

PARTIE GÉNÉRALE

PREMIER LIVRE

L'INFRACTION

§ 26. — Concept de l'infraction.

BIBLIOGRAPHIE. — Sur le préjudice civil et criminel : *Merkel*, Kriminologische Abhandlungen, I, 1867. — *v. Ihering*, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1857. — *Le même*, Der Zweck im Recht, I (3^e éd.) 490. — *Pernice*, *Labeo*, II, 1. — *v. Bar*, Die Grundlagen des Strafrechts, 1869. — *Heinze*, *HH*, I, 321. — *Binding*, *Nor men*, I, 255, 426. — *Hälschner*, I, 15. — *v. Liszt*, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht, 1889. — *Le même*, Die Deliktsobligationem im System des bürgerlichen Gesetzbuchs, 1898. — *Heinemann* (Bibl. § 28) 15. — *Liepmann*, 4. — *Kiepe*, Thèse Fribourg, 1900. — *J. Goldschmidt*, Materielles Justizrecht ; dans les Festgaben für Hübler, 1905. — *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906. — *Graf zu Dohma*, *Z*, xxvii, 329. — Cf. aussi la Bibl. du § 28.

I. — L'infraction est le fait auquel l'ordre juridique rattache la peine comme conséquence juridique (définition formelle).

1. Si nous examinons ce fait de plus près, nous y trouvons les caractéristiques suivantes :

a) L'infraction est toujours une action humaine, c'est-à-dire la cause volontaire ou le non empêchement volontaire d'un changement dans le monde

extérieur. Des événements fortuits, indépendants de la volonté humaine, ne suffisent jamais pour la constituer (1).

b) L'infraction est en outre une action contraire au droit, c'est-à-dire une action qui, contrevenant formellement à un commandement ou à une interdiction de l'ordre juridique, implique matériellement la lésion ou la mise en péril d'un intérêt juridique (bien) (*Rechtsgut*) (2).

c) L'infraction est enfin une action imputable à faute (*schuldhafte Handlung*), c'est-à-dire l'acte commis intentionnellement ou imprudemment par un individu responsable (*schuldfähig*).

Nous obtenons ainsi la règle suivante :

L'infraction est l'action fautive illicite. — L'infraction se range par suite, avec l'action illicite du droit civil, dans le même concept catégorique de tort (injustice, dommage) (*Unrecht*) ou de délit (*Delikt*) (3).

(1) Action est synonyme de « conduite » et embrasse la commission ainsi que l'omission. Les objections soulevées par RADBRUCH et le COMTE DE DOHNA contre ce concept sont de caractère purement terminologique. Lorsque, dans GS., LXV, 310, l'action est définie « volonté objectivée », cela concorde absolument avec le texte. Exact BELING *Verbrechen*, 9, 15, FRANK, *Einleitende Bestimmungen*, I.

(2) D'où il résulte que la contravention de police (*Polizeiwrecht*) n'est pas, de par son essence, infraction. Cf., à ce sujet, plus loin, III.

(3) L'hypothèse, admise par nous, d'un concept unique du tort pour le droit civil et le droit pénal, est d'une importance fondamentale pour toute l'édification de la théorie du délit. Du concept du délit se détachent non seulement les « circonstances (états) illicites » (*rechtswidrige Zustände*), mais aussi les actions illicites non fautives ; or ceci s'applique aussi bien au droit civil qu'au droit pénal. Il n'y a donc pas lieu de s'inquiéter ici davantage de la controverse sur le « tort (dommage) non fautif » (*schuldloses Unrecht*), que des principes civils sur la responsabilité qui font abstraction de l'existence d'une faute. — Parmi les essais déjà anciens tendant à trouver une différence qualitative entre le

Le délit se présente donc comme une action appréciée en droit suivant deux tendances : dans l'élément caractéristique de l'illégalité est impliquée l'appréciation réprobative de l'acte, dans la culpabilité est contenue l'appréciation réprobative quant à l'auteur. Le concept de l'action à apprécier juridiquement est ainsi fixé comme concept fondamental de la théorie du délit.

Si l'une des trois caractéristiques du concept fait défaut, il n'y a pas de délit. Il est alors inexact de parler de la présence d'un motif d'exclusion du délit ; il peut être fait une distinction entre motifs d'exclusion de l'action, motifs d'exclusion de l'illégalité, motifs d'exclusion de l'imputabilité.

2. Mais le législateur ne rattache pas à toute injustice la conséquence juridique de la peine. Il choisit bien plutôt, dans la quantité à peine concevable des délits, certaines actions exactement circonscrites, et il en constitue les circonstances de fait (*Tatbestände*) les définitions particulières des diverses infractions sanctionnées par la peine. Et même, dans certains cas, il fait dépendre l'intervention de la peine de la présence d'autres conditions de culpabilité (4).

tort civil et l'infraction, il faut placer au premier rang ceux de HEGEL et de son école. HEGEL définit le tort criminel comme *conscient*, et le tort civil comme *inconscient*. Ainsi que MERKEL notamment l'a démontré d'une façon péremptoire, cette scission est en contradiction avec des faits indéniables de la vie juridique : l'infraction non intentionnelle d'une part, le dol civil d'autre part. Il faut de même considérer comme vains les efforts suivis de HAELSCHNER pour arriver, en partant du point de vue de HEGEL, à une conception stable de ladite différence. Mais cf. récemment LIEPMANN, 13.

(4) BELING a eu le mérite, dans sa « *Lehre von Verbrechen* », 1906, de faire ressortir, mieux qu'il n'avait été fait jusqu'à présent, la « définitivité » (*Tatbestandsässigkeit*), comme caractéristique du concept de l'infraction. Mais il a été trop loin. Sa définition est : « L'infraction est l'action définie, illicite, coupable, à laquelle peut s'appliquer une menace pénale lui convenant, et qui suffit aux conditions de la menace pénale » ; elle concorde dans l'ensemble

Le concept générique de l'infraction est donc celui du tort (dommage injuste) criminel : L'infraction est l'action fautive illicite menacée par la peine (5).

Ainsi, le concept (l'état de fait général) de l'infraction est constitué par quatre caractéristiques (6) ; les trois premières sont les caractéristiques catégoriques du délit, la quatrième est la caractéristique générale de l'infraction.

II. — A côté des caractéristiques (nécessaires) du concept qui doivent se retrouver dans toute infraction, nous devons aussi examiner exactement les formes contingentes (déterminées par les circonstances) sous lesquelles peut se présenter l'infraction isolée. Ce sont :

1. La tentative et la consommation ;
2. L'action principale et la complicité ;
3. L'unité et la pluralité de l'infraction.

III. — D'après le droit en vigueur, le délit de police (*Polizeidelikt*, contravention) rentre également dans le concept de l'infraction. La peine que le législateur rattache au fait du délit de police est une peine criminelle. C'est là le point de vue auquel doit s'en tenir l'exposé du droit en vigueur. Mais cet exposé doit aussi bien faire ressortir qu'à ces faits, l'essence du dommage, la lésion ou la mise en péril d'un intérêt juridique, n'est pas nécessaire, et que par suite ce

avec mon concept. — Cf. aussi GOLDSCHMIDT, GA, LIV, 20, BINDING, *Grundriss*, 86.

(5) Sur les motifs qui déterminent le législateur à menacer de la peine certains faits créant le tort (dommage), cf. plus loin § 44.

(6) Ces quatre caractéristiques sont toutes positives. Le concept de caractéristiques de fait négatives (circonstances dont la non-existence est impliquée par l'état de fait légal, par exemple la légitime défense) est complètement erroné. Ce concept soutenu par MERKEL, 82, LÖFFLER dans *Grühüt*, xx, 775, MIRICKA (Bibl., § 37) 125, FRANCK, *Einleitende Bestimmungen*, 1, est combattu par BELING, *Verbrechen*, xxxvi, 164, Graf zu Dohna (Bibl., § 32), 33, FINGER, GA., L. 37, Kohbrausch, Z, xxiv, 731, LEMÊME (Bibl., § 36), 50, ME. MAYER (Bibl., § 28).

serait un des devoirs les plus importants du législateur que de les détacher du concept de l'infraction et par là même de l'infraction (7).

§ 27. — Division des infractions.

BIBLIOGRAPHIE. — O. Meyer, *Bedeutung und Wert der Dreiteilung der Strafbaren Handlungen*, Thèse, Berlin 1891. — Rosenberg, Z, XXIV, 1. — Jakobi, Z, XXI, 161.

I. — Historique. — Le Moyen Age allemand avait réparti les actions répréhensibles en « *causæ majores et minores* » (*Ungerichte, Missetz*, d'une part, *Frevet* d'autre part), les premières ayant pour conséquences des peines capitales et corporelles (*peinliche Strafen an Hals und Hand*), et les autres des peines moins graves ou des peines civiles (*Nicht peinliche oder bürgerliche Strafen an Haut und Haar*). La P. G. O. s'était placée au même point de vue. Cependant, déjà dans les sources du Moyen Age et de l'époque qui suivit, on rencontre un degré intermédiaire (le *nicht pür laütere*

(7) Cette idée, déjà exprimée par LORENZ V. STEIN et O. MEYER, a été, de la part de J. GOLDSCHMIDT, l'objet d'un examen approfondi. Pour lui, le délit de police (délict administratif, *Verwaltungsdelikt*) n'est pas une action illicite, mais une action contraire à l'ordre administratif; ce n'est pas la lésion d'un intérêt protégé par le droit, mais celle d'un intérêt exprimé administrativement, soit l'omission de soutenir l'administration de l'Etat agissant pour le développement du bien public. Cf. GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902; LE MÊME dans GA, XLIX, 71, et dans la *Festgabe der Berliner Jurist. Gesellschaft* pour KOCH, 1903 (à ce sujet FLEISCHMANN, Z, XXIV, 774); LE MÊME, *Deliktobligationen des Verwaltungsrechts*, 1905 (extrait des *Mitteilungen*, XII, 220). GOLDSCHMIDT revendique pour le droit administratif, déjà par application *de lege lata*, tous les délits pouvant être réglés par voie administrative (délits postaux, délits fiscaux, contraventions de police). Cf. aussi SCHULTZENSTEIN, *Verwaltungsarchiv*, XI, 149, GUDERIAN, Z, XXI, 828, DRONKE, Z, XXVI, 632. Se rattachant à GOLDSCHMIDT: *Umhauer*, Thèse Fribourg, 1904. D'après M. E. MAYER (Bibl. § 32), les normes du droit administratif sont sans importance au point de vue civilisation (*kulturell indifferent*). — Sur les débats de la IKV. Cf. KITZINGER (Bibl. § 15), 31.

Malefiz du droit autrichien). A partir du xvii^e siècle prédomina, sous l'influence des juristes saxons s'inspirant de Julius Clarus, et surtout sous celle de Carpzov, une division tripartite, qui, sous des dénominations variables, distinguait dans le groupe des crimes graves des « atrociana » et « atrocissima crimina », ces derniers étant ceux qui encouraient la peine de mort aggravée (et pour lesquels le « conatus proximus » est mis sur le même pied que l'exécution). Ce fut également la conception tant de l'Autriche, 1768, que de la Bavière, 1751. — C'est sur un autre fondement que repose la division tripartite soutenue fréquemment dans la littérature pénale à partir du début de la période philosophique. D'après elle, on distingue, à côté des *contraventions* de police, entre les *crimes*, dirigés contre les droits naturels, tels que la vie, la liberté, etc., et les *délits*, dirigés contre les droits créés seulement par le contrat social, tels que la propriété, etc. — Grave de conséquence pour la législation du xix^e siècle a été la division du droit français qui, depuis 1791, distingue entre *crimes*, *délits* et *contraventions* suivant la gravité de la peine poursuivie pour l'action. Cette « trichotomie » du droit français passa dans un certain nombre de codes pénaux allemands (Code bavarois de 1813, Code prussien de 1851) et fut admise dans le C. P. I., malgré la vive résistance de la doctrine allemande. Mais pour ce dernier on déclara que ce serait la gravité de la peine fixée comme menace et non celle de la peine poursuivie qui serait décisive(1).

II. — **Division tripartite des infractions :** D'après le § 1 du Code pénal impérial, l'infraction, (*Verbrechen* crime au sens large du mot) est :

1. Un **crime** (*Verbrechen* au sens étroit), lorsque la peine prévue est la peine capitale, la réclusion ou la détention dans une enceinte fortifiée de plus de 5 ans (*Tod, Zuchthaus* ou *Festungshaft*).

2. Un **délit**, (*Vergehen*) lorsque la peine prévue est la détention dans une enceinte fortifiée pour

(1) L'erreur que constitue la division tripartite est aujourd'hui presque généralement reconnue. L'Italie, la Hollande, la Norvège ainsi que le projet suisse l'ont laissé disparaître.

moins de 5 ans, l'emprisonnement (*Gefängniss*) ou l'amende (*Geldstrafe*) au-dessus de 150 Marks.

3. Une **contravention**, (*Übertretung*) quand la peine est la détention simple (*Haft*) ou l'amende jusqu'à 150 Marks (2).

III. — Il faut retenir, pour l'application de cette **division tripartite**, les règles suivantes (3) :

1. La peine déterminante est non pas celle qui sera prononcée, mais celle qui est inscrite dans la loi ; ce sera la plus grave, lorsque la loi laisse le choix entre plusieurs peines. Une action menacée « d'emprisonnement ou de détention simple » est toujours un délit.

Pour les amendes qui sont un multiple ou une fraction (voir plus loin § 63, III) d'un montant déterminé (surtout en matière douanière ou fiscale), c'est le maximum produit pour chaque cas particulier qui est décisif, sauf si la loi fixe déjà elle-même un minimum (comme dans le § 55 de la loi sur la Banque d'Empire de 1875) classant l'action parmi les délits (4).

2. En cas de modification du degré de la peine par l'admission des circonstances atténuantes générales, le maximum du degré primitif (c'est-à-dire du plus

(2) Le législateur perd ici complètement de vue le rapport entre la valeur des diverses peines privatives de liberté établi par lui, § 21. Il oublie aussi qu'il n'existe pas de différence appréciable dans l'exécution de la peine de la réclusion et dans celle de la peine d'emprisonnement. — Le Code pénal militaire, § 1, ne connaît que les crimes et les délits ; la troisième catégorie d'infraction relève de la réglementation pénale disciplinaire.

(3) La distinction entre les crimes et les délits d'une part, et les contraventions d'autre part, apparaît, dans le C. P. I., dans les §§ 4, 57, n° 4 ; 43, 49, 49 a, 257 ; 27, 29, 67 ; 74, 79 ; 126, 240, 241 ; 151 ; 157, n° 1.

(4) En ce sens l'opinion commune avec R. v, 23, XIII, 224. Cf. notamment JACOBI, Z, xxx, 166, MEYER-ALLFELD, 28 ; OLSHAUSEN, § 1, 10 ; WEBER, GS, LVIII, 63. *Contre* BINDING, I, 515, et Grundriss, 190, ainsi que FINGER, I, 126, FRANK, § 1, II, d'après lesquels il faut admettre dans tous les cas qu'il y a délit, parce que le maximum possible dépasse 150 marks.

sévère) reste déterminant pour tous les cas. Par contre, de nouveaux degrés pénaux indépendants se créent dans les cas où interviennent des circonstances spéciales, soit atténuantes, soit aggravantes (C. P. I, § 313, al. 2, ou § 221 al. 3). Cela se conçoit encore mieux pour les sous-genres indépendants, soit plus graves, soit moins graves, d'une infraction, comme par exemple dans le cas du § 216, C. P. I.

3. Les réductions de peine pour les cas de tentative, d'assistance, de minorité, doivent être considérées comme une modification du minimum régulier de la peine, et non comme des menaces de peines indépendantes (5).

(5) Opinion commune. Avec elle FINGER, I, 127, *Contra*, BINDING, I, 516, FRANK, § 1, IV, OLSHAUSEN, § 1, 8.

PREMIÈRE SECTION

Les éléments constitutifs de l'infraction.

I. — L'INFRACTION EN TANT QU'ACTE

§ 28. — Concept de l'acte en général.

BIBLIOGRAPHIE. — *Radbruch*, Der Handlungsbegriff, 1904. — *Liepmann*, 19. — *Bekker*, Theorie des Strafrechts, I, 243. — *Hätschner*, I, 185. — *Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879, p. 29. — *Lammasch* dans *Grünhüt*, ix, 90. — *Bünger*, Z, vi, 291; viii, 520. — *Von Liszt*, Z, vi, 663. — *Janka*, Die Grundlagen der Strafschuld, 1885. — *Janka*, Z, ix, 499. — *Weismann*, Z, xi, 80. — *Heinemann*, Die Bindingsche Schuldlehre, 1889. — *Heinemann*, Die Lehre von der Idealkonkurrenz, 1893. — *Wachensfeld*, Die Verbrechenkonkurrenz, 1893. — *Thyrén*, Abhandlungen (voir plus haut § 18, IV), II, 66. — *Kötter* (Bibl. du § 54). — *M. E. Mayer*, Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1901. — *Kitzinger* (Bibl. § 31). — *Eltzbacher*, Die Handlungsfähigkeit, 1903, p. 78. — *Bierling*, Juristische Principienlehre, 3^e vol. 1905, p. 16. — Sur la conception du « danger » : *J. v. Kries*, Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung, 1886; Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, 1888; Z, ix, 528. — *Binding*, Normen, I, 324, note 10. — *Merkel*, 45. — *Finger*, Der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht, 1889 (*Contrà v. Kries*). — *Finger*, I, 104. — *v. Rohland*, Die Gefahr im Strafrecht, 2^e éd, 1888. — *M. Rümelin*, Der Zufall im Recht, 1896. — *Celi-chowski*, Thèse Göttingen, 1897. — *Büsch*, Gefahr und Gefähr-

düingsvorsatz in der Dogmatik des modernen Strafrechts, 1897. — Sur la possibilité de la commission d'infractions par des personnes morales (*Körperschaften*): *Gierke*, I, 528. — v. *Kirchenheim*, G. S., xxxvii, 421, xl, 25. — *Isaac*, Z., xxi, 648 (Zwangsstrafe). — *Mestre*, Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale, 1899. — *Neurer*, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht, 1701. — Mais surtout *Haftler*, Die Delikts- und Straffähigkeit der Personen verbände, 1903 et à ce sujet *Zürcher* dans la *Schweizer Z.*, xvi, 311. — *Kleinfeller*, KVS, xlv, 595. — v. *Bar*, Gesetz, II, 133. — *Hinschius*, Kirchenrecht, V, 916. — *Kohler*, III, 188.

L'acte c'est le fait volontaire de causer ou de ne pas empêcher un changement dans le monde extérieur.

I. — L'idée d'acte suppose donc avant tout une façon d'agir volontaire du délinquant, une manifestation de volonté.

1. Or, on appelle « manifestation de volonté » toute conduite, qui, libre de contrainte physique ou physiologique, se trouve déterminée (motivée) par des « représentations » (*Vorstellungen*). La manifestation de la volonté peut consister dans l'accomplissement ou dans l'omission d'un mouvement du corps.

Il n'y a pas acte, lorsque quelqu'un endommage des objets appartenant à autrui dans un accès d'épilepsie, ou se trouve empêché par un évanouissement d'accomplir son devoir, ou enfin se trouve obligé à une certaine façon d'agir par une force irrésistible (C. P. I., § 52). La volonté exigée ici n'a rien de commun avec le « libre arbitre » (plus haut § 16, note 5).

L'idée de motif (*Motiv*) est donc inséparable de l'idée d'acte. Il n'y a pas d'activité sans motif. Le motif de chaque manifestation de volonté est la représentation du sentiment de plaisir que celui qui agit attend de la manifestation de sa volonté. Ce motif provenant toujours en dernière ligne du monde extérieur, constitue l'un des facteurs de la manifestation de la volonté. L'autre facteur est constitué par

la nature propre de celui qui agit, quant à sa pensée, à sa sensibilité et à sa volonté, par sa disposition psychique habituelle, et par la réaction résultante qui lui est personnelle.

Le vouloir, qui caractérise la manifestation de la volonté, et en même temps l'acte, signifie dans le sens de cette conception uniquement l'impulsion de la volonté. On peut définir celle-ci physiologiquement comme innervation, on peut la concevoir psychologiquement comme « le phénomène de conscience, par lequel nous posons des causes ». Dans l'un comme dans l'autre cas, toujours seule la manifestation de la volonté est voulue, et jamais son résultat extérieur. Par suite, parler d'un « vouloir » du résultat ne peut qu'induire en erreur (1).

2. D'après les conceptions juridiques actuelles, l'homme seul peut être l'auteur d'une manifestation de volonté relevant du droit, c'est-à-dire telle que ses suites puissent être imputées à celui qui a agi (2).

(1) De même, BÜNGER, Z, VI, 321, FRANK, Z, x, 204, ME. MAYER, 29, OLSHAUSEN, § 59, 16, ZITTMANN, 138. L'opinion dominante fait rapporter le vouloir précisément au résultat. Cf. aussi à ce sujet BIERLING, 102. Au contraire, d'après RADBRUCH, la manifestation de volonté est à la vérité causée par la volonté mais n'est pas voulue. D'après BELING, *Verbrechen*, 11, la question de ce qui est voulu se détache du concept de l'acte. — L'ensemble de la façon d'agir ne perd pas la propriété d'être volontaire par le fait que certains de ses éléments s'accomplissent automatiquement en raison d'un exercice répété.

(2) Par contre, les peines infligées aux animaux et les procès faits aux bêtes ont existé non seulement au temps des législations anciennes, mais même encore du XIII^e au XVII^e siècle. Ces pratiques s'expliquent en partie par l'influence d'idées religieuses (meurtre du bœuf de labour, voir plus haut p. 10; droit mosaïque, *Exode*, XXI, 28); en partie par le désir de constater, dans une procédure spéciale, l'état du dommage causé par l'animal, afin d'y rattacher la responsabilité de son propriétaire; en partie par l'acte ecclésiastique de l'exorcisme. La mise à mort de l'animal employé à des pratiques criminelles (bestialité, etc.) n'apparaît plus comme une peine, lorsqu'elle a pour but l'anéantissement

Mais dans le droit actuel, la capacité juridique n'appartient pas seulement à l'homme, elle appartient aussi aux **personnes morales**. Cependant, en matière pénale, abstraction faite de certaines dispositions spéciales, cette extension de capacité n'a pas lieu. *Societas delinquere non potest*. Dans tous les cas, seuls les représentants agissant individuellement, mais non pas la collectivité qu'ils représentent, peuvent être rendus responsables de leurs actions. La responsabilité solidaire, imposée souvent par les lois pénales complémentaires de l'Empire aux sociétés, pour l'amende qui frappe en premier lieu le coupable (plus loin § 58, 1, 2) n'est pas une peine, quoique dans ses effets elle soit absolument semblable à celle-ci. Toutefois il faut constater et maintenir que l'admission d'un crime collectif, en tant qu'une collectivité est capable d'agir, et la punition de cette collectivité, en tant qu'elle est en possession indépendante de biens, apparaissent comme possibles et utiles (3).

du souvenir de l'action coupable. Toutes ces idées fondamentales ont également inspiré et justifié historiquement les poursuites engagées contre des objets sans vie.

(3) La conception exacte (qui a son expression incontestable dans le *délit* du droit des gens, dont l'État seul peut être le « sujet »), ne domine pas seulement le Moyen Âge tant allemand qu'italien, elle est aussi depuis *BARTOLUS* l'opinion commune de la doctrine pénale (cf. déjà la Bavière en 1751). Ce n'est qu'à la fin du XVIII^e siècle, sous l'influence des romanistes (v. *SAVIGNY*), que l'opinion opposée gagne du terrain pour dominer enfin exclusivement la doctrine pénale à partir de *FEUERBACH*. Cependant, actuellement, la conception de la capacité pénale des collectivités, tant en matière privée que pénale, trouve dans la doctrine un nombre de partisans toujours croissant, à commencer par *GIERKE*. Parmi les criminalistes elle est représentée actuellement par *MESTRE* et *HAFTER*, inspirés de *GIERKE*; cf. aussi *BIERLING* 225. Dans la législation allemande moderne, cf. le § 79 de la loi sur les syndicats de 1889 : « Si un syndicat se rend coupable d'une action ou d'une abstention contraires à la loi, et pouvant nuire au bien commun... il peut être dissous. » Il en est absolument de même

II. — La notion d'acte exige en plus l'apparition d'un **changement dans le monde extérieur** (subi par les hommes ou par les choses). Nous appelons ce **changement résultat**. Le résultat forme donc une partie intégrante de la notion d'acte (4).

1. Toute infraction exige donc un résultat extérieur. Sans doute, ce résultat peut se dégager plus ou moins clairement de la manifestation de la volonté, et en ceci une différenciation quantitative

pour les corporations et associations corporatives : Règlement sur l'industrie (texte du 26 juillet 1897), §§ 97, 104 et sq. En sens différent l'opinion dominante, en dernier lieu avec v. BAR, BELING, *Verbrechen*, 8, FRANK, *Einleitende Bestimmungen* I, MEYER-ALLFELD, 120. GOLDSCHMIDT (*Mitteilungen*) restreint le délit corporatif (collectif) au domaine du droit administratif. — L'opinion que nous exprimons dans le texte ne repose pas sur une pure spéculation, mais bien sur l'expérience de la vie. Le délit corporatif (collectif) est juridiquement possible, car d'une part les conditions supposant la responsabilité d'une collectivité en matière pénale ne sont pas autres qu'en matière civile ou (ce qu'on néglige systématiquement) que dans le droit public : Quiconque peut contracter, peut aussi conclure des contrats trompeurs ou léonins ou ne pas tenir les contrats de livrer (C. P. I., § 329) qu'il a conclus ; et, d'autre part, une collectivité détient des biens juridiques (droits attachés à la fortune, droit de vote, existence, droits attachés à l'honneur) qui peuvent être pénalement réduits ou détruits (par exemple, retrait du privilège d'émettre les banknotes, § 49 de la loi sur la Banque d'Empire de 1875). — Et il est recommandable d'admettre cette conception. Car d'une part l'action atteint une autre signification, plus élevée, car derrière elle se trouve, non pas un ou plusieurs individus, mais la collectivité, le groupement (*Körperschaft*) ; d'autre part, il est aussi contraire au sentiment de l'équité qu'aux principes d'une politique criminelle exacte, de laisser le véritable coupable impuni, en imposant, au contraire, la responsabilité pleine et exclusive à l'organe de la volonté d'autrui.

(4) C'est par une controverse purement terminologique que BINDING, BUENGER, ZITELMANN et récemment M. E. MAYRA, 19, etc., veulent détacher le résultat de l'idée d'action et opposer à l'« action » le « fait » embrassant le résultat. BIERLING, III, 22, préfère à l'expression que j'ai choisie celle d'« influence exercée (*Einwirkung*) sur le monde extérieur ».

entre les diverses infractions est possible. Mais il est erroné de vouloir faire de cette différence quantitative une différence qualitative et d'opposer aux « délits matériels » qui supposent l'idée d'un résultat, les « délits formels » ou purs « délits d'activité ». Même l'injure verbale ou l'expression obscène ne peuvent être imaginées sans qu'une autre personne ne les ait perçues par les sens. Il n'est donc nullement erroné de désigner, avec cette portée, le résultat comme le changement dans le monde extérieur perçu par les sens (5).

