRE III

### LE RÉGIME DES PEINES

**463. La science pénitentiaire. Son objet.** — Les matières comprises dans cette étude sont l'objet d'une science distincte : la *science pénitentiaire* : elle traite des questions relatives à l'exécution des jugements et des arrêts.

Ces questions ont une très grande importance en droit civil. Elles sont essentielles en droit pénal. Il ne suffit pas d'avoir un système de peines logiquement organisé ; il faut disposer des établissements pénitentiaires nécessaires pour en assurer la bonne exécution. On sait combien les installations, en France, furent défectueuses, jusque vers 1830 environ.

En France, comme à l'étranger, le régime des peines est constitué actuellement par des règlements administratifs, décrets, arrêtés ou circulaires. Le Code se borne à formuler quelques principes généraux. Pourtant ce sont les détails du régime qui donnent aux peines leur véritable physionomie. De leur bonne organisation dépend, en grande partie, l'efficacité d'un système répressif. S'inspirant de cette observation, on a proposé récemment de consacrer au régime des peines un code nouveau, le « Code d'exécution pénale »<sup>1</sup>.

**464. Définition de la peine.** — La *peine* est un châtement infligé à l'auteur d'une infraction. Elle a pour résultat immédiat de causer une souffrance. La notion de souffrance est inséparable de l'idée de peine. C'est elle qui permet de distinguer la peine d'autres procédés coercitifs.

La peine se distingue par là de la *mesure de police* qui intervient avant la commission du délit, pour le prévenir, empêcher qu'il se commette.

Il faut distinguer également la peine de la *réparation civile*, qui résulte d'une condamnation à des dommages-intérêts.

Il convient de signaler, entre la réparation civile et la peine, l'existence de la *peine privée*. Elle se rapproche de la condamnation civile, en ce qu'elle intervient pour la satisfaction d'intérêts particuliers ; elle s'en distingue en ce qu'elle ne consiste pas seulement dans la réparation d'un dommage ; elle peut excéder le préjudice causé par l'acte délictueux. Il en est ainsi en matière de recel d'objets compris dans une succession ou dans une communauté.

1. Voir, en ce sens, l'article de M. RAPPAPORT, dans la *Revue internat. de Droit pénal*, 1931, p. 34 ; les rapports au Congrès de Palerme, même Revue, 1931, pp. 348 et suiv., et le compte rendu des discussions de ce Congrès, *Revue internationale de Droit pénal*, 1933, pp. 144 et suiv. Des projets de Codes d'exécution des peines sont en voie d'élaboration en Pologne et au Brésil. MENDÈS DE ALMEIDA, *Le projet de Code pénitentiaire au Brésil*, *Revue de Science criminelle*, 1938, p. 182.

Enfin, il faut éviter de confondre la peine avec la *mesure de sûreté* qui s'est introduite progressivement, de nos jours, dans les législations répressives. La mesure de sûreté ressemble à la peine, car elle a comme elle pour objet d'assurer la protection sociale ; elle s'en distingue, en ce qu'elle veut atteindre ce but autrement qu'en déterminant une souffrance.

**465. Des buts de la peine.** — La peine étant ainsi définie et distinguée de sanctions voisines, il faut se demander quel est son but.

Il résulte des développements historiques qui ont fait l'objet de notre introduction qu'il y a, parmi les buts de la peine, une idée à reléguer à l'arrière-plan : celle de vengeance.

L'idée d'expiation doit aussi être considérée comme étrangère au droit pénal contemporain.

Notre législation actuelle exclut tous les moyens répressifs qui n'ont pour objet *que de faire souffrir*. C'est ainsi qu'on a aboli la *marque*, empreinte résultant de l'apposition d'un fer brûlant sur l'épaule du condamné. Instituée par l'article 20 du Code pénal, la loi du 28 avril 1832 l'a fait disparaître. C'est ainsi qu'on a supprimé également une autre peine, qui avait un caractère flétrissant : la peine du *carcan*. Elle a été remplacée d'abord par l'*exposition publique*, également humiliante, quoique à un degré moindre. Mais cette dernière a été abolie à son tour en 1848. Enfin, la loi du 28 décembre 1894 a abrogé les anciens articles 226 et 227 du Code pénal, qui obligeaient l'individu coupable d'outrages envers un magistrat à faire une réparation d'honneur à l'audience.

Il demeure sans doute, aujourd'hui, une mesure humiliante : c'est l'inscription de la condamnation au casier judiciaire, qui semble être une survivance de la marque. Mais si l'inscription au casier judiciaire figure dans nos lois actuelles, c'est qu'elle est nécessaire pour la constatation de la récidive.

L'idée d'expiation étant écartée, ce qui semble dominer dans notre système pénal, c'est la notion de *réforme morale* ; la peine tend au relèvement, à l'amendement du coupable. C'est ce qui rend son organisation particulièrement délicate et difficile. Cette idée est antérieure au christianisme ; on la trouve déjà exprimée dans les écrits de Platon<sup>1</sup>. Elle a reçu son développement le plus important au moyen âge, sous l'influence religieuse. On la voit reparaître, après une longue interruption, sous l'Ancien Régime, où domine la notion d'intimidation. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, elle inspire l'organisation de prisons cellulaires, aux Pays-Bas et en Italie. Elle reçoit son plein développement, affranchie de son caractère religieux, au XIX<sup>e</sup> siècle, grâce aux efforts de l'*Ecole pénitentiaire* constituée sous la Monarchie de Juillet. Enfin, c'est de cette tendance que procède la réforme du régime des prisons, qui se réalise notamment aux Etats-Unis, en Italie et en Belgique, sous l'influence d'idées humanitaires.

Mais cette notion n'est pas exclusive. Il existe, en effet, des catégories de délinquants qui sont considérés, soit par le juge, soit en vertu d'une présomption de la loi, comme incorrigibles. A leur égard, il faut recourir à l'espoir d'un relèvement. La peine intervient alors comme un *moyen d'élimination*.

1. M. JODELET, *La Conception de la Peine chez Platon*, thèse, Paris, 1926, pp. 232 et suiv.

Il faut constater, enfin, que devant l'échec de la politique pénitentiaire qui se propose comme but principal le relèvement du coupable, une tendance se manifeste, affirmée par l'*Union internationale de droit pénal*, représentée ensuite par la politique criminelle de certains Etats, et notamment de l'Allemagne, qui a pour objet de mettre l'accent sur le rôle de la peine en tant que moyen de *prévention collective*, d'intimidation générale vis-à-vis des délinquants éventuels.

Il règne donc une grande complexité dans les buts de la peine ; c'est elle qui explique l'extrême variété des moyens répressifs.

### 1° DE LA CLASSIFICATION DES PEINES

**466. Notions historiques.** — La diversité des peines augmente, au fur et à mesure que la civilisation se développe et se raffine. Elle augmente avec la variété des infractions.

A l'époque germanique, on est frappé de l'uniformité des moyens répressifs. Les peines pécuniaires jouent un rôle dominant, presque exclusif.

Sous notre Ancien Régime, grâce à la politique d'intimidation et à l'imagination des criminalistes des xiv<sup>e</sup>, xv<sup>e</sup> et xvi<sup>e</sup> siècles, on constate une très grande variété de châtiments. Les peines privatives de liberté ne jouent qu'un rôle très effacé ; mais les peines corporelles abondent.

Le Code pénal de 1810 occupe, au point de vue de la diversité des châtiments, une situation intermédiaire.

Depuis cette époque, on a créé des pénalités nouvelles, notamment les peines coloniales ; en particulier, la *déportation dans une enceinte fortifiée* et la *relégation*. Une sanction pénale qui avait disparu a réapparu pendant la guerre de 1914-1918, c'est la *confiscation générale*.

**467. Principes de classification.** — On peut classer les peines en se plaçant aux points de vue suivants : 1° en s'inspirant de leur but ; 2° de leur taux ; 3° de leur gravité respective ; 4° des rapports qu'elles ont entre elles ; 5° de la nature du bien qu'elles frappent.

**468. Classification des peines d'après leur but social.** — En considérant le *but social* de la peine, on peut établir trois grandes catégories.

En premier lieu, les peines d'*intimidation pure* ou d'*avertissement*. Elles sont infligées, soit pour des délits d'imprudence, soit pour des infractions intentionnelles de faible gravité. A cette catégorie appartiennent toutes les peines pécuniaires : amende, confiscation, et les peines privatives de liberté de faible durée, c'est-à-dire ne dépassant pas trois mois d'emprisonnement. Pendant cette courte période, on ne peut espérer le relèvement du condamné.

En second lieu, les *peines réformatrices*, peines privatives de liberté, orientées vers le relèvement du détenu. C'est, au premier chef : l'emprisonnement de plus longue durée, c'est-à-dire de trois mois jusqu'à son maximum, qui est cinq ans. A cette catégorie appartiennent encore la réclusion, peine privative de liberté de nature criminelle, qui dure de 5 à 10 ans, la peine des travaux forcés à temps, dont le minimum est 5 ans, et qui se subit aux colonies. Cette peine, quand elle atteint la durée de 8 ans, joue plutôt le rôle d'une peine éliminatoire.

En troisième lieu, les peines purement *éliminatoires*. On citera parmi elles : d'abord celles qui frappent les grands criminels, c'est-à-dire la mort, les travaux forcés à perpétuité, puis une mesure atteignant les malfaiteurs que le nombre de leurs infractions fait considérer comme incorrigibles : la relégation.

D'un point de vue plus général, on peut distinguer, parmi les moyens répressifs, ceux qui sont dirigés vers la *prévention collective* (intimidation) et, d'autre part, ceux qui poursuivent la *prévention spéciale*, individuelle (*réformation morale* ou *élimination*). Mais il faut reconnaître que certaines peines visent à la fois ces deux buts. Il en est ainsi des longues peines d'emprisonnement, qui sont afflictives ou réformatrices, pour celui qui les subit, mais qui sont destinées aussi à intimider les délinquants éventuels.

Il est parfois difficile de concilier, d'associer, quant aux modalités de la peine, ces deux idées. Ainsi, il est d'usage, dans le régime des peines privatives de liberté, d'encourager la bonne conduite des détenus en la récompensant par de menues faveurs, et par la libération conditionnelle. Si on multipliait ces faveurs, on obtiendrait peut-être un résultat utile, dans le sens de l'amendement, mais on risquerait de porter atteinte à la valeur intimidante du châtimement. De même, l'institution du sursis, qui résulte de la loi du 26 mars 1891, est bienfaisante en ce qu'elle communique au bénéficiaire un intérêt certain à se bien conduire. Mais si on en prodigue le bénéfice, on court le risque que la menace de la peine cesse d'être efficace, étant compensée par l'espoir d'une excessive indulgence.

**469. Classification fondée sur le mode de calcul.** — Une seconde classification des peines est fondée sur leur mode de calcul.

Le système des peines *fixes*, qui a été adopté par l'Assemblée constituante, et introduit dans le Code pénal de 1791, s'oppose à l'arbitraire des peines, en vigueur sous l'Ancien Régime. Il existe encore, dans quelques cas, à l'heure actuelle. C'est ainsi que, dans l'article 304 du Code pénal, on trouve, en ce qui concerne le meurtre, une peine fixe, celle des travaux forcés à perpétuité.

Mais aujourd'hui la tendance à l'individualisation des peines vient limiter le caractère légal et la fixité de la peine. Elle se traduit par le pouvoir laissé au juge de faire varier la peine entre le *maximum* et le *minimum* indiqués par la loi, de choisir entre deux ou plusieurs modes de peines, eux-mêmes déterminés dans les limites d'un maximum et d'un minimum (l'emprisonnement et l'amende par exemple) ; de prononcer, avec une ou deux peines principales, une peine *complémentaire*, telle que l'interdiction de séjour. Elle se traduit encore par l'institution des *circonstances atténuantes*, dont les effets sont singulièrement étendus depuis la loi du 28 avril 1832. Le Code pénal hollandais de 1881 va plus loin ; les dispositions de sa partie spéciale n'assignent à la peine aucune limite *minima*, ce qui, même à l'égard de l'emprisonnement, qui est la sanction la plus grave, donne au juge la faculté constante d'en abaisser la durée jusqu'à un jour. Le pouvoir d'individualisation judiciaire est encore étendu chez nous, par l'institution du *sursis*<sup>1</sup>.

La tendance individualisante se manifeste, d'autre part, par les pou-

1. SALBILLES, *L'Individualisation de la Peine*, 4<sup>e</sup> éd. par MORIN, Paris, 1927.

voirs attribués au gouvernement et à l'administration pénitentiaire, en ce qui concerne la durée effective de la peine. Il s'agit d'abord du *droit de grâce* appartenant au chef de l'Etat, aboli un moment par la Révolution française, mais bientôt ressuscité. Les pouvoirs de l'administration pénitentiaire résultent de l'institution de la *libération conditionnelle* (loi du 14 août 1885). Ils seraient plus étendus, si on introduisait en France une institution qui a pénétré dans certaines législations étrangères : celle de la *sentence indéterminée*.

**470. Classification fondée sur la gravité relative des peines.** —

On peut, en troisième lieu, classer les peines d'après leur gravité relative.

On peut opposer, à ce point de vue, les peines perpétuelles et les peines temporaires. Mais cette division n'a pas un caractère général, elle concerne uniquement les peines privatives de liberté.

En ce qui concerne la gravité de la peine, notre législation distingue les peines *criminelles*, les peines *correctionnelles* et les peines de *simple police*. C'est là une classification essentielle dans notre droit positif ; elle figure à l'article premier du Code pénal et sert de base à la division fondamentale des infractions.

A cet égard, la même peine peut appartenir à plusieurs catégories. C'est ainsi que l'interdiction de séjour et la relégation interviennent, tantôt comme peines correctionnelles, tantôt comme peines criminelles. De même la confiscation spéciale, ou encore la publicité de la condamnation pénale jouent, selon les cas, le rôle de peines criminelles, correctionnelles ou de simple police.

**471. a) Les peines criminelles : subdivisions.** — Parmi les peines dites criminelles, on distingue les peines *afflictives et infamantes* et les peines *simplement infamantes*.

**472. Peines afflictives et infamantes, et peines simplement infamantes.** — Le législateur oppose ces deux catégories de peines aux peines correctionnelles. Cette opposition est fondée, comme le sens du mot l'indique, sur l'idée que les grands criminels sont des malfaiteurs inamendables, du relèvement desquels on doit désespérer, tandis que les auteurs d'infractions légères sont corrigibles. Les premiers seront donc frappés de peines afflictives, infamantes, et les autres de peines correctionnelles.

Malheureusement, l'expérience a montré que cette idée est fautive. Il est inexact que les chances d'amendement d'un condamné soient toujours en raison inverse de la gravité de l'infraction commise. Des hommes qui ont commis des crimes graves, sous l'influence de circonstances malheureuses, sont susceptibles de repentir ; en revanche, on rencontre, parmi les vagabonds et les petits voleurs, de nombreux incorrigibles. La terminologie de la loi est donc regrettable, et l'on est surpris de la voir maintenue par l'article premier du projet de Code pénal français.

L'erreur que nous venons de dénoncer n'est pas dépourvue de conséquences. L'article 232 du Code civil dispose : *La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante sera pour l'autre époux une cause de divorce*. La demande en divorce pourra donc se fonder sur une condamnation à une peine criminelle. Or, celle-ci ne sera pas toujours significative du déshon-

neur (soit, par exemple, la déportation, peine politique). Au contraire, l'auteur d'une infraction correctionnelle grave, comme le vol ou l'outrage public à la pudeur, ne risquera pas de voir introduire de ce chef une instance en divorce. La jurisprudence corrige, en fait, cette inégalité. Lorsqu'une condamnation correctionnelle est intervenue, le Tribunal la considère comme une *infure grave* pour le conjoint, qui est d'autre part, comme on sait, une cause de divorce.

Parmi les peines criminelles, le législateur sépare les peines *afflictives et infamantes*, qui atteignent le condamné dans sa liberté ou sa vie : peine de mort, peine des travaux forcés, réclusion, et les peines *infamantes* qui l'atteignent principalement dans sa considération et sa capacité juridique, ses droits de cité et de famille : bannissement et dégradation civique. Ici encore, la terminologie légale est en défaut. Parmi les peines infamantes, il en est une, en effet, qui produit des effets afflictifs certains, c'est le bannissement. D'ailleurs la distinction des peines afflictives et infamantes et des peines seulement infamantes est dépourvue d'intérêt pratique, hors le cas de l'interdiction légale, qui s'attache seulement aux premières (art. 29 C. pénal), et celui de l'article 232 du Code civil, précédemment cité.

**473. Peines politiques et peines de droit commun.** — Beaucoup plus intéressante est la distinction des peines de *droit commun* et des peines *politiques*. Cette distinction, esquissée par le législateur de 1810 qui institua la *déportation*, peine politique, a été complétée en 1832, et parachevée en 1848 par la suppression de la peine de mort en matière politique. Cette dernière a été remplacée, quelques années plus tard, par la *déportation dans une enceinte fortifiée*.

Voici, par ordre de gravité descendante, les peines criminelles de droit commun : ce sont : la peine de mort, la peine des travaux forcés à perpétuité, la peine des travaux forcés à temps de 5 à 20 ans, et la réclusion de 5 à 10 ans.

Voici, maintenant, la liste des peines politiques, par ordre de gravité descendante : la déportation dans une enceinte fortifiée, peine perpétuelle, la déportation simple, peine également perpétuelle, mais dont le régime est moins dur, la détention de 5 à 20 ans, le bannissement et la dégradation civique.

Il est utile de posséder *deux échelles de peines* criminelles, l'une de droit commun et l'autre politique. Tout d'abord, au point de vue de la récidive. La récidive a pour conséquence une aggravation de peine. Mais il faut monter d'un degré sur l'échelle où l'on se trouve : on ne passe pas, sauf de rares exceptions prévues par la loi<sup>1</sup>, de l'échelle politique à l'échelle de droit commun, ni inversement. Ensuite, pour l'application des *circonstances atténuantes*, qui n'entraînent, en aucun cas, le passage d'une échelle à l'autre.

La distinction des peines politiques et des peines de droit commun résulte, non des articles 7 et 8 du Code pénal qui contiennent, sans appliquer ces qualifications, l'*échelle générale des peines*, mais des articles 56 et 463 du Code pénal, dont le premier règle le calcul de l'aggravation au cas de récidive, et le second détermine l'effet des circonstances atténuantes.

1. Voir, notamment, l'article 198 du Code pénal. Ci-dessous, n° 800.

Il est utile aussi d'avoir une *échelle générale des peines*, comprenant à la fois les peines politiques et les peines de droit commun. Il est intéressant de savoir si la détention, par exemple, peine politique, doit être considérée comme plus rigoureuse que la réclusion, peine de droit commun. L'intérêt se présente, notamment, au cas de cumul d'infractions. C'est un principe que, lorsqu'un délinquant a commis plusieurs infractions à la loi pénale, les peines ne se cumulent pas ; on lui inflige la peine la plus grave. Si l'agent s'est rendu coupable, coup sur coup, d'un crime de droit commun et d'un crime politique, pour lesquels il encourt la réclusion et la détention, il ne devra subir que la plus sévère des deux.

L'échelle générale des peines criminelles figure aux articles 7 et 8 du Code pénal.

**474. b) Les peines correctionnelles.** — Les peines *correctionnelles* sont énumérées par l'article 9 du Code pénal.

Ce sont : 1° l'emprisonnement de 11 jours à 5 ans, qui comporte obligation au travail ; 2° l'interdiction de certains droits civils, civiques et de famille (art. 9 et 42 du C. pénal) ; 3° l'amende supérieure à 6.000 francs (art. 179 nouveau du C. d'inst. crim)<sup>1</sup>, le maximum n'étant pas fixé d'une façon générale, mais étant déterminé pour chaque infraction.

La distinction des peines politiques et des peines de droit commun n'existe pas en matière correctionnelle. Mais les différences de régime, suivant la nature de l'infraction, résultent d'actes du pouvoir exécutif.

**475. c) Les peines de simple police.** — Enfin, les peines de simple police sont énumérées par l'article 464 du Code pénal.

Ce sont : l'emprisonnement de 1 à 10 jours et l'amende de 50 francs jusqu'à 6.000 francs inclusivement (art. 466 nouveau C. pénal)<sup>2</sup>. Il faut y ajouter la confiscation spéciale (art. 137 nouveau C. inst. crim.).

**476. Classification des peines d'après le rapport qu'elles présentent entre elles.** — On peut encore classer les peines d'après leurs rapports entre elles. On distingue ainsi des peines *principales*, *accessoires* et *complémentaires*.

Les peines *principales* constituent la sanction proprement dite du délit. Elles ne sont subies que si elles sont prononcées expressément par le juge, et pour la durée fixée par lui.

1. Ces chiffres concernant l'emprisonnement et l'amende datent de l'ordonnance du 4 oct. 1945 qui a élargi la catégorie des contraventions aux dépens de celle des délits correctionnels, et qu'a suivie la loi du 24 mai 1946, quintuplant le taux des amendes.

A l'origine, la peine minima, en matière correctionnelle, comprenait six jours d'emprisonnement et seize francs d'amende ; le premier chiffre s'est élevé à onze jours par l'effet de l'ordonnance du 4 oct. 1945 ; le second dépasse 1.200 francs depuis cette ordonnance, 6.000 francs depuis la loi du 24 mai 1946 (art. 179 nouveau C. instr. crim. ; *supra*, n° 150 ; *infra*, n° 664 bis).

2. Voir la note précédente. Avant l'ordonnance du 4 oct. 1945, l'emprisonnement de simple police allait de un à cinq jours, l'amende de 1 à 15 francs. La durée maxima de l'emprisonnement a été portée à dix jours par l'ordonnance. Le montant de l'amende s'est élevé successivement à 12 et 180 francs (loi du 26 juill. 1941, *infra*, n° 664) ; 12 et 1.200 francs (ordonnance du 4 oct. 1945, *supra*, n° 150) ; 50 et 6.000 francs (loi du 24 mai 1946, *infra*, n° 664 bis).

Les peines *accessoires* s'ajoutent, de plein droit, à la peine principale ; ce sont : l'interdiction légale, la dégradation civique, la double incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit (qui frappe le condamné à une peine perpétuelle), l'interdiction de séjour, la publicité par affiche des arrêts portant condamnation à une peine criminelle (art. 36 C. pénal), et quelques incapacités particulières, comme celle d'être juré.

Les peines *complémentaires* s'ajoutent à la peine principale, mais elles ne sont subies que si le juge les a formellement prononcées.

La peine complémentaire intervient parfois comme peine *obligatoire* pour le juge ; telle est, en général, la relégation. D'autres fois, elle est simplement *facultative* ; il en est ainsi de la confiscation spéciale.

Il est à noter que le législateur du 27 mai 1885 a qualifié la relégation de peine accessoire, alors que le terme de peine complémentaire serait plus justifié.

La même peine peut d'ailleurs intervenir, tantôt comme peine principale, tantôt comme peine accessoire. Il en est ainsi de la dégradation civique et de l'interdiction de séjour. Ainsi l'agent qu'une excuse absolue a affranchi de toute condamnation à la peine principale prévue par la loi, est frappé, pour des raisons de sûreté publique, de l'interdiction de séjour (art. 108). Cette dernière intervient alors, exceptionnellement, à titre principal. Mais d'autres fois, l'interdiction de séjour est une peine accessoire ; d'autres fois encore, c'est une peine complémentaire.

**477. Classification fondée sur la nature du bien atteint par la peine.** — Enfin, il est une cinquième classification, fondée sur *la nature du bien que la peine atteint*.

Le condamné peut être frappé dans sa vie, dans sa liberté, dans sa propriété, dans ses droits, ou dans son honneur. C'est la division la plus simple, dont le législateur du Code pénal ne s'est inspiré qu'approximativement, en traitant : 1<sup>o</sup> dans un chapitre premier, des peines en matière criminelle (art. 12 à 36) ; 2<sup>o</sup> dans un chapitre II, des peines en matière correctionnelle (art. 40 à 43) ; 3<sup>o</sup> dans un chapitre III (art. 44 à 45), *des peines et des autres condamnations qui peuvent être prononcées pour crimes ou délits* (peines restrictives de liberté, peines pécuniaires, contrainte par corps).

C'est également à cette classification que se conformeront les explications suivantes. Nous insisterons sur les peines qui portent atteinte à la liberté.

On aura soin de distinguer des peines *privatives de liberté* proprement dites celles qui sont simplement *restrictives de liberté*, telles que le bannissement et l'interdiction de séjour. Notre législation connaît encore des peines restrictives d'une portée limitée, telles que le bannissement local. L'article 229 du Code pénal prévoit une peine de ce genre pour le cas de voies de fait sur la personne d'un magistrat. L'article 635 du Code d'instruction criminelle inflige à celui qui, par la prescription, échappe à l'application d'une peine criminelle, l'interdiction de résidence et l'assignation de domicile. Il faut citer encore l'interdiction temporaire ou définitive du territoire français (lois du 12 février 1924, du 18 août 1936, etc.) infligée aux étrangers coupables d'atteintes au crédit de l'Etat.