2. Comme toute transformation dans le monde extérieur implique d'autres transformations, nous avons à distinguer entre le résultat immédiat et le résultat éloigné. Nous trouvons, dans les définitions du Code pénal impérial, le résultat défini tel que le considère notre synthèse, car le législateur a rattaché à son apparition la menace de la peine. Pour l'idée pénale du meurtre, seule la mort de la victime est importante, non pas la blessure mortelle et non pas d'autre part les conséquences pécuniaires, qui sont peut-être cependant de longue portée et d'importance décisive en droit privé.

3. En ceci réside l'explication de l'idée de danger. Le danger est aussi en soi un résultat, un état survenu dans le monde extérieur. Mais ce résultat ne tire son importance que de son rapport avec un autre résultat non survenu, mais conçu par nous. Nous pouvons donc dire : le danger est l'état de choses qui, étant donné les circonstances, soit apparentes pour tous au moment de l'accomplissement de la volonté,

(5) La portée de cette controverse est en maintes parts exagérée. Pour la distinction repoussée dans le texte : BELING, BRUNNEN, FINGER, FRANK, KITZINGER, LAMMASCH, LIEPMANN, LÖNING, etc. Il faut naturellement faire abstraction ici de la contravention de police, qui n'appartient pas au concept de l'infraction (plus haut § 26, II).

soit même connues seulement de l'auteur, permet d'admettre librement et sans prévention la possibilité proche (probabilité), et par suite le souci fondé de l'apparition d'un dommage comme résultat.

Bien des situations délictueuses reposent sur l'idée du danger ; ainsi l'exposition d'enfant ou le duel comme dangers menaçant la vie, le jeu de hasard comme danger menaçant la fortune ; le trouble du crédit, les troubles de la paix publique ; les crimes de danger public, comme l'incendie, l'inondation, etc. Le législateur s'occupe beaucoup du « danger immédiat pour la vie et pour le corps » (*Leben und Leib*). Notamment la nature propre de la tentative criminelle se caractérise par l'idée de danger. Mais la « possibilité proche » de l'apparition d'un résultat se trouve exclue, lorsque cette apparition peut être écartée par des circonstances que l'auteur peut provoquer, ou qu'il peut attendre avec certitude (6).

III. — Aux deux éléments de la notion d'acte examinés jusqu'ici, il faut ajouter une autre caractéristique pour réunir ces éléments en un tout : le rapport du résultat avec la manifestation de la volonté.

1. Ce rapport existe objectivement, quand, par la manifestation de la volonté, le résultat est, ou causé, ou non empêché ; c'est le fait de commettre ou celui de s'abstenir (plus loin §§ 29 et 30).

2. Ce rapport existe subjectivement, quand l'auteur, lors de la manifestation de sa volonté, a prévu le résultat, ou du moins aurait pu le prévoir : intention ou négligence (voir plus loin § 31 et § 39 et sq).

(6) Cf. plus loin, § 47 (tentative impossible). En général d'accord avec le texte, R, en dernier lieu, XIV, 135 ; XXX, 179 ; XXI, 180, ainsi que d'ailleurs l'opinion courante. Cf. FRANK, § 1, VII, mais qui distingue l'état de danger « normal » et demande un jugement sur expertise. Par contre, l'idée de danger est absolument niée par v. BURI, GS, XL, 503. XLIV, 321, FINGER, JANKA, LAMMASCH, THON (dans les ouvrages cités §§ 28 et 29).

§ 29. — 1. De l'acte de commission.

BIBLIOGRAPHIE. — *Von Bar*, Die Lehre vom Kausalzusammenhange, 1871. — *Le même*, Gesetz, II, 161 à 243. — *v. Buri*, Kausalität, 1873; Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885. — *Binding*, Normen, I, 112; II, 224. — *Birkmeyer*, Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht, 1887, publié dans GS, xxxvii, 257. — *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme, 1890. — *Janka*, Z, ix, 499. — *Merkel*, 95. — *Kohler*, I, 83. — *R. Horn*, Der Kausalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrecht, 1893. — *Thon*, Ueber den Begriff der Verursachung (Blätter für Rechtspflege in Thüringen, xlii, 1). — *Thyren*, Abhandlungen, I. Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien (1894). — *Hess*, Ueber Kausalzusammenhang und unkörperliche Denksubstrate, 1895. — *Müller*, GS, L, 241. — *Kühlen*, Thèse Munich, 1895. — *A. Horn*, GS, liv, 321. — *Von Brünneck*, Thèse Halle, 1897 (avec très bonne critique de Thyren). — *Guthmann*, Thèse Giessen, 1898. — *Liepmann*, 47. — *M. E. Mayer*, Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, 1899. — *M. Rümelin*, Die Verwendung der Causalbegriffe im Strafrecht und Civilrecht, 1900. — *Hartmann*, Das Kausalproblem im Strafrecht, 1900 (Beling Heft 27). — *Radbruch*, Die Lehre von der adäquaten Verursachung 1902 (Berliner Seminar-Abhandl, I, 3). — *Genzmer*, Der Begriff des Wirkens, 1903 (Berliner Seminar-Abhandl, II, 1). — *v. Rohand*, Die Kausallehre des Strafrechts, 1903. — *Träger*, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904. — *Graf zu Dohna* dans *Aschaffenburg*, II, 425. — *Litten*, Die Ersatzpflicht des Tierhalters, 1905 (avec bonne polémique contre Träger). — *Wiechowski*, Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges, 1904 (Beling, Heft, 55). — *Guez*, Thèse Lausanne, 1904. — *Kohler*, GA, LI, 327. — *Reinach*, Ueber den Ursachenbegriff im geltenden Strafrecht, 1905. — *Kriegsmann*, GS, LXVIII, 134. — *Liepmann*, GA, LII, 326. — *Zeiler*, Z, xxvii, 493. — *Bierling*, (Bibl. § 28), III, 31.

Commettre (*Thun*), c'est causer (provoquer) volontairement un résultat.

I. — La manifestation de la volonté apparaît ici comme volontaire, c'est-à-dire sous la forme d'un mouvement du corps (*Körperbewegung*) motivé par des représentations (1).

(1) Dans le même sens, quoiqu'en y comprenant l'abstention, R, xx, 146.

II. — Le résultat doit être causé par un mouvement du corps; le mouvement du corps et le résultat doivent être l'un à l'autre dans le rapport de cause à effet (rapport de causalité) (2).

Le rapport de causalité entre le mouvement du corps et le résultat existe donc lorsque le résultat n'aurait pas eu lieu sans le mouvement du corps, c'est-à-dire si l'on ne peut faire abstraction du mouvement du corps sans que le résultat ne doive en même temps disparaître. Naturellement le résultat n'est envisagé alors que dans sa forme concrète. Il importe, non pas que B eut pu, en somme, mourir sans la manifestation de volonté de A, mais qu'il soit mort à tel jour, de telle façon. Si, dans la forme indiquée, il devient nécessaire de lier ensemble le mouvement du corps et le résultat, nous nommons alors le mouvement du corps la cause (*Ursache*) du résultat, et le résultat l'effet (*Wirkung*) du mouvement du corps, c'est-à-dire que nous appliquons à la relation du mouvement du corps et du résultat la catégorie de causalité (comme une forme de notre connaissance) (3). Cela signifie en

(2) La question de la présence du rapport causal doit être strictement séparée de celle de l'existence d'une culpabilité de l'auteur. Cf. sur celle-ci, plus loin, § 36 et sq. Dans ce sens, dès 1840, LUDEN, et, depuis v. BURI (qui soutenait l'opinion inverse avant 1866), l'opinion courante. *Contra*, GLASER, v. BAR, MERKEL et aujourd'hui les partisans de la « cause adéquate » (cf. plus loin, VI, 4) à l'exception de RUEMELIN et de TRAEGER. Cf. (contre elle M. E. MAYER (Bibl. § 28), 120, RADBRUCH (Bibl., § 28), 107.

(3) Il faut s'en tenir absolument au fait que la « loi causale » ne se rapporte qu'aux changements survenant dans l'espace et le temps, mais non au lien logique entre les conceptions ou à l'appréciation sociale et morale de l'action. La confusion (voulue ou inconsciente) de l'examen causal avec l'examen téléologique ne se rencontre que trop souvent dans la doctrine moderne; par exemple, dans BINDING, KOHLER (*Kausalismus der sozialen Ordnung*); J. v. KRIES, LIEPMANN, 81 (*Veränderung in der Rechtswelt*); v. ROHLAND (*rechtlicher Zusammenhang*); ZITELMANN, etc. Dans

même temps que devant l'examen du droit pénal, cause et provocation, cause et condition s'identifient; plus exactement, la provocation du résultat est toujours suffisante, le fait de le causer (pour lequel la manifestation de la volonté ne suffirait jamais en soi) n'est jamais exigé. Toutes les conditions du résultat sont donc par suite de même valeur (4). La cause connexe (*Mitursache*) est, elle aussi, une cause au sens juridique. Et la conception de la cause, telle qu'elle se pose en première ligne, n'est pas exclue par l'apparition simultanée ou ultérieure de causes connexes.

III. — De cette démonstration dérivent immédiatement deux conséquences d'une très grande portée pratique.

1. Le résultat doit être rattaché au mouvement du corps comme à sa cause, même dans le cas où il ne se serait pas produit sans les circonstances particulières de l'action, ou sans celles qui se sont ajoutées à cette dernière. La blessure est la cause de la mort, même dans le cas où le décès ne se serait pas produit sans l'état de faiblesse physique générale du blessé, ou dans celui où un incendie de l'hôpital se serait ajouté à la blessure non mortelle par elle-même. Il n'est donc pas besoin que le mouvement du corps ait été la cause nécessaire, suffisante en

notre sens, BELING, *Verbrechen*, 41, 207, HEINEMANN (Bibl. du § 41), 31; LANDSBERG (Bibl. § 30), 28.

(4) La distinction, faite par FRANK (§ 1. V, 3^e sect. I et V) et GUTHMANN, entre les conditions positives et les conditions négatives (par exemple empêcher le sauvetage d'une personne qui se noie), ainsi qu'entre les conditions physiques et les conditions psychiques (c'est-à-dire ayant besoin de l'intervention ou de la volonté d'une personne agissant librement), est superflue dans sa première partie, le sauvetage omis n'étant précisément pas causal (cf. plus loin § 30), et inexacte dans sa seconde, dans la mesure où elle dépasse le principe posé dans le texte sous III, 1. — Sur la causalité physique et psychique, cf. BIERLING, 54.

elle-même, du résultat (par exemple caractère absolument mortel de la blessure).

2. Le résultat doit être rattaché au mouvement du corps comme à sa cause, également dans le cas où il ne se serait pas produit sans l'intervention simultanée ou subséquente d'autres actions humaines. Et, notamment, le rapport causal est admis sans obstacle même s'il existe une négligence concomitante de la part d'un tiers, ou une façon d'agir imprudente de la part de la victime (la compensation de faute n'existe pas en droit pénal.)

3. Par contre, le rapport causal s'exclut lorsque la suppression du mouvement du corps n'aurait modifié en rien la production du résultat. C'est notamment le cas lorsque le résultat, auquel tendait la manifestation de la volonté, se trouve amené par une nouvelle série causale indépendante, c'est-à-dire non provoquée par la manifestation de la volonté. Si A blesse mortellement le batelier B, et si B se noie avant que la blessure ait causé la mort, parce que son bateau aura chaviré par suite d'un coup de vent inattendu, le rapport causal entre la manifestation de volonté de A et le résultat survenu fera défaut, et A ne pourra être condamné que pour tentative de meurtre. Si, au contraire, la série causale qui semble nouvelle a été provoquée par la manifestation de la volonté, c'est-à-dire si elle ne pouvait exister sans celle-ci, il y a eu rapport causal entre la manifestation de la volonté et le résultat. Supposons que le batelier blessé ait été mis hors d'état, précisément par sa blessure, de manœuvrer les voiles et que, par suite, le bateau ait chaviré, ce serait alors A qui aurait causé la mort de B par immersion.

IV. — Le principe posé en dernier lieu (voir plus haut, III, 3) devrait également s'appliquer de soi-même si la nouvelle série causale se produisait par la manifestation de volonté d'une personne autre que l'auteur. Il faudrait donc admettre le rapport causal

dans le cas où cette nouvelle manifestation de volonté ne se serait pas produite sans que la première ait existé. Le braconnier A a abandonné le chasseur blessé à mort dans la forêt; le braconnier B survient et tue sur le champ le chasseur d'un coup de poignard au cœur. L'acte volontaire de B, tel qu'il s'est produit réellement, concrètement, n'aurait pas eu lieu sans l'acte volontaire de A; l'application du principe posé plus haut mènerait donc à la conclusion que la mort du chasseur a été causée immédiatement par B, et médiatement par A.

Mais le droit en vigueur rend cette déduction impossible.

D'après la conception de notre Code pénal, l'instigation (*Anstiftung*) ne doit pas être considérée comme une cause indépendante médiate du résultat, comme une action première intellectuelle, mais bien comme une participation à l'acte d'un autre (sur ce point cf. plus loin, § 49). Il en est de même de l'assistance (*Beihilfe*). Le motif de ce traitement singulier de l'instigation réside dans le fait que le législateur voit constamment dans l'acte de l'auteur principal, même si cet acte est provoqué par un tiers, l'apparition d'une série causale nouvelle et indépendante. C'est avec peu de bonheur que l'on parle en ce cas d'une « interruption du rapport causal ».

Il faut supposer alors l'acte libre (c'est-à-dire non imposé au sens du § 52 C. P. I.) et intentionnel (plus loin § 39) d'un auteur principal responsable (plus loin § 38). Au delà de la limite tracée par cette règle, il faut par contre appliquer le concept général de cause. Il en est ainsi dans les cas d'action médiate (*mittelbare Täterschaft*, cf. plus loin § 50, II) (5).

(5) Cette rédaction se base sur le C. P. I., § 48. Le C. C. I., § 830, se place en somme à un autre point de vue et ne connaît pas, par suite, la règle exposée dans le texte. Cf. v. Lasz, *Deliktsobligationen*, 75.

Il faut également admettre qu'il existe, au sens de la loi, une nouvelle série causale indépendante, lorsque l'acte de l'auteur principal n'est frappé par aucune loi pénale. Si, à l'instigation de A, la personne responsable B commet un suicide, A n'aura pas alors causé la mort de B, et ne pourra donc pas être poursuivi pour meurtre intentionnel. L'omission (*Unterlassen*, cf. § 30), contraire au droit est, quant à son influence sur l'interruption du rapport causal, mise sur le même pied que l'acte de commission (*Das Thun*) (6).

En cas de complicité ainsi que d'action connexe simultanée ou successive (plus loin § 50 II), il faut s'en tenir à la règle générale que tout individu, qui a posé une condition du résultat, est considéré comme auteur (*Verursacher*) du résultat (7).

V.— La recherche des cas dans lesquels la cause du résultat peut être impliquée par l'action, remonte très loin dans le passé. Tandis que, d'une part, le droit romain offrait aux commentateurs un certain nombre de textes à la vérité contradictoires (Pernice Labeo, II, 36), le Moyen Age allemand essayait, d'autre part, de trancher la question par l'instauration de signes extérieurs fixes et certains (par exemple, il ne pouvait y avoir coup mortel, si entre temps la victime s'était rendue au marché et aux églises).

La question fut fréquemment traitée dans la doctrine du droit commun (tant dans Carpzov et Böhmer que dans Feuer-

(6) S'il n'y a pas d'obligation juridique pour le blessé de se soumettre à une opération médicale, le décès causé par l'absence de l'opération, même prévu par le blessé, est causé par l'auteur de la blessure et non par le blessé. Dans ce sens, R. xxvii, 80. Cf. ENDEMANN, *Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten*, 1893. Mais d'après le C. C. I., § 254, al. 2, une obligation juridique de cette nature pourrait être fondée. Cf. V. LISZT, *Deliktsobligationen*, 81 ; DERNBURG, *Das bürgerliche Recht*, II. 76. *Contra*, R. xxvii, 80 et ENDEMANN.

(7) Cette nouvelle édition diffère des précédentes quant au concept de l'action connexe successive. Les arguments de ZEILEN m'ont déterminé à ce changement. Cf. aussi R. xix, 141.

bach et Stübel), et toujours régulièrement à propos de la définition du coup mortel (*Totschlag*). Le plus souvent, on désignait comme cause la condition qui a nécessairement pour conséquence le résultat (contra Stübel, état de fait, 1805). On cherchait par suite à distinguer, sans trop y gagner, la *letalitas absoluta et relativa, in abstracto et concreto, et per accidens*. La distinction pénétra très vite dans la législation. Dès 1685, la Prusse y attachait une grande importance, et une ordonnance de 1717 contient à cet égard des prescriptions précises. De même, la plupart des codes allemands du XIX^e siècle (depuis la Bavière en 1813 jusqu'à l'Autriche en 1852) crurent nécessaire de spécifier dans un de leurs paragraphes qu'il était indifférent qu'une aide prompte et raisonnée eût pu rendre possible d'empêcher le résultat de se produire, et de même que la blessure n'ait eu de résultat mortel qu'à cause de la nature physique de la victime, ou des circonstances imprévues dans lesquelles ladite blessure a été portée (Cf. Code prussien, § 185). C'est seulement la législation la plus récente qui a renoncé à ces dispositions superflues et trompeuses, sans d'ailleurs arrêter par là les controverses.

VI. — La conception présentée plus haut apparaît dans la doctrine suivant quatre tendances différentes (8).

(8) Les Chambres criminelles (*Strafsenate*) du Tribunal d'Empire et le Tribunal Militaire d'Empire (viii, 274) partagent absolument (de même que l'Office impérial des assurances) la conception soutenue dans le texte, tandis que les Chambres civiles partagent l'opinion de VON BAR. Déjà BERNER, HAELSCHNER, KÜSTLIN avaient exprimé l'équivalence de toutes les conditions pour le résultat survenu. VON BURI y rattacha en 1860 la règle que toute co-influence cause le résultat. Cette opinion soutenue par v. BURI contre v. BAR, trouva un solide appui dans le système de logique de MILL. On peut la considérer aujourd'hui comme dominante. Elle est représentée par BELING, 38; FINGER, I, 275; FRANK, § 1, III; HAELSCHNER, I, 227; HERTZ (plus haut § 18, IV), 167; LANDSBERG (Bibl. § 30), 41; v. LILIENTHAL, 28; P. MERKEL (Bibl. § 30), 23; OLSHAUSEN, I, sect. 3, note 2 (contre son ancienne opinion), RADBRUCH. A la vérité, Thyren admet une inégalité objective du degré de rapport entre les différents événements qui se sont produits, inégalité qui subjectivement arrive jusqu'à l'opposition des conditions causales et non causales. Mais quant au droit pénal, il soutient l'égalité des conditions décisives et revient ainsi et dans cette mesure à l'opinion dominante. — Parmi les partisans de

1. Nous n'employons pas l'idée de cause dans ce sens étroit qui fait de la cause cet état de choses qui est suivi, avec une nécessité absolue et une généralité stricte, par un autre état de choses. En effet, dans ce sens (la cause étant égale à l'ensemble de toutes les conditions du résultat), la manifestation de la volonté ne peut en somme être la cause ; elle a sans exception, pour condition de son action efficace quant au résultat, la coopération de toute une série de circonstances extérieures, qu'on ne peut se représenter comme écartées sans que le cours des choses ne se présente comme modifié. Nous ne pouvons la désigner comme cause d'un résultat que dans cette signification limitée, dans laquelle la cause ne veut être rien de plus qu'une des nombreuses conditions nécessaires du résultat.

2. Nous appuyant sur la conception de la causalité comme d'une forme de notre connaissance, nous nions la force réelle (*reale Kraft*) d'une cause se séparant des conditions, et produisant ainsi le résultat (la *causa efficiens* en opposition avec la *conditio sine qua non*). La notion absolument métaphysique de l'efficacité (*Wirkung*), que nous écartons ainsi, a précisément rencontré des partisans dans ces dernières années. Parmi eux, Heilborn (Bibl. § 52), 42, R. Horn, Kohler, Kraus (Bibl. § 30), Rohland, Wachenfeld (Bibl. § 28), Contrà Mayer (Bibl. § 32).

3. En repoussant toute distinction essentielle dans le cadre intérieur des conditions, nous nous opposons aux tentatives ayant pour objet de choisir, parmi les conditions multiples d'un résultat, l'une d'elles comme cause au sens le plus strict. Il y a lieu de distinguer ici deux conceptions : a) Supposant comme acquises les conditions régulièrement présentes, v. par exemple la condition faussant le cours des choses régulièrement conçu, créant l'état de choses contraire à la règle (de même, et, antérieurement Zitelmann). C'est déjà la pensée fondamentale de l'opinion traitée sous 4. b) Binding définit la cause, (en présentant comme s'équilibrant les conditions favorables ou défavorables au résultat), comme l'action qui donne aux conditions existantes la direction décisive vers le résultat : « Théorie de la rupture d'équi-

notre conception quant au droit civil, il faut citer Cosack, *Lehrbuch*, 4^e éd. et SCHOLLMEYER, *Kommentar*, p. 38.

libre ». (Bien réfutée par v. Brünneck et Hartmann). Birkmeyer exprime plus vigoureusement la même pensée (en évitant tout langage imagé antijuridique). D'après lui, la cause est la condition la plus efficace (contra, Bennecke, Z, V, 731, Haupt, Z, XV, 208). — Le danger de toute théorie de cette nature, marquant l'une des conditions comme cause, réside en ce que, rigoureusement déduite, elle doit aboutir au rejet de la notion de cause concomitante (*Mitursache*) mise en valeur ci-dessus, sous III ; c'est là une conséquence qui détruit toute jurisprudence criminelle (il en serait peut-être autrement en droit privé). Pour la définition de Binding, elle mène à la conséquence absolument illogique de ne pouvoir toujours considérer comme cause que la dernière condition seulement (cf. Beling, 37).

4. D'après notre opinion, c'est toujours le cours réel des événements dans chaque cas particulier qui est décisif, aussi extraordinaire qu'il ait pu être. A l'opposé, la « théorie de la cause adéquate » considère seulement comme cause au sens juridique « la cause typique ». La manifestation de la volonté doit avoir été généralement, conformément à l'expérience, (*erfahrungsgemäss*), propre à amener le résultat. Le cours concret des événements doit avoir été adéquat à l'image typique obtenue par l'expérience humaine. Déjà esquissée par v. Bar (voir plus haut sous 3), fondée par J. v. Kries, cette opinion a trouvé rapidement des partisans qui, à la vérité, ne s'accordent guère entre eux. Citons, parmi les civilistes Crome, System, I, 476, Endemann, (indécis), Enneccerus, I, 406, Litten, Rümelin, Thon, Zitelmann, Das Recht des BGB, 1900. p. 135 ; parmi les criminalistes, Liepmann, Merkel, Meyer-Allfeld, v. Rohland (qui part du concept métaphysique de l'efficacité), Träger. L'argumentation de M. Rümelin est particulièrement remarquable. Il limite l'exigence de la cause adéquate aux conditions survenant dans l'avenir, partageant ainsi l'opinion dominante quant aux conditions existant dans l'instant de l'acte volontaire ; il demande pour celles-ci la prévision objective (*objektive Berechenbarkeit*), en opposition très nette avec v. Kries et il sépare complètement de la notion de la cause adéquate, comme non calculables (*nicht berechenbar*), les actions humaines.

De graves arguments, mis en lumière par Litten et Liepmann, s'élèvent contre la théorie de la cause adéquate. Elle

fait intervenir l'idée de la possibilité là où existe non pas la possibilité, mais bien la réalité d'un événement, Quand elle conçoit subjectivement la prévision, comme l'a fait von Kries, elle mêle la question de la cause avec celle de la culpabilité. Cf. sur ce point M. E. Mayer, Z, XX, 545. Quand elle détermine objectivement la prévision, elle tombe sans espoir de salut dans des contradictions inextricables. Au cas où l'auteur a calculé d'avance un cours de choses atypique, il faut, ou bien qu'elle l'acquitte, ou bien qu'elle remplace la prévision objective par une évaluation subjective. Mais Rümelin dépasse absolument toute mesure en divisant la notion de cause en ce qu'il veut rendre décisif, pour les conditions du moment, le cours de choses concret, et pour les conditions survenant dans l'avenir, la représentation abstraite.

Pour les délits qualifiés par le résultat (plus loin § 36), la cause adéquate est réclamée fréquemment par les partisans mêmes de la théorie prépondérante de causalité, afin d'éviter l'aggravation pénale, établie par la loi, dans les cas où le résultat n'a été amené que par un enchaînement spécial de circonstances, échappant à tout calcul. Mais ce point de vue implique une modification de la loi, à laquelle le législateur seul est autorisé (9).

§ 30. — 2. De l'omission.

BIBLIOGRAPHIE. — v. Rohland, Die strafbare Unterlassung, I, 1887. Landsberg, Die Commissionsdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht, 1890. — *Le même*, dans sa Kausallehre. — Müller, GS, L (en particulier 316). — P. Merkel, Begehung durch Unterlassung, Thèse Göttingen, 1895. — Bünger, Z, vi, 322. — Kohler, I, 45. — Löning (Bibl. § 43), 136. — Wachensfeld (Bibl. § 54), 42. — Kraus (Prager) Juristische Vierteljahrschrift, XXX. — Kitzinger (Bibl. § 31), 129. — Mentha, Les délits de commission par omission, 1898. — Gand, Du délit de commission par omission, 1900. — Schimmelbusch, Thèse Wurzburg, 1903. — Kraus, Z, xxiii, 789. — Fischer, Z, xxiii, 459. — Sturm, Die strafbare Unterlassung, etc., 1905. — Redstob, Die kriminelle Unterlassung (Beilage Heft, 70) 1906. — Zahn, GS, LIX, 1, v. Bar, Gesetz, III, 244.

(9) REINACH ne considère comme cause, dans ces cas, que la condition immédiate. Mais ceci aussi est arbitraire.

I. — On entend par « omission » le fait de ne pas empêcher, volontairement, le résultat (commission par omission.)

1. La manifestation de la volonté consiste ici dans le non accomplissement volontaire d'un mouvement du corps qui devrait être accompli. Elle exige ici aussi (v. plus haut § 28 I) que l'auteur agisse libre de toute contrainte et déterminé par des représentations. Omettre le cri d'alarme, pour un gardien ligoté par des brigands ou frappé d'évanouissement, n'est pas une manifestation de volonté ni une action.

2. La notion de l'abstention suppose que par l'action possible à son auteur, et omise par lui cependant, le résultat survenu aurait été empêché; en cela l'idée présente une caractéristique analogue à la causalité de l'action (mais non la causalité elle-même). Cette analogie s'étend aussi à l'interruption du rapport de causalité: l'omission libre et intentionnelle de la part d'un individu responsable est traitée par le législateur, à supposer qu'il y ait une obligation juridique d'agir (voir plus loin, II), comme la survenance d'une nouvelle série causale indépendante (1). Par contre, il va de soi que l'empêchement de l'empêchement du résultat (A empêche B de sauver C qui se noie) ne doit pas être considéré comme cause du résultat par acte positif.

Sous certaines conditions préalables (voir plus bas, II), l'ordre juridique, comme la vie elle-même, considère comme équivalents le fait de provoquer un résultat et celui de ne pas empêcher un résultat (le quasi délit d'omission) (2). Cette équivalence ne si-

(1) Plus haut § 29, note 6.

(2) Les « vrais » délits d'omission, pour lesquels le législateur considère comme décisive non pas la survenance d'un résultat, mais la non survenance d'un résultat proposé, ne rentrent pas dans le présent examen. Exemple: § 139, omission de dénoncer un crime (différent, § 60 C. P. Mil.).

gnifie pas qu'il soit nécessaire de voir une provocation « de résultat » dans le non-empêchement : l'omission est punissable indépendamment de l'hypothèse de sa causalité. L'ancienne législation a, le plus souvent, mentionné expressément l'omission (il en fut encore ainsi dans la première moitié du XIX^e siècle), et, lorsqu'elle ne prescrivait pas exceptionnellement une peine atténuée, elle soumettait l'omission à la même peine que la commission. Les codes pénaux modernes ne mentionnent plus spécialement la culpabilité de l'omission, car elle est généralement reconnue dans la doctrine et la jurisprudence. Il en résulte que l'omission d'empêcher le résultat est équivalent à sa provocation, lorsque des règles spéciales n'en décident pas autrement (3).

II. — Seule l'omission **contraire au droit** (illicite) (*rechtswidrige*) (4) est assimilée, dans ses conséquences juridiques, au fait de commission. L'omission est contraire au droit lorsqu'il existe une obligation juridique d'agir. Or, celle-ci peut exister :

1. En vertu d'un commandement spécial de l'ordre juridique, soit que ce commandement appartienne au droit pénal (par exemple Code pénal, §§ 221, 357 : le « laisser faire », C. P. Mil. § 60), soit qu'il se trouve explicitement ou implicitement exprimé en d'autres domaines juridiques, c'est-à-dire qu'il appartienne à un ensemble de devoirs résultant d'une situation juridique déterminée (fonction, contrat, etc., devoir des parents de nourrir leurs enfants, obligation contractuelle du garde-malade, devoir officiel du

(3) De même, HENSLOB et v. ZAHN, qui examinent, quant à leur portée, les « termes d'activité » (*Tätigkeitswörter*) des états de faits délictueux. Très net FRANK, § 1 IV. *Contra*, KRAUS notamment Cf. aussi BELING, *Verbrechen*, 223.

(4) Pour ne pas rompre le développement de notre ouvrage, nous traitons dès à présent cette question qui relève à proprement parler de la théorie des faits illicites (*Rechtswidrigkeit*).

fonctionnaire, du gardien de prison, du garde-barrière, etc.) (5).

2. En raison de l'action précédente, qui fait apparaître comme contraire au devoir le fait de ne pas agir. Dans ce cas, l'obligation d'agir s'impose à l'auteur comme une résultante (*konkludentes Tun*).

Ainsi le fait de provoquer un danger établit le devoir de s'opposer autant que possible à ses conséquences contraires au droit (4). Mais lorsque l'intention ou la négligence dans l'action précédente tendait déjà au résultat, il n'y a pas omission, mais commission (par exemple, le médecin fait une opération pour provoquer l'hémorragie chez le malade).

III. — L'ancienne doctrine n'avait jamais contesté l'équivalence de l'omission avec la commission (*Thun*). Mais, tandis que les Italiens depuis les glossateurs jusqu'à Farinacius et, avec eux, Carpzov, Beyer et autres, admettaient en général une pénalité plus douce pour l'omission que pour la commission, J. S. F. Böhmer notamment représentait l'opinion plus sévère qui demandait, au moins en cas de meurtre, la même peine pour l'omission que pour la commission. Les législations, d'accord avec l'école philosophique de Wolf, tenaient généralement à comprendre l'omission parmi les actions, mais en prévoyant pour elle, dans chaque cas particulier, des sanctions pénales en partie atténuées. Par exemple, la Coutume de Prusse de 1620, de concert avec les Constitutions saxonnes, remet à l'arbitraire seulement le soin de punir le garde-malade qui a laissé dépérir les malades confiés à ses soins ; la Thérésiana de 1768, art. 87, 5, punit la mère « qui a causé la mort de son enfant par simple omission » (n'avoir pas lié le cordon ombilical, n'avoir pas arrêté l'hémorragie, avoir refusé des

(5) Même sens, R, xxxix, 397. Sur la question de savoir si le § 326 C. C. I. rend nécessaire d'admettre un devoir juridique d'agir ayant son origine dans les « bonnes mœurs ». Cf. LISZT, *Deliktsobligationen*, 72. STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Recht*, 1902, p. 489.

(6) Contre cette règle presque généralement admise (également par R, xxiv, 339) : KRAUS, LANDSBERG, STURM, SCHIMMELBUSCH. *Indécis FRANK*, § 4, v. EXACT MEYER-ALLFELD, 163.

aliments, etc.) de la décapitation simple par le glaive sans empalement du corps (*Einfache Schwertstrafe ohne Durchpflüfung des Körpers*), et le Code autrichien de 1852, § 139, sanctionne encore d'une peine adoucie le meurtre de l'enfant par omission.

Ce n'est qu'au XIX^e siècle que commence la controverse doctrinale sur la causalité de l'omission, une des plus fécondes qu'ait jamais connues la doctrine pénale.

Feuerbach Spangenberg, Martin et autres n'avaient nullement soulevé la question de la causalité de l'omission et s'étaient bornés à étudier cette dernière quant à son caractère antijuridique et à sa sanction pénale ; mais, après eux, leurs successeurs commencèrent à poser faussement la dite question. « De rien ne peut rien sortir », telle fut la pensée dont on partit. 1. Tout d'abord, *Luden* et *Zirkler* avaient tenu l'omission pour un autre mode d'action (*Andershandeln*). 2. *Krüg Glaser, von Bar* et *Merkel* virent par contre, dans la commission (action autre) précédant l'omission, l'élément causal, mais ils s'égarèrent pour toute une série de cas dans d'insurmontables contradictions avec un des principes fondamentaux de l'idée de faute : la faute doit être présente dans l'instant de la manifestation de volonté. 3. S'inspirant de *v. Buri* (1869), *Ortmann, Binding, Hälschner*, traitent la question tout autrement. Ils cherchent à dégager l'élément causal dans l'omission elle-même. La conception du dessein criminel, la compression de l'instinct d'agir inspiré par la conscience, anéantissent un empêchement s'opposant au résultat et amènent par suite la venue de ce résultat (« Théorie des interférences » ; « causalité psychique »). Mais cette opinion vient se briser non seulement contre le fait que ce processus purement interne n'existe certainement pas dans l'omission par négligence, mais aussi contre la contradiction où elle aboutirait en punissant ce processus interne d'après les principes les plus généraux du droit pénal, alors que celui-ci précisément ne considère pas comme égaux « l'acte interne de la volonté » et la manifestation de la volonté (plus haut, § 29, note 1). — 4. *Haupt* (Z, II, 533), *Kohler* (I, 43), *v. Rouland, Sigwart* (*Der Begriff des Wollens*, 1879, p. 33) et autres, ont complètement échoué dans leur tentative de sauver la causalité de l'omission en s'appuyant sur son « résultat quant au droit », car celui-ci n'est pas un

changement dans le monde extérieur, et par suite n'est pas résultat au seul sens admissible du mot (plus haut, § 29, note 3).

La tendance la plus récente de notre doctrine parvient alors à la conclusion de nier purement et simplement la signification causale de l'omission. Par là, l'omission non causale vient prendre place, à côté du mouvement du corps causal, comme forme indépendante de l'action criminelle. Dans ce sens, citons notamment *Beling*, 42, *Endemann*, *Höfner* (Bibl. § 54), 149, *Kraus*, *Löning*, *R. Merkel* (Bibl. § 34), 187, *Meyer*, *Mittermaier Z*, XXI, 238, *Oeker*, *Jurist. Litteraturblatt*, III, 96, *Stoos*, *Schweizer Zeitschrift*, IX, 223, *Zittelmann* (plus haut § 29, VI, 4) 161 *Träger*, et aussi *Gand et Mentha*.

Et, en fait, il faut reconnaître que la liaison qui s'accomplit dans notre connaissance entre la cause et l'effet a un tout autre objet dans l'omission (*Unterlassen*) (commission par omission) que dans la commission (*Thun*); dans celle-ci, le résultat effectivement survenu est en rapport avec un mouvement du corps effectivement accompli, et dans celle-là avec un mouvement corporel que nous nous sommes seulement représenté. Il est donc hors de doute que nous nous basons sur une expression usuelle impropre, lorsque nous parlons d'une influence efficace (*Bewirken*) de l'omission. C'est pourquoi il ne peut s'agir que d'établir si la doctrine pénale doit, elle aussi, conserver cette expression admise par l'usage de la vie. Pour l'affirmative, se rattachant partiellement à *Sigwart*, *J. v. Kries*, *Frank*, § 1, IV (contre son opinion antérieure), *Landsberg*, *Liepmann*, *v. Lilienthal*, *M. E. Mayer*, *P. Merkel*, *M. Rümelin*, *Wachenfeld*, *v. Rohland* et autres.

§ 31. — Les autres modalités de l'acte (1).

BIBLIOGRAPHIE du IV. — *Schneidler*, *Der Ort der begangenen Handlung*, Thèse Tubingue, 1886. — *Von Lilienthal*, *Festgabe der Jur. Fakultät zu Marburg*, etc. (pour *Wetzell*), 1890, p. 253. — *Betz*, Thèse Giessen, 1896. — *Kilzinger*, *Ort und Zeit der Hand-*

(1) *Bierling*, 124, a bien fait ressortir qu'il ne s'agit, ici aussi, que de « ce qui est purement effectif dans l'injustice » (*Das rein Tatsächliche im Unrecht*).

lung im Strafrecht, zugleich in Betrachtung der Erscheinungsformen des Delikts, 1902. — V. Bar, Code I, 134.

I. — Nous nommons **acte d'exécution** (*Ausführungshandlung*) la manifestation de volonté qui, suivant chaque espèce, constitue l'activité que la loi déclare punissable. L'acte d'exécution nous est indiqué dans chaque cas par les termes employés pour définir l'acte créant les faits constitutifs de l'infraction. Nous citerons par exemple, pour le meurtre, l'homicide par le coup de feu, par le couteau, par le poison; pour le parjure, l'acte de prêter serment; pour le rapt et pour le vol, la violence contre les personnes chargées d'une mission de protection. Souvent le législateur exige, pour les faits constituant une infraction, plusieurs actes successifs (infractions composées); ainsi le fait de faire et d'utiliser un faux dans le cas de faux en écritures; dans ces cas, chacune des activités apparaît séparément comme « acte d'exécution ». Si le législateur exige l'emploi de certains moyens, comme de la violence dans le vol ou le viol, de la tromperie dans l'escroquerie, l'emploi de ces moyens appartient déjà à « l'activité d'exécution ». Cette idée prend une importance particulière pour la tentative, ainsi que pour l'étude de l'action principale et de la complicité. Là, elle sert alors à tracer la limite entre l'acte coupable de tentative et l'acte préparatoire non coupable (voir plus loin § 46); ici, à distinguer entre l'acte principal (en particulier en cas de coaction), et la complicité (et surtout l'assistance) (cf. § 50). C'est aussi l'indication que les conséquences juridiques d'un préjudice ne sont pas uniquement attachées à l'« acte d'exécution ». Celui qui pousse un autre à accomplir cet « acte d'exécution » (instigation, activité indirecte), ou celui qui y prête assistance, est, lui aussi, responsable du résultat survenu. Au contraire, les actes préparatoires restent généralement impunis.

II. — L'action est intentionnelle quand, lors de la manifestation de la volonté, le résultat était prévu ; elle est imprudente lorsque le résultat non désiré n'était pas prévu, mais aurait pu ou dû être prévu. Les deux idées d'**intention** et de **négligence (imprudence)** se rattachent ainsi d'une façon immédiate à l'idée d'action, et n'ont donc en soi rien à faire avec ce que l'action elle-même a d'antijuridique. Mais si déjà l'expression de négligence contient en soi une certaine appréciation de l'action, les deux idées se trouvent transformées par le fait que selon le droit en vigueur, on doit les rattacher à l'infraction prise comme action contraire au droit. Nous ne pourrions donc les traiter qu'après l'étude de l'action contraire au droit.

III. — La doctrine de l'unité et de la pluralité de l'infraction doit être également édifiée sur l'idée d'action. Mais la règle, que l'unité d'action entraîne l'unité d'infraction, et que la pluralité de l'infraction suppose une pluralité d'actions, se trouve souvent transformée par les prescriptions du droit en vigueur. Il sera donc bon de ne discuter que plus tard ces modalités de l'idée d'action, c'est-à-dire **l'unité et la pluralité de l'action**.

IV. — La question de lieu et de temps se pose, pour l'action commise, dès que la manifestation de la volonté et le résultat, la cause et l'effet ne concordent pas pour le lieu et pour le temps. Un exemple pour ces « crimes à distance » est celui-ci : A offense B, qui habite Berlin, par une lettre écrite à Munich et envoyée de cette ville à Berlin. La question devient particulièrement importante, quand la manifestation de la volonté a eu lieu à l'intérieur du pays, mais que le résultat est survenu à l'étranger ou vice versa ; de même lorsque, dans l'intervalle entre la manifestation de la volonté et le résultat, le Code pénal a été changé. Cette question joue également un rôle important en procédure criminelle, pour la détermina-

tion de la juridiction de l'action commise et elle se pose aussi en droit privé et en matière de procédure civile.

Si l'on veut donner à cette question très contestée, et qui n'est résolue nulle part dans le Code pénal impérial, une réponse satisfaisante et applicable en toute matière juridique, il ne reste plus guère qu'à considérer comme décisive la manifestation de la volonté. L'action a donc eu lieu là et au moment où la volonté s'est manifestée (2).

(2) Trois opinions restent aujourd'hui en présence : I. Considèrent comme décisive la manifestation de la volonté (le lieu où se trouvait l'auteur) : en première ligne, KITZINGER, puis v. BAR, *Lehrbuch*, 236 ; FRANK, § 3, IV (d'abord partisan de la troisième opinion ; HAELSCHNER, I, 152 ; MERKEL, 276 ; MEYER, 142 ; SCHNEIDER, SCHÜTZE, v. WAECHTER, BELING, Z, XVII, 315 et GRUNDRISSE, 26 ; BULLING, *Der örtliche Gerichtsstand in Pressachen*, 1894 ; SEUFFERT, LPC, I, 17 et *Anarchismus* (plus haut, § 15, note 1) ; la plupart des représentants du droit international privé. — II. Considèrent comme décisif le résultat (comme le faisaient les anciennes éditions du présent manuel) : HAEBERLIN, GA, XXV, 432 ; NEUMEYER, *Strafbarer Bankrott*, 1891, p. 157. Un sous-genre de cette opinion consiste à s'en rapporter à l'effet illicite « le plus proche » (résultat « intermédiaire »), de telle sorte qu'en cas de blessure mortelle, c'est la blessure elle-même et non pas la mort survenue qui est décisive ; en ce sens, BETZ et v. HIPPEL, Z, XVI, 603. — III. La jurisprudence déclare le plus souvent comme d'égale importance les deux parties de l'action. En ce sens, le Tribunal d'Empire notamment, en dernier lieu R, XXIII, 155, puis BERNER, 255 ; BINDING, I, 416 ; V. LILIENTHAL, *Festgabe*, 270 ; OLSHAUSEN, § 3, 2 à 6 ; ROSENFELD, *Reichsstrafprozess*, 1901, p. 116 ; WACH, I, 465, etc. L'impossibilité d'appliquer cette opinion en droit international privé, est un argument contre son exactitude. — On a voulu aussi considérer comme un ensemble homogène toute la série causale depuis le mouvement du corps jusqu'au résultat, et tenir l'action pour commise dans tous les lieux traversés par la ligne de son évolution. Dans ce sens R, X, 420 ; BINDING, I, 422. Mais c'est une opinion qui ne peut certainement pas se soutenir. Si une lettre d'insultes, expédiée de Londres par Ostende, Francfort, Vienne, Budapest, parvient au destinataire à Constantinople, l'injure n'a certainement pas été commise sur tout le long du

Les conséquences logiques de cette règle sont les suivantes :

1. Pour les délits d'omission (délits ou quasi-délits), sont décisifs le temps et le lieu où devait se produire l'action omise.

2. Pour chacun des individus ayant participé à une action coupable, sont décisifs le temps et le lieu où s'est produite sa manifestation de volonté (3).

3. Par contre, si l'acte est commis par un autre (et peu importe que cet autre soit irresponsable, ou trompé, ou contraint), sont décisifs le temps et le lieu où s'est produite la manifestation de volonté de cet autre. Si je fais enlever par un insensé un objet situé de l'autre côté de la frontière, c'est moi qui l'ai pris de l'autre côté de la frontière.

4. En ce qui concerne la tentative punissable, la règle générale s'applique avec logique. La nature propre de l'acte de tentative consistant dans l'état de danger qu'il crée (plus loin, § 46), l'action a été commise dans le lieu et dans le temps où s'est produite la manifestation de volonté créant l'état de danger (4).

5. Une série d'actions qui doit être considérée comme un ensemble juridique homogène, par exemple l'infraction continue (*Dus fortgesetzte oder fortläuernde Verbrechen*), ne peut pas non plus, en ce qui concerne notre question, être décomposée en ses parties non indépendantes. Ce crime a été commis partout où se relève une de ces parties, et pendant toute la durée de la série d'actions. S'il se produit par là un conflit (*Zwiespalt*) entre le droit étranger et le droit national, il se tranche en faveur de ce dernier, et si le conflit a lieu entre le droit actuel et le droit antérieur, il se tranche en faveur du moins sévère (les diverses juridictions intéressées ont la même compétence) (5).

6. Pour les délits de presse, ce sont les actes en vue de la publication effective qui sont décisifs (faire paraître, distri-

trajet. BINDING se voit, par suite, obligé de faire une exception pour ce qu'il nomme *Transitverbrechen*, infractions en transit.

(3) En dérogation, R, xxv, 424 (est décisif l'acte de l'auteur).

(4) En dérogation, R, xxx, 98.

(5) *Contra* KIRZINGER, 233. Avec le texte MEYER-ALFELD, 118.

buer, éditer), ainsi que tout acte de propagande ultérieur (6).

(6) Cf. v. LISZT, *Pressrecht*, § 41; *Aufsätze*, I, 64, II, 299; BETZ, 67; KITZINGER, 270; KLOPFEL, 323; v. LILIENTHAL, 282, vingt-cinquième Congrès des juristes allemands, 1900 (consultation de KRONECKER et v. LISZT); *contra* R XXIII, 155 (qui maintient la « juridiction ambulante » pour la presse (*ambulanter Gerichtsstand der Presse*)). Ce qui pour moi est décisif est la conception fondamentale qui voit la nature essentielle du délit de presse dans l'expression de la pensée, publique et contraire au droit, et par suite sa forme extérieure propre dans la publication (action de faire paraître).

II. — L'INFRACTION ACTE ILLICITE

§ 32. — L'illégalité de l'acte considérée comme constituant un élément constitutif (a).

BIBLIOGRAPHIE. — *Torp*, Z, xxiii, 84. — *Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903. — *Hold von Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit, 1^{er} vol. 1903, et à ce sujet *Graf zu Dohna*, Z, xxiv, 53. — *M. E. Mayer*, Rechts normen und Kulturnormen, 1903 (*Belting* Heft, 50). — *Graf zu Dohna*, Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen, 1905. — *Bierling* (Bibl., § 28), III, 170.

I. — L'infraction est, en tant que constituant une injustice, un acte illicite fautif, au même titre que le délit du droit privé (1).

L'appréciation réprobative portée juridiquement sur l'acte est double.

1. L'acte est formellement illicite, en tant que transgression d'une norme posée par l'Etat, d'un commandement ou d'une interdiction de l'ordre juridique.

a) Nous avons traduit *rechtswidrig* (littéralement « contraire au droit ») par « illicite », et *Rechtswidrigkeit* par « illégalité », pour éviter le barbarisme « antijuridicité ». « Élément constitutif » traduit « *Begriffsmerkmal* » (Note du trad.).

(1) L'infraction est (d'après notre appréciation) illicite, mais n'est pas la cause effective d'une illégalité. Cela est aussi certain que la règle posant que les éléments constitutifs d'un objet ne sont pas les effets de celui-ci. Et cependant cette relation aussi simple que claire est souvent mal comprise. Dans la théorie des normes de BINDING, cette confusion est le point de départ de toute une série d'erreurs graves.

2. L'acte est matériellement illicite, en tant qu'atteinte aux intérêts vitaux de l'individu ou de la collectivité protégés par les normes juridiques, donc en tant que lésion ou mise en péril d'un intérêt juridique (2).

Cette dernière règle doit être commentée dans un sens restrictif (plus haut, § 13). Le premier devoir des normes juridiques est la protection des intérêts vitaux. Mais le conflit des intérêts, la collision des biens juridiques ne peuvent être complètement éliminés par la délimitation, même la plus prévoyante, des intérêts vitaux devenus juridiquement des biens par la protection que leur accorde le droit. Le but de la vie des hommes en collectivité (le suprême devoir de l'ordre juridique étant d'assurer cette vie) demande que dans un conflit de cette nature, l'intérêt de moindre valeur soit sacrifié, si l'intérêt de valeur supérieure ne peut être maintenu qu'à ce prix. De même que les biens et le sang du citoyen sont mis à contribution pour les buts de l'Etat, aussi bien dans la paix que dans la guerre, de même la propriété d'un individu doit tolérer des restrictions dans l'intérêt d'autrui. Il en résulte que la lésion ou la mise en péril d'un intérêt juridique n'est matériellement illicite, que si elle est en contradiction avec les buts de l'ordre juridique réglant la vie collective; cette lésion ou mise en péril est matériellement illicite, même dirigée contre des intérêts juridiquement protégés, lorsqu'elle ré-

(2) En tant qu'action (voir plus haut, §§ 27 et sq.), une infraction ne se conçoit que contre des objets du monde sensible, contre des personnes ou des choses. Celles-ci doivent donc être dans une relation quelconque avec un intérêt juridique, c'est-à-dire apparaître comme incarnation de ce dernier, afin que l'action commise contre elles puisse être illicite. Cette idée, exprimée par BIRNBAUM, 1834; par SCHUTZE, 1869; accentuée par moi-même, Z, VI, 663, fait l'objet de l'écrit de OPPENHEIM, *Die Objecte des Verbrechen*, 1894. Cf. aussi GERLAND, GS, LIX, 93. BELING, *Verbrechen*, 209.

pond à ces buts de l'ordre juridique et par suite de la vie collective elle-même, et dans la mesure où elle y répond.

Ce contenu matériel (anti-social) de l'injustice est indépendant de l'importance exacte qu'y attache le législateur. Il n'est pas créé par la norme juridique, il se présente à elle. L'illégalité formelle et l'illégalité matérielle peuvent concorder; mais elles peuvent aussi se séparer. Le législateur peut se tromper: il permet ce qui est matériellement illicite; il interdit ce qui est matériellement licite. Cette contradiction entre le contenu matériel de l'acte et son appréciation juridique positive n'est pas présumable, mais elle n'est pas impossible. Si elle existe, le juge est lié par la loi; corriger le droit en vigueur est au delà des limites de sa mission (3).

II. — Pour pouvoir procéder à la **délimitation de l'acte licite et de l'acte illicite**, il faut considérer tout le domaine de l'ordre juridique ainsi que celui des institutions d'Etat, tant dans l'Empire que dans les Etats qui le composent.

(3) C'est le mérite des ouvrages cités dans ce paragraphe, que d'avoir fait nettement valoir le contenu matériel de l'injustice et que d'avoir cherché une mesure constante par la délimitation des actes licites et des actes illicites. Ces recherches n'ont pas donné de résultat concluant. Les « *Kulturnormen* » de M. E. MAYER ne nous offrent aucun concept net. Le COMTE DE DOHNA, s'appuyant sur la « *Lehre vom richtigen Recht* » de STAMMLER, échoue avec ce dernier; il montre en même temps, particulièrement dans le traitement du droit de correction, une disposition contestable à amoindrir la force de la réglementation par le droit positif. Argumentation remarquable également dans MURICKA (Bibl., § 36): c'est seulement la mise en péril « surnormale ou suradéquate » que doit considérer le droit pénal. — A l'opposé, et par rattachement à BRÜDING, la conception strictement formelle est aujourd'hui soutenue de nouveau par BELING, *Verbrechen*, 137, 141, FRANK, *Einleitende Bestimmungen*, I; cette conception oublie que la réglementation par le droit positif présente, précisément en cette matière, de nombreuses lacunes, qu'il n'est possible de combler qu'à l'aide d'un principe extra-légal.

1. Toute règle juridique, qui ordonne ou permet la lésion ou la mise en péril d'un intérêt juridique (intérêt propre ou intérêt d'autrui), en fait par là même un acte licite et exclut ainsi la possibilité de placer cet acte dans le cas d'une infraction.

2. Si une règle juridique de cette nature fait défaut, il y a lieu d'examiner le contenu matériel de l'acte dont il est question. Deux principes seront décisifs dans cet examen critique.

a) Il est possible que la conception du législateur puisse être déduite de l'ensemble des dispositions de la loi. Il peut résulter de cet ensemble que la poursuite d'un certain but puisse être considérée comme justifiée. Comme conclusion, si l'acte entrepris est le moyen convenable (juste) pour atteindre ce but que le législateur reconnaît comme justifié (juste), il est licite, même si en apparence il présente le cas d'une infraction.

b) Si ce premier principe est inapplicable, il faut examiner si l'acte est convenable quant au but (empiriquement existant) de la vie collective réglée par l'Etat. A ce point de vue, le maintien d'un intérêt supérieur peut paraître justifié au détriment de l'intérêt de moindre valeur. A la vérité, il sera difficile d'éviter en ce cas le danger d'une décision arbitraire.

III. — Les motifs pour lesquels la lésion ou la mise en péril d'un intérêt juridique sont justifiés (que l'on nomme motifs d'exclusion de l'illégalité) sont étudiés séparément dans les §§ 33 à 35. Nous nous bornons ici à quelques règles générales.

1. L'illégalité de l'infraction n'a pas besoin, puisque elle va de soi, d'être spécialement relevée dans la loi. Cependant, le législateur a incorporé l'élément constitutif de l'illégalité dans la définition particulière de certaines infractions (4). Dans ce cas, le jugement

(4) C. P. I. §§ 123, 124, 239, 240, 246, 291, 303, 305, 339, 353 a, et aussi 299, 300 et autres. Cf. plus loin § 41, II.

devra constater expressément l'illégalité. Le motif de cette dérogation réside tout d'abord en ce que, de l'avis du législateur, la délimitation des cas illicites et des cas licites offre des difficultés particulières précisément pour ces infractions, puis aussi en ce que la législation impériale admet la possibilité d'une permission (autorisation) donnée par l'Etat confédéré pour l'entreprise d'actes de cette nature (exploitation de jeux de hasard, etc.) (5).

2. Lorsque l'illégalité de l'acte est exclue, la complicité dans l'acte (licite) ne peut être coupable par définition (6).