Enfin, on aura soin de distinguer de la peine proprement dite les « mesures de sûreté », au nombre desquelles les mesures d'éducation destinées aux mineurs jouent, à l'heure actuelle, un rôle prépondérant.

## 2° CARACTÈRES COMMUNS A TOUTES LES PEINES.

**478. Enumération.** — Les caractères communs à toutes les pénalités sont : 1° la légalité; 2° l'égalité; 3° la personnalité.

**479. Légalité des peines.** — On a signalé précédemment l'influence du juge et de l'administration pénitentiaire sur la durée de la peine. Néanmoins, les peines restent *légales*, en ce que leur taux maximum est fixé par la loi et ne peut jamais être dépassé.

**480. Egalité des peines.** — Le second principe est celui de l'*égalité* des peines. Les peines sont égales : il ne peut intervenir de différence entre les délinquants tenant à des circonstances personnelles, tenant notamment à la catégorie sociale à laquelle ils appartiennent<sup>1</sup>.

Cependant, il faut signaler certaines restrictions à cette règle.

Si les peines sont égales en droit, cela ne veut pas dire que le mal infligé par chacune d'elles à celui qui la subit soit constant. Il est certain, en fait, que la souffrance varie selon certaines qualités du sujet passif. L'emprisonnement pèse plus durement sur le riche qui jouit ordinairement d'une existence confortable que sur un mendiant sans domicile. On a remarqué que les détenus que la peine privative de liberté afflige le plus réellement sont souvent les moins corrompus : ils souffrent davantage du contact des autres.

Il est, en particulier, une peine au sujet de laquelle il est difficile d'obtenir l'égalité : c'est l'amende. Une même amende sera plus ou moins afflictive suivant la fortune du condamné. Ainsi se justifient les propositions récentes tendant à établir une certaine proportionnalité du montant de l'amende aux revenus de l'intéressé.

Il existe aussi des inégalités de droit. Le législateur oblige quelquefois le juge à tenir compte de certaines qualités ou de l'exercice de certaines professions pour se montrer plus sévère. C'est ainsi que l'article 198 du Code pénal prononce une aggravation générale de la peine infligée aux fonctionnaires, qui se sont rendus coupables de crimes ou de délits qu'ils étaient chargés de prévenir ou de réprimer. C'est ainsi, encore, que la qualité de domestique est, aux termes de l'article 386 du Code pénal, une circonstance aggravante du vol. On sait que le sexe et l'âge influent sur le mode d'exécution, dans certaines peines privatives de liberté.

**481. Personnalité des peines.** — Le troisième caractère de la peine, qui est également en réaction contre les pratiques de l'antiquité et de l'Ancien Régime, c'est sa *personnalité*. La peine doit atteindre uniquement la personne du condamné; il serait inique qu'elle fît souffrir ses proches.

Sous l'Ancien Régime, le crime de lèse-majesté avait pour conséquence

1. Ce principe, communément admis, est étranger au droit soviétique qui, dans la période transitoire préparant l'avènement du communisme intégral, se présente comme un *droit de classe*. Non seulement le Code pénal de 1926 prévoit des aggravations de peines contre les *koulaks*, ou possédants (art. 61), mais il est tenu compte, dans le régime des *mesures de défense sociale*, qui remplacent les peines, de la « *provenance de classe* ». NAPOLITANO, *La politica criminale sovietica*, pp. 49 et suiv.

la mort pour son auteur et le bannissement, ainsi que la confiscation des biens, pour les membres de sa famille. Parmi les théoriciens postérieurs, on peut citer Joseph de Maistre, à qui le principe de la personnalité des peines ne semble pas incontestable. Mais le droit public contemporain le proclame.

Toutefois, il faut faire les observations suivantes :

Il est dans la nécessité des choses que l'effet moral de la condamnation frappe par contre-coup les membres de la famille ; une peine privative de liberté infligée à un père de famille aura des conséquences pécuniaires dommageables pour sa femme et ses enfants.

Ajoutons qu'il existe, sur le terrain du droit même, des exceptions au principe de la personnalité de la peine.

C'est une règle de droit que l'amende, dès lors qu'elle résulte d'une condamnation définitive, peut être recouvrée contre les héritiers du condamné. Cet effet collectif s'attache également à la confiscation générale, malgré les atténuations qu'ont introduites, en la restaurant, la loi de 1918 et le décret-loi de 1939, contre les attentats à la sûreté extérieure de l'Etat. (*infra* n° 679).

De plus, quand deux délinquants sont condamnés à une amende pour le même délit, ils sont *solidaires*, c'est-à-dire que si l'un d'eux est insolvable, son coauteur sera tenu de payer la totalité de l'amende (art. 55 du C. pénal).

La loi édicte, dans un certain nombre de cas, une responsabilité civile qui pèse sur certaines personnes, touchant le paiement des amendes infligées à autrui. C'est ce qui a lieu, en particulier, pour les *amendes fiscales*, qui occupent une situation intermédiaire entre les amendes pénales et les dommages-intérêts. Cela est vrai aussi de certaines amendes pénales. Soit l'article 36 de la loi de 1905, sur la séparation des Eglises et de l'Etat. Aux termes de cette disposition, les associations cultuelles sont responsables civilement du montant des amendes prononcées contre leurs préposés, c'est-à-dire les ministres du culte, qui se seraient rendus coupables de certaines infractions.

Il faut noter surtout le développement, depuis le milieu du xix<sup>e</sup> siècle, de la responsabilité pénale du fait d'autrui. Il n'y a pas de responsabilité pénale sans faute ou sans dol ; mais l'auteur du dol, ou de la faute, peut être distinct de celui à qui est imputable « l'objectivité matérielle du délit » comme disent les Italiens. Ce dernier ne doit pas rester en dehors de la répression. La responsabilité pénale de l'auteur moral s'ajoute, même en dehors des cas de complicité punissable, à celle de l'agent physique<sup>1</sup>.

La faute dont il s'agit peut consister dans une abstention. Soit le chef d'une industrie ou d'une entreprise réglementée, qui est tenu de surveiller ses ouvriers<sup>2</sup>, et qui se voit frapper d'une amende pénale à cause d'une

1. Cass., 21 nov. 1856, *B., crim.*, n° 362 ; 26 août 1859, *S.*, 59, 1, 973 ; 21 juin 1866, *S.*, 67, 1, 272 ; 26 juillet 1872, *S.*, 73, 1, 44 ; 30 déc. 1892, *S.*, 94, 1, 201, note VILLEY, 19 avril 1894, *S.*, 94, 1, 301 ; 21 déc. 1907, *D. P.*, 1910, 1, 169, note DELANNEY, *S.*, 1910, 1, 593, note ROUX ; 1<sup>er</sup> déc. 1923, *D. P.*, 24, 1, 77, note HENRY. Cf. M. COSTES, De quelques considérations sur la responsabilité pénale du fait d'autrui, *Revue de science criminelle*, 1939, p. 628.

2 D'où l'exemption de sa responsabilité, s'il a délégué la direction du service local où l'infraction a eu lieu à un directeur, gérant ou préposé qui le représente comme chef

infraction aux règlements qu'il n'a ni inspirée, ni peut-être connue et qu'un de ses ouvriers a commise. Sur ce point la jurisprudence a frayé la voie au législateur<sup>1</sup>.

Outre les textes insérés au Code du travail (livre II, art. 59), on citera : l'article 11, § 4, du décret du 12 novembre 1938 relatif à la réglementation des prix, d'où il résulte que la responsabilité pénale du chef d'entreprise n'est pas subordonnée à la constatation d'un acte de participation directe à l'infraction, ou à l'un des modes de complicité énumérés par le Code pénal<sup>2</sup>. Cette disposition se retrouve dans le décret du 9 septembre 1939, article 12<sup>3</sup>, dans la loi du 21 octobre 1940, modifiant, complétant et codifiant la législation sur les prix, article 67<sup>4</sup>, et en dernier lieu dans l'ordonnance du 30 juin 1945 qui réprime les infractions à la législation économique, article 56.

La faute peut consister encore dans un acte positif, une imprudence. Soit le propriétaire d'une automobile qui, l'ayant confiée à un tiers non qualifié pour la conduire, se trouve être la cause indirecte d'un accident<sup>5</sup>.

Les exemples que nous venons de citer impliquent l'existence d'un rapport contractuel entre l'auteur moral, et l'agent physique du délit<sup>6</sup>. Mais cette circonstance n'est pas exigée de façon constante. Il peut suffire d'un rapport quasi-contractuel, né d'une gestion d'affaires<sup>7</sup>, ou même d'un rapport délictuel : l'auteur matériel de l'acte imputé s'y est vu contraint par une faute antérieure commise, à son préjudice, par l'auteur moral<sup>8</sup>. Il n'est même pas nécessaire qu'un rapport quelconque, de fait ou de droit, préexistât entre les agents : il suffit d'établir que la faute de l'auteur

immédiat : *Crim.*, 18 décembre 1936, *Gaz. Pal.* 19 janv. 1937. Cf. *Crim.* 30 octobre 1942, *S.* 1943, 1, 73. Jugé que l'administrateur provisoire d'une société juive, étant tenu de toutes les obligations imposées à cette société par des arrêtés de police, est, à bon droit, déclaré pénalement responsable du défaut de balayage du trottoir devant un magasin dépendant de cette société. Il ne peut substituer à sa responsabilité propre ni celle du directeur technique qu'aucun contrat de gérance ne liait au chef d'entreprise, ni celle du directeur d'une succursale.

1. *Cass.*, 3 avril 1857, *P.*, 58, 1, 34 ; 26 août 1859, *S.*, 59, 1, 793 ; 30 décembre 1892 et 12 mai 1893, *S.*, 94, 1, 201, note VILLEY ; 19 avril 1894, *S.*, 94, 1, 201 ; 4 août 1905, *S.*, 09, 1, 474 ; 21 décembre 1907, *S.*, 1910, 1, 593, note ROUX ; 28 juin 1917, *S.*, 20, 1, 329, note ROUX ; 24 décembre 1925, *S.*, 27, 1, 234 ; 11 décembre 1934, *S.*, 35, 1, 313 ; 6 janvier et 2 mars 1928, *S.*, 29, 1, 238. *Trib. corr. Seine*, 29 février 1936, *S.*, 36, 2, 111.

2. *Crim.*, 15 mars 1940, *Gaz. Pal.*, 15-16 mai 1940 ; 18 septembre 1940, *Gaz. Pal.*, 4-8 octobre 1940, notre chronique, *Revue*, 1940, p. 378.

3. *Crim.*, 20 mars 1941, *J. C. P.*, 1941, Hausse illicite, 1736.

4. *Crim.* 21 octobre 1943, *S.*, 1944, 1, 97 ; *Crim.*, 23 juin 1944, *D.P.* 1945, *J.*, 83, 20 avril 1945, *D.*, 1946, *J.*, 37.

5. *Cass.*, 23 juin 1904, *S.*, 06, 1, 247 ; 4 août 1905, *D. P.* 07, 1, 201, note LEGRIS ; 24 juillet 1920, *D. P.*, 21, 1, 30 ; 7 décembre 1937, *S.*, 38, 1, 31. — Voir encore : pour le cas du propriétaire responsable des contraventions à l'obligation de balayage ou arrosage commises par ses locataires : *Cass.*, 28 juin 1861, *S.*, 61, 1, 1022 ; 29 mai 1880, *S.*, 81, 1, 238 ; 3 décembre 1880, *S.*, 81, 1, 485 ; 22 octobre 1936, *S.*, 38, 1, 37. — De même : *Cass.*, 13 mars 1897, *S.*, 97, 1, 514 ; 12 février 1904, *S.*, 1904, 1, 253 (police du roulage et de l'automobilisme) ; 18 février 1927, *D. H.*, 27, 125 ; 11 mai 1937, *D. H.*, 38, 8 ; 27 novembre 1940, *Gaz. Pal.*, 14 janvier 1941 ; *Trib. corr. Seine*, 8 novembre 1940, *Gaz. Pal.*, 22-23 novembre 1940 ; *Trib. corr. Saint-Nazaire*, 12 novembre 1940, *Gaz. Pal.*, 22-23 novembre 1940.

6. *Crim.*, 29 mai 1880, *S.*, 81, 1, 238. Sur les contrats de préposition, note ROUX, *S.*, 1920, 1, 329.

7. *Trib. corr. Montpellier*, 11 octobre 1933, *S.*, 34, 2, 66.

8. *Crim.*, 7 décembre 1906, *S.*, 1910, 1, 49 ; Note J. A. ROUX.

moral est une des causes, la cause indirecte, du préjudice occasionné par le délit, et qui pouvait être prévu<sup>1</sup>.