3. Dès que l'acte sort du domaine de la légalité, il est soumis aux règles générales quant à cet excès (dans la mesure où celui-ci peut être déterminé). Le meurtre ou la lésion corporelle en cas d'abus du droit de correction (que ce dernier soit dépassé dans ses conditions générales, son contenu ou son étendue), peuvent par suite être punis d'après les dispositions générales du (C. P. I. comme commis intentionnellement ou par imprudence.

4. Abstraction faite des cas exceptionnels mentionnés sous III, 1, l'illégalité de l'acte devra, d'après le droit en vigueur, être examinée et constatée d'une manière strictement objective, sans tenir compte d'une erreur éventuelle de l'auteur. Cf. à ce sujet plus loin § 41.

III. — La reconnaissance de la règle que l'illégalité est un élément caractéristique de la notion de l'infraction, est, ainsi que la connaissance plus complète des circonstances qui enlèvent exceptionnellement à l'action le caractère illicite, la

(5) Ceci ne doit pas être considéré comme une « apologie » de la loi. Le traitement divers des « faits » (*Tatbestände*) dans notre droit actuel est tout à fait arbitraire et par suite erroné. Cependant il est indéniable que le motif donné dans le texte a guidé la détermination des législateurs.

(6) De même (pour le C. P. I., § 52) R., xxxi, 395.

résultante d'une évolution lente et d'ailleurs non encore close. Le droit romain admet une série de cas particuliers auxquels s'applique ce qui précède, parmi lesquels la légitime défense, l'état de nécessité, ainsi que le droit de mettre à mort le voleur nocturne et l'adultère surpris en flagrant délit ; mais c'est en vain que nous chercherions dans ce droit une règle générale. Et même, la conception fondamentale des cas qui sont ainsi expressément mentionnés est absolument chancelante et en somme le plus souvent fautive chez les jurisconsultes romains ; ce n'est pas l'illégalité, mais bien la responsabilité pénale (*Strafbarkheit*) qui est considérée comme exclue pour ces actes, parce que le *dolus* nécessaire manque. Il en est de même pour le droit médiéval allemand. En même temps que, dans les sources de la dernière époque du Moyen Age, la légitime défense fait l'objet d'une étude toujours plus approfondie, et en même temps qu'un certain nombre de cas particuliers de nécessité y sont relevés, le droit de mettre à mort, très largement reconnu, joue un rôle éminent. C'est également le point de vue de la doctrine médiévale italienne, de la Carolina et du droit commun basé sur cette dernière, bien que quelques auteurs isolés, comme *J. S. F. Böhmér*, distinguent, au moins en cas de coup mortel, entre l'exclusion de l'illégalité et le défaut d'intention. Seule la légitime défense est déliée, vers la fin du XVIII^e siècle, de son union avec l'acte de tuer, délimitée par définition exacte et placée dans la Partie générale tant de la doctrine que des Codes. Le même mouvement se dessina pour l'état de nécessité urgente (*Notstand*), mais sans qu'on soit arrivé jusqu'à présent à une solution satisfaisante. Les autres motifs d'exclusion d'illégalité attendent encore, pour le plus grand nombre d'entre eux, leur détermination et leur définition. Les codes renoncent à les fixer et la doctrine doit s'avouer que ses conclusions ne sont pas arrivées à un degré de maturité suffisante pour que le législateur puisse les mettre en valeur.

§ 33. — La légitime défense.

BIBLIOGRAPHIE. — *Levita*, Recht der Notwehr, 1856. — *Gayer*, Lehre von der Notwehr, 1857. — *Seeger*, Abhandlungen, I, 1858, p. 173. — *Janka et Moriaud* (Bibl. § 34). — *Van Calker*,

Z, XII, 443. — *Tobler*, Die Grenzgebiete zwischen Notstand und Notwehr, 1894. — *Heberlein*, Thèse Berne, 1895. — *Titze*, Thèse Berlin, 1897. — *Kroner*, Thèse Göttingen, 1897. — *Neimond*, GS, LVI, 46. — *Vigelius*, Thèse Fribourg, 1899. — *Kallina*, Notwehr gegenüber Amtshandlungen, 1898. — *Schollmeyer*, Das Recht der Notwehr nach BGB, 1899. — *v. Alberti*, Das Notwehrrecht, 1901. — *Löffler*, Z, XXI, 537. — *Ahsbahr*, Die Grundlinien des Notwehrrechts, 1903. — *Oetker*, Ueber Notwehr und Notstand nach den §§ 227, 228, 904 BGB, 1903. — *Schleifenbaum*, Begriff und Bedeutung des gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs in § 227, BGB, 1904 (*Beling* Heft, 54). — *Grossmann*, Thèse Berlin, 1903. — *Neubecker*, Deutsche Juristenzeitung, x, 146. — Contre lui, *Eltzbacher*, même revue, même volume, 239. *Le même*, Die Unterlassungsklage, 1906, p. 239. — *Kneisch*, Der Begriff der Notwehr, etc., 1906. — Pour le droit romain, *Pernice Labeo*, II, 73. — *Mommsen*, 620; pour les sources de la Bambergensis, *Brünnenmeister* (plus haut § 5, note 6), 177. — Pour le droit canonique, *Hinschius*, V, 940. — *Keller*, Der Beweis der Notwehr. Eine rechtshistorische Studie aus dem Sachsenspiegel, 1904 (*Beling* Heft, 57). — Pour les mesures de protection, *Roterberg*, GA, xxx, 415. — *Sommerlad*, GS, xxxix, 359.

1. Dans tous les temps et chez tous les peuples, bien que dans une mesure différente, il a été admis que non seulement la légitime défense était une action non punissable, mais même une action conforme au droit (licite). Dans ce sens, Cicéron s'exprime exactement lorsqu'il parle de la « non scripta sed nata lex » et il en est de même de *Geib* lorsqu'il dit que la légitime défense n'a pas d'histoire. Mais un examen plus approfondi montre que cependant le droit écrit de la légitime défense a subi une évolution. L'histoire en est riche et digne de retenir l'attention. Dans le droit romain, nous trouvons de nombreuses sources qui traitent de la défense par la violence contre l'attaque violente dirigée contre la personne et contre la vie; mais nous n'y trouvons pas de définition générale de la légitime défense. De même dans le très ancien droit allemand, la légitime défense ne s'est pas dégagée de la vengeance et du droit de mettre à mort. Mais déjà dans la dernière période du Moyen Age, nous rencontrons, dans la doctrine italienne ainsi que dans la littérature juridique populaire de l'Allemagne, dans les droits municipaux et dans les livres juridiques, un exposé de la légitime défense si complet que nous ne pourrions en retrouver d'aussi parfait

pour aucune autre des notions générales du droit pénal, sans exception. C'est ainsi que *Schwarzenberg* a pu, dans les articles 139 à 145 et dans l'article 150, non seulement fixer avec la compréhension et la précision d'un manuel, la définition de la légitime défense ainsi que l'administration de sa preuve, mais encore épuiser des questions particulières comme la légitime défense contre une personne féminine et la parade d'un coup en cas de légitime défense (en référence à l. 45, § 4, D. 9, 2). D'ailleurs, comme tout le Moyen Age, il ne connaît la légitime défense que comme moyen de salut de la personne et de la vie, et il la traite comme cas de meurtre non passible de peine. Le droit commun allemand étend graduellement l'admission de la légitime défense dans les cas d'attaque contre d'autres biens, notamment contre la fortune et l'honneur (dans ce sens *Böhmer, Engau, Koch*, etc.), en même temps qu'il travaille à une détermination plus exacte de ses caractéristiques particulières. Vers la fin du xviii^e siècle, la légitime défense, que l'on avait jusqu'alors toujours rattachée au meurtre, fut dégagée de ce lien, et obtint sa place légitime dans la partie générale du système pénal. Ce fut le cas dans *Globig et Huster*, 1783, *Erhard*, 1789, *Tittmann*, 1798. L'autorité de *Feuerbach* fit définitivement triompher cette conception à laquelle se rattacha la législation (à l'exception de la législation française), après que la Coutume Générale de Prusse (ALR) eût déjà, II, 20, 517, placé la légitime défense dans l'Introduction aux infractions de droit privé (*Privatverbrechen*).

II. — La légitime défense (*Notwehr*) (1) (C. P. I., § 53) est la défense nécessaire pour détourner, par une lésion infligée à l'agresseur, une agression présente et contraire au droit.

1. On appelle agression toute action positive (acte de commission à l'exclusion de l'omission) (2)

(1) L'expression « *Notwehr* » (Légitime défense) se rencontre, d'après *Geyer*, dans le droit municipal de Vienne de 1221, mais elle est certainement plus ancienne. Sur les sources frisonnes, *Hrs*, 74. Cf. aussi *Landfrieden* (Trêve) de 1235 : «... *Nisi in contenti ad tutelam corporis sui vel bonorum suorum vim vires pellat quod dicitur notuere.* » Le C. P. Mil. contient une extension de l'idée de légitime défense, § 124. La définition du C. P. I. a été reproduite textuellement dans le C. C. I., § 227.

(2) L'omission de payer une dette, le refus d'abandonner un

accomplie dans l'intention de violer un bien.

a) L'agression doit être contraire au droit (mais non nécessairement punissable). C'est pourquoi la légitime défense n'est pas possible contre des fonctionnaires agissant dans l'exercice régulier de leur fonction, ni contre l'exercice d'un droit de correction, etc.; elle n'est pas possible non plus contre l'acte de légitime défense lui-même ou l'action commise en état de nécessité (cf. § 34, note 1). Mais la légitime défense commence à se justifier au moment où un abus rend contraire au droit une agression légitime en elle-même, cette agression serait-elle même un acte de légitime défense. Lorsqu'un subordonné agit par ordre d'un supérieur (voir plus loin § 35, note 1), la légitime défense est seulement possible contre celui-ci et non contre celui-là. La légitime défense est permise en face d'attaques illicites de personnes, qui comme le chef de l'État, le représentant du peuple, l'ambassadeur (plus haut § 24) ne bénéficient que personnellement de l'immunité pénale. La légitime défense se trouve également autorisée contre l'agression d'un mineur ou d'un aliéné; il en est de même lorsque, de la part de l'agresseur, il existe une erreur qui ne lui a pas permis de reconnaître l'illégalité de l'agression. Par contre, l'agression portant d'un animal ne crée pas, d'après le droit en usage, l'état de légitime défense, mais bien l'état de nécessité (3). Il est indifférent, en

appartement à l'expiration du bail, etc., ne suffisent pas; dans ce sens R, XIX, 298.

(3) La question a été jusqu'à présent très contestée. Résumé dans TRITZ, p. 17, note 54. Elle est maintenant définitivement tranchée par le C. C. I., §§ 227 et 228, bien que d'une manière peu satisfaisante (Cf. v. LISZT, *Deliktobligationen*, 87), car c'est seulement pour l'action accomplie en état de nécessité, et non pour la légitime défense, que le C. C. I. demande la défense d'un intérêt prépondérant. Je pourrais donc tuer sans plus ample informé l'enfant qui menace ma propriété, mais je ne pourrais abattre le chien qu'en cas de prépondérance d'intérêt. D'après BINDING,

droit actuel, que l'agression ait été prévue ou non, qu'elle ait été causée ou non par la faute de la personne attaquée. Celui qui a excité son agresseur (qui peut être un aliéné, par exemple), ne perd pas pour cela son droit de légitime défense (il n'en est pas de même pour l'état de nécessité, voir plus loin § 34, III, 1).

b) L'agression doit en outre être présente, c'est-à-dire qu'elle doit ou être imminente, ou avoir déjà commencé. Il n'est pas nécessaire, d'une part, d'attendre que l'agression commence (4), tandis que, d'autre part, l'agression déjà commencée et encore continuée peut être repoussée.

La légitime défense n'est pas permise :

α) Contre une agression qui ne menace que dans l'avenir. Des mesures de précaution contre de futures attaques, mesures consistant en dispositifs tels que chausse-trapes, pièges à loups, etc., sont permises, quand leur action ne commence qu'à l'instant de l'attaque, et en tant qu'elles ne dépassent pas les limites de la défense nécessaire (cf. également C. P. I. § 367, chiffre 8).

β) En face d'une agression terminée, c'est-à-dire dès que, d'après les dispositions du droit en vigueur, l'accomplissement de la lésion est consommé. Comme le vol n'est pas consommé par le fait de saisir l'ob-

Grundriss, 190 et FRANK, § 53, I, le C. C. I., § 228, ne s'applique pas en droit pénal ; mais contre cette opinion s'élèvent les rapports étroits que le C. C. I. s'efforce d'avoir avec le droit pénal. Le comte DE DORNA (*Graf zu Dohna*, Bibl. § 32) 131, LINCKÉLMANN, *Die Schadenersatzpflicht bei unerlaubten Handlungen*, 1898, LÖFFLER, WÜRZBURGER (Bibl., § 34) 27, SCHOLLMAYER veulent aussi appliquer le § 228 C. C. I. aux aliénés ; mais avec raison l'opinion commune se refuse à reconnaître ceux-ci comme choses (COSACK, GROME, ENDERMANN, HOLDER, TITZE, etc.) ; en dernier lieu FINGER, I, 38, MEYER-ALLFELD, 227.

(4) La *lesio inchoata* n'est pas nécessaire. La *Carolina*, art. 140 : « N'est pas tenu d'attendre pour sa riposte jusqu'à ce qu'il soit frappé ». La *Bambergensis* ajoute (avec Azo) : « Comme le pensent quelques gens déraisonnables ».

jet, mais seulement par la suppression de la détention la légitime défense contre le voleur en fuite n'est permise que dans la mesure où l'état de garde par le détenteur n'est pas interrompu complètement (5).

c) Parmi les biens attaqués, la loi ne fait aucune différence. La légitime défense est tout aussi bien permise pour défendre l'honneur, le droit au nom, le droit de puissance paternelle, le droit de possession (même contre l'appropriation non punissable), le sentiment moral ou religieux, les droits civiques, qu'elle peut l'être contre la haute trahison, le faux monnayage, etc., ou aussi contre les violations de contrat. De là également la disposition du C. P. I. § 113, qui assure au citoyen le droit de résistance contre les abus de l'autorité. Le droit de légitime défense est très douteux quand il s'agit des « actions déloyales » (contraires aux honnes mœurs) du § 826 du C. C. I., qui pourtant sont aussi un genre de délit civil.

2. La défense (*Verteidigung*) :

a) Elle doit être dirigée contre l'agresseur lui-même et non contre des tiers (objectivement); la violation intentionnelle ou imprudente des droits des tiers dans un but de défense ne peut être admise qu'en tant qu'action commise en état de nécessité (6).

b) Elle ne doit pas dépasser les limites du strict nécessaire. La mesure de la défense « nécessaire » (*moderamen inculpatæ tutelæ*) est indiquée par la violence

(5) Si la détention est interrompue, l'aide tirée de soi-même *Selbsthilfe*, cf. plus loin § 35, II a) peut être permise. Cf. C. C. I., § 859. Dans le même sens, FRANK, § 53, 1; *contra* OLSHAUSEN, § 53, 9. Cf. GUNTHER, III, HALBE, 245.

(6) Dans le même sens l'opinion commune, et aussi MEYER-ALLFELD, 231, ainsi que BAUER, *Die Zulässigkeit der Nothwehr gegenüber beleidigenden Aeusserungen des Geistlichen während des Gottesdienstes*, 1894. Par contre VAN CALKER veut rendre décisive la tendance de volonté de l'auteur. De même BINDING, *Grundriss*, I, 189, FRANK, § 53, II et Z, XIV, 360. R., XXI, 161, ne traite nullement la question principale.

de l'agression. La conservation d'un intérêt supérieur n'est donc pas exigée pour la légitimité de l'acte de légitime défense (7). Si la défense contre l'agression n'est pas autrement possible, la plus infime propriété juridique peut être protégée par l'homicide de l'agresseur. La possibilité d'une fuite honteuse ou non **dangereuse** ne supprime pas la légitimité de l'acte de légitime défense (8).

c) La légitime défense n'est pas seulement permise pour la protection des intérêts juridiques propres, mais comme secours également pour protéger les intérêts juridiques d'autrui. La restriction à une menace contre les « proches » (comme dans l'état de nécessité, voir plus loin § 34) n'existe pas à son égard dans notre droit.

III. — Dès que les limites de la défense nécessaire sont dépassées, tout dommage ultérieur infligé à l'agresseur est soumis, comme action illicite, aux règles générales. Cependant, d'après le § 53, al. 3 du C. P. I., toute **transgression (Exzess) de la légitime défense**, amenée par l'affolement, la crainte ou la terreur, est excusable; nous nous trouvons bien dans ce cas en présence d'une action en soi illicite mais en même temps d'un motif personnel d'exclusion de peine (9). Mais cette impunité accordée par la loi ne doit pas être étendue à d'autres motifs de transgression, en particulier aux mouvements de sensibilité appelés positifs ou sthéniques, comme la colère, l'amour pour les victimes en cas

(7) L'admission illimitée du droit de légitime défense, a malheureusement passé dans le C. C. I, mais non dans le C. P. norvégien, pas plus que dans le projet suisse.

(8) Cf. *Carolina*, 140. Avec le texte, BINDING, I, 732; FRANK, § 83, II; MEYER-ALLFELD, 239. En sens différent R, XVI, 69, ainsi que BELING, 48, v. HIPPEL, Z, XVI, 603.

(9) Qui ne profite qu'à celui dans la personne duquel il réside, que celui-ci soit auteur, coauteur ou ait fourni son aide (voir plus bas § 44, II).

d'assistance à celles-ci, etc. Mais il faut séparer de ce cas la **légitime défense putative**, c'est-à-dire l'admission erronée de la présence d'une agression illicite (voir à ce sujet plus loin § 41, note 4).

§ 34. — L'Etat de nécessité.

BIBLIOGRAPHIE. — La plupart des travaux cités § 33. — *Stamler*, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes, 1878. — *Janka*, Der strafrechtliche Notstand, 1878. — *Moriaud*, Du délit nécessaire et de l'état de nécessité, 1889. — *Rüd. Merkel*, Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen, 1895. — *Tühr*, Der Notstand im Zivilrecht, 1888. — *Haag*, Thèse Rostock, 1901. — *Baumann*, Thèse Munich, 1902. — *Sermet*, l'Etat de nécessité en matière criminelle. — *Cross*, Thèse Tubingue, 1899. — *Nitsche*, Thèse Breslau, 1901. — *Auer*, Der strafrechtliche Notstand und das BGB, 1903. — *Würzburger*, Das Recht des strafrechtl. Notstandes, 1903, (*Beling* Haft, 48). — *Simonson*, Z, v, 367 (Cas Mignonette), et à son sujet Z, v, 650. — *Göb*, GA, xxviii, 183. — *Hammacher*, Thèse Leipzig, 1907. — *Pernice*, Labeo, II, 66. — *Mommsen*, 653, 830. — *Hinschiüs*, Kirchenrecht, V, 941. — v. *Alberti*, Thèse Tubingue, 1898 (Travail historique).

I. — L'évolution de l'idée de nécessité est loin d'être aussi avancée à l'heure actuelle que celle de la légitime défense. Le droit romain en mentionne quelques cas (*Lex Rhodia*, etc.) ; les sources allemandes signalent celui de l'homme en partance et celui des besoins s'imposant à la femme enceinte (*der wegfahrende Mann und die Bedürfnisse der schwangeren Frau*), le vol d'aliments (*Mundraub*) et autres cas (*Sachsenspiegel*, II, 68) ; le droit canonique, malgré l'apparence de généralité de ses prescriptions (*necessitas non habet legem*), n'est pas allé non plus au delà de quelques dispositions spéciales incomplètes. La Carolina renvoie dans son article 166, qui traite du vol en cas de détresse alimentaire réelle (*Stehlen in rechter Hungersnot*), l'auteur de l'acte étant obligé de

voler des aliments pour se sauver lui-même ainsi que sa femme et ses enfants, aux conseils de juriconsultes (cf. aussi article 175).

Le droit commun en reste à ce point de vue. Il ne s'occupe que de la conservation de la vie au détriment du bien d'autrui. La Coutume générale de Prusse, (ALR) 1115, décide encore que si quelqu'un dérobe quelque chose, pour se sauver lui-même ou sauver d'autres personnes d'un danger pressant menaçant le corps ou la vie, le cas doit être communiqué à fin de mesure gracieuse par le juge d'un siège supérieur. Ce sont seulement les philosophes, et en particulier Kant et Hegel qui reviennent au cas régulier dans lequel la vie se dresse contre la vie (la planche de Carnéade). Le Code pénal français de 1810, art. 64, et le Code pénal prussien de 1851, § 40, ne connaissent que la contrainte physique par la menace et sont suivis par la Bavière en 1861. Le C. P. I. admet à côté de la contrainte (*Nötigung*), la détresse ou nécessité au sens strict (*Notstand im engeren Sinn*), mais en même temps il a coupé le concept unique en deux concepts dérivés qu'il traite de façon essentiellement différente.

C'est en vain que nous cherchons, tant dans la doctrine que dans la législation, une formation nette de notre concept, en conformité avec les besoins de la vie juridique. Après l'abandon du point de vue de l'ancienne école du droit naturel, d'après laquelle, en cas de nécessité, l'ordre juridique lui-même semble supprimé (dans ce sens Grotius, Pufendorf, Wolff, Fichte, Grolmann, von Wächter), l'opinion représentée par Feuerbach et autres, inspirés de Kant, et d'après laquelle la contrainte irrésistible causée par la nécessité exclut la responsabilité, a prévalu dans la législation et la doctrine. Aujourd'hui, elle peut être considérée comme généralement abandonnée. La conception actuelle part du fait que l'essence de la nécessité consiste en un conflit d'in-

térêts justifiés parmi lesquels chacun ne peut se maintenir qu'aux dépens de l'autre. D'après les principes généraux (principe de l'intérêt prépondérant), la conservation de l'intérêt de « plus grande valeur » au détriment de l'intérêt de « moindre valeur » doit être considérée comme licite (plus haut § 32 I.). Le Code Civ. I. a admis ce point de vue dans ses §§ 228 et 904. Il accorde un droit de défense personnelle en cas de nécessité, *Notrecht*, droit de nécessité au profit de l'individu menacé; d'où il résulte que la participation de tiers à l'exercice du droit de nécessité est licite, et qu'à l'encontre de cet exercice, la légitime défense du possesseur est exclue. Mais le C. C. I. ne concède le droit de nécessité qu'à l'encontre des choses (*Sachgüter*) et ne résout pas la question par ailleurs. Les §§ 52 et 54 eux ne font pas de distinction. L'application du principe de l'intérêt prépondérant vient donc échouer contre la disposition générale de la loi ne comportant aucune disjonction, puisque, pour l'application du principe, le droit de nécessité devrait être admis pour une partie des cas, et nié pour l'autre partie (1). Il ne reste donc plus qu'à admettre un droit de nécessité pour tous les cas des §§ 52 et 54, ou à le nier pour tous ces cas. Les deux alternatives conduisant à des conceptions peu satisfaisantes: La négation générale du droit de nécessité renvoie la théorie de l'état de nécessité du droit pénal dans la section des motifs d'exclusion de peine et ne parvient pas à justifier l'impunité des complices. Il est donc préférable, tant que cet état fâcheux de la législation ne sera pas modifié, d'admettre dans tous les cas d'état de nécessité un droit de nécessité (2).

(1) Effectivement ainsi R, XXIII, 116; à ce sujet BELING, Z, XVIII, 274.

(2) Dans le même sens, pour l'essentiel, MEYER-ALFELD, 233. *Contra*, l'opinion dominante, qui s'est vraiment fourvoyée: BIERLING (Bibl., § 28) 204, BINDING, I, 766, BINKMEYER, 1156 (logique avec lui-même), FINGER, I, 418, FRANK, § 54, III (inconséquent),

II. — L'état de nécessité (*Notstand*) est un état de danger présent menaçant des intérêts protégés par la loi et dans lequel il ne reste aucun autre salut que la violation des intérêts d'autrui juridiquement protégés. L'état de nécessité est, par conséquent, un cas de collision d'intérêts. Et l'action, en ce cas de nécessité, apparaît comme la sauvegarde d'intérêts propres (et aussi d'intérêts d'autrui, en cas de secours pour l'état de nécessité) en danger immédiat, réalisée par la lésion des intérêts justifiés d'autres personnes.

L'acte commis par nécessité se distingue de la légitime défense (plus haut § 33) et de l'aide tirée de soi-même (plus loin § 35, II, 1) en ce que celles-ci défendent le droit contre l'injustice, ou s'efforcent de rétablir un droit, tandis que celui-là sauvegarde un droit par le sacrifice d'un autre. Mais l'état de nécessité demande toujours également une collision d'intérêts justifiés. Dès que l'ordre juridique a refusé sa protection à l'intérêt en danger, l'idée de nécessité se trouve par le fait supprimée. Le condamné à mort ne peut arguer de nécessité à l'égard du bourreau.

III. — Les conditions de ce droit de nécessité sont actuellement délimitées en partie dans le C. C. I. en partie dans le C. P. I..

1. Se référant aux dispositions qui concernent la légitime défense, le § 228 du C. C. I. permet d'endommager ou de détruire une chose appartenant à autrui **constituant un danger**, lorsque cet acte de nécessité est nécessaire pour écarter le danger, et que le dommage ne se trouve pas hors de proportion avec le danger.

Le danger doit provenir de la chose elle-même; l'animal qui attaque, la barque qui chavire, la maison qui menace ruine sont dans ces cas. L'état présent du danger (non mentionné dans la loi) doit être exigé.

La nature de l'intérêt juridique menacé importe peu ; la défense exigée par la nécessité est autorisée sans restriction. Lorsque celui qui agit (mais non nécessairement celui qui est en danger) a causé le danger par sa faute, il peut être puni et poursuivi en dommages et intérêts (3). Le danger est considéré comme provoqué, lorsque celui qui agit en toute responsabilité a prévu ou a pu prévoir qu'il se produirait et ne pourrait être écarté que par un empiètement sur le bien d'autrui ; dans le premier cas, l'auteur est responsable pour dommage intentionnel, dans le second cas pour dommage par imprudence.

2. Le droit en cas de nécessité concédé par le § 904 du C. C. I. va plus loin encore. **L'action sur une chose neutre appartenant à autrui** (dommage, destruction, usago, abus) est permise, même lorsque cette chose elle-même n'offre aucun danger, mais que cette action est nécessitée par le besoin d'éviter un danger, et que le dommage menaçant se trouve être particulièrement important en comparaison du dommage résultant de cette action.

On peut citer comme exemples l'utilisation de la barque d'autrui pour sauver un homme qui se noie, ou du cheval d'autrui pour chercher un médecin en cas d'accident. Le droit de nécessité peut être exercé à l'égard d'autres personnes que le propriétaire. L'auteur est tenu d'indemniser ; mais il agit en exécution d'un droit. La résistance du propriétaire peut donc être vaincue, s'il le faut, par la force. Dans ce cas aussi, la nature de l'intérêt sauvegardé importe peu, le secours pour raison de nécessité est admis sans restriction. Lorsque le danger est provoqué, la culpabilité se produit comme plus haut, dans le cas traité sous 1.

3. Le § 54 du C. P. I. limite beaucoup plus étroite-

(3) Cf. V. LISZT, *Deliktobligationen*, 94. Contre l'opinion dominante.

ment le droit de nécessité. Il permet seulement l'action commise dans un état de nécessité, non causé par une faute, impossible à écarter autrement, pour sauver d'un danger présent la vie et la personne de celui qui agit ou pour un de ses proches.

La loi exige donc un danger présent, menaçant la vie et la personne, mais refuse d'admettre l'état de nécessité pour le danger menaçant tous les autres intérêts juridiques, par exemple la liberté personnelle, l'honneur du sexe, etc., lorsque l'agression ne peut être considérée comme menaçant l'intégrité du corps. Le § 54 ne permet en outre l'action en cas de nécessité que pour sauver les proches immédiats (4). Par contre, au contraire des cas cités sous 1 et 2, la sauvegarde d'un intérêt supérieur n'est pas exigée; pour me protéger contre une atteinte légère à l'intégrité de mon corps, il m'est permis de tuer un tiers non agissant (5). Le fait d'avoir provoqué l'état de nécessité exclut le droit de nécessité.

Le droit d'invoquer l'état de nécessité est, dans un certain nombre de cas, limité pour les personnes qui sont tenues, par leurs fonctions, à se soumettre à des

(4) L'al. 2 du § 52 donne une définition des proches qui s'applique à toutes les sections du C. P. I. : parents et alliés en ligne ascendante et descendante, parents et enfants d'adoption, parents nourriciers et enfants élevés par eux, époux, frères et sœurs et leurs époux, et fiancés. Les parents sont les personnes descendant d'un même auteur généalogique. La légitimité de la naissance n'est pas nécessaire. Sont alliés l'époux d'une part et les parents de son conjoint d'autre part; ce lien n'est tranché ni par la mort d'un conjoint, ni par le divorce. Dans ce sens R, xxxiv, 419. L'adoption doit être appréciée, en tant que situation juridique, d'après le C. C. I.; quant au lien durable, ayant pour but l'éducation et qui attache les parents nourriciers aux enfants qu'ils élèvent, son existence se décide d'après les situations effectives dans chaque espèce; dans ce sens R, xxxiv, 161. Les fiançailles supposent une sérieuse et réciproque promesse de mariage, R xxviii, 230 xxxv, 49.

(5) *Contrà* FINGER, I, 422, FRANK, § 52, I.

222 § 35. — LES AUTRES CAS D'EXCLUSION DE L'ILLÉGALITÉ

dangers exposant leur personne ou leur vie : ainsi pour les soldats (Code pén. milit. § 49, al. 1, à rapprocher des §§ 84-88) et pour les marins (Ordon. sur les gens de mer de 1902, § 41), pour les mineurs, les pompiers, les médecins, les infirmiers etc. (6).

4. Le C. P. I. a, dans une disposition superflue (7), expressément accordé, (§ 52), le droit de nécessité à celui qui est l'objet d'une contrainte. La contrainte existe lorsque l'auteur a été contraint, ou par une violence à laquelle il n'a pu résister, ou par une menace constituant un danger présent, (non causé par sa faute) non autrement évitable, pour sa personne ou sa vie ou pour celle des siens (8), à empiéter sur les intérêts juridiques d'autrui (9).

§ 35. — Les autres cas d'exclusion de l'illégalité.

BIBLIOGRAPHIE. — Pour les généralités, cf. les ouvrages cités, § 32.

— *Alberti*, Eigennüchtiges Unrechtshemmung, abgesehen von Notwehr und Nothilfe, 1904. — Pour I : *Van Calker*, Das Recht

(6) *WALTER*, Thèse Breslau, 1900. Contre l'extension à d'autre qu'aux soldats, *FRANK*, § 52, I.

(7) Si, en effet, la violence était irrésistible, c'est-à-dire si elle a agi sur les muscles moteurs immédiatement et en excluant toute résistance, l'idée de l'action disparaît (cf. plus haut, § 28, I) et avec elle celle de l'infraction. Mais déjà, d'après le § 54, C. P. I., le danger pour le corps ou la vie, motive le droit de nécessité. Cependant il en est autrement si l'on rapporte le § 52 à la nécessité provoquée par une faute ; mais contre cette objection s'élève l'analogie du § 54 C. P. I. — Sur les concepts de violence et de menace, cf. plus loin § 98.

(8) Non par une menace de l'auteur lui-même (menace de suicide) ; *contra*, R, xxxviii, 127.

(9) Cf. aussi C. P. I. §§ 148, 157, 313, ainsi que C. P. Mil. § 130 ; puis C. Com. § 700 et sq. sur la grande avarie, l'ordonnance sur les gens de mer de 1902, § 87, al. 2, la loi sur les postes de 1871, § 47, l'ordonnance sur les échouements et épaves de 1874, § 9, et le § 67, al. 2 de la loi sur l'état civil, 1875. Le caractère illicite de la lésion juridique étant expressément exclu, il ne peut être question de culpabilité malgré les §§ 52 et 54 C. P. I. Dans le

des Militärs zum administrativen Waffengebrauch, 1888. — *Le même*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesondere nach Militärstrafrecht, 1891. — *Girginoff*, Thèse Leipzig, 1904. — *Kröll*, Thèse Breslau 1904. — *Rissom*, Notwehr und Waffengebrauch des Militärs, 1906. — Pour II, 1 : *Lauterburg*, Schweizer Zeitschr., I, 97 ; II, 153. — *Bücking*, Thèse Göttingen, 1892. — *Günther*, III, I, Hälfte, 217. — *Von Liszt*, Deliktsobligationen, 85. — *Riso*, Das Recht der Eigenmacht, 1900. — Pour II, 2 : *Finger*, Das Züchtigungsrecht und dessen Missbrauch, 1888. — *Kessler*, GS, XI, 161. — *Stenglein*, GS, XLII, 1. — *Hubrich*, GS, XLVI, 161. — *Havenstein*, GA, LI, 241. — Pour II, 3 : *Lehmann*, Z, XXII, 218 (das autonome Strafrecht öffentlichrechtlicher Verbände). — *Lass*, Strafrecht der Berufsgenossenschaften nach den Unfallversicherungsgesetzen (vom 30 juin 1900), 1901. — *Leist*, Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht, 1904. — Pour III : *Heimberger*, Thèse Munich, 1889. — *Oppenheim*, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen, 1892. — *Stooss*, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, 1898. — *V. Lilienthal*, Die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht (Festgaben für E. J. Bekker), 1899. — *Finger*, Z, XX, 12. — *Heimberger*, Strafrecht und Medizin, 1899. — *Rich. Schmidt*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe, 1900. — *Landau*, Aerzte und Kürpfscher im Spiegel des Strafrechts, 1899. — *v. Bar*, Festgabe für Regelsberger, 1901, und GS, LX, 81. — *Behr*, GS, LXII, 400. — *Rosenberg*, GS, LXII, 62. — *Brückmann*, Z, XXIV, 657. — *v. Liszt*, Z. für ärztliche Fortbildung, 1^{er} vol. 1904. — *Sippel*, Travail (médical) couronné à l'Univ. de Tubingue, 1902. — *Harding*, Strafloße vorsätzliche Körperverletzungen bei Bewegungsspielen, 1902. — Pour IV : *Kessler*, Die Einwilligung des Verletzten, 1884. — *Le même*, GS, XXXVIII, 561. — *Rödenbeck* Zweikampf, 1883. — *Le même*, GS, XXXVII, 124. — *Ullmann*, GS, XXXVII, 529. — *Klee*, GA, XLVIII, 177, 337, XLIX, 245, L, 364. — *Heimberger* (plus haut, pour III), 1899, p. 8. — *Büdinge*, Die Einwilligung zu ärztl. Eingriffen, 1905. — *Holer*, Die Einwilligung der Verletzten (Zürcher Beiträge, Heft, 13) 1906. Surtout *Zitelmann*, Ausschluss der Rechtswidrigkeit, 1906. — Pour V : *Wellauer*, Thèse Berne, 1896. *Guderian*, Thèse Berlin, 1899. — *Obstfelder*, Thèse Göttingen, 1896. — *Klee*, (plus haut, pour IV). — *Bernstein*, Die Bestrafung des Selbstmordes und ihr Ende (*Beling* Heft 78, 1907). — Pour VI : *Städtek*, Z, XVI, 127. — *Müller*, Thèse Heidelberg, 1906.

même sens l'opinion commune; cf. OLSHAUSEN, § 54, 10, MEYER-ALLFELD, 239.

Parmi les nombreux cas dans lesquels, en vertu d'un principe exprès ou tacite de l'ordre juridique, l'illégalité doit être considérée comme exclue, nous ne pouvons mentionner ici que les plus importants. Dans l'état actuel de la législation et de la doctrine, la délimitation de ces cas offre, d'une manière presque générale, d'importantes difficultés, et ce n'est qu'avec une prudente réserve qu'il est possible d'établir des principes généraux.

1. — L'acte accompli par devoir, c'est-à-dire commandé par une règle juridique (l'ordre juridique), est constamment licite. On peut citer dans ce sens tout ce qui concerne les voies d'exécution, ainsi que les perquisitions domiciliaires, la saisie, les arrestations, l'exécution des jugements criminels ; puis les violations d'intérêts juridiques commises en temps de guerre ou de troubles intérieurs ; de même, l'autorisation donnée par les États confédérés aux gardes, aux fonctionnaires des postes, des douanes et des administrations financières ainsi qu'à ceux des établissements pénitentiaires et des prisons, à faire usage de leurs armes ; citons encore le § 124 du C. P. Mil. etc.

1. Ceci s'applique tout d'abord au devoir résultant des fonctions et au devoir de service.

2. Ceci s'applique en outre aux devoirs imposés à l'individu, tels que l'obligation de dénoncer (C. P. I. § 139), l'obligation de témoigner etc.

3. L'ordre du supérieur à l'inférieur exclut pour ce dernier l'illégalité de l'acte accompli en vertu de l'ordre, dans la mesure où les principes juridiques admettent le caractère absolument impératif de l'ordre (1) ; mais l'auteur de l'ordre peut être considéré comme coupable en tant qu'auteur indirect (plus loin § 10 II).

(1) C'est en partie le cas dans le C. P. Mil., § 47. Cf. déjà la Thérésiana, art. 1158, et de même la Bavière, 1751, I, 1, § 32. De même, la loi sur l'organisation judiciaire, § 147, lie le magistrat de parquet aux ordres de service de ses supérieurs.

II. — L'acte est licite s'il a été entrepris en vertu d'une justification spéciale et dans les limites de cette justification.

Rentrent dans cette catégorie les cas les plus divers.

1. L'aide tirée de soi-même sous toutes ses formes (en particulier la constitution de gage par ses propres mains), dans la mesure où le droit civil en vigueur la permet ; cela, soit qu'il s'agisse de détourner un danger menaçant, de rétablir un état de choses détruit, ou d'assurer une revendication, ou de faire triompher celle-ci (2).

2. Le pouvoir d'éducation et de correction, tel qu'il appartient aux parents à l'égard de l'enfant, au professeur à l'égard de l'élève, au patron à l'égard de l'apprenti (Règlement sur l'industrie, § 127 a), mais non pas au maître à l'égard des domestiques (Loi d'introduction au C. C. I. Art. 95). En l'absence de dispositions spéciales, c'est le choix des moyens adoptés qui est décisif. Il y a lieu de remarquer que l'exercice de ce droit peut être transmis d'une façon durable ou passagère, par l'ayant droit à des tiers (par les parents à l'éducateur) ; qu'en outre dans bien des cas (correction d'un garçon turbulent par les passants incommodés), le consentement de l'ayant droit peut être supposé.

3. Le pouvoir disciplinaire, qui est accordé aux groupements du droit public aussi bien qu'à ceux du droit privé à l'égard de leurs membres.

4. Rappelons encore le droit d'épave, d'après le Règlement sur les échouements de 1874, §§ 4 et sq. ; le droit de prise et de butin ; la prise de corps provisoire et immédiate d'un délinquant surpris en flagrant délit ou en fuite (Proc. Crim, § 127) ; les §§ 867 du C. Com., 962 et 1005 du C. C. I. ; les consé-

(2) Actuellement sur ce point C. C. I., §§ 229 à 231 et 839 et sq. Cf. aussi la loi d'introduction, C. C. I., art. 89.

quences du droit domestique, la mise à mort des chiens en chasse, etc. (3).

5. Enfin il faut ranger également ici le maintien d'intérêts justifiés en vertu du § 193 C. P. I., du § 6. al. 2 de la Loi sur la concurrence de 1896, le § 824, al. 2 du C. G. I.

III. — Un groupe spécial est constitué par les atteintes à des intérêts protégés par la loi, lorsqu'elles se présentent comme le **moyen approprié pour réaliser un but reconnu par l'Etat**. D'après le principe général (plus haut § 32, II), elles doivent être considérées comme des actes licites, elles ne peuvent donc jamais être soumises au concept d'un acte punissable.

1. Il faut placer ici les atteintes à l'intégrité corporelle, qui ont fait l'objet de bien des controverses, et qui sont accomplies par des médecins ou des non-médecins, dans le but de guérir ou d'établir un diagnostic, ou d'embellir le corps ou enfin dans un but scientifique. Les institutions d'Etat (aussi bien celles qui organisent l'instruction que celles qui s'occupent de la santé) prouvent que l'Etat reconnaît et encourage, en tant que but justifié, la conservation et le rétablissement de la santé. Les actes accomplis dans ce but, d'après les règles de l'hygiène et de l'art médical (lésions corporelles, contraintes, privations de liberté), sont donc licites, soit qu'ils réussissent, soit (et ce cas est le plus souvent négligé) qu'ils échouent. Prétendre qu'il existe un droit professionnel médical est erroné; invoquer un droit coutumier ne veut rien dire; tirer des conclusions de la teneur des définitions

(3) Dans cette catégorie rentrait aussi le droit de mise à mort du mari contre l'adultère surpris en flagrant délit, droit qui, reconnu expressément par la *Carolina*, 121, joue encore un rôle au commencement du XIX^e siècle, au moins dans les manuels. La coutume prussienne, § 1724, donnait encore au père le droit de tuer sa fille impudique et son séducteur. GUENTHER, III, 1^{re} partie, 237.

des infractions qui peuvent être prises en considération, est une méconnaissance complète du problème. La justification juridique de ces atteintes réside dans l'admission par l'Etat du but poursuivi; sa limite dans la convenance du moyen, telle qu'elle résulte des règles de l'art médical et de la science médicale. Le consentement de la partie lésée peut aussi peu motiver le caractère licite de l'atteinte, que l'ordre donné par cette partie ou qu'une exécution sans ordre; mais la convenance du moyen est exclue par la volonté résistante du malade capable de prendre des dispositions, ou de son représentant (4).

2. Toutes les questions qui peuvent se rattacher à la précédente doivent être traitées au même point de vue. Par exemple, la conservation de la vie de la mère par la provocation d'une naissance avant terme ou par la destruction du fœtus dans le corps de la mère (perforation). Ou encore les blessures faites dans les jeux sportifs, tant que les règles du jeu admises sont observées. Cependant, il subsiste des

(4) Les opinions sur le fondement de l'impunité dans ces cas diffèrent très sensiblement. — I. On nie qu'il y ait atteinte corporelle, soit parce que l'intention d'attentat manque (dans ce sens STROSS précédemment), soit parce que objectivement le traitement sanitaire est quelque chose d'autre que le dommage à la santé ou le mauvais traitement. Dans ce sens, déjà HESS, puis STOS avec V. BAR, *Beling*, Z, xviii, 286, BINDING *Lehrbuch*, I, 45. FRANK, HEIMBERGER *Kohtrausch (Bibl.)*, § 36) 97, LANDAU, ZÜRCHER, *Schweizer, Zeitschr.*, XI, 490. Cette opinion confond le projet final et l'intention, le but et le moyen. Dans le sens exact FINGER ainsi que R., xxv, 375. — II. On admet que l'illégalité de l'atteinte faite au corps est écartée par le consentement de la victime. Egalement dans ce sens R., xxv, 375. Fondamental le médecin BÜDINGER. Voir à ce sujet plus loin note 6. — III. L'atteinte corporelle n'est pas illicite parce que et en tant que la recherche de la guérison, dans les limites des règles de la science, est justifiée par les règles de l'Etat. Dans ce sens déjà, OPPENHEIM, mais surtout V. LILIENTHAL, FINGER et R. SCHMIDT ainsi que MEYER-ALLFELD, 217, le comte DE DONNA, et pour l'essentiel, BINDING, *Grundriss*, 198.

doutes et des points contestés. La vivisection pour des buts scientifiques est couverte par le but d'expériences scientifiques admis par l'Etat, dans la mesure où elle répond aux exigences de la méthode scientifique et où elle a lieu sans cruauté inutile ; par contre, les expériences sur l'homme vivant sont en contradiction avec les principes de recherches scientifiques actuellement admis, lorsqu'elles impliquent une mise en péril de la vie. La circoncision des Juifs est admise en raison de l'admission des Juifs comme société religieuse ; il est en de même, abstraction faite de dispositions spéciales, de leur façon d'égorger les animaux.

3. Le principe que nous venons de poser s'étend encore bien plus loin, mais il n'a pour ainsi dire jamais été examiné dans l'ensemble de ses domaines d'application. Lorsque l'Etat admet une industrie, il en résulte que les risques qu'entraîne son fonctionnement régulier ne sont pas illicites. Si l'Etat autorise l'existence d'un ordre mendiant, la mendicité commise par les membres de cet ordre n'est pas illicite. L'autorisation donnée par l'Etat à une loterie (C. C. I., § 763) ne permet pas de traiter comme délit le placement ou la vente de billets (Voir plus loin 145). Si l'Etat permet de chercher à obtenir des conditions de travail plus favorables ou un prix d'achat plus avantageux, l'avantage pécuniaire en jeu ne peut être illicite si le moyen choisi est convenable ; par suite, l'admission d'un chantage est alors exclu (Cf. §§ 139, 141). Les difficultés commencent seulement lorsque l'admission du but poursuivi se base sur la législation particulière des Etats ou sur un acte de l'administration. Mais la solution de ces questions contestées dépasse la mission du droit pénal (5).

(5) Remarquable R, xxxvi, 334 : une conduite non contraire au devoir ne peut jamais motiver un état de nécessité fautif ; xxxvii, 150 : un bruit causé par une industrie autorisée, et qui ne dépasse

IV. — Le consentement de la partie lésée ne supprime l'illégalité de la lésion que dans le cas et dans la mesure où la loi (l'ordre juridique) a donné au détenteur du bien le droit d'en disposer lui-même, et où il existe une autorisation sérieuse de l'ayant-droit sain d'esprit. Les principes juridiques refusent le pouvoir de disposer, lorsqu'ils attribuent au dit bien une importance dépassant la personnalité de son possesseur. Pour se rendre compte de cette importance, il faut la déduire de tout l'ensemble des dispositions des lois, et non pas seulement des définitions des infractions. Il serait tout à fait erroné d'établir ici des principes généraux sans avoir minutieusement considéré le droit en vigueur, ou de vouloir invoquer des raisons de droit privé (6).

V. — L'attentat contre soi-même devrait, en principe, être apprécié comme l'acte commis par un

pas les limites du fonctionnement régulier, n'est pas atteint par le C. P. I., § 167 (Trouble du service divin).

(6) C'est ainsi que le meurtre, même si la victime l'a réclamé sérieusement et expressément, reste une action antijuridique, bien qu'alors passible d'une peine atténuée (C. P. I., § 276) tandis que l'attentat à l'honneur sexuel féminin, la limitation de la liberté personnelle, les atteintes aux droits de propriété d'autrui, etc. (sous certaines conditions), perdent par le consentement de la victime leur nature antijuridique. En ce qui concerne la lésion corporelle, la question reste particulièrement contestée (Cf. à ce sujet la partie spéciale). En tout cas, il est certain que les sources fréquemment invoquées du droit romain (*Qui nulla injuria est, quæ in volentem fit*, l. I., § 5, D. 47, 10), ont une signification absolument limitée et que, la règle : *Volenti fit non fit injuria* est insoutenable dans cette teneur générale, même pour le droit romain. Dans ce même sens PERNICI, II, 82. La question ne peut être résolue d'une façon satisfaisante qu'au point de vue du droit courant et celui-ci varie suivant les conceptions des différentes époques. Le sentiment juridique du Moyen Age n'était nullement froissé par la mise en gage (du corps) de la personne, de la liberté, de l'honneur, etc. Des lois anciennes excluent expressément la considération du consentement ; dans ce sens, la Thérésiana, art. 3, § 16 et encore le Code autrichien de 1852, § 4.

230 § 33. — LES AUTRES CAS D'EXCLUSION DE L'ILLÉGALITÉ

tiers avec l'assentiment de la victime. En effet, dans les deux cas, il s'agit de la signification juridique de la disposition d'un bien par le détenteur de ce bien. Mais la loi, guidée par des raisons accessoires, a fréquemment varié sa délimitation en la matière (7).

(7) L'exemple le plus important est fourni par l'impunité du suicide, admise aujourd'hui presque partout. Le droit romain ne punit la tentative de suicide que si elle est commise par des soldats (l. VI, § 7, D. 49, 16). Dans le Moyen Age allemand, la sépulture honteuse est la peine régulière du suicidé. Il en fut ainsi en Angleterre jusqu'en 1882. Si le suicidé avait voulu se soustraire par la mort à une peine liée à la confiscation de la fortune, la confiscation doit avoir lieu d'après le droit commun (Carolina, art. 135), même après le décès. Le droit commun maintient l'ensevelissement sans honneur du suicidé, ainsi que la punition arbitraire de la tentative des suicides (Prusse, 1620), et il est soutenu en ce point au XVIII^e siècle par les philosophes de l'école de WOLFF ainsi que par SODEN, WIELAND, GMELIN, QUISTORP. Ce n'est que dans la seconde moitié de ce même siècle qu'il se produit, sous l'influence de MONTESQUIEU, VOLTAIRE, BECCARIA, HOMMEL, un revirement dans les conceptions. Cependant le Code pénal de l'empereur Joseph ordonne que le suicidé sera enlevé par l'équarisseur, et il ordonne l'emprisonnement jusqu'à amendement en cas de tentative de suicide. En Prusse, malgré les idées connues de Frédéric II, ce ne fut qu'en 1796 que la tentative de suicide fut reconnue non punissable (*Coutume Générale* ALR, 803 à 805). A partir du Code pénal bavarois de 1813, la sanction pénale du suicide disparaît peu à peu des codes. Dans le duché de Brunswick, le suicidé était encore traîné sur la claie par le bourreau, en 1828 (SCHOLZ, *Curiosités pénales. Merkwürdige Strafrechtsfälle*, II, 1841, p. 186). — Actuellement, en droit anglo-américain, la tentative de suicide est encore passible de peine; l'instigation et l'assistance étaient pénalement sanctionnées dans les codes des Etats allemands, et elles le sont encore, comme délit indépendant et avec raison par un certain nombre de lois étrangères et de projets étrangers. Cf. v. LISZT; *Rechtsvergleichung*, v, 133. — Rappelons aussi la mutilation volontaire, qui est punie par le C. P. I., § 142, lorsque l'auteur veut se soustraire aux obligations militaires. D'après le C. C. I., § 304, le dommage aux choses propres peut entraîner une sanction pénale. De nombreuses dispositions de police sanctionnent le risque que l'on fait courir à sa propre vie.

VI. — Mentionnons enfin l'art. 22, al. 2, de la Constitution impériale, ainsi que le § 12 C. P. I. sur l'immunité pénale des travaux parlementaires. Pour assurer la publicité absolue des débats parlementaires et pour garantir par suite l'action continue et réciproque entre la représentation du peuple et l'opinion des électeurs, la loi décide que les comptes-rendus (oraux ou écrits) conformes à la vérité et concernant : *a*) les débats des séances publiques du Reichstag ; *b*) les débats d'un Parlement ou d'une Chambre d'un des Etats appartenant à l'Empire (y compris la Diète d'Alsace-Lorraine), sont dégagés de toute responsabilité et ne peuvent par suite être soumis à la poursuite dite objective (8).

(8) Si le droit reconnaît une absence totale ou partielle de droit, cette absence exclut dans sa propre mesure l'illégalité de toutes ou de certaines lésions. Cette conception est absolument étrangère au droit actuel. Le meurtre illégal du condamné à mort, que FEDERBACH, GROLMANN et autres, voulaient encore voir frapper d'une peine atténuée, est soumis aux lois générales. L'ancien droit pensait autrement ; rappelons, par exemple, la *sacratio capitis* Romaine, la mise hors la paix germanique, l'absence de droits pour les bohémiens nomades, d'après de nombreuses lois impériales et nationales du xvi^e siècle, l'absence d'honneur des blasphémateurs, d'après les ordonnances impériales de police de 1548 et de 1577, etc. En 1804, encore, dans l'électorat de Bade, tous les filous (Jaüner) étaient déclarés privés de tous droits pendant trois ans, *Archiv. des Krim. Rechts*, VI, 1, Stück 139.

III. — L'INFRACTION ACTE FAUTIF

§ 36. — Concept de la faute (*Schuld*).

BIBLIOGRAPHIE. — *Liepmann* (Bibl., § 2). — *Le même*, Z, xiv, 446. — *Le même*, Einleitung. — *Janka*, Die Grundlagen der Strafschuld, 1885. — *Engelmann*, Die Schulchlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung, 1895. — Aussi *R. Löning*, K. V. S. xxxviii, 226. — *Löffler* (Bibliographie, § 2, p. 5). — *Basedow*, Die strafrechtliche Verschuldung, im Willensvorgang mit dem Bewusstsein einer Normwidrigkeit des Handlungsvorganges, thèse Erlangen, 1893 (bon travail). — *M. T. Mayer* (Bibliographie, § 28). — *Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903. — *Sturm*, Die strafrechtliche Verschuldung, 1902 (*Beling*, Heft 41). — *Steinitz*, Der Verantwortlichkeitsgedanke im 19. Jahrhundert, 1902. — Sur *Kohlrausch*, *Goldschmidt*, GA, LI, 340. — *Radbruch*, Z, xxiv, 333. — *Miricka*, Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzl. Regelung, 1903. — *M. E. Mayer et Graf zu Dohna* (Bibl., § 32). — *Graf zu Dohna*, GS, Lxv, 304. — *Weyl*, System der Verschuldungsbegriffe im BGB, 1905, et à ce sujet *Litten*, GS, Lxviii, 291. — *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, III, 237. — *R. Löning*, Geschichte der strafrechtl. Zurechnungslehre, 1^{er} vol., (sur Aristote), 1903. — A ce sujet *Kraus*, GS, Lxv, 453 et *Lasson*, GA, LI, 232.

f. — De même que le délit du droit civil, le tort (injustice) (*Unrecht*) du droit pénal est un acte fautif. Ce n'est pas seulement objectivement que l'on doit pouvoir ramener le résultat à l'acte volontaire de l'auteur (plus haut § 28, II); ce rattachement doit également exister subjectivement dans la faute (*Schuld*, imparfaitement traduit par faute) de l'auteur.

1. La faute (*Schuld*) est, formellement, la respon-

sabilité de l'auteur pour l'acte illicite commis par lui. Le jugement sur la faute exprime donc la conséquence injuste (*Unrechtsfolge*) impliquée par l'acte commis et rattache celle-ci à la personne de l'auteur de l'injustice. Au jugement réprobatif sur l'acte se joint le jugement réprobatif juridique sur l'auteur.