Cette évolution, qui accroît l'importance de l'élément psychologique de l'infraction, est assez conforme à l'esprit du nouveau droit pénal *autonome*, qui est un droit volontaire (*Willensstrafrecht*). D'aucuns, sans approuver cette dernière tendance, y voient une marque de la *spiritualisation* progressive du droit pénal.

Une dernière exception concerne les *mesures de sûreté*. Les mesures de sûreté sont loin d'avoir un caractère strictement personnel. Supposons que, dans un débit de boissons, on ait, contrairement à la loi, vendu de l'absinthe. En pareil cas, la Cour de cassation a prononcé (Crim., 17 février 1916, S. 1918, 1, 23) à titre de mesure de sûreté, la fermeture du débit, alors cependant que le patron n'était pas responsable personnellement du délit, puisqu'il était alors mobilisé<sup>2</sup>. La matière est réglée, aujourd'hui, par la loi du 1<sup>er</sup> octobre 1917 sur la répression de l'ivresse publique, et par celle du 24 septembre 1941, dont il sera question plus loin.

## SECTION I

### DE LA PEINE DE MORT

**482. Ses caractères juridiques et son objet.** — La peine de mort figure en tête de l'échelle générale des peines. C'est une peine *criminelle, afflictive et infamante*. C'est une peine de *droit commun* (art. 6 et 7, n<sup>o</sup> 1 C. pénal). Quant aux peines accessoires, elle entraîne : comme peine afflictive, assimilée aux peines *perpétuelles*, la double incapacité de recevoir et de disposer à titre gratuit, et la nullité éventuelle du testament (loi du 31 mai 1854) ; comme toute peine afflictive, l'interdiction légale (loi du 31 mai 1945 et art. 29 C. pénal) ; comme peine criminelle, la dégradation civique (loi du 31 mai 1854, et art. 28 C. pénal) ; la publicité de l'arrêt de condamnation (art. 36 C. pénal) et, en cas de commutation, l'interdiction de séjour pendant 20 ans (art. 46 C. pén.).

La peine de mort consiste, depuis la Révolution française, dans la simple privation de la vie.

Sous l'Ancien Régime, il en était autrement ; la peine de mort s'accompagnait souvent de supplices, tels que la pendaison, la roue, l'écartèlement, etc. Elle comportait des degrés.

Le Code pénal de 1810 n'avait pas supprimé complètement ces pratiques ; il avait conservé l'amputation du poing devant précéder l'exécution du parricide, mais en 1832 ce supplice a disparu avec celui de la marque.

1. Crim., 23 juin 1904, S., 1906, 1, 247. Cf. Paris, 3 décembre 1897, S., 99, 2, 50 ; Rouen, 2 avril 1898, S., 99, 2, 4 ; sur la causalité indirecte, voir note Roux sous Cass., 6 août 1903, S., 1905, 1, 377, note Rouast, sous Civ. cass., 18 octobre 1926, D. P., 27-1, 101.

2. De même : Trib. corr., Nantes, 26 févr. 1941, *Gaz. Pal.*, 4-6 mai 1941. Ci-dessous, n<sup>o</sup> 733.

**483. Les chatiments corporels.** — Aujourd'hui, la peine de mort est, en France, le seul châtement corporel. Il en est autrement dans certains pays étrangers. L'usage du fouet s'est maintenu, sinon comme peine, du moins comme sanction disciplinaire, à l'intérieur des établissements pénitentiaires, en Angleterre<sup>1</sup>, aux Etats-Unis, et en Egypte<sup>2</sup>. A raison de l'efficacité de ces traitements, on a proposé de les introduire en France, de recourir au fouet notamment pour la répression d'actes de brutalité, d'attentats violents contre les personnes<sup>3</sup>. Le Danemark, après un bref essai des châtements corporels, y a renoncé le 1<sup>er</sup> avril 1911<sup>4</sup>. Chez nous, ils se heurtent à certaines conceptions de la dignité humaine.

**484. La stérilisation des malfaiteurs.** — Il faut mentionner encore, comme participant à la nature d'une peine corporelle et aussi d'une mesure de sûreté, la *castration des malfaiteurs*. On évitera de la confondre avec la *stérilisation*, prévue, depuis 1907, par les lois de divers Etats de l'Amérique du Nord (Indiana, Washington, Californie, New-York, Virginie, etc.), et qui fut introduite en Allemagne par la loi du 14 juillet 1933 « pour la stérilisation des personnes atteintes de maladies héréditaires » ; en Finlande, par une loi du 13 juin 1935, pour les idiots et les personnes coupables de crimes ou tentatives de crimes « révélant un instinct sexuel d'une force et d'une tendance anormales ».

La castration (*Entmannung*), qui prive le patient de la *potentia coeundi*, a sur l'organisme un retentissement plus profond. Depuis 1907, certaines lois des Etats-Unis l'avaient prévue pour les malfaiteurs. Le paragraphe 42 k du Code pénal allemand réformé par le national-socialisme l'applique aux auteurs d'attentats aux mœurs, lorsqu'il s'agit d'infractions graves, ou lorsque l'agent est récidiviste, et que son caractère dangereux, au point de vue envisagé, résulte des circonstances. La castration peut alors s'ajouter à la peine, en vertu d'une décision du tribunal. Des lois de 1934 et de 1935 l'ont introduite, avec le même objet, en Suède et au Danemarck. En Allemagne, pendant les années 1934 et 1935, 996 auteurs d'attentats aux mœurs ont été frappés de castration. La question de la stérilisation et de la castration a fait l'objet de rapports et de discussions au Congrès pénitentiaire international de Berlin (1935)<sup>5</sup>.

**485. La question du maintien ou de l'abolition de la peine de mort.** — La seule question qui se pose aujourd'hui en France est celle du maintien ou de la suppression de la peine de mort. Il faut d'abord éclairer le problème à l'aide des données de l'histoire.

### § 1. — Histoire de la peine de mort

**486. L'évolution.** — La civilisation a restreint progressivement l'emploi de la peine capitale.

1. En Angleterre, le fouet, en tant que peine proprement dite, est aboli, selon les suggestions de la *Howard League for Penal Reform.*, par le *Criminal Justice Bill* (1938) plus connu sous le nom de *Projet de réforme pénale* de Sir Samuel Hoare et qui amorce d'importantes innovations en fait de politique criminelle. *The Penal Reformer*, janvier 1939, *Revue de Science criminelle*, 1939, p. 390.

2. *Revue pénitentiaire*, 1900, pp. 199 et 1047 ; 1912, p. 1256. En Egypte, le Code pénal de 1937 supprime les châtements corporels pour les enfants.

3. H. LAURENT, *Le Fouet contre le Crime*, Paris, Rousseau, 1913.

4. *Revue pénitentiaire*, 1911, p. 449 ; 1912, p. 1129.

5. Sur la castration et la stérilisation, voir aussi diverses études publiées par les *Annales de Médecine légale*, 1936, pp. 302, 622 et suiv. R. BÉRAUD, *Les Mesures de Sûreté en Droit allemand*, Aix-en-Provence, 1937, pp. 260 et suiv.

**487. L'ancien droit.** — Il s'est produit une régression certaine de la peine de mort au cours de l'évolution législative. Sous l'influence de la philosophie humanitaire du XVIII<sup>e</sup> siècle, la réaction s'est manifestée à l'époque de la Révolution française.

**488. Le droit intermédiaire.** — Le Code pénal de 1791 a maintenu la peine de mort dans 32 cas. Mais déjà, il réalise un progrès important, en supprimant les supplices. D'ailleurs, la décision du maintien n'a prévalu qu'après de longues discussions à l'Assemblée constituante, qui s'étaient élevées sur le rapport de Le Pelletier-Saint-Fargeau tendant à l'abolition de la peine capitale. A la veille de la dissolution de la Convention, un décret du 14 brumaire an IV la supprima, mais seulement pour l'avenir, à partir du moment où la paix serait rétablie. Ce décret ne fut pas suivi d'exécution, et la loi du 8 nivôse an X, à la veille même de la paix d'Amiens, décida que la peine de mort continuerait à être appliquée dans les cas déterminés par la loi.

**489. Le Code pénal de 1810.** — Le Code pénal de 1810 a dépassé le législateur de 1791, quant au recours à la peine de mort, puisqu'elle est prononcée dans 36 cas. Elle est même prévue pour des crimes qui ne renferment pas d'atteinte à la vie humaine, par exemple à l'égard des faux monnayeurs.

**490. L'évolution législative postérieure au Code.** — Après la Révolution de 1830, sa suppression fut votée par la Chambre des Députés ; les libéraux ne voulaient pas envoyer à l'échafaud les ministres de Charles X. La Chambre des Pairs refusa, et obtint le résultat cherché en se reconnaissant le droit de fixer arbitrairement la peine. La loi du 28 avril 1832 supprime la peine de mort à l'égard de neuf infractions, parmi lesquelles il faut citer le faux monnayage et le vol qualifié. En 1832 également, le législateur a donné au jury la faculté de l'écartier, en accordant aux condamnés le bénéfice des circonstances atténuantes. La Constitution de 1848, se conformant à la doctrine de Guizot, supprime la peine de mort en matière politique. La loi du 21 novembre 1901 l'abolit à l'égard de la mère coupable d'infanticide, modifiant à cet effet l'article 302 du Code pénal ; la loi du 2 septembre 1941, qui correctionnalise l'infanticide (*supra* n<sup>o</sup> 125, p. 78) fait bénéficier de l'exclusion tous les participants à ce délit.

En général, le châtimeut suprême ne réprime que les attentats directs ou indirects à la vie humaine. Au nombre des crimes qui l'entraînent figurent le parricide (art. 299), l'empoisonnement (art. 301), l'assassinat (art. 302), les violences contre les enfants sous forme de sévices pratiqués avec intention de donner la mort (art. 312 *in fine*) ; la séquestration avec accompagnement de tortures corporelles (art. 344, al. 5) ; l'incendie d'une maison habitée (art. 434) ; le faux témoignage, lorsqu'il aura déterminé une condamnation à mort (art. 361, al. 2), et, depuis une loi du 14 janvier 1937, l'enlèvement d'un mineur de 15 ans, lorsqu'il s'en est suivi la mort de l'enfant (art. 355 C. pénal)<sup>1</sup>.

Cependant, il faut tenir compte des dispositions de la loi militaire, qui

1. L. SEBAO, *L'enlèvement des mineurs par fraude ou par violence. Revue de science criminelle*, 1938, p. 685.

punit de la peine de mort le crime de désertion à l'ennemi (C. de justice militaire pour l'armée de terre, art. 196 et suiv.), et de certaines dispositions des lois spéciales concernant la navigation maritime<sup>1</sup> (crimes de baraterie et de piraterie) et la police des chemins de fer<sup>2</sup>. Dans un ordre d'idées qu'on rattachait jusqu'alors au domaine politique, le décret-loi du 17 juin 1938, puis celui du 29 juillet 1939, remaniant les articles 75 à 86 du Code pénal, en ont fait la peine ordinaire de la trahison et de l'espionnage. Au lendemain d'une nouvelle déclaration de guerre, le décret-loi du 1<sup>er</sup> septembre 1939 punit de mort, en temps de guerre, les crimes de pillage prévus par les articles 440, 441 et 442 du Code pénal, ainsi que tout vol commis dans une maison d'habitation ou dans un édifice évacué par leurs occupants par suite d'événements de guerre. En dernier lieu, la loi du 4 octobre 1946 frappe du châtimeut capital les auteurs de certains crimes contre le ravitaillement et la santé de la nation.

Au nombre des crimes capitaux s'étaient ajoutés, sous le régime de Vichy : les vols et agressions nocturnes (loi du 24 avril 1941) ; l'incendie volontaire de récoltes (loi du 19 juin 1942) ; la fabrication, la détention d'explosifs et les dépôts d'armes (loi du 7 août 1942) ; l'utilisation et la détention de postes radio-électriques non autorisés « si l'infraction est perpétrée dans un dessein, soit de trahison ou d'espionnage, soit de subversion sociale ou nationale » (loi du 8 septembre 1942, art. 1 et 2). De plus, le pouvoir arbitraire conféré à de nombreuses juridictions d'exception leur permettait d'appliquer la peine de mort aux infractions entrant dans leur compétence<sup>3</sup>.

Mais ces dispositions rigoureuses ont toutes cessé d'être en vigueur<sup>4</sup>. Les juridictions d'exception précitées sont abolies par l'ordonnance du 9 août 1944 (art. 3) (*supra*, n° 1170).