Mais ce lien par lequel l'acte est imputé à l'auteur, a pour condition préalable nécessaire une relation subjective entre l'acte et l'auteur. Cette relation constitue la faute au sens matériel (1). Elle peut être définie : **l'état défectueux, démontré par l'acte commis, de la mentalité sociale nécessaire pour la vie en commun dans l'Etat** (2).

(1) Les études de LIEPMANN, KOHLRAUSCH, M. E. MAYER, RADBRUCH, MIRJKA, du comte DE DOHNA, représentent un grand effort pour l'élucidation du contenu matériel de la faute et par suite de l'infraction, mais elles ne sont pas parvenues à la solution du problème. La responsabilité est la capacité de commettre une faute, et non la capacité d'être puni (en sens différent RADBRUCH); la formule « possibilité de la conscience de la transgression du devoir » (VAN CALKER, Comte DE DOHNA et M. E. MAYER, se rattachant à A. MERKEL) doit être évitée comme très équivoque; la définition « la faute est la manifestation de volonté contraire au devoir » (Comte DE DOHNA) n'est qu'une simple tautologie; le concept des modes de la faute suppose celui de la capacité fautive, et par suite ne doit pas être confondu avec lui (contestable KOHLRAUSCH); la théorie de la faute et celle de l'illégalité doivent être très strictement séparées (elles sont confondues d'une part dans LIEPMANN et d'autre part dans le Comte DE DOHNA). En sens très différent BELING et FRANK, qui s'en tiennent, comme déjà auparavant BIERLING, à la conception purement formelle du concept de la faute. BELING, *Verbrechen*, 176, rapporte la faute, comme défectuosité psychique, à l'acte illicite typique et renonce ainsi à toute justification extrajuridique du jugement réprobatif. FRANK, *Festschrift für die Universität Giessen*, 1907, définit la faute, de façon purement formelle, comme la « reprochabilité » (*Vorwerfbarkeit*) [de l'auteur?] et incorpore (indubitablement à tort) dans le concept de la faute « la structure normale des circonstances, dans lesquelles agit l'auteur ».

(2) Ceux qui ne seraient pas satisfaits du mot « sociale » peuvent très bien le remplacer par les termes « mentalité civique ». Il s'agit seulement pour moi de désigner le contenu matériel de la

2. L'imputation contenue dans le jugement concernant la faute suppose donc deux éléments :

a) La responsabilité (*Zurechnungsfähigkeit*) de l'auteur. Celle-ci existe avec un état psychique de l'auteur qui lui assure la possibilité de se comporter socialement, donc dès que l'auteur est déterminable par les normes de la conduite sociale, qu'elles appartiennent aux domaines de la religion, de la morale, de l'intelligence, etc., ou au domaine du droit (plus loin §§ 37 et 38).

b) L'imputabilité (*Zurechenbarkeit*) de l'acte. Celle-ci existe lorsque l'auteur, ou bien a connu la signification antisociale de sa conduite (plus loin §§ 39 à 41), ou bien lorsqu'il aurait pu ou dû la connaître (plus loin § 42). Ainsi se pose la base des deux modes de la faute que constituent l'intention et l'imprudence.

3. Le concept de la faute, pris dans ce sens, est complètement indépendant de l'hypothèse de la liberté de la volonté (plus haut § 16, note 5). Ce concept ne demande rien que la supposition incontestable et incontestée, que toute conduite humaine est déterminée et déterminable par des représentations, donc aussi par les représentations générales de la religion, de la morale, du droit, etc.

Or, le déterminisme est absolument fondé à formuler la réprobation juridique et sociale que contient en outre le jugement sur la faute quant à l'acte et à l'auteur, tandis que cette justification fait absolument défaut à l'indéterminisme. Car le déterminisme seul réussit à mettre en relation le fait isolé avec toute la personnalité psychologique de l'auteur. Lui seul parvient à établir une mesure pour la faute,

faute, que la loi ne crée pas, mais qui se présente à elle, et qui par suite ne peut être défini que hors de la loi et au-dessus d'elle. Mais au-dessus de la loi n'existe que la société même organisée dans l'Etat. C'est donc là qu'il faut chercher le principe de la faute.

mesure qui croît ou décroît suivant que l'acte est plus ou moins l'expression du caractère personnel stable de l'auteur ; lui seul permet donc une distinction pratique entre les délinquants suivant l'intensité de leur mentalité criminelle (antisociale), donnant ainsi une base ferme à la politique criminelle.

II. — La règle, qui aujourd'hui nous paraît toute naturelle, que la faute est un élément caractéristique de l'infraction, qu'aucune peine n'est possible sans faute, est la résultante d'une longue évolution, jusqu'à présent peu observée et d'ailleurs non encore terminée. Ce n'est que graduellement que l'idée d'injustice prend en elle la caractéristique de la culpabilité ; plus la théorie de la faute s'approfondit, plus le droit pénal progresse. De même que la conception religieuse ne répugne pas à admettre que les péchés des pères retombent sur les enfants et sur les enfants des enfants, de même que dans les tragédies des anciens le destin aveugle, et de nos jours, la loi de l'hérédité prend la place de la culpabilité, de même aussi le très ancien droit de tous les peuples connaît la peine sans faute. D'après le droit sacré romain, l'atteinte au droit commise par hasard excite, de la même façon que l'atteinte intentionnelle, le courroux des dieux qu'il faut détourner par l'expiation, et les droits des tribus allemandes connaissent encore la faute sanglante qui se transmet dans la famille de génération en génération. Mais le droit romain, sous l'influence des moralistes grecs, porte toujours davantage le poids décisif sur la volonté antijuridique, et se trouve par là en opposition très nette avec la très ancienne responsabilité d'après le résultat (*Erfolghaftung*), qui se perpétue dans la conscience juridique germanique, déterminant toute l'histoire ultérieure de la théorie de la faute (Löffler).

1. — Ceci apparaît d'abord dans le traitement de la responsabilité. L'ancien droit romain ne semble pas avoir trouvé d'obstacle à la punition du voleur mineur. Le droit romain ultérieur et le droit canonique tiennent fermement à la non culpabilité de l'infans (jusqu'à la 7^e année accomplie). Puis, pour le crime des impubères, chaque cas doit être examiné en particulier. Dans les droits des tribus germaniques, le paiement de la composition est souvent exclu lors de la violation du droit par les mineurs. Les sources saxonnes de la

dernière période du moyen-âge laissent tomber au moins la peine capitale à l'égard des enfants (cf. par exemple Sachsenspiegel, II, 65, 1; Knapp, 7). La Carolina écarte, dans l'art. 164, contre les jeunes voleurs, la peine de mort seulement, dans la mesure où il n'existe pas de causes spéciales, et admet la règle « *Malitia supplet ætatem* ». L'art. 179, s'exprimant tout à fait d'une manière générale, renvoie en cas de jeunesse des malfaiteurs, à la consultation des juriconsultes. La législation et la doctrine du droit commun sont variables, mais s'en tiennent en général à la non possibilité de peine pour les enfants; la grande majorité des législations récentes suit cette conception mais en fixant de façon différente l'âge minimum. Le droit français renonça complètement à fixer ce minimum, pour laisser déterminer dans chaque cas spécial la capacité de discernement; il fut suivi par le code prussien de 1851 et par le code bavarois de 1851. Par contre, le C. P. I. est revenu à la conception du droit canonique romain et du droit commun allemand.

L'admission de la maladie mentale ne suivait, elle aussi, sa voie que graduellement. Sur le droit romain, qui excuse en partie la « *fati infelicitas* », cf. Pernice Labeo, I, 234, le Sachsenspiegel, III, 3, déclare: on ne peut juger le vrai fou et l'homme insensé; dans son art. 179, la Carolina renvoie au conseil des juriconsultes à l'égard du malfaiteur qui serait dépourvu de sens en raison de sa jeunesse ou d'un autre état d'infériorité.

2. — Il fut encore plus long d'arriver à subordonner la responsabilité non plus au résultat mais à la présence de l'intention ou de l'imprudence, ainsi qu'à la détermination de la portée de ces deux idées. Le droit romain dans son dernier état avait fait du *dolus* de l'auteur (l'intention immorale dirigée sur un but certain et anti-juridique, Pernice, II, 153. Hinsebius V, 921) un élément caractéristique du crime, tandis que la responsabilité, à l'occasion de tout acte, du résultat possible à prévoir répondait à la conception germanique.

Le Moyen Age italien recueillit l'idée romaine de *dolus*. Mais la conception juridique germanique et les nécessités de la vie juridique poussèrent à rendre l'auteur responsable même pour le résultat simplement prévu, bien que non voulu (cf. sur cette évolution l'exposé magistral de Löffler). Telle est l'origine de la règle (d'abord dans Bernadus Sa-

piensis, *Summa decretalium*, 1191 à 1198 ; Löffler, 139), que lors d'un *versari in re illicita*, le résultat non voulu mais possible à prévoir engage la responsabilité de l'auteur (car le résultat possible à prévoir a été vraisemblablement prévu par lui). De cette règle, très commentée par les praticiens italiens, se développe le *dolus indirectus* du droit commun. Sur l'Espagnol Covarruvias (mort en 1577) s'appuient Carpnow et Böhmer (consentement éventuel au résultat prévu). L'étude de v. Nettelbladt-Gläntzer, *De homicidio ex intentione indirecta commisso* (1756, 3^e édition, 1772) fit triompher, avec l'appui de l'école de Wolff, « la faute consentante » (*einwilligende Schuld*) dans la doctrine et la législation. Ce mouvement fut continué par la *culpa dolo determinata* de Feuerbach. La Bavière en 1751, la coutume générale de Prusse, § 27, le droit en vigueur en Russie et en Autriche (cf. Z, VIII, 348) appliquent le *dolus indirectus*. C'est en vain que les criminalistes et hégéliens du XIX^e siècle combattent pour le maintien intégral de l'idée romaine de *dolus*. La législation, qui les suit en apparence, revient, dépassant même le droit commun, dans toute une série de cas, à la pure responsabilité objective (le résultat comme condition de culpabilité aggravée, cf. plus loin, note 8), et dans la doctrine « la théorie de la représentation » (*Vorstellungstheorie*) (cf. plus loin, § 39, note 2), gagne, précisément dans les dernières années, toujours plus de terrain.

Le délit par imprudence est resté inconnu au droit pénal romain dans toutes ces époques (3). Pour toutes infractions le *dolus* s'impose. La doctrine italienne du Moyen Age réconcilie cette sévérité romaine avec la responsabilité germanique objective (*statuta per Italiam puniunt factum, non animum*), en ce sens que, d'une part, elle punit seulement la cause due à une faute et non celle due au hasard, et que, d'autre part, elle fait de la *culpa* une forme générale, bien que plus légèrement punie, de la *schuld*. S'appuyant sur cette doctrine, la

(3) PERNICE, *Labeo*, II, 244 (1^{re} édition), MOMMSEN, 89. — Contre l'opinion de BINDING, *Normen*, II, 338, que la *culpa lata* du droit romain est l'intention avec déduction du motif commun, cf. l'exposé magistral de Löffler, 110. — Sur l'évolution de l'imprudence jusqu'à la Carolina, cf. le bon travail de BESCHÜTZ (Bibl., § 2).

Carolina, dans son article 146 (se rattachant à la l. 9, § 4 et l. 11, pr. D. 9, 2) commente la nature de l'homicide par imprudence. Cet article, ainsi que les articles 136, 138, 180, constitue la base sur laquelle opère ensuite le droit commun. Pour toute infraction s'impose l'intention mauvaise, le *dolus*. En cas d'imprudence, il existe un *quasi-crimen*, qui ne peut être puni que par une peine d'appréciation arbitraire (par exemple la Prusse en 1620, et en 1813 la Bavière). Ainsi la *culpa* devient une forme générale de la *schuld*, sans cependant être nettement définie. Encore aujourd'hui, l'idée de l'infraction par imprudence, comme nous le verrons plus loin § 42, n'est pas encore fermement établie, après être restée dans sa généralité complètement étrangère aux législations romanes.

III. — La règle d'après laquelle seul le résultat imputable entraîne la responsabilité de droit pénal, a encore été écartée par le droit impérial en vigueur pour quelques **exceptions** isolées.

1. Cependant les nombreuses **présomptions de faute** (4) qui se trouvent dans les lois pénales complémentaires ne doivent pas être comptées parmi ces exceptions. Car si le droit admet la faute (intention ou imprudence) comme démontrée jusqu'à preuve du contraire, peut-être même en mettant la preuve contraire à la charge du prévenu, il reconnaît par là qu'une peine ne peut pas et ne doit pas intervenir sans intention ou imprudence.

2. N'appartiennent pas non plus à ces exceptions les dispositions qui se trouvent dans diverses lois

(4) Cf. BINDING, *Normen*, II, 672. SCHMID, Thèse Iéna, 1884. D'après GOLDSCHMIDT (plus haut § 26, note 7), les règles mentionnées sont 1 et 2 s'expliquent par le caractère administratif des délits fiscaux. — Comme exemple, en dehors de ceux fournis par les lois douanières et fiscales, le code de commerce, § 315; la loi sur la peste bovine de 1878, § 3, al. 2; la loi sur le timbre des cartes à jouer de 1878, § 10, al. 3; la loi sur les syndicats d'achat de 1889, §§ 142, 144; la loi sur le pavillon de 1899, § 23. Particulièrement important et intéressant, la loi sur la presse de 1874, §§ 20 et 21. A ce sujet, cf. plus loin, § 43.

complémentaires, et qui, faisant abstraction de toute idée de faute, rattachent la peine, en tant que peine réglementaire, uniquement à l'existence de l'état de choses objectif (5). Il ne peut en effet être question de peines criminelles pour ces « délits de forme » (6).

Par contre, les **délits qualifiés par le résultat** constituent une exception importante. D'après le droit en vigueur, une peine plus grave intervient dans toute une série de cas, lorsque par une action fautive en elle-même, un résultat plus grave est involontairement produit. Dans ce cas, la peine plus grave est donc imposée, même si il n'y avait eu, par rapport au résultat plus grave, ni intention, ni imprudence de l'auteur (7).

Il ne devrait y avoir aucun doute pour admettre

(5) Cf. § 137, al. 1 de la loi douanière confédérale de 1869; 20 de la loi sur l'impôt des eaux-de-vie de 1887; § 46 de la loi de l'impôt sur les sucres de 1891. — Dans le même sens R, en dernier lieu xxx, 363 (sur le § 57 de la loi fiscale sur les eaux-de-vie de 1868). Cf. ISAAC, Z, XXI, 654.

(6) Les commentateurs prétendent, sans motif suffisant, admettre aussi dans le C. P. I. (pour les contraventions ainsi que pour les omissions) des cas de même nature. — Pour l'opinion exacte BIRKMEYER, *Ursachenbegriffe* (Bibl. § 29) 53, HAELSCHNER, I, 258; OLSHAUSEN, 4, Abschn. 1. Cf. ZEITLER Thèse, Erlangen, 1890.

(7) C. P. I., §§ 118, 178, 220, 221, 224, 226, 227, 229, 239, 251, 307, 312, 314 à 316, 321 à 324, 326 à 328, 340, etc. Loi sur les explosifs de 1884, § 5, al. 2; loi sur les matières contagieuses de 1876, § 5; loi sur la peste bovine de 1878, § 4; loi sur les denrées alimentaires de 1879, § 12 à 14; loi sur le rapt d'esclaves de 1895, § 1, al. 2. — THOMSEN, *Ueber den Versuch der durch eine Folge qualifizierten Delikte*, 1895; SCHOTT Thèse, Göttingen, 1895; ZEITLER (voir plus haut note 6). — Notre opinion est l'opinion courante; cf. LOFFLER, 226; dans le même sens, en jurisprudence constante R. Par contre, demandent l'imprudence (ou négligence) quant au résultat: BERNER, 520; BINDING, I, 306 et *Lehrbuch*, I, 28; HAELSCHNER, I, 326, II, 28, 819. — A considérer dans ces cas la possibilité d'un concours idéal avec le meurtre et la lésion corporelle; EXACT, FRANK, 16 Abschn. IV. *Contra*, LÖFFLER, 270. Sur le traitement de ces cas, cf. plus loin, § 44, note 3.

que ce dernier reste de l'ancienne responsabilité dérivant du résultat ne répond ni à la conscience juridique moderne, ni aux principes d'une politique criminelle raisonnable (8).

§ 37. -- La responsabilité.

BIBLIOGRAPHIE. — *Berner*, Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre, 1843. — *Bruck*, Zur Lehre von der criminalistischen Zurechnungsfähigkeit, 1878. — *Wahlberg*, Gesamm. Schriften I, I, III, 101. — v. *Listz*, Z, xvii, 70 et la polémique s'y rattachant. — v. *Listz*, Z, xvii, 229, et *Olivik*, Z, xviii, 583. — *Hermann*, Allgemeine Zeitschrift für Psychiatrie, LIII, 866 (partisan de *Binding*). — *Gretener*, Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage, mit besonderer Rücksicht auf den schweiz. und russ. StG. Entwürfe, 1897; sur cet ouvrage *Zürcher*, Schweizer Zeitschrift, XI, 51, puis réplique de *Gretener*, Die Zurechnungsfähigkeit als Frage der Gesetzgebung, 1899. — Procès verbaux de la I. K. V., à Liebonne, 1897 (Mitteil., vi). — *Oetker*, GA, XLVII, 321. — *von Bar*, Gesetz, II, 1.

I. — La responsabilité est (v. plus haut § 36, 1, 2) la capacité de se comporter socialement, c'est-à-dire d'avoir une conduite répondant aux exigences de la vie collective des hommes dans l'Etat. Ce n'est que dans la mesure où existe cette capacité qu'une conduite antisociale est imputable comme faute. Là où la faculté d'adaptation sociale manque complètement, il est absolument dépourvu de sens de vouloir trouver des motifs de conduite sociale dans les motifs contenus dans la menace pénale et dans l'exécution de la peine.

1. La responsabilité suppose donc que la conscience (*Psyche*) de l'auteur dispose de la quantité de représentations nécessaires pour lui donner une valeur so-

(8) Essai d'une justification dans *FINGER*, *Der objektive Tatbestand als Strafzumessungsgrund*, 1888. En outre, *KOHLER* dans *Klee* (Bibl. § 46) et *KOHLER*, lui-même. Contre cette responsabilité du résultat, critique décisive de *H. SEUFFERT*, congrès de I. K. V. à Strasbourg 1900 et à Brème 1902 (Mitteilungen, IX et X).

cielle complète, que l'association des représentations se fait normalement et avec une vitesse normale, que l'éveil des représentations et par suite la force motivante (*motivierende Kraft*) des normes générales, juridiques, morales, religieuses, etc., répond à la moyenne, que la tendance et la puissance des mouvements impulsifs de la volonté (*Willensimpulse*) ne présentent rien d'essentiellement anormal. Car, comme nous ne pouvons juger de la conscience des autres hommes que par la nôtre, que nous ne pouvons présumer de la faculté de réaction d'autrui que par la nôtre, la similitude d'autrui avec nous-mêmes, sa concordance avec le type déduit de notre expérience, est une condition préalable de l'imputation. Dans ce sens, la responsabilité peut être définie comme la faculté de **détermination normale** (1). Est donc responsable tout individu d'esprit mûr et d'esprit sain, ayant une conscience intacte. Par suite, l'essence de la responsabilité est constituée par le contenu normal et par la force motivante normale des représentations.

(1) Le concept de la responsabilité est donc, lui aussi, indépendant de l'hypothèse de la liberté de volonté. Il faut cependant éviter deux malentendus : 1. Est erronée la définition de A. MERKEL (avec VAN CALKER) : « La responsabilité est le pouvoir d'agir efficacement d'après sa propre mesure », car d'après elle l'idiot toujours conséquent avec lui-même serait le modèle du responsable. La mesure existe bien plutôt dans la ressemblance avec autrui, dans la « similitude sociale » de TARDE. Dans ce sens FRANK, § 51, II, (qui s'efforce de définir avec plus de précision le contenu de l'anormalité), LIEPMANN, 103, M. E. MAYER, (Bibl., § 28) 70. — 2. La formule « Possibilité de la conscience de la transgression du devoir » (plus haut § 36, note 1) n'est pas en elle-même inexacte, mais elle est imprécise. Car, en premier lieu, le concept de la responsabilité doit embrasser aussi le domaine de l'activité conforme au devoir, puis la formule ne nous dit pas de quels devoirs il s'agit (moraux, juridiques, religieux ?) Mais si elle veut assimiler « contraire au devoir » à « contraire au droit », elle est inexacte, car il ne s'agit pas de la reconnaissance de l'illégalité, mais de la force motivante des normes sociales reconnues.

Il résulte de ce qui précède que la tâche du législateur ne réside pas dans la définition positive de la responsabilité, mais dans la description de ces états qui font exceptionnellement apparaître la responsabilité comme exclue.

Au point de vue purement formel, la responsabilité peut aussi être définie comme capacité d'agir quant au droit pénal, c'est-à-dire comme la capacité de commettre des actes relevant du droit pénal, et entraînant les conséquences pénales de l'injustice. Notre concept se trouve ainsi établi dans le système de la théorie générale du droit.

Mais il y a lieu de considérer que, de même que la maturité d'esprit ne se produit pas dans les différents domaines d'activité indifférents au droit dans le même temps et qu'elle est précédée d'une période d'évolution tantôt plus courte, tantôt plus longue, de même la responsabilité juridique d'agir dans les différents domaines du droit (droit public, droit civil, droit pénal, avec les domaines secondaires, droit de famille, droit successoral, etc.), n'est pas nécessairement acquise au même point de la vie. En matière de droit pénal, il faudra l'admettre, chez le même individu et dans le même instant, tantôt comme présente et tantôt comme absente, suivant qu'il s'agit de tel ou tel groupe d'actions pénales (que l'on pense par exemple au meurtre d'une part et au crime contre l'Etat d'autre part).

Il faut en outre considérer la relativité du concept proposé. De nombreux degrés de transition conduisent de la réaction normale à la réaction anormale en présence d'une action externe ou interne. Par suite, il est faux et pratiquement dangereux d'établir une séparation rigide en criminels responsables et criminels qui ne le sont pas, et d'opposer ainsi brutalement la peine et la mesure de sûreté. Un certain secours est offert par le concept de la responsabilité atténuée (2), qui en général n'est pas encore admise par notre C. P. I. — Cf. aussi C. P. I., §§ 57 et 217.

(2) Dans le premier projet du C. P. I., la responsabilité atténuée avait été expressément reconnue, de même qu'elle avait été

II. — Notre législation pénale impériale a donc eu pleinement raison de renoncer à fixer, d'une manière positive, la **notion de la responsabilité** ; elle n'en donne notamment aucune définition, bien qu'elle parle en tel endroit (C. P. I., § 51) de la *détermination libre* de la volonté et, en tel autre endroit (C. P. I. §§ 56 à 58) de la *conscience nécessaire pour qui soit reconnue la culpabilité* (3). Par contre, cette législation énumère complètement les circonstances par lesquelles la responsabilité est exclue (voir plus loin § 38).

III. — La responsabilité doit avoir existé lors de la commission de l'acte. La responsabilité survenue plus tard ne peut entraîner des conséquences qu'au point de vue de la procédure. C'est l'instant dans lequel la manifestation de la volonté a eu lieu qui est décisif ; peu importe l'état mental de l'auteur dans le moment où le résultat survient.

Nous n'avons qu'à appliquer logiquement cette règle générale pour trancher la célèbre controverse scolastique sur l'appréciation des actions *liberæ in causa* (*seu ad libertatem relatæ*). Elles existent lorsque, dans l'état d'irresponsabilité, un résultat contraire au droit a été amené par commission ou omission, mais que cette conduite a été provoquée par une action intentionnelle ou imprudente (commission ou omission) commise en état de responsabilité. Exemples ; l'aiguilleur s'enivre dans l'intention de ne pas manœuvrer l'aiguille à l'approche du train express ; la mère qui savait

déjà admise dans plusieurs codes allemands. Cf. plus haut § 15, note 7, sur le côté de politique criminelle de la question.

(3) Comme condition de la faute et comme toutes les circonstances à relever juridiquement, la responsabilité doit être constatée d'office ; son absence n'a pas besoin d'être prouvée par l'accusé. La constatation expresse doit en être faite dans le jugement (Proc. crim. § 266), seulement si sa présence a été contestée au cours des débats. Il ne se produit d'exception à cette règle que s'il s'agit d'un auteur très jeune ou sourd-muet : il faut alors (le cas échéant par une question complémentaire posée aux jurés) fixer expressément dans tous les cas si l'auteur a possédé la connaissance nécessaire pour admettre la culpabilité (C. P. I., § 5 à 58).

qu'elle s'agite dans son sommeil et qui a par imprudence pris son enfant dans son lit et l'a étouffé. Ce sont surtout, mais non pas exclusivement des omissions qui se produisent sous cette forme ; ce sont plus rarement des infractions commises par imprudence ; les cas les plus rares et les plus douteux semblent ceux dans lesquels la commission intentionnelle apparaît comme *actio libera in causa*. Mais cela n'est pas non plus impossible ; de même que nous pouvons utiliser l'aliéné ou l'ivrogne comme moyens pour nos buts parce que chez lui la détermination par représentation n'est à la vérité pas régulière mais non pas impossible, de même nous pouvons nous utiliser nous-mêmes en état de trouble mental ou d'ivresse pour exécuter les plans que nous avons conçus. Si le rapport causal et la faute existent par rapport au résultat dans le cas à trancher, l'appréciation juridique n'offre pas d'autre difficulté.

Au moment décisif (et ce n'est pas celui où se produit le résultat, mais celui où se déclenche le déroulement de la chaîne causale), la responsabilité était présente.

L'employé de chemin de fer était à jeun, la mère était éveillée lorsqu'ils ont posé la cause du résultat survenu. L'action a été commise dans cet instant, et par suite l'auteur en est responsable. Et dans tous ces cas il existe une commission et non pas une omission, exactement comme si un tiers avait enivré l'employé afin que celui-ci omette de manœuvrer les aiguilles (4).

(4) Cf. le bon travail de KATZENSTEIN, *Die Strafslosig Keit der actio libera in causa*, 1901. Abhdlg des Krim. Sem. N. F. I., 1. La question a déjà beaucoup occupé le droit commun depuis BARTOLUS. La culpabilité est régulièrement admise, parce que le *dolus* n'est pas exclu ; cf. par exemple, ENGAU § 41. La dissertation de THOMASIIUS, *De jure circa somnum et somnia*, 1686, est d'une casuistique plus approfondie. Déjà la Coutume prussienne en 1620 menace (comme DAMHOUDER) le somnambule meurtrier d'une peine arbitraire, s'il connaissait le danger résultant de son état. Les codes allemands, à partir de la Coutume générale de Prusse (ALR), le punissent également. Par contre, depuis 1840 environ, l'opinion de SAVIGNY sur la non-culpabilité de l'*actio libera in causa* prévalut en Saxe, en Bavière, mais surtout en Prusse (jurisprudence constante du Tribunal supérieur de Berlin) ; depuis 1871 environ, elle est de nouveau rejetée par une opinion cou-

IV. — Sans la responsabilité, la faute et par suite l'infraction sont impossibles. Précisément en raison de cette règle — à laquelle il faut se tenir sans exception — la participation coupable de tiers à un attentat commis par un irresponsable, est impossible par définition. Mais, par contre, des tiers peuvent très bien être rendus responsables comme étant eux-mêmes les auteurs (5).