Quant aux juridictions d'exception créées par le Gouvernement provisoire, le pouvoir souverain dévolu à la Haute Cour de Justice, quant à la qualification et à la fixation de la peine, lui permet d'infliger le châtimeut capital. La peine de mort est prononcée par les Cours de justice, mais seulement dans les cas où elle est expressément prévue par la loi. Ni les chambres civiles, ni les chambres correctionnelles économiques ne peuvent l'infliger.

Signalons enfin, qu'en raison des règles sur la récidive, la peine de mort peut atteindre, en dehors des cas précédemment indiqués, le criminel ayant encouru deux condamnations successives aux travaux forcés à perpétuité (art. 56, § 7).

**491. Du nombre des exécutions capitales.** — Il y a, quant au nombre des exécutions capitales, une grande différence entre l'Ancien Régime et les temps modernes. Au XVII<sup>e</sup> siècle, un magistrat, Carpzov, se vante d'avoir condamné plus de 10.000 personnes à mort. Il s'est produit, au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, une réduction progressive du nombre des exécutions

1. Loi du 10 avril 1825, art. 6.

2. Loi du 15 juillet 1845, art. 17.

3. Ainsi en était-il de la Cour suprême de justice (*infra*, n° 1169) du Tribunal d'État, des sections spéciales, des cours martiales, des cours criminelles extraordinaires, des tribunaux du maintien de l'ordre (*infra*, n° 1170).

4. La loi du 24 avril 1941 qui soumettait au tribunal spécial (*infra* n° 1170) en les frappant de la peine de mort, les vols et agressions nocturnes, est annulée par l'ordonnance du 9 août 1944, article 3. Sont annulées (tableau I) la loi du 7 août 1942 (détention d'explosifs et dépôts d'armes) par ordonnance du 15 mars 1944 ; la loi du 8 septembre 1943 (utilisation et détention des postes radio-électriques), par ordonnance du 9 août 1944. Est annulée (tableau II) la loi du 19 juin 1942 réprimant l'incendie volontaire de récoltes, par ordonnance du 7 octobre 1944.

capitales. En France, il est descendu, de 354 dans la période de 1826 à 1830, à 44 dans la période de 1926 à 1930.

Cette régression procède du concours du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif. Depuis 1832, les jurés peuvent écarter la peine de mort en accordant à l'inculpé le bénéfice des circonstances atténuantes. Ils ont usé de plus en plus de cette faculté. En outre, il faut citer l'exercice étendu du droit de grâce par les présidents de la République, surtout par Mac Mahon, Félix Faure et Loubet.

**492. Les projets de suppression de la peine de mort.** — Il semblait qu'on s'orientât vers l'abolition, en fait, et plus tard, en droit, de la peine de mort. Mais du jour où des propositions dans ce sens ont pris une forme concrète, il s'est produit un revirement d'opinion suscité par des crimes sensationnels. Les statistiques montrent, en effet, à partir de 1900, une grande recrudescence de la criminalité. Les effets bienfaisants des lois inspirées par la nouvelle politique criminelle, telles que la loi de 1885 sur la relégation et la loi de 1891 sur le sursis, semblent s'être épuisés. On relève, dès ce moment, une augmentation significative du nombre des condamnations à mort.

En 1906, un projet fut déposé par le gouvernement à la Chambre, tendant à l'abolition de la peine de mort.

Il fut rejeté, après un rapport défavorable de M. Cruppi, par 330 voix contre 201, le 8 décembre 1908 (cf. LACASSAGNE, professeur de médecine à Lyon, *La Peine de Mort et la Criminalité*, Paris, 1908).

Ce vote répondit certainement à l'opinion publique. Dans les huit premiers mois de 1907, le nombre des condamnations à mort s'était élevé à 54.

Il s'est produit, au lendemain de la guerre, une augmentation du nombre des condamnations et des exécutions capitales, correspondant à la recrudescence de la criminalité. Mais, comme cette dernière, elle ne semble offrir qu'un caractère passager. Le nombre des condamnations à mort s'est abaissé, progressivement; il se réduit, en 1933, à 26 condamnations; 14 exécutions seulement ont eu lieu la même année; 6 en 1937, 7 en 1938, 3 en 1940<sup>1</sup>. Le 3 novembre 1927, la Chambre a été saisie de deux propositions tendant à l'abolition de la peine capitale, qu'elle a renvoyées à la Commission de législation civile et criminelle: l'une de M. Renaudel, l'autre de M. René Richard<sup>2</sup>.

**493. Le conflit des doctrines au sujet de la peine de mort.** — Les discussions relatives à la peine de mort sont très anciennes; elles sont devenues plus vives, à mesure que la civilisation progressait, et que les mœurs devenaient plus douces.

Au moyen âge, son application devait se heurter aux aspirations de la conscience chrétienne. L'Eglise, disait-on, a horreur du sang. *Ecclesia abhorret a sanguine*. Cependant, la peine de mort a trouvé des défenseurs, même parmi les Pères de l'Eglise<sup>3</sup>. Saint Thomas d'Aquin, qui fut professeur de théologie à Paris et à Rome, la déclare légitime, lorsque le danger social que l'on peut craindre, en laissant la vie aux coupables, est plus grand et plus certain que le bien qu'on pourra attendre de leur amendement. Saint Thomas d'Aquin met en garde contre une fausse sentimentalité qui, pour sauvegarder l'intérêt matériel et moral ou même le salut d'un grand coupable, aboutirait, en définitive, à sacrifier des innocents.

1. L'augmentation des années postérieures est due aux circonstances de la guerre 1939-1944. Le nombre des condamnations à mort prononcées par les Cours de justice jusqu'au mois de juin 1946 s'élèverait à 4.358. (Jacques CHARPENTIER, *La justice depuis la libération*, *Revue de Paris*, octobre 1946, p. 39).

2. *Etudes criminologiques*, 1929, p. 235.

3 Cf. MOLINIER, *Recueil de l'Académie de Législation*, t. X, p. 492.

La question a été discutée, au sein de l'École classique, par Jean-Jacques Rousseau et Beccaria.

J.-J. Rousseau essaye de justifier la peine de mort en invoquant les clauses prétendues du contrat social. Pour lui, le pouvoir de disposer de la vie est une des facultés naturelles que les hommes, par le contrat social, ont remises entre les mains de la communauté. Ce don, ils ne l'ont pas fait gratuitement, mais en échange de garanties que la société assure au contractant, pour le cas où sa vie viendrait à être menacée. C'est pour n'être pas victime d'un assassin qu'on consent à l'avance à mourir, si on le devient<sup>1</sup>.

Beccaria ne suit pas, sur ce point, la pensée de J.-J. Rousseau. Il n'admet pas qu'on puisse renoncer à l'avance, même de façon conditionnelle, à la vie. Il reconnaît la légitimité de la peine capitale dans les périodes de troubles politiques, qu'il oppose au règne paisible des lois. Mais en temps normal, Beccaria est opposé à la peine de mort, car il ne croit pas à son effet intimidant. Il considère, en effet, avec Bentham, que l'effet intimidant de la peine est en rapport avec sa durée<sup>2</sup>.

Ces diversités d'opinions se retrouvent au sein de l'École néo-classique et parmi les positivistes.

Lombroso est favorable à la peine de mort, car il voit en elle un moyen d'élimination certain des criminels nés<sup>3</sup>. Garofalo, qui est un magistrat animé de l'esprit répressif, se prononce dans le même sens. Il attribue un effet bienfaisant, au point de vue de l'épuration de la race, aux exécutions capitales en masse, qui ont eu lieu aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles<sup>4</sup>.

Par contre, Enrico Ferri est opposé à la peine de mort<sup>5</sup>. Elle n'aurait, dit-il, une valeur intimidante et un effet bienfaisant, que si elle était pratiquée dans de très larges proportions, incompatibles avec les aspirations de la conscience contemporaine.

## § 2. — Comment se pose aujourd'hui le problème de la peine de mort.

### 494. Etat des législations actuelles, au sujet de la peine de mort.

— La peine de mort existe aujourd'hui dans la plupart des pays d'Europe : en France, en Angleterre, en Allemagne. Notons cependant qu'en Allemagne le mouvement abolitionniste s'était manifesté avant la guerre, et qu'il s'affirme aujourd'hui, avec plus d'énergie encore, dans l'Empire britannique.

Le nombre des pays où la peine de mort est abolie, en fait ou en droit, n'a cessé d'augmenter jusqu'à l'époque la plus récente. Dès avant la guerre de 1914-1918, la peine de mort était abolie, en fait, au Danemark et en Finlande. En Belgique, la tradition, depuis 1862, est de ne procéder à aucune exécution capitale, bien que la peine de mort figure encore dans le Code

1. « Au reste, ajoute J.-J. Rousseau, la fréquence des supplices est toujours un signe de faiblesse et de paresse dans le Gouvernement. Il n'y a point de méchant qu'on ne puisse rendre bon à quelque chose. On n'a le droit de faire mourir, même pour l'exemple, que celui qu'on ne peut conserver sans danger. » Cf. GARÇON, *Le droit pénal*, p. 83.

2. BECCARIA, *Des Délits et des Peines*, chap. xvi<sup>e</sup>.

3. LOMBROSO, *Les Crimes, Causes et Remèdes*, Paris, Reinwald, 1899, pp. 518 et suiv.

4. GAROFALO, *Criminologie*, pp. 408 à 413.

5. FERRI, *Sociologie criminelle*, trad. franc., Paris, Rousseau, 1893, pp. 527 à 534.

belge de 1867. Le roi de Belgique s'est conformé à cette tradition en accordant, le 26 septembre 1923, la commutation de peine aux assassins allemands du lieutenant Graff (*Revue pénitentiaire*, 1924, p. 100).

Les pays où la peine de mort a disparu en droit avant la première guerre mondiale sont la Roumanie (1864), le Portugal (1866), les Pays-Bas (1870), divers Etats de l'Amérique du Nord (Michigan, Rhode-Island, Wisconsin, Maine), et certains cantons suisses. La peine de mort avait été supprimée par la Constitution fédérale suisse du 26 mai 1874, article 65. Mais après une campagne pour son rétablissement, une nouvelle disposition constitutionnelle intervint en mai 1879, décidant que chaque canton pourrait la rétablir pour les crimes de droit commun. C'est ainsi, notamment, que les cantons de Zurich, de Lucerne, de Zug admirèrent la peine de mort tandis que les cantons de Neuchâtel et de Genève ne la connaissaient plus. Les discussions qui s'élevaient à son sujet prolongèrent l'élaboration du droit pénal fédéral : le Code promulgué en 1938 ne la contient pas. En Norvège, la peine de mort a été abrogée par le Code pénal de 1902.

Depuis la guerre, elle a été abolie en Autriche par la loi du 3 avril 1919, en Suède par la loi du 17 juin 1921, dans l'Etat de Queensland (Australie) en 1922<sup>1</sup>, au Danemark par une loi de 1930, en Espagne, par la loi de base du 8 septembre 1932, dans la République argentine<sup>2</sup>. La question de sa suppression est aujourd'hui l'objet de vives discussions en Angleterre<sup>3</sup>. Par contre, en Italie, la peine de mort, supprimée par le Code pénal de 1889, a été rétablie le 25 novembre 1925 à l'égard des auteurs de crimes politiques. Le Code pénal de 1930 l'institue pour des crimes graves de droit commun. Elle est maintenue par le Code polonais de 1932, le Code cubain de 1936 et par le projet de Code pénal français. La Constitution roumaine du 27 février 1938 autorise le Conseil des ministres à décider son application pour les attentats contre le souverain, les membres de la famille royale, les chefs d'Etats étrangers et les dignitaires de l'Etat, dus à des mobiles en relation avec l'exercice des fonctions, ainsi que dans les cas de brigandage suivi de meurtre et d'assassinat politique. Le Code pénal de 1937, article 597, l'a introduite pour un an dans les cas sus visés. En Russie soviétique, elle ne figure sur la liste des peines ni dans le Code pénal de 1922, (art. 13), ni dans la loi fédérale de 1924 sur les *Principes fondamentaux*. Mais le comité central exécutif en autorisait l'emploi contre les infractions les plus graves menaçant les fondements du pouvoir et de la constitution soviétique. Les Codes des républiques de l'Union reproduisent les *Principes fondamentaux*, en ajoutant que la peine de mort par fusillade s'applique « en qualité de mesure exceptionnelle de défense de l'Etat des travailleurs ». Le Présidium du Soviet suprême a prévu, le 19 avril 1943, la peine de mort par pendaison pour les cas les plus perfides de trahison envers la patrie.

**495. Examen du problème relatif à la peine de mort.** — Les adversaires de la peine de mort ne se sont pas toujours placés, pour la combattre, sur le même terrain. Trois ordres d'idées ont été abordés.