§ 38. — Les cas d'irresponsabilité.

BIBLIOGRAPHIE. — Pour I : Cf. plus haut, § 15, note 4. — v. *Sluppecki*, Thèse Tubingue, 1895. — *Oether*, B. A. XLVII, 324. — Pour II : cf. plus haut, § 18, VIII, 2. — Pour III : *Schwarizer*, Die Bewusstlosigkeitszustände als Strafausschließungsgründe, 1878. — *Höpker*, Anwendung des § 51 StGB. auf die in sinnloser Trunkenheit begangenen dolosen Verbrechen, 1899. Cf. aussi partie spéciale (sur C. P. I., § 361, chiffre 5).

La responsabilité est absente dans les cas suivants.

I. — Lorsque la maturité mentale fait défaut.

1. L'absence de maturité mentale peut tout d'abord avoir sa cause dans le fait que le développement de

rante exactement opposée. — Dans le sens du texte, la théorie dominante; surtout v. *BAR*, 103, *BINDING*, *Normen*, II, 195, et *Grundriss*, I, 90; *FRANK* § 51, III (exact IV); *HAELSCHNER*, I, 212; *MEYER-ALLFELD*, 129; *OLSHAUSEN*, § 51, 11. Aussi R. XXII, 413. *Contra* quoique non convaincant, *KATZENSTEIN*. Le § 827 C. C. I. donne lieu à des difficultés, car il ne rend responsable que pour l'imprudencé, mais il n'est pas décisif pour l'appréciation en droit pénal. Voir aussi v. *LISZT*, *Deliktsobligationen*, 49.

(5) Cf. plus loin, § 50, II. Cela s'applique aussi bien aux mineurs criminels qu'aux aliénés. Le Tribunal d'Empire a admis cette règle pour les seconds (en dernier lieu XXI, 14) mais il l'a niée pour les mineurs; cf. plus loin § 38, note 3. *OLSHAUSEN*. § 51, 13 et § 55, 5 et 6, veut, dans les deux cas, distinguer si l'auteur était en état d'agir avec une intention criminelle en droit. Mais par là, la signification préjudicielle de la responsabilité est méconnue; d'ailleurs la distinction à établir dans le cas particulier est étrangère à la loi quand il s'agit de malades mentaux.

l'auteur n'est pas encore terminé : minorité pénale (1).

Le C. P. I. a tracé une double limite d'âge pour l'appréciation en droit pénal.

a) L'enfance, (*Kindheit*) jusqu'à la douzième année accomplie (C. P. I., § 55). Pour cette période, la loi prononce l'irresponsabilité sans condition et sans exception. Ce principe entraîne l'exclusion de toute instruction criminelle. Comme mesure administrative, le placement dans un établissement d'éducation ou de correction est autorisé depuis la nouvelle de 1876, ainsi que le placement dans une famille en vertu du C. C. I (art. 34 de la loi d'introduction), lorsque l'administration chargée de la tutelle a constaté la commission d'une action et a punissable déclaré possible le placement en question. Les personnes chargées de la garde du mineur (et aussi des tiers) peuvent être rendus responsables comme étant elles-mêmes auteurs du délit ou, d'après le C. P. I., § 361, 4 et 9 (cf. aussi § 6 de la loi sur la protection des oiseaux de 1888) en raison de leur omission de surveillance, mais elles ne peuvent jamais l'être comme complices, car il n'existe pas d'infraction (2).

b) L'adolescence (*Jugendliches Alter*), de la douzième année accomplie à la dix-huitième année accomplie. Pour cette période, dans chaque cas pris isolément, il est procédé à l'examen de la responsabilité en général, et de la conscience nécessaire à la connaissance de la culpabilité de l'acte commis, en particulier (cette conscience doit être constatée expres-

(1) Cf. à ce sujet le C. C. I., § 828. Les degrés d'âge y sont la septième et la dix-huitième année.

(2) Dans le sens du texte, l'opinion générale : FINGER, I, 215, FRANK, § 55, II, HAELSCHNER, I, 219, MERKEL, 56, MEYER-ALLFELD, 125. *Contra*, R., VI, 187 et VI, 336, suivant l'ancienne jurisprudence prussienne. Sur OLSHAUSEN, cf. plus haut § 37, note 5.

sément, le cas échéant par les jurés : Proc. crim., § 298) (3). Il faut bien mentionner que la loi demande non pas la compréhension de la culpabilité (et non pas également la conscience de l'illégalité), mais la maturité mentale nécessaire pour parvenir à cette compréhension, le discernement du Code pénal français, le pouvoir de distinction du Code pénal prussien. Et c'est précisément la conscience nécessaire à la compréhension de la culpabilité de l'action concrète commise qui doit exister (plus haut § 37 I, 2). Elle peut être présente, en cas de concours idéal, quant à l'une des infractions et faire défaut quant à l'autre. Malgré la présence de la conscience, la responsabilité peut être exclue pour d'autres motifs, l'ivresse, par exemple.

2) Si la capacité pénale fait défaut, un acquittement intervient (C. P. I, § 56). Le placement dans un établissement d'éducation ou de correction peut être ordonné dans le jugement. En ce qui concerne les tiers, ce qui a été dit plus haut sous *a* s'applique (4).

3) Si la responsabilité est constatée, les peines régulières sont réduites (C. P. I, § 57; cf. plus loin, § 70, 1) (5).

2. Le défaut de maturité mentale peut aussi avoir sa cause dans un arrêt du développement. Le cas le plus important en ce sens est la surdi-mutité (existant depuis la naissance ou le bas âge).

Dans ces cas également, il y a lieu d'examiner pour chaque espèce la responsabilité en général, et

(3) D'après le § 50 du C. P. Md., l'âge de l'auteur reste sans influence sur la punition des crimes et délits militaires (l'entrée dans le service armé étant déjà possible lorsque la dix-septième année est accomplie.)

(4) *Contrà* FRANK, § 56, III avec R., xxxi, 161; avec le texte R., xxxiii, 298, FINGER, I, 217, OETIKER, GA, XLVI, 322.

(5) Disposition spéciale dans le § 173 (cf. plus loin, § 44 note 2).

la conscience nécessaire à la compréhension de la culpabilité de l'acte commis en particulier; il faut constater expressément cette conscience particulière (C. P. I, § 58). Ici aussi, malgré la présence de la conscience, la responsabilité peut être exclue par le § 51, C. P. I. S'il y a responsabilité, il n'intervient pas de réduction des peines, bien qu'une atténuation semble indiquée également sans aucun doute pour cette seconde catégorie de cas.

Comme la loi ne parle expressément que des sourds et muets, ses dispositions ne sont pas applicables à d'autres cas de retards de développement (par exemple, l'imbécillité légère, la simplicité d'un sauvage, la claustration absolue pour les adultes, etc.)(6); mais dans ce cas le § 51 du C. P. I. peut intervenir et entraîner l'acquittement.

II. — Lorsque la santé mentale fait défaut.

Après consultation de personnalités compétentes, le § 51 du C. P. I. reçut le texte suivant :

« Il n'y a pas d'infraction punissable si, au moment où l'action a été commise, l'auteur se trouvait dans un état (d'inconscience ou) de trouble maladif de l'activité de l'esprit, excluant la détermination libre de sa volonté » (7).

L'expression « trouble maladif de l'activité de l'esprit » fut choisie pour comprendre non seulement les maladies mentales proprement dites, mais encore les retards de développement (idiotie, imbécillité), les états de dégénérescence mentale (faiblesse sénile), en outre, les maladies corporelles proprement dites entraînant des troubles mentaux (délire févreux, maladies nerveuses), enfin les troubles maladifs pas-

(6) *Contra* BINDING, I, 224, BIRKMEYER, 1054, FRANK, § 58, II, HAELSCHNER, I, 224, v. LILIENTHAL, 33, MEYER-ALLFELD, 127, WACHENFELD, 262; dans notre sens, MERKEL, II. II, II, 82, OLSHAUSEN, § 58, 3.

(7) En général en concordance avec le C. C. I., § 827.

sagers de l'activité cérébrale (état d'intoxication, etc.). Mais de même que tous les troubles de la santé générale ne peuvent être désignés comme maladies, de même tous les troubles de l'activité cérébrale n'excluent pas la responsabilité; le minimum dont le droit puisse se contenter constituera ici aussi la limite inférieure. C'est pourquoi le C. P. I, § 51, accentuant également en cette matière, un seul côté de la responsabilité (c'est-à-dire s'y attachant spécialement mais non exclusivement), demande un état tel qu'il exclut « la détermination libre de la volonté de l'auteur ». Ici encore, cette détermination libre ne signifie pas autre chose que la faculté de détermination normale par représentations.

L'exposé des diverses formes du dérangement mental n'est plus du ressort de la doctrine juridique pénale, bien que la justice pénale doive les connaître suffisamment pour recourir, s'il y a lieu, aux conseils d'experts. Mentionnons cependant la double conclusion qui se tire de l'unité de notre vie cérébrale : d'une part, ce ne sont pas seulement les troubles de la vie représentative qui sont aptes à supprimer la responsabilité, mais aussi ceux de la vie sensitive (par exemple les sensations sexuelles contre nature) et ceux de la vie instinctive (par exemple la *paradoxie* de la volonté); d'autre part, chaque trouble s'empare de toute la vie cérébrale, c'est-à-dire que des troubles partiels ne sont pas possibles si par ailleurs l'esprit reste sain. Par suite, la doctrine actuelle a abandonné la définition des monomanies, en tant que dégénérescences de la vie instinctive, lorsque la raison reste claire et elle les considère seulement comme des apparitions partielles de l'état maladif général de l'esprit. De même, « l'insanité morale » (*moral insanity*) est toujours liée à un obscurcissement de la vie représentative et à un engourdissement des sentiments; il y a donc lieu de la concevoir plutôt comme une forme de débilité mentale. La notion douteuse des intervalles lucides n'a pas été reprise par le C. P. I.

Là comme ailleurs, c'est le juge qui, après son examen et sous sa propre responsabilité, décidera si la responsabilité de l'auteur est exclue ou n'est pas

exclue par le trouble mental constaté par les experts. L'expertise médicale qui doit s'étendre à toute la teneur du § 51, et par suite, également à la « détermination libre de la volonté », ne lie pas le juge et ne le couvre pas.

III. — Mais la vie psychique de l'homme mûr et sain d'esprit est soumise à des variations qui, bien que de cause physiologique, peuvent exclure la responsabilité et, en outre, conduire par transition imperceptible sur le terrain pathologique. Dans le § 51, le C. P. I. les qualifie états « d'inconscience ». Nous dirons plus exactement qu'en cas de trouble profond de la conscience, trouble amenant un rattachement seulement imparfait des événements extérieurs avec la conscience, la faculté de détermination normale par représentation est troublée, et par suite la responsabilité est exclue. De ce domaine relèvent l'évanouissement, le sommeil, la suggestion hypnotique, l'ivresse (8).

§ 39. — L'intention.

BIBLIOGRAPHIE. — Les ouvrages cités, § 36, puis *Berner*, Imputationslehre, 1843. — *Le même*, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa, 1847. — *Krug*, Dolus und Culpa, 1854. — *Gessler*, Begriff und Arten des Dolus, 1860. — *Rupp*, Modernes Recht und Verschuldung, 1880. — *Lucas*, Die subjektive Verschuldung im heütigen deutschen Strafrechte, 1883. — *Binding*, Normen, II, 209, 403. — *Orloff*, GS, xxxiv, 401. — *Heitz*, Das Wesen des Vorsatzes, 1885. — *Bünger*, Z, vi, 293. — v. *Buri*, GS, xii, 408. — *Frank*, Z, x, 169. — *Kohler*, I, 67. — *Weissenborn*, GS,

(8) Dans la mesure où celle-ci ne pouvait être considérée comme un dérangement mental maladif. — D'après le C. P. Mil., § 49 (comme déjà dans le droit commun), l'ivresse de l'auteur, causée par lui-même, ne constitue pas un motif d'atténuation pénale en cas d'actions contre la discipline militaire et dans tous les cas d'acte punissable commis dans l'exercice du service. — Il y a lieu de considérer que dans l'état d'inconscience totale, la notion de l'action est supprimée, plus haut § 28, I.

L, 194. — *Klee*, Zur Lehre vom Strafrecht, Vorsatz, 1897 (*Bernecker*, II-It, 10). — *Büsch* (Bibl., § 28; suit étroitement *Binding*). — *Hauser*, GS, LIV (basé sur la psychologie de *Brentano*); contre lui *Huther*, GS, LVIII, 270. — Mais surtout *Löffler* (Bibl., § 2). — *Thyren*, Abhandl. (plus haut, § 18, IV), II. — v. *Hoppel*, Die Grenzen von Vorsatz und Fahrlässigkeit 1903. — v. *Rohland* Willenstheorie und Vorstellungstheorie, 1904. — *Klee*, Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld (Trav. de jurisc. de Berlin, X) 1906. v. *Bar*, Gesetz, II, 273. — *Neff*, Welche Bedeutung ist dem Wort « Absicht » im D. St G. B. beizulegen? Thèse Fribourg, 1902. — v. *Liszt*, 24. D. Juristentag, I, 107 (II 251). *Bähring* Ueber die Grenze zwischen eventuellem Vorsatz und sog. bewusster Fahrlässigkeit, Thèse Fribourg, 1899. — *Raoul Duval* Du Dol éventuel, 1900. — *V. Bar*, Gesetz, II, 322.

1. — L'intention (*Vorsatz*) est la connaissance (*Kenntnis*) — accompagnant l'acte volontaire, — de toutes les circonstances de fait rentrant dans le fait prévu par la loi. (Intention ne traduit *Vorsatz* qu'imparfaitement.)

1. L'intention est de beaucoup le plus important des deux éléments de la faute. L'état defectueux de la mentalité sociale de l'auteur se manifeste ici par le fait que l'auteur agit malgré la connaissance de la signification antisociale de son acte, donc par le fait que cette connaissance ne l'a pas détourné de commettre l'acte.

Au concept de l'intention appartiennent par suite :

a) La représentation (*Vorstellung*) de l'acte comme celle d'un événement du monde sensible ou la connaissance des circonstances de fait (plus loin II) ;

b) La connaissance de la signification antisociale de l'acte ; au sens du droit en vigueur, la présomption (*Subsumption*) que l'acte est prévu par la loi, que les circonstances de fait se rangent parmi les éléments d'une définition légale (plus loin III).

2. L'intention est exclue par une erreur de l'auteur sous l'un ou l'autre de ces rapports (plus loin § 40). Par contre, la conscience de l'illégalité n'est pas, en principe, nécessaire au concept de l'intention (plus loin § 41).

II. — La détermination du concept de l'intention doit partir du **concept de l'acte** (plus haut § 28) et tout d'abord de l'appréciation juridique de l'acte (1).

1. L'intention doit donc d'abord être définie comme la représentation du résultat, accompagnant la manifestation de volonté (2).

(1) Cette conception se justifie par ce qui a été dit plus haut § 27, note 1. En sens différent, quant au principe, BINDING et ses partisans (en particulier BASEDOW et BELING), qui voient l'essence de l'intention dans la conscience de la transgression de la norme, et ne considèrent le « vouloir de l'acte » qu'en seconde ligne. On néglige ainsi le concept de la catégorie pour celui de la modalité.

(2) Donc la représentation, non pas le vouloir du résultat : **Théorie de la représentation**. Principaux partisans : BEKKER, *Théorie*, 1859, p. 278, LUCAS, 13, WACHENFELD, 263, ZITELMANN (Bibl., § 35); FRANK, KLEE, KOHLER, I, 70, v. LILIENTHAL, 37 et Z, xv, 278; pour l'essentiel, également LÖFFLER, MIRICKA et THYREN. Le C. C. L., qui élargit partout la responsabilité en la fondant sur le « connaître » et le « devoir connaître », s'est complètement rangé à la théorie de la représentation; démonstration dans WEYL (Bibl., § 36). Elle est généralement admise en France; cf. GAND (Bibl., § 30) 53. — Parmi les partisans de la **théorie du vouloir**, qui demande pour l'intention le vouloir du résultat, citons : v. BAR, BELING, 61, BINDING, BIREMEYER, 1126, LAMMASCH (Bibl., § 9, 1), 23, LÖNING, 31, MEYER-ALLFELD, 140, OLSHAUSEN, § 59, note 16, v. ROHLAND, v. HIPPEL. Le tribunal d'Empire définit avec prédilection l'intention comme « conscience de la causalité » (par ex. R., xviii, 167, xxxvi, 402), mais (et ceci doit être concédé à v. HIPPEL) il s'en tient en principe à la théorie du vouloir. Contre celle-ci s'élèvent les arguments suivants : 1. C'est un abus du langage courant que de désigner comme « voulu » le résultat non désiré et même désagréable. Si la théorie de la volonté ne recule pas devant cet abus de langage, toute la discussion n'est plus que terminologique. Dans ce sens également FRANK, § 59, I, KONRAUSCH, Z, xxiv, 752, M. E. MAYER (Bibl., § 28) 144 et récemment FRANK dans le *Festschrift* pour Gieseen (note 1, § 30), 540. La preuve la plus frappante en est fournie par v. HIPPEL lui-même, dont la conclusion, ainsi que le fait excellemment remarquer HAFTER, *Schweizer Z*, xvii, 186, dépasse la justification psychologique de la formule de FRANK. 2. La théorie du vouloir échoue sans remède contre le § 59, C. P. I. Il est impossible de dire : le voleur veut que la chose volée soit chose d'autrui; la femme qui avorte « veut » être enceinte, etc.

La notion d'intention embrasse par suite :

a) La représentation de l'acte volontaire ainsi que des circonstances dans lesquelles il a été entrepris.

b) La prévision du résultat.

c) Dans les infractions de commission, la représentation de la causalité de l'acte ; dans les infractions d'omission, la représentation du non empêchement du résultat. C'est dans cette conscience que réside la différence de l'intention et du désir, ainsi que de l'espérance ; pour ces derniers, l'intervention de circonstances externes, que l'auteur ne peut ni diriger ni attendre avec certitude, est nécessaire.

2. Il y a donc intention :

a) Lorsque le résultat était **projeté**, c'est-à-dire lorsque la représentation du résultat était le motif de l'acte ; lorsque l'auteur entreprend l'action en raison du changement dans le monde extérieur que l'action devra provoquer ; lorsque ce changement constitue le but visé, et sa réalisation le but final de l'acte, lorsque le résultat a été pris comme but, désiré, lorsqu'il a fait l'objet d'efforts (3). Il est alors indifférent que l'auteur ait compté avec une certitude plus ou moins grande sur la survenance du résultat, qu'il ait prévu celui-ci comme nécessaire ou comme possible.

La législation impériale a souvent mentionné l'élément du dessein (*Absicht*) dans la définition de diverses infractions. Mais la loi ne s'exprime pas dans tous ces cas de façon uniforme. Tantôt il est dit : « Celui qui dans le dessein... » tantôt : « Celui qui intentionnellement (*Absichtlich*)... », ou encore : « Celui qui dans le but... », ou aussi : « Celui qui pour.., » (4). Dans tous ces cas il y a lieu

(3) Dans le même sens en général le Tribunal d'empire ; contestable cependant R., xxiv, 255, xxvii, 241 (dessein égal à prévision du résultat en tant que celui-ci est nécessaire).

(4) Cf. C. P. I., §§ 124, 143, 146, 242, 249, 263, 265, 266, 267, 268, 272, 274, 307, 346, 349. — C. P. I., §§ 129, 147, 151, 177,

d'examiner le sens attaché à tous ces mots par le législateur. Il arrive que le « dessein » pour le législateur (par exemple dans le C. P. I., §§ 266, 346) n'est pas autre chose que la prévision du résultat, et par suite l'intention tout simplement. Nous y reviendrons dans la partie spéciale de notre exposé. Il y a lieu de remarquer que l'obtention d'un premier but (meurtre de B) peut aussi être le moyen d'obtenir un autre but (hériter de B), qu'ainsi la correction du dessein n'est pas écartée par un autre dessein dérivé du premier et le continuant.

b) Il y a également intention lorsque l'auteur a prévu la venue du résultat sans que cette prévision ait été le motif déterminant de son acte.

Celui qui sait que par sa participation à un emprunt de guerre contracté par un Etat en lutte avec l'Allemagne, il a contribué à augmenter la puissance défensive de cet Etat, a commis avec intention une haute trahison, même s'il ne voyait dans cette participation que le moyen de réaliser un gain ; celui qui, sciemment, a chargé ou fait charger sur un navire un appareil explosif devant entraîner mort d'hommes, a tué intentionnellement ces derniers, même s'il avait exécuté son acte seulement en vue de se faire payer l'assurance ; la femme qui sait qu'elle est syphilitique et qui cependant a pratiqué le concubinage dans l'espoir d'un gain, peut se rendre coupable d'un dommage intentionnel à la santé.

Nous pouvons toutefois faire les distinctions suivantes :

α) Il y a eu absolument intention, lorsque l'auteur tenait pour sûre la venue du résultat (intention directe) ;

β) Il y a conditionnellement intention lorsque l'auteur tenait le résultat seulement pour possible (**intention éventuelle**), si nous supposons qu'il n'a pas détourné la survenance du résultat, donc n'est pas arrivé à l'appréciation : « le résultat ne surviendra pas ».

191, 235, 267, 270, 273. — C. P. I. § 87, 146, 229, 234, 236, 237, 252, 257, 298, 307, 333, 334, 343. — C. P. I., §§ 81, 105, 114, 122, 159.

Si l'auteur compte, confiant dans son adresse, dans sa chance, etc., que le résultat ne surviendra pas (que l'on pense par exemple à l'aventure de Guillaume Tell, à une excursion dans un glacier), il ne peut être question d'intention. Si l'auteur se forme une appréciation affirmative (« le résultat surviendra »), ou s'il ne se forme en somme aucune opinion, bien qu'il ait prévu la possibilité de la survenance du résultat (coup donné avec un pot à bière), il y a intention éventuelle.

Cette idée s'exprime dans la règle suivante : il y a intention éventuelle en cas de représentation du résultat comme possible, lorsque la conviction de la survenance sûre du résultat n'aurait pas détourné l'auteur de commettre l'acte (formule de Frank) (5).

Il résulte de ce qui vient d'être dit qu'à l'intention éventuelle de menacer, peut s'ajouter l'intention éventuelle de nuire, et réciproquement, tandis que l'existence concordante de toutes les deux dans l'in-

(5) Elle est adoptée aussi par les partisans de la théorie de la volonté (v. HIPPEL, v. ROHLAND). Ma première rédaction doit démontrer que la théorie de la représentation peut parvenir à définir le concept de l'intention éventuelle sans rien emprunter à ses adversaires. Quant à la chose elle-même, il y a unanimité presque générale à son égard. On parle beaucoup d'« acquiescement au résultat », d'« admission du résultat dans la volonté », etc. Cf. R, XXI, 420, XXXIII, 4; R, MILLE, III, 296, VI, 114, VIII, 215. Cependant R, XXXI, 211, rejette par principe le « dol éventuel générique ». — Dans la jurisprudence règne fortement la tendance d'étendre le domaine de l'intention éventuelle aux dépens de la négligence, de confondre le « seire debuisse ac potuisse » avec le « seivisse ». Cf. v. LIEZT, *Aufsätze*, II, 251. Absolument en sens exact R, Mil. G. — Citons, comme adversaires de l'intention éventuelle : v. BAR, GS, LVI, 401, Z, XVIII, 534; STROOS, Z, XV, 199 (d'où le projet suisse); parmi les Français, RAOUL-DUVAL. — L'intention éventuelle ne suffit pas, lorsque la loi demande un acte commis « malgré une connaissance meilleure ». De même, avec l'opinion commune, R, en dernier lieu XXXII, 302. Elle ne suffit pas non plus, lorsqu'un « dessein » (*Absicht*) déterminé, dont l'acte ayant pour but le résultat (plus haut note 4 est nécessaire.

tention directe est impossible par définition. Il en est tout à fait de même pour l'intention de l'attentat complet et de l'attentat partiel (par exemple, le meurtre et le dommage à la santé) (6).

III. — Le concept de l'intention tel que nous l'avons commenté jusqu'à présent, se rapportant à un acte quelconque au sens naturel de ce mot, est neutre au point de vue juridique, et convient aussi bien à l'acte licite qu'à l'acte illicite. Ce n'est que par sa relation avec la signification antisociale de l'acte que le concept de l'intention se détermine de façon concluante au sens du droit pénal.

1. En conséquence, l'intention pourrait et devrait être définie : la conscience que l'auteur a de l'atteinte que son acte portera, par violation ou mise en péril, à des intérêts légalement protégés, soit d'un individu, soit de la collectivité (7). Le droit en vigueur (dans le § 59) a adopté un point de vue quelque peu différent. Il demande chez l'auteur la conscience que son acte est recouvert par la définition d'une action coupable. Ceci peut se justifier par l'idée qu'en délimitant nettement les faits punissables, l'examen du caractère antisocial de l'acte, examen parfois difficile peut-être pour certaines espèces, est rendu superflu. Quoiqu'il en soit, le § 59 nous oblige à la définition de concept que nous avons donnée plus haut : l'intention est la connaissance des circonstances de

(6) La question doit donc être décidée suivant la situation du cas particulier. Dans le même sens, BELING, Z, xviii, 285, FRANK, § 216, 3 et aussi R, xxx, 216. En dérogation, la décision des chambres criminelles du 8 février 1896, xxviii, 200, d'après laquelle l'intention de donner la mort implique nécessairement celle de coups et blessures ; dans ce sens OLSHAUSEN, § 223, 17. La question est particulièrement importante pour le rapport de l'empoisonnement au meurtre ainsi que pour le cas de désistement volontaire de tentative.

(7) De même, KOHBRAUSCH, Z, xxiii, 57, xxv, 263, et KÖHLER (Bibl., § 54) 33. Point à compléter par la législation future.

fait rentrant dans la définition du fait prévu par la loi.

2. A l'intention se rattache donc la connaissance (8) (*das Wissen*) de tous les éléments constitutifs du fait. Donc, appartient aussi à l'intention la **présomption exacte des faits prévus par la loi** (*die richtige Subsumption der Tatsachen unter das Gesetz*).

Il faut que l'auteur sache que la chose dérobée par lui est chose d'autrui, que le document falsifié est un acte authentique, que l'action favorisée par lui est un acte immoral. Mais ce sont là des éléments constitutifs d'infraction qui appartiennent non à l'action comme tombant sous les sens, mais à la signification juridique de cette action (9).

Ce qui a été dit plus haut sous II, 2, s'applique également ici. Il y a intention éventuelle, lorsque l'auteur a admis comme possible la présence d'un élément constitutif d'une infraction et ne l'a pas écarté.