**496. Le point de vue philosophique.** — A. Des arguments d'ordre philosophique, théorique, ont été proposés : ce sont les moins décisifs.

On a fait valoir que la société, qui n'a pas donné l'existence à l'homme, n'est pas qualifiée pour la lui retirer. Saint Thomas d'Aquin avait déjà répondu que, si la société est un fait nécessaire à la vie de l'homme, elle doit user de tous les droits indispensables à son maintien et à son propre développement. Le même argument conduirait à l'abolition de toutes les peines privatives de liberté, car ce n'est pas la société qui a donné la liberté à

1. *Revue de Science criminelle*, 1938, p. 176.

2. *Revue pénitentiaire*, 1924, p. 514.

3. LORION, *L'Opinion anglaise et la peine de Mort* (*Revue pénitentiaire*, 1931, pp. 151 et suiv.).

l'homme, non plus que la vie. L'homme a droit à la vie comme à la liberté, mais ce droit est limité par le droit concurrent de ses proches.

**497. Le point de vue de la politique criminelle.** — B. D'un point de vue plus pratique, qui se rattache à la politique criminelle, on a reproché certaines de ses conséquences à la peine de mort :

1° Elle cause un mal définitif, irréparable ; or, il peut arriver qu'après l'exécution, on s'aperçoive qu'on a commis une erreur judiciaire. — Cette objection prouve trop ; elle s'applique, non seulement à la peine de mort, mais aux peines privatives de liberté, qui, elles aussi, causent un préjudice irréparable : le séjour dans un établissement pénitentiaire peut compromettre définitivement la santé ou la vie du détenu ;

2° Elle est un châtement *injuste* parce qu'*absolu*. Le mal qui en résulte, a-t-on dit, est sans proportion avec la gravité du délit, puisqu'il ne connaît pas de mesure. — Mais les peines perpétuelles donnent lieu à la même critique. L'objection repose d'ailleurs sur l'idée singulière qu'il serait possible et nécessaire d'établir une proportion exacte entre le mal contenu dans l'infraction et la souffrance résultant de la peine. Etablir une proportion de ce genre est un idéal auquel la justice des hommes doit renoncer, car cette justice n'est jamais qu'approximative et relative.

On s'est placé certainement sur un terrain plus solide, quand on a reproché à la peine de mort d'être un châtement *inutile*. C'est ici que se présentent les controverses les plus délicates. Toute la question se ramène au fond à ceci : la peine de mort est-elle nécessaire ou non pour combattre la criminalité ? Elle est légitime, si elle est nécessaire. Mais est-elle nécessaire ?

On la combat en disant qu'elle n'intimide pas les malfaiteurs ; et on signale, à l'appui de cette assertion, le nombre élevé des grands criminels qui avaient assisté, précédemment, à des exécutions capitales. C'est la preuve, dit-on, que la peine de mort ne les effraie pas.

On fait observer, en outre, que l'abolition de la peine de mort, dans les pays où elle est intervenue, en fait ou en droit, n'a pas eu pour conséquence une augmentation de la criminalité.

Aucun de ces arguments, si impressionnants qu'ils soient, n'est décisif.

On ne peut nier sérieusement, tout d'abord, que la menace de la peine de mort effraie. Ce qui le prouve, c'est l'emploi étendu qui en est fait dans tous les Codes de justice militaire. On objecte qu'il faut distinguer entre la sensation brutale et certaine que cause au condamné à mort l'annonce de son exécution imminente, et l'effet que produit, sur le malfaiteur, la perspective lointaine d'un châtement éventuel. Mais il faudrait prouver que cette perspective est inopérante. On cite, dans ce but, le nombre des individus que la vue d'une exécution capitale n'a pas détournés de leur conduite criminelle ; on ne cite pas, et pour cause, le nombre de ceux qu'elle a au contraire intimidés et impressionnés.

Quant aux statistiques concernant les effets de l'abolition de la peine de mort sur l'accroissement de la criminalité, elles ne fournissent pas non plus un argument décisif. Dans les pays où la peine de mort a été abolie en droit, cette abrogation a été précédée d'une période d'abolition de fait.

Cette dernière s'explique parce que dans ces pays, on avait constaté une diminution générale de la criminalité ; l'abrogation de la peine de mort a suivi cette diminution, elle ne l'a pas provoquée. Encore faut-il

éviter les affirmations trop générales. En Colombie, où la peine de mort fut supprimée en 1910, on remarqua, bientôt après, une inquiétante recrudescence de la criminalité. Il est vrai qu'après cette suppression le législateur n'avait laissé subsister que des châtiments trop faibles, abolissant les peines perpétuelles, et n'admettant pas de sanctions supérieures à 20 ans de privation de liberté.

**498. Le point de vue sentimental.** — C. Il semble qu'en réalité, dans les positions qui sont prises, le point de vue sentimental joue un rôle prépondérant. Les adversaires de la peine de mort lui reprochent surtout d'être répugnante, de choquer nos habitudes de civilisés. Mais on doit se demander si les nécessités de la défense sociale n'obligeraient pas, en supprimant la peine de mort abolie, à d'autres châtiments plus répugnants encore. La souffrance infligée par la peine de mort est brève. Dans cette alternative, *faire mourir sans faire souffrir* ou *faire souffrir sans faire mourir*, il n'est pas sûr que la première solution soit la moins humaine<sup>1</sup>.

### § 3. — Du remplacement ou de l'exécution de la peine de mort

**499. Le remplacement de la peine de mort.** — On a envisagé plusieurs solutions pour remplacer la peine de mort. Elles ont été appliquées successivement au cours de l'histoire.

On peut ne pas la remplacer du tout, et se borner à appliquer, dans tous les cas où elle était édictée par la loi, la peine qui la suit immédiatement dans l'échelle générale. Chez nous, ce serait la peine des travaux forcés à perpétuité qui remplacerait la peine de mort. Cette solution a prévalu en 1832, époque où la peine de mort a été supprimée pour quelques crimes.

Une telle pratique conduit à un résultat fâcheux ; l'effet intimidant de la menace pénale est alors dangereusement réduit ; la peine des travaux forcés à perpétuité n'est pas suffisamment intimidante ; elle n'est perpétuelle que de nom, et laisse ouverte la perspective de la grâce.

Une seconde solution consiste à remplacer la peine de mort par une autre peine représentant, à l'égard des travaux forcés à perpétuité, une aggravation. C'est ainsi qu'en 1848, quand on a supprimé la peine de mort en matière politique, cette peine a été remplacée par celle de la déportation dans une enceinte fortifiée.

Dans les pays où la réforme a été réalisée pour les infractions de droit commun, on a substitué à la peine de mort la peine privative de liberté qui la suivait dans l'échelle des peines, *mais aggravée par une période d'encellulement*. Cette période était de 10 ans en Belgique et de 6 ans en Italie. Le projet français de 1906 remplaçait la peine de mort par 6 ans de cellule, suivis d'un internement à vie dans une prison. Pendant la seconde période, les détenus devaient travailler en commun pendant le jour et être séparés pendant la nuit.

Ce système n'échappe pas à toute objection. Si l'encellulement ne com-

<sup>1</sup> Cf. G. TARDE, *La Philosophie pénale*, pp. 521 et suiv. ; LACASSAGNE, *Peine de mort et Criminalité*, Paris, Maloine, 1908. Voir aussi la discussion à la Société générale des prisons sur le rapport de M. REINACH, *Revue pénitentiaire*, 1907, pp. 298 et suiv.

porte pas un isolement absolu, si le détenu reçoit des visites, ce régime n'est pas assez afflictif ; si, au contraire, on entend par encellulement un isolement complet, il conduit rapidement à l'aliénation mentale ; il est plus dur que la peine de mort.

**500. Du mode d'exécution.** — La peine de mort s'exécute en France par la décapitation (art. 12 du C. pénal). La guillotine, instrument de supplice, emprunte son nom à un député de la Constituante qui l'a peut-être inventée : le docteur Guillotin. Le 1<sup>er</sup> décembre 1789, à l'Assemblée nationale, il vantait sa machine en ces termes : « Je vous fais sauter la tête en un clin d'œil et vous ne souffrez pas. » Le 20 mars 1792, la guillotine a été adoptée, et on sait l'emploi très étendu qui en a été fait pendant la Révolution française.

Pour la justice militaire, le mode d'exécution est différent. Les lois du 9 mars 1928 (art. 250 nouveau du Code de justice militaire pour l'armée de terre), et du 13 janvier 1938 (art. 263 Code de justice militaire pour l'armée de mer) disposent qu'en temps de paix l'article 12 du Code pénal est applicable aux militaires ou assimilés condamnés à la peine de mort par les tribunaux de droit commun. En temps de paix et en temps de guerre, les condamnés à la peine de mort par les tribunaux militaires, y compris les condamnés civils ou militaires pour trahison ou pour espionnage<sup>1</sup>, sont fusillés. Ce n'est donc, aujourd'hui, ni la qualité du condamné ni la nature du crime qui détermine le mode d'exécution. C'est la nature du tribunal qui a condamné.

Toutefois, les circonstances nées de la guerre ont fait apporter de nouvelles dérogations à l'article 12 du Code pénal. Sous le régime de Vichy, à l'égard des condamnations prononcées par certaines juridictions d'exception et par les Cours d'assises, la fusillade pouvait être substituée à la décapitation<sup>2</sup>. L'ordonnance du 3 mars 1944, encore en vigueur, dispose : *Dans tous les cas où, par suite des circonstances de guerre ou des difficultés de communication il n'existera pas de bois de justice aux lieux fixés par les arrêts de condamnation pour l'exécution des condamnés à mort, ceux-ci seront fusillés.* L'ordonnance du 29 novembre, article 1, fixe le lieu de l'exécution, renvoie, pour les modalités, aux règlements militaires en vigueur, et dispose que *seront seules admises à assister à l'exécution les personnes énumérées à l'article 26 du Code pénal.*

Les modes d'exécution de la peine de mort sont différents selon les pays. En Italie, le condamné est passé par les armes (art. 21 du nouveau Code pénal). De même, en Russie, sauf dans des cas exceptionnels, où la pendaison est pratiquée. En Allemagne, le mode d'exécution, dans les cas les plus graves, depuis la loi « Lubbe » du 20 mars 1933<sup>3</sup> est la pendaison, regardée comme déshonorante ; pour les militaires, la fusillade ; la décapitation est la règle. En Angleterre, et en Egypte, la peine s'exécute par la pendaison, en Espagne et à Cuba, par la strangulation, aux Etats-Unis, dans un certain nombre d'Etats, par l'électrocution ; dans l'Etat

<sup>1</sup> Non obstat l'article 84, C. pénal aux termes duquel : *Pour l'application des peines, les crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat seront considérés comme des crimes et délits de droit commun.*

<sup>2</sup> Aux termes de la loi du 30 octobre 1943, au cas de condamnation à mort prononcée par le tribunal d'Etat, le tribunal spécial ou la section spéciale d'une Cour d'appel, le condamné peut être passé par les armes ; les dispositions de l'article 26 du Code pénal, ne sont pas applicables. Une loi du 22 mai 1944 étendait cette faculté aux condamnations à mort prononcées par les Cours d'assises. — Ces dispositions sont annulées par ordonnance du 29 novembre 1944, article 2.

<sup>3</sup> R. G. B., I, p. 995.

de Nevada, depuis avril 1922, on a recours à l'asphyxie pendant le sommeil du condamné. Il est douteux que ces modes d'exécution soient en réalité supérieurs au nôtre ; il n'est pas certain qu'ils entraînent une mort immédiate.

**501. Du lieu de l'exécution : Suppression de la publicité.** — Aux termes de l'article 26 du Code pénal, l'exécution devait avoir lieu sur la place publique, dans la ville indiquée par l'arrêt de condamnation. En pratique et pour éviter un transfert, on choisissait toujours la localité où le condamné était emprisonné. L'autorité municipale déterminait l'emplacement.

L'absence de publicité était au contraire la règle dans la plupart des pays étrangers. En Angleterre, en Allemagne, en Autriche, aux États-Unis, en Russie, en Italie, en Suisse, l'exécution a lieu à l'intérieur de la prison. Cette méthode est certainement préférable. En France, l'autorité de police, consciente de l'excitation malsaine qu'entraînait la publicité, la réduisait autant que possible, par le choix d'une heure matinale, l'établissement d'un barrage... Répondant au vœu souvent exprimé, le décret-loi du 24 juin 1939 l'a abolie.

D'après l'article 26 nouveau du Code pénal, l'exécution a lieu, désormais, dans l'enceinte de l'établissement pénitentiaire désigné par l'arrêt de condamnation et figurant sur une liste dressée par arrêté du garde des Sceaux<sup>1</sup>. Quelques personnes seulement sont présentes : des magistrats, le défenseur, le ministre du culte, le directeur de l'établissement pénitentiaire, le commissaire de police<sup>2</sup>.

Cette réforme a entraîné un changement quant au mode d'exécution des parricides. Le Code pénal de 1810, art. 13, contenait, à cet égard, trois règles spéciales : 1° Le parricide devait être conduit au lieu de l'exécution en chemise, nu-pieds et la tête couverte d'un voile noir ; 2° Il devait être exposé sur l'échafaud pendant qu'un huissier ferait au peuple lecture de l'arrêt d'exécution ; 3° Il subirait, avant la décapitation, l'amputation du poing. La loi du 28 avril 1832 a supprimé la mutilation. L'exposition sur l'échafaud et la lecture de l'arrêt ont été abolies par le décret-loi du 24 juin 1939. Reste la particularité concernant le costume dont la raison d'être, en l'absence de publicité, n'apparaît pas davantage.

**502. Du temps de l'exécution.** — D'après l'article 375 du Code d'instruction criminelle, le condamné doit être exécuté dans les 24 heures qui suivent le jour où sa condamnation est devenue irrévocable, c'est-à-dire dans les 24 heures qui suivent le rejet de son recours en cassation. En pratique, ce délai n'est pas observé. On ne peut demander au Chef de l'Etat d'examiner le recours en grâce dans un si court laps de temps.

D'après l'article 25 du Code pénal, aucune exécution ne doit avoir lieu les jours de fête nationale ou religieuse.

L'article 27 dispose que si une femme condamnée à mort déclare, et s'il est vérifié, qu'elle est enceinte, elle ne subira sa peine qu'après sa délivrance. Les origines de ce texte, qui est resté depuis longtemps sans application, remontent aux lois romaines.

1. Arrêté du 7 juillet 1939 publié au *J. off.* du 7 juillet. *Lois Nouvelles*, 1939, 3, 927.

2. On sait que l'ordonnance du 29 novembre 1944 étend aux cas d'exécution par fusillade qu'elle vise (*supra* n° 500) la règle de non publicité et l'énumération des personnes qui, aux termes de l'article 26 du Code pénal, peuvent seules assister à l'exécution.

**503. Des suites de l'exécution.** — Enfin, d'après l'article 14 du Code pénal, le corps du supplicié est délivré à la famille si celle-ci le réclame, et à condition qu'elle le fasse inhumer sans aucun appareil. S'il en était autrement, on pourrait voir dans ces formalités une protestation contre l'arrêt de condamnation. Les corps qui ne sont pas réclamés servent généralement aux expériences de laboratoires.

Depuis le décret-loi du 24 juin 1939, le procès-verbal, signé par les magistrats présents, est affiché pendant 24 heures à la porte de l'établissement (art. 378 nouveau C. instr. crim.). Aucune indication autre que l'énoncé de ce procès-verbal ne peut être publiée par la presse. Transcription en est faite par les soins du greffier au pied de la minute de l'arrêt. L'acte de décès dressé par l'officier d'état-civil, sur le vu de ce procès-verbal, ne doit pas mentionner le genre de mort (art. 85 C. civ.).

## SECTION II

### DES PEINES PRIVATIVES DE LIBERTÉ QUI SE SUBISSENT AUX COLONIES

**504. Énumération.** — Les peines privatives de liberté qui se subissent aux colonies sont au nombre de trois :

- 1° La peine des travaux forcés, peine principale de droit commun ;
- 2° La relégation, peine de droit commun, complémentaire et obligatoire ;
- 3° La déportation, peine principale, de nature politique.

#### § 1. — La peine des travaux forcés

**505. Ses caractères juridiques ; son objet.** — La peine des travaux forcés est perpétuelle ou temporaire ; dans ce dernier cas, elle dure de 5 à 20 ans. Exceptionnellement, au cas de récidive prévu par l'article 56 du Code pénal, son minimum est porté à 20 ans et son maximum à 40.

Qu'ils soient temporaires ou perpétuels, les travaux forcés figurent au nombre des peines criminelles afflictives et infamantes.

Ils entraînent à leur suite des peines accessoires : l'interdiction légale (art. 29 C. pénal), la dégradation civique (art. 28 C. pénal), la publicité de l'arrêt (art. 36 C. pénal) et l'interdiction de séjour pendant 20 ans, à compter de l'expiration de la peine principale (art. 46 C. pénal), peines communes aux travaux forcés à temps et aux travaux forcés à perpétuité. Lorsque les travaux forcés sont à perpétuité, il s'ajoute une autre peine accessoire : la double incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit qui a remplacé la mort civile depuis l'abolition de cette dernière.

**506. Notions historiques : les bagnes.** — La peine des travaux forcés a une origine très ancienne. On peut la trouver dans le droit romain, sous forme de condamnation *ad metalla*, c'est-à-dire aux travaux dans les mines. Elle reparait, avant la Révolution, sous le nom de peine des *galères* ; celle-ci consistait dans l'obligation de ramer sur les vaisseaux du roi.

Quand la navigation à voile remplaça la navigation à rames, il se produisit un changement dans le mode d'exécution des travaux forcés. Les forçats furent employés dans les arsenaux de la marine et logés dans les établissements qu'on appela *bagnes*, de l'italien *bagno* (bains), certains de ces bâtiments étant d'anciens établissements de bains.

La peine des galères ayant laissé de mauvais souvenirs (à cause des abus qu'on en avait fait, notamment, à la suite des persécutions religieuses) on la remplaça sous la Révolution par la peine des *fers*, dont la durée ne devait jamais être supérieure à 24 ans. Elle devait consister en travaux à exécuter, non plus seulement dans les ports, mais aussi dans les mines et dans les marais. Pratiquement, son mode d'exécution resta le même, les organisations nécessaires ayant fait défaut. Elle continua donc à être subie dans les anciens bagnes, à Brest, à Rochefort et à Toulon.

Le Code pénal de 1810 substitua à la peine des fers celle des travaux forcés, dont le principe est posé par l'article 15 du Code pénal, ainsi conçu : *Les hommes condamnés aux travaux forcés seront employés aux travaux les plus pénibles ; ils traîneront à leurs pieds un boulet, ou seront attachés deux à deux avec une chaîne, lorsque la nature du travail auquel ils seront employés le permettra.* En pratique, c'est dans les anciens bagnes que les forçats furent envoyés ; malgré le changement de nom, le mode d'exécution de la peine ne varia pas.

Cette institution des bagnes donna des résultats déplorables. Les forçats étaient l'objet de mauvais traitements continuels, dépourvus de toute assistance matérielle et morale ; ils sortaient du bagne pires qu'ils y étaient entrés. 95 % d'entre eux devenaient des récidivistes. Le travail exécuté par la main-d'œuvre pénale était de qualité très inférieure. En raison d'évasions fréquentes, les bagnes répandaient la terreur parmi les populations voisines. Cet échec du système des bagnes explique, en partie, la réforme réalisée par la loi du 30 mai 1854.

**507. La loi du 30 mai 1854 institue la transportation.** — Cette loi organise, pour l'exécution de la peine des travaux forcés, la transportation aux colonies.

Notre législateur a été déterminé dans ce sens par l'exemple de l'Angleterre. L'Angleterre avait fait deux fois l'expérience de la transportation aux colonies ; une première fois, de 1718 à 1775, dans ses colonies de l'Amérique du Nord, une seconde fois, au début du XIX<sup>e</sup> siècle, en Australie. Or, ce dernier essai avait donné de fort bons résultats. Sous un climat sain, l'emploi de la main-d'œuvre pénale avait permis l'exploitation utile de grandes richesses naturelles, en particulier de mines<sup>1</sup>. Cependant, en 1863, l'Angleterre avait dû, elle-même, renoncer à la transportation en Australie, à cause des protestations des colons libres, qui avaient à souffrir du voisinage des forçats et surtout de celui des libérés.

On pensa, en France, que ces méthodes pourraient être utilisées pour l'exploitation de nos colonies ; on remédierait à l'insuffisance de la main-d'œuvre libre.

Un autre point de vue fut pris en considération : le point de vue pénal.

1. DE BLOSSEVILLE. *La Colonisation pénale de l'Angleterre en Australie*, Paris, 1859, Joly. *Le combat contre le crime*, p. 362 et suiv.

tentiaire. Au début du Second Empire, il se produit une réaction dans les esprits contre le régime cellulaire préconisé et inauguré sous la Monarchie de Juillet. On espérait que, par la vie en commun et le travail agricole, on arriverait à régénérer les condamnés. « De même, s'était-on dit, que les hommes amélioreront la terre, la terre améliorera les hommes ». Ces êtres déchus, incapables de réadaptation dans leur milieu, transportés au loin, dans un pays où leurs antécédents ne sont pas connus, constitueront peut-être une société rajeunie et honnête.

Enfin l'envoi au loin de ces malfaiteurs en débarrasserait la Métropole.

Dès avant la loi du 30 mai 1854, un décret du 27 mars 1852 avait autorisé la transportation à la Guyane des condamnés aux travaux forcés. Mais le départ était facultatif : n'étaient expédiés que les condamnés qui le voulaient bien.

**508. Les réformes postérieures.** — La loi de 1854 fut complétée par un certain nombre de règlements d'administration publique, dont les uns sont intervenus au lendemain de sa promulgation, d'autres dans la période de 1890 à 1894. Les décrets récents sont ceux des 18 septembre 1925, 14 mars 1931, 23 novembre 1933, et 11 août 1935.

Quelques-uns de ces décrets ont eu pour objet de modifier le lieu de transportation ; d'autres sont venus introduire des changements dans le régime des forçats.

**509. Les changements intervenus, quant au lieu de transportation.** — Au début, les forçats étaient envoyés exclusivement à la Guyane. Le climat de cette colonie leur fut nuisible ; à la suite de travaux malsains de défrichage, il se produisit, parmi eux, une mortalité effrayante, atteignant une proportion annuelle de trente pour cent. A partir de 1867, on décida qu'ils seraient dirigés vers la Nouvelle-Calédonie. Des inconvénients en sens inverse ne tardèrent pas à se manifester. Le climat de cette île est agréable. La peine était devenue trop douce ; le régime disciplinaire n'était pas assez strict, les forçats bénéficiaient de bonne heure de concessions de terrains. Il se produisit alors des crimes dans les prisons de la Métropole, à seule fin d'obtenir l'envoi à la Nouvelle-Calédonie<sup>1</sup>.

A partir de 1887, tout en laissant à la Nouvelle-Calédonie les forçats qui s'y trouvaient, on reprit la transportation à la Guyane ; mais on choisit une région différente : celle du Maroni ; bientôt les décrets nouveaux aggravaient le régime disciplinaire.

**510. Un décret-loi de 1938 abolit la transportation.** — Malgré ces réformes, la peine des travaux forcés exécutée aux colonies a donné lieu à de très vives critiques.

Déjà, en 1909, un projet de loi supprimant le régime de la transportation avait été déposé par M. Chautemps, député, avec l'appui du sénateur

1. MONCELON, *Le Bagne et la Colonisation pénale à la Nouvelle-Calédonie*, Paris, Boyle, 1886 ; LÉVEILLÉ, *La Transportation (Institutions pénitentiaires de la France en 1895)*, pp. 27 et suiv.).

Bérenger (voir dans la *Revue pénitentiaire* de 1909 les débats qui se sont poursuivis au sein de la Société générale des prisons)<sup>1</sup>.

En 1923, la question fut reprise, à la suite d'un reportage sensationnel de M. Albert LONDRES, qui publia, après une enquête à la Guyane, un livre intitulé *Au Bagne*<sup>2</sup>. Une commission se réunit au ministère des Colonies. De ses travaux sont issus une série de décrets qui portent la date du 18 septembre 1925 et sont conçus en général dans le sens d'une amélioration du régime des forçats<sup>3</sup>.

Les résultats de ces réformes ont peu satisfait l'opinion publique. Une transformation de la peine fut envisagée de nouveau. Après une proposition de M. Sibille, que la Chambre des députés vota, après les amendements suggérés par les auteurs du projet de Code pénal, un projet de loi qui supprimait l'envoi aux colonies comme mode d'exécution de la peine des travaux forcés fut soumis à la Chambre, le 30 décembre 1936, par le ministre Léon Blum.

Devant les lenteurs de la procédure parlementaire, c'est un décret-loi du 17 juin 1938, émis en application de la loi du 13 avril 1938, qui a réalisé la tendance nouvelle, en abolissant la transportation. La peine des travaux forcés est désormais au nombre des peines métropolitaines, ou continentales, et c'est sous cette rubrique que son régime nouveau sera exposé plus loin. Mais la réforme opère sans rétroactivité. Les condamnés déjà transportés à la Guyane y demeurent pour y subir le restant de leur peine. Le régime colonial des travaux forcés conserve donc, indépendamment de son intérêt historique et de sa valeur comme expérience, une certaine portée actuelle.

**511. Le régime de la transportation : division.** — Le système de la transportation, qui a encore pour base la loi du 30 mai 1854, comporte l'obligation, pour les condamnés, de rester dans la colonie un certain temps après l'arrivée du terme normal de la peine. On espérait obtenir ainsi, plus sûrement, l'un des effets que l'on avait en vue, l'élimination. Il convient donc, pour exposer complètement le régime des travaux forcés, d'envisager deux périodes : 1<sup>o</sup> la période d'exécution proprement dite de la peine ; 2<sup>o</sup> la période de libération.

**512. Les dispenses de transportation.** — Signalons que certaines catégories d'individus, même condamnés aux travaux forcés, étaient, depuis longtemps, dispensés de la transportation. Ce sont :

- 1<sup>o</sup> Les mineurs de 16 ans ; on sait qu'ils ne sont passibles que de peines correctionnelles, ne pouvant dépasser 20 ans ;
- 2<sup>o</sup> Les vieillards, c'est-à-dire les hommes âgés de plus de 60 ans le jour de la condamnation (art. 5 de la loi de 1854). La réclusion est substituée, pour eux, aux travaux forcés ; elle se subit dans une maison centrale, où, par exception, l'internement peut être perpétuel<sup>4</sup> ;

1. *Revue pénitentiaire*, 1909, pp. 482, 641 et 793.

2. Albert LONDRES, *Au Bagne*, Paris, Albin Michel, 1923.

3. Compte rendu des discussions sur un rapport de M. FRANÇOIS-PONCET, *Revue pénitentiaire*, 1924, pp. 441 et suiv. ; Résumé des dispositions du décret du 18 septembre 1925, *Revue pénitentiaire*, 1925, pp. 204 et suiv.

4. Crim., 15 juin 1933, S., 35, 1, 79, *Gaz. Pal.*, 5 oct. 1933. Est nul, quant à l'application de la peine, l'arrêt qui condamne un sexagénaire aux travaux forcés et non à la

3° Les femmes ; celles-ci, d'après l'article 4 de la loi de 1854, pouvaient être transportées. On avait conçu l'espoir que leur envoi aux colonies aurait pour résultat des mariages avec les libérés. La réalité fut différente. Ces femmes étaient vouées presque fatalement à la prostitution. Depuis la loi du 19 juillet 1907 qui, comme on verra, a supprimé la relégation pour les femmes, on a renoncé, également, à les transporter ;

4° La loi du 25 décembre 1880, destinée à prévenir les crimes qui se commettaient dans les prisons pour obtenir l'envoi à la Nouvelle-Calédonie, contient la disposition suivante : Quand la peine des travaux forcés est prononcée à la suite d'un crime commis dans une prison, elle doit être subie en France, dans la prison même où le crime a eu lieu, ou dans une maison centrale ;

5° Aux termes de la loi de 1854, article 1<sup>er</sup>, alinéa 2, la transportation est retardée, lorsque des circonstances de fait la rendent irréalisable. Jusqu'à ce que l'empêchement ait cessé, la peine est subie en France. C'est ce qui s'est produit notamment au cours de la guerre de 1914-1918. Le navire affecté aux transportations, *La Loire*, ayant été coulé par les Allemands, les envois à la Guyane furent suspendus jusqu'à la fin de la guerre. Les forçats furent internés provisoirement dans les maisons centrales. Les transferts furent repris après la guerre, et prirent fin lors du dépôt du projet de loi de 1936, par l'effet d'un arrêté dont la légalité est contestable<sup>1</sup>.

**513. Les lieux actuels de transportation.** — En principe, toutes les colonies françaises, à l'exception de l'Algérie, peuvent être affectées à la peine des travaux forcés. Aujourd'hui, les colonies de transportation sont la Nouvelle-Calédonie et la Guyane. Mais, en fait, c'est à la Guyane que depuis longtemps tous les envois étaient effectués.

**514. Le régime des transportés.** — Le régime disciplinaire, à la Guyane, est celui de la vie en commun pendant le jour, puisque les forçats sont employés à des travaux en plein air, et même pendant la nuit. Ils sont enfermés dans des cases ; ils couchent au nombre de 60 à 70 dans la même salle, sur deux rangs de planches séparées par un passage.

Cette promiscuité existait dès le dépôt de Saint-Martin-de-Ré où les condamnés étaient concentrés avant le départ. Les décrets du 18 septembre 1925 ont décidé que la séparation individuelle serait instituée au dépôt de Saint-Martin-de-Ré. A la Guyane, pour le couchage, on a substitué aux lits de camp des hamacs.

**515. La répartition des forçats en trois classes.** — La rigueur du régime disciplinaire varie selon la classe à laquelle le forçat appartient. Ces classes sont au nombre de trois.

*réclusion.* Il est admis, néanmoins, que cette disposition affecte le mode d'exécution de la peine et non sa nature juridique. Cette précision a son importance, lorsqu'il s'agit de calculer l'aggravation de la peine au cas de récidive, ou sa réduction par l'effet de circonstances atténuantes : *Crim.*, 3 janv. 1935, S., 36, 1, 239. *MAGNOL, Chronique de Jurisprudence (Revue de Science criminelle, 1936, p. 55).*

<sup>1</sup> *CUCHE, Revue critique, 1936, p. 201.*

Avant leur départ, les forçats étaient répartis entre la 2<sup>e</sup> et la 3<sup>e</sup> classe par une commission siégeant au ministère de la Justice. D'après les décrets de 1925, le travail de cette commission est facilité par la communication, pour chaque condamné, d'un dossier d'information, comprenant trois parties : une partie judiciaire, une partie pénitentiaire, une partie sanitaire. La partie judiciaire est préparée par les magistrats de la Cour d'assises ; on y trouve des renseignements concernant la gravité de l'infraction ; la partie pénitentiaire est l'œuvre du directeur de l'établissement pénitentiaire où le condamné a été interné d'abord ; enfin, la partie sanitaire émane du médecin de cet établissement.

La troisième classe comprend les condamnés dont les antécédents judiciaires sont particulièrement fâcheux et qui paraissent le plus dangereux. De plus, ceux qui se conduisent mal, en cours de peine, peuvent être rétrogradés et mis dans la 3<sup>e</sup> classe, à titre disciplinaire.

Le régime de la peine des travaux forcés est un régime *progressif*. Le passage de la 2<sup>e</sup> classe à la 1<sup>e</sup> classe récompense la bonne conduite. Mais certaines conditions de délai sont imposées. Le séjour minimum d'un an dans la 2<sup>e</sup> classe est requis pour tout condamné à une peine égale ou inférieure à dix ans de travaux forcés. Pour les condamnés à une peine supérieure, le séjour minimum en 2<sup>e</sup> classe est de deux ans. Ces conditions résultent du décret du 18 septembre 1925, qui a sensiblement atténué la rigueur des dispositions antérieures.

Les condamnés de la seconde classe, soumis au régime normal de la peine, sont employés aux travaux ordinaires du pénitencier.

Les condamnés de la troisième classe sont affectés aux travaux les plus pénibles. Ils sont soumis à la loi du silence, séparés les uns des autres autant que possible ; ils peuvent être astreints à la boucle simple, c'est-à-dire enchaînés.

Les forçats de première classe sont admis à bénéficier de divers avantages. Ils peuvent obtenir l'*assignation individuelle*, c'est-à-dire l'envoi chez des colons pour y travailler. Aux forçats de cette classe sont réservées les concessions de terrains. Enfin, seuls les forçats de la première classe peuvent être proposés pour des remises ou des réductions de peine.

**516. Le régime disciplinaire.** — Quelle que soit leur classe, les forçats sont soumis à un régime disciplinaire dont voici les traits essentiels.

Certaines punitions, jugées trop rigoureuses, ont été supprimées par les décrets de 1925. Ainsi notamment le cachot, c'est-à-dire l'internement prolongé dans une cellule obscure qui, sous le régime déprimant de la Guyane, était particulièrement funeste à la santé. Il reste, comme sanctions disciplinaires, la rétrogradation de classe, la prison de nuit durant quinze jours au plus, et la cellule pour trente jours au plus. Enfin, l'envoi dans des quartiers disciplinaires et de correction. Ces mesures ne peuvent être ordonnées que sur l'avis d'une Commission disciplinaire formée de trois membres.

**517. Le régime pénal.** — Cette commission ne connaît ni des infractions à la loi pénale, ni du délit d'évasion.

L'évasion d'un établissement pénitentiaire de la Métropole ne tombe sous l'application du Code pénal que lorsqu'elle s'accompagne de circonstances aggravantes : violences envers les gardiens ou « bris de prison ». Il en va autrement à la Guyane. Pour le fait d'évasion simple, une peine de deux à cinq ans de travaux forcés était prévue par la loi de 1854. Les décrets du 18 septembre 1925, dont la légalité, sur ce point, est très douteuse, lui avaient substitué une peine de réclusion cellulaire, dont la durée maxima est de trois ans pour les condamnés à temps, cinq ans pour les

condamnés à perpétuité<sup>1</sup>. Sauf quelques incriminations en rapport avec leurs obligations spéciales, les forçats sont soumis, pour leurs infractions à la loi pénale, au droit commun. Jusqu'ici, ils étaient jugés par une juridiction spéciale, le *tribunal maritime*, dont la composition a été fixée, en dernier lieu, par le décret du 12 avril 1921. Elle était composée d'un officier de marine, d'un magistrat civil de la colonie et d'un représentant de l'administration pénitentiaire. La loi du 4 mai 1946, abrogeant l'article 10 de la loi du 30 mai 1254, l'a supprimée, soumettant ainsi les forçats à la compétence de droit commun. Les lois et règlements spéciaux concernant leurs crimes et délits restent en vigueur.

Le système des peines, fixé, en dernier lieu, par le décret du 18 septembre 1925, comprend trois échelons : la mort, la réclusion cellulaire de six mois à cinq ans et l'emprisonnement de six mois à six ans.

Quand la peine de mort est prononcée, elle est exécutée immédiatement, sans attendre le résultat du recours en grâce, à moins qu'un désir contraire n'ait été exprimé par deux membres du Conseil privé de la colonie.

**518. Le régime du travail.** — Les travaux forcés sont l'objet même de la peine. Tous les forçats sont donc astreints au travail. Mais il n'est pas également pénible pour tous.

En général, ces travaux sont faits *en régie*, c'est-à-dire pour l'Etat, et sous la direction d'agents de l'Etat. A l'origine, les condamnés étaient affectés au défrichement des forêts ou au dessèchement des marais. Ces travaux, par suite des miasmes qui se dégageaient du sol, amenèrent une mortalité effrayante. Aujourd'hui, on emploie de préférence les bagnards à la construction de chemins de fer, de routes, à des travaux divers. On a voulu, un moment, inaugurer la « transportation volante », c'est-à-dire la formation de sections mobiles, détachements de forçats, qui seraient envoyés temporairement dans d'autres colonies. Les colonies qui ne sont pas affectées, par les décrets, à la transportation se sont montrées très peu friandes de ce genre de main-d'œuvre. Le système est néanmoins maintenu, en principe, par le décret du 8 août 1935 (art. 7 à 9).

On a essayé quelquefois le système de la *concession de main-d'œuvre*. En vertu d'un contrat, l'administration s'engage à mettre à la disposition d'une personne privée un certain nombre de forçats, ne dépassant pas 200. C'est l'administration qui les choisit et qui les fait travailler sous la surveillance de ses agents. Ce système a donné de bons résultats, au temps où la peine se subissait à la Nouvelle-Calédonie. Là, un travail productif pouvait être exécuté ; mais à la Guyane, à défaut d'un développement économique suffisant, cette pratique a échoué.

Le régime de l'*assignation individuelle* est différent. Il consiste dans le fait qu'un forçat déterminé, en vertu d'un contrat passé en son nom par l'administration pénitentiaire, est mis au service d'un particulier qui le fait travailler pour son compte personnel. C'est un bénéfice réservé aux forçats de la première classe.

Un autre moyen d'améliorer le régime du forçat, en raison de sa bonne conduite, a été prévu par la loi de 1854. C'est celui de la *concession de terrain*. Ces concessions ne deviennent définitives qu'après la libération. Elles sont accordées très rarement et n'ont joué qu'un rôle insignifiant.

**519. La rémunération.** — De l'idée que les travaux forcés sont l'ob-

1. On verra plus loin que, pour le cas d'évasion, de nouvelles sanctions ont été introduites par le décret-loi du 17 juin 1938.