3. Par contre, l'intention n'est envisagée que par rapport aux éléments de la définition objective d'un fait punissable spécial, mais non pas par rapport à la notion subjective de ce fait, ou aux éléments constitutifs généraux de toute infraction ainsi qu'à ses formes extérieures (*Erscheinungsformen*). En outre,

(8) Le C. P. I. emploie l'expression « sciemment » (*wissentlich*) ou « malgré une connaissance meilleure » (*wider besseres Wissen*), le plus souvent par rapport à des caractéristiques particulières d'infraction. Cf. P. C. I. §§ 144, 153, 257, 273, 275 ; 131, 171, 338 ; 164, 187, 189, 278 ; 127, 250, 345, 353.

(9) Cette opinion est à la vérité très contestée. Contre le texte surtout BELING, *Verbrechen*, 189, KOHLRAUSCH, 109 ; dans le sens du texte FINGER, I, 246. La séparation tentée par FRANK, § 59, I, entre les « circonstances de fait » (par exemple la propriété) et les « concepts de droit » (par exemple l'acte authentique), — les premières devant être connues de l'auteur, et non pas les secondes — est inapplicable et ne trouve aucun appui dans la loi. Quant à la distinction de BINDING entre les éléments caractéristiques de la transgression de la norme et ceux de la culpabilité (l'auteur doit connaître les premiers, et non les seconds), elle est purement arbitraire.

l'intention n'a rien à faire avec le domaine d'application des règles du droit pénal, avec les conditions de culpabilité sises hors de l'acte, avec les conditions et questions préjudicielles de procédure, avec les motifs d'exclusion ou de suppression de la peine, ou avec les motifs d'atténuation de peine admis dans la définition de l'infraction spécialement envisagée (10).

§ 40. — Suite. L'erreur.

BIBLIOGRAPHIE. — En dehors des ouvrages mentionnés au § précédent : *Pfotenbauer*, De delicto per errorem in persona commisso, 1828. — *Le même*, Der Einfluss des faktischen Irrtums und die sog. Verirrung auf die Strafbarkeit vorsätzlich verübter Verbrechen, 1838-39. — *Lüden*, Abhandlungen, II. — *Stochar*, Die Lehre von der Aberration, 1864. — *Siegel*, Thèse Göttingen, 1895. — *Wiskott*, Thèse Erlangen, 1829. — *Kahn*, Thèse Strasbourg, 1900. — *Verron*, Thèse Rostock, 1903. — *Schweizer*, Thèse Strasbourg, 1906. — *V. Bar*, Gesetz, II, 363.

I. Du concept de l'intention se dégage l'importance, en droit pénal, d'une **erreur** (*Irrtum*) de l'auteur (1).

1. L'intention (plus haut, § 39, II) étant la connaissance de tous les éléments constitutifs d'une infraction spéciale, elle est exclue par l'erreur de croyance (de perception) (*Subsumtionsirrtum*), c'est-à-dire par la non admission erronée d'un élément constitutif d'une infraction ou d'un motif d'aggrava-

(10) Cette question difficile et contestée sera traitée à plusieurs reprises dans la partie spéciale. Que l'on considère dès à présent l'erreur de la mère infanticide, sur la légitimité ou l'illégitimité de son enfant. La prise en considération de cette erreur mènerait à des résultats tout à fait décevants ; le C. P. I., § 59, ne l'exige d'ailleurs pas. Dans un sens différent, en particulier, *FRANK*, § 59, II, 2, et *MEYER-ALLEFELD*, 153.

(1) *FINGER*, I, §§ 45-47 conçoit (se rattachant à *BINDING*) l'erreur comme « motif d'exclusion de responsabilité » (non d'exclusion de capacité de commettre l'infraction). La loi n'offre aucun appui à cette conception.

tion de la peine. Il n'y a donc pas de vol intentionnel lorsque je ne considérais pas la chose comme une chose d'autrui ; il n'y a pas meurtre d'ascendant, lorsque je ne connaissais pas ma victime en qualité d'ascendant. Par contre, l'erreur ne peut être prise en considération quant aux éléments mentionnés (§ 39, III, 3).

Au contraire, la supposition erronée d'un élément constitutif d'infraction qui ne se rencontre pas, ou d'un motif d'aggravation de peine non existant, a pour conséquence une tentative impossible (plus loin § 47).

2. Il n'est d'aucune importance pour la portée juridique de l'erreur que le refus erroné d'admettre l'existence du fait prévu par la loi repose sur une appréciation inexacte des choses ou sur une conception erronée des règles juridiques applicables à ces choses. La distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit n'a aucune base dans la loi et ne peut nullement s'appliquer dans la jurisprudence. Mais il est complètement faux de distinguer encore, dans l'erreur de droit, entre l'erreur sur les règles du droit pénal et l'erreur sur d'autres règles juridiques, en plaçant cette dernière, donc l'erreur extra-pénale, sur le même pied que l'erreur de fait (2). C'est pourtant une opinion très répandue que de considérer que l'erreur de fait et l'erreur juridique extra-pénale excluent l'intention, tandis que l'erreur juridique pénale reste sans influence. Cette distinction échoue

(2) On peut considérer l'opinion réfutée dans le texte comme l'opinion courante. Elle est adoptée également par R. dans toute une série de décisions (R, XXI, 344, XXXIII, 241, XXXVI, 389) mais alors avec les contradictions les plus graves. Dans ce même sens, FRANK, § 59, V. Dans le sens exact, BINDING, *Normen*, II, 607 et Grundrifs, I, 93 ; FINGER, I, 172 ; KAHN, LÖNING, 36 ; OETKER (Bibl. § 41) 83, v. BAR G. S. XXXVIII, 270 et ORTLOFF (Bibl. § 41) 16, note 2, et surtout KOHLRAUSCH, 118. Cf. aussi BÜLOW G. A., XIV, 3, 21.

déjà par le fait qu'il n'y a pas de concept de droit pénal absolument pur, le droit pénal, en sa qualité de droit de protection, empruntant bien plutôt ses concepts aux autres domaines juridiques.

II. — Mais l'erreur peut aussi consister en ce que, dans une perception exacte du fait comme étant le fait prévu par la loi, c'est-à-dire placé sous la définition du délit, l'auteur se trompe sur l'une des circonstances de fait concrètes. Il sait par exemple qu'il tue un homme mais il prend par erreur A, qu'il a tué, pour B. L'erreur consiste alors dans la non concordance entre la représentation de l'auteur sur la signification (causant ou n'empêchant pas le résultat de son acte volontaire) et le cours effectif des choses (3).

1. La représentation du résultat et des moyens pouvant le causer ou ne pas l'empêcher peut être plus ou moins certaine, bien qu'elle ne puisse jamais être tout à fait incertaine, et bien qu'elle ne parvienne non plus à embrasser tous les détails. Il faut que l'auteur connaisse en général les chaînons de la chaîne causale mise en mouvement ou non arrêtée par son acte volontaire, et qu'il se représente son effet. Mais cela est suffisant. Comment agira physiologiquement le poison qu'il a administré, ce qu'il trouvera dans le portefeuille trouvé, qui atteindra la bombe qu'il a jetée, tout cela, il n'a pas besoin de le savoir (4).

Il n'est donc pas nécessaire, pour que le résultat survenu puisse être imputé à l'intention, qu'il y ait une concordance parfaite, embrassant tous les détails, entre le cours des choses représentées et le

(3) L'opinion dominante considère, d'ailleurs sans pouvoir s'appuyer sur une conception de principe, cette erreur comme ne devant pas être relevée (*irrelevant*). Cf. par ex. BELING, *Verbrechen*, 325.

(4) On parle ici d'une intention plus ou moins « déterminée ».

cours des choses survenues. La représentation des changements que causera ou n'empêchera pas l'acte volontaire et ces changements eux-mêmes doivent concorder, mais non pas dans tous les détails, et seulement dans les détails essentiels.

2. Une erreur de l'auteur sur l'accomplissement et le résultat de son acte volontaire n'exclut par suite l'intention imputable que si l'erreur est **essentielle**. L'erreur est essentielle lorsque l'auteur, s'il avait connu son erreur, s'il avait prévu le cours effectif des événements, eût été détourné de commettre l'acte (5).

A mon avis il y aurait donc lieu d'admettre le meurtre intentionnel dans les cas suivants : l'accusé marche sur sa maîtresse avec un revolver chargé, dans l'intention avouée de la tuer ; dans la lutte la personne menacée touche elle-même la gâchette et est frappée mortellement. A précipite B par dessus le pont pour le noyer ; B touche la pile du pont et s'écrase le crâne. Le braconnier met en joue le chasseur pour le tuer ; ce dernier fait involontairement un bond de côté et tombe dans un précipice. Par contre, ce n'est pas un vol qualifié (grave) (*schwerer Diebstahl*) qui est consommé lorsque le voleur cherchant dans la cassette fermée un certain document, y trouve dix mille marks qu'il emporte avec lui ; il y a plutôt ici vol simple (*einfacher Diebstahl*).

Au contraire, une circonstance peut devenir essentielle par le fait qu'elle est entrée dans l'intention avec la certitude la plus pleine, et à l'exclusion de toutes les autres circonstances correspondantes provenant de la représentation. A, voulant rendre par téléphone une injure à B, est mis par erreur en communication avec C et injurie celui-ci. B veut tuer son ennemi mortel E, il prend dans l'obscurité son propre fils, F pour E, et il tue son fils. Dans les deux cas, l'admission d'un crime intentionnel entièrement consommé est erronée (6).

(5) Cette rédaction cherche à employer le concept de l'intention éventuelle (plus haut, § 39, II). Cf. aussi § 119, C. C. I. Contre moi FINGER, I, 253.

(6) C'est d'après la même règle qu'il faut apprécier le *dotus*

III. — Les principes exposés suffisent complètement pour régler tous les cas de l'erreur sur la signification causale ou non opposante de l'action. Il n'y a aucun motif de conserver les notions scolastiques de l'*aberratio ictus* et de l'*error in persona*, qui furent étrangères au droit commun et ne furent introduites qu'au XIX^e siècle (par Pfotenhauer, 1828).

Au sens de l'opinion dominante, il existe *aberratio impetus sine ictus*, lorsque le résultat représenté se produit sur un autre objet que l'objet représenté, et que cette erreur sur le résultat doit être attribuée à des circonstances externes. Il n'y aurait jamais lieu alors de tenir compte du résultat survenu, mais il faudrait bien plutôt admettre la rencontre d'un crime tenté intentionnellement et d'un crime consommé par imprudence.

Par contre, l'erreur devrait être toujours considérée comme non essentielle et il faudrait toujours imputer le résultat à l'intention, si les deux objets sont, à l'égard de l'idée d'infraction alors en question, tous les deux d'une égale importance juridique et pénale.

Cette distinction pêche déjà en ce qu'elle ne s'applique nullement aux cas dans lesquels le résultat représenté est survenu quant à l'objet représenté, mais par une voie non représentée. Or, il n'existe absolument aucun motif de traiter différemment ces deux cas en droit pénal. Il ne se crée aucune différence lorsque A, qui veut insulter B par téléphone, confond lui-même les numéros ou obtient une fausse communication par erreur de l'employé (7).

generalis, qui tient son nom de WEBER (1825), et qui existerait lorsque l'auteur, dans l'hypothèse erronée d'avoir déjà accompli l'infraction, entreprend un nouvel acte pour faire disparaître les traces du premier, etc., et amène ainsi, seulement, le résultat originairement projeté par lui. On se demande alors si tous les actes partiels, en raison de l'unité du résultat, doivent être considérés comme un acte unique, dont le cours ne diffère de la représentation de l'auteur qu'en des points peu importants pour lui. Si c'est le cas, il n'est pas nécessaire d'admettre un genre spécial de dol pour la responsabilité du résultat ; si ce n'est pas le cas, cette admission n'arrive pas non plus à rattacher les divers actes indépendants. Il est vrai qu'alors, l'unité d'action existe le plus souvent. En sens différent FINGER, I, 263, MEYER-ALLFELD, 146.

(7) R. se place au point de vue de l'opinion dominant depuis Feuerbach. Cf. en dernier lieu R. XIX, 177. Le droit commun u,

§ 41. — La conscience de l'illégalité.

BIBLIOGRAPHIE. — *Oetker*, Einfluss des Rechtsirrtums, 1876. — *Binding*, Normen, II, 60, 310. — *Zitelmann*, Irrthum und Rechtsgeschäft, 1879. — *V. Bar*, GS, xxxviii, 252. — *Hälschner*, I, 250. — *Heinemann*, Die Bindingsche Schuldlehre, 1889. — *Le même*, Z, XIII, 37^a. — *Hammerer*, Der Einfluss des Rechtsirrtums auf die Bestrafung, 1890. — *Orloff*, die Straffarkeitserkenntnis als Schuldvoransetzung, 1891. — *Simon*, GS, xxxii, 416. — *Basedow* (Bibl. § 36). — Mais surtout *Kohtrausch* (Bibl. § 36). — Pour le droit romain : *Löffler* (Bibl. § 2) 93. *Allfeld* Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht, 1904. *Kohler*, Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum, 1904.

I. — La notion de l'intention ne comprend pas en soi la conscience de l'illégalité.

1. Ce n'est pas, d'abord, un élément constitutif à introduire dans le concept scientifique de l'intention en vue de la *lex ferenda* (1). Ce concept exige que

comme les droits des peuples germaniques et les livres de droit, toujours traité l'*aberratio* comme l'*error in persona* (par exemple la Prusse en 1721) et il a admis régulièrement dans les deux cas, appuyé sur CLARUS et CARPZOV (Constitutions Saxonnes, IV, 6), un crime intentionnel consommé (avec atténuation toutefois chez DAMHOUDER et autres). Le code autrichien de 1852, § 133, assimile expressément les deux cas, que la doctrine française ne sépare pas non plus. Contre la distinction surtout BELING, 35, F. v. BURI, *Causalität und deren Verantwortung*, 1873; FRANK, § 59, V. LAMMASCH (Bibl., § 9, 1) 26. Pour la séparation récemment SIÉGEL et WISKOTT.

(1) La question est très controversée. — 1. BINDING, Normen, II, 403 demande la conscience de la transgression de la norme. Il est suivi par BASEDOW, BELING, 57, FINGER, I, 261, OETKER, OLSHAUSEN § 59, 16 et 30. Il y a lieu de considérer ici la distinction entre les caractéristiques de la transgression de la norme et celles de la culpabilité, au sens de BINDING (Normen, I, 103). — 2. Un autre groupe exige la conscience de l'illégalité mais non celle de la culpabilité; en ce sens ALLFELD, BIRKMEYER, 4127, HAELSCHNER, I, 299, 253, LOENING, 31, 35, MEYER-ALLFELD, 433, H. SEUFFERT, LPC, I, 78. — Avec le texte R XII, 275, XV, 458, XIX, 253, XX, 393, XXXVI, 139, puis V. BAR, GS, XXXVIII, 252, BRUCK (Bibl. § 42) 22, FRANK, § 59, II, HEILBORN (Bibl. § 52),

l'auteur ait connaissance de ce que l'acte est dirigé contre un intérêt juridiquement protégé (plus haut, § 39, note 7). C'est tout autre chose que l'interdiction de l'acte, donc que son illégalité au sens où le terme est pris régulièrement. Il ne peut être question d'escroquerie intentionnelle que si l'auteur sait qu'il nuit par son acte à la fortune d'autrui ; il est indifférent qu'il sache qu'il fait par là une chose défendue par l'ordre juridique. La jurisprudence ne peut être entravée par l'obligation d'examiner si l'auteur a possédé une connaissance des normes que n'a pas toujours le juriste professionnel lui-même.

2. Ce n'est pas un élément constitutif du concept de l'intention d'après le droit positif. Ce concept demande (plus haut, § 39, III) que l'acte soit prévu par la loi. Si l'auteur sait que son acte remplit toutes les caractéristiques qui sont celles de la définition légale, il est indifférent qu'il sache en outre qu'il a transgressé par là une norme juridique. La loi n'offre aucun appui à la conception contraire (2), contre laquelle s'élève la considération pratique mentionnée sous 1.

II. — La règle d'après laquelle l'élément constitutif de l'illégalité doit être **examiné d'une manière strictement objective**, sans considérer la bonne ou mau-

146, KITZINGER, 65, LV, 89, v. LILIENTHAL, 38, LÖFFLER, 264, LUCAS (Bibl. § 39) 66, MERKEL, 84, WEISMANN, Z, XI, 87, note 194, mais surtout HEIVEMANN. — 4. La conscience de la **transgression du devoir** est demandée par KOHLRANSCH, 24, LIEPMANN, 134, M. E. MAYER (Bibl. § 28). Il ne faut pas ranger ici les auteurs qui, avec MERKEL, 68, exigent la possibilité de la conscience de la transgression du devoir pour admettre la responsabilité (à ce sujet plus haut, § 36, note 1).

(2) Il résulte sans aucun doute du texte de la loi (circonstances de fait) que le § 59 ne peut être invoqué ici comme le prétendent BELING, BINDING, ORTMANN, OTKER, etc., ceci est d'ailleurs concédé expressément par OLSHAUSEN, § 59, 30, ainsi que par HAMMERER, 30. Cf. HEINEMANN, 122, ainsi que R., xx, 198.

vaise foi de l'auteur, est importante à deux points de vue différents.

1. La supposition erronée que l'action non contraire au droit est illégale, ne nuit pas à l'auteur.

Le délit putatif (*Wahnverbrechen*) n'est pas une infraction et plus spécialement n'est pas une infraction tentée ni manquée (3).

Deux cas sont ici possibles, mais ils doivent être réglés identiquement. -

a) L'auteur admet par erreur l'illégalité d'une action qui n'est nullement illégale. La femme, qui se livre à des actes contre nature avec des personnes de son sexe, est persuadée qu'elle se rend coupable d'une sodomie contraire au droit et passible de peine.

b) L'auteur suppose par erreur qu'une circonstance qui exclut l'illégalité d'une action en général contraire au droit n'existe pas, bien que dans le cas donné elle soit effectivement présente. Le patron d'un apprenti suppose par erreur qu'il a dépassé son droit de correction.

(3) Le délit putatif (*Wahnverbrechen*) est fréquemment confondu avec la tentative impossible ; cf. plus loin § 47. — Différent de ce délit est l'illusion délictueuse (*Verbrecherwahn*) dans laquelle l'auteur connaît l'illégalité de son action, mais se place sciemment hors de l'ordre juridique avec la prétention d'obéir à des devoirs supérieurs. L'illusion délictueuse reste, elle aussi, sans influence sur l'appréciation du fait, mais pour d'autres motifs. Cf. C. P. Mil., § 48 : « La culpabilité..... n'est pas exclue par le fait que l'auteur a tenu sa conduite comme ordonnée d'après sa conscience ou d'après les prescriptions de sa religion. » La non admission erronée de l'assentiment de la victime, lequel a eu lieu effectivement, présente des difficultés spéciales, dans la mesure où cet assentiment apparaît comme important en droit. Logiquement (voir plus haut § 35, IV), cette non admission doit être en principe considérée et traitée comme erreur sur l'illégalité et non sur un élément caractéristique du fait. Et, de même, il faudra traiter l'admission erronée du consentement qui n'a pas eu lieu d'après ce qui a été dit plus haut sous II, 2. Mais là également nous arrivons à des conséquences différentes, lorsque le non consentement est un élément caractéristique du fait (voir plus haut sous III).

Dans l'un et l'autre cas, il ne peut être question d'acte intentionnel punissable.

2. La supposition erronée que l'action illégale n'est pas contraire au droit ne profite pas à l'auteur; l'erreur sur les commandements ou les défenses qui servent de base à la loi pénale, n'exerce aucune influence.

Là encore il y a lieu de distinguer deux cas qui se traitent de manière identique.

a) L'auteur suppose par erreur qu'une action en général contraire au droit n'est nullement illégale. L'usurier ne sait pas que la loi sur l'usure prononce une peine contre l'acte qu'il commet; le maître d'une maison de tolérance croit être protégé par l'autorisation de la police. Malgré cette erreur, ces actions sont des infractions, comme elles le seraient sans elle.

b) L'auteur admet par erreur que l'action qu'il sait être en général contraire au droit, rentre dans l'une des exceptions excluant l'illégalité.

L'auteur se croit en état de nécessité, ou s'estime en présence d'une attaque illégale le menaçant (légitime défense putative), ou il se croit détenteur d'un droit de correction. Il n'y a pas de motif de traiter ces cas autrement que ceux examinés sous a). Là également, l'erreur, qu'elle porte sur le fait ou sur le droit, doit rester sans influence (4).

(4) L'opinion commune admet ici l'impunité. Cf. HAESELBARTH, thèse Rostock 1904. Dans le même sens, bien qu'indécis, R. Très précis, R. MILG, VII, 248, VIII, 199, ainsi que dans d'autres décisions. Contre l'opinion du texte, on soulève aussi surtout la théorie des caractéristiques négatives du fait (plus haut, § 26, note 6), pourtant l'auteur ne serait protégé que par l'erreur sur sa situation réelle (admission erronée d'une attaque présente), mais non par l'erreur sur la norme juridique (concept de la légitime défense). Cette distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit est inapplicable pour les raisons données plus haut (§ 40, I, 2). Celui qui, dans l'état de légitime défense hypothétique, tue un homme, a absolument mérité la peine du meurtre. D'une large interprétation contestable, R. XXVII, 401. Dans le sens du texte C.C.I., § 231. A ce sujet, V. LISZT, *Deliktsobligationem*, 59.

III. — Cependant la règle qui vient d'être posée souffre une **exception** importante, appartenant d'ailleurs purement au droit positif. Partout où la loi a mis dans la définition d'une infraction particulière l'élément de l'illégalité, la conscience de l'illégalité de la part de l'auteur doit être exigée à côté de l'intention (5).

1. Mais cette introduction a eu lieu de différentes manières.

a) Fréquemment, le législateur a fait, de la direction de l'action contre un droit existant ou contre un devoir juridique, un élément constitutif du fait. Il demande par exemple pour le vol, que la chose appartienne à autrui, pour l'adultère, qu'il y ait un mariage existant, pour la rébellion à l'autorité, qu'il y ait exercice officiel et régulier de la fonction.

b) Dans un certain nombre de cas (par exemple pour le vol et l'escroquerie) « le dessein contraire au droit » est un élément constitutif du délit.

c) Il faut enfin ici mentionner l'expression : « celui qui, contrairement au droit, etc. ».

Dans tous ces cas, lorsque l'auteur a supposé par erreur que l'illégalité est exclue, le fait cesse d'être punissable (6). Ceci s'applique également, lorsque

(5) Cf. plus haut § 32, note 5. Ce qui y est dit contient aussi la justification législative de cette exception. Dans le même sens, R, en dernier lieu, XIX, 209, XX, 393. En outre, BORCHERT, *Verantwortlichkeit*, 28, KATZENSTEIN, Z, XXI, 426, V. LILIENTHAL, 46, et en particulier HEINEMANN. *Contra* KLEE, 73, KOHLRAUSCH, 72, KRONECKER G. S., XXXVIII, 495, LUCAS, 60, STOOSS, *Schweizer Zeitschr.*, I, 524, x, 351. V. WEINRICH, Z, XVII, 807, qui s'en tiennent aussi dans ce cas à la règle. Semblable au texte également FRANK, § 59, II.

(6) L'opposition des opinions (plus haut note 3) perd sensiblement de sa portée pratique par cette limitation. Si la contravention de police venait à se détacher complètement du délit criminel, les adversaires renonceraient probablement aussi pour celle-là à la conscience de l'illégalité. Par contre, la différence d'opinions reste toujours importante en ce qui concerne les cas mentionnés sous II, 2 b.

l'auteur a supposé par erreur (plus haut, II, 2 *b*) qu'il était autorisé à disposer des biens d'autrui.

2. Dans tous ces cas, l'intention éventuelle suffit pour que l'acte soit punissable (plus haut, § 39, II).

3. Il faut encore rappeler ici que diverses lois complémentaires contiennent des dispositions spéciales sur l'influence de ce que l'on nomme l'erreur de droit (7).

§ 42. — L'imprudence.

BIBLIOGRAPHIE. — v. *Bar*, dans *Grünhüt*, IV, 21, v. *Pritturitz*, G. A., xxx, 145. — *Wahlberg*, Klein. Schriften, III, 268. — *Bruck*, Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht, 1885, et à ce sujet *Birkmeyer*, K. V. S., nouvelle série, x, 587, puis réplique de *Bruck*, G. A., xxxvi, 420. — *Eccard* Thèse Strasbourg, 1889; *Helmer*, Thèse Strasbourg, 1895. — *Kühner*, Die Kunstfehler der Aerzte vor dem Forum der Juristen, 1886. — *Ortloff*, Strafbare Fahrlässigkeit bei Ausübung der Heilkunst, 1888. — *Borntröyer*, Ueber die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Anwendung des Chloroforms und anderer Inhalations-Anästhetika, 1892. — *Brouardel*, La responsabilité médicale, 1898. *Graak*, Sammlung, etc., 1904.

I. — La notion de l'imprudence (*Fahrlässigkeit*) n'a évolué que graduellement et lentement, en tant que notion générale du droit pénal. Ce furent surtout des infractions prises isolément qui occupèrent en cette matière la doctrine et la jurisprudence (par exemple le meurtre par imprudence). Il n'est donc pas surprenant que cette évolution ne soit pas encore

(7) Le § 163 de la loi douanière de 1869 dit : « L'ignorance des prescriptions de la présente loi et des dispositions administratives s'y rattachant et ayant fait l'objet d'une publication régulière, ne pourra être une excuse pour personne, même pour les étrangers. » — Loi sur la contrefaçon littéraire de 1870, § 18, al. 2 : « La punition de la reproduction reste exclue, si son instigateur a agi de bonne foi en raison d'une erreur excusable, matérielle ou juridique ». Cette disposition, abrogée pour les droits d'auteurs littéraires par la loi du 19 juin 1901, est encore en vigueur pour les lois concernant les autres droits d'auteurs ou inventeurs des 9, 10 et 11 janvier 1876. Sur le C. P. I., § 193, cf. plus loin la partie générale.

terminée, qu'une notion homogène de l'imprudence soit restée étrangère au droit romain et aux législations d'origine romaine, et que dans notre droit en vigueur plusieurs phases de l'évolution soient simultanément représentées.

Depuis les écrits italiens du Moyen Age, le rapport de la faute au résultat survenu est essentiel pour la notion de l'imprudence. Lorsque le C. C. I, § 276, dit : « Agit avec négligence celui qui, dans ses rapports avec autrui, manque aux soins exigés en affaires », la notion de la négligence n'est pas par là épuisée. Bien mieux, la survenance d'un résultat contraire au droit est nécessaire, ainsi que la prévisibilité de cette conséquence de la façon d'agir. En d'autres termes, la notion actuelle du délit par imprudence repose sur ce que le résultat survenu n'est pas considéré comme une condition de la sanction pénale (cf. § 44, III), mais comme un élément de l'action elle-même. Ce n'est que de cette manière que l'imprudence se présente comme le second genre de la faute, à côté de l'intention. Nous établissons cette notion, parvenue à ce point de développement, dans ce qui suit.

II. **L'imprudence est (formellement) la non prévision du résultat à prévoir au moment où la manifestation de la volonté se produit. Le résultat est à prévoir lorsque l'auteur aurait dû et pu le prévoir. L'action imprudente est par suite la provocation ou le non empêchement, par la manifestation de la volonté, d'un résultat non prévu, mais à prévoir (1).**

(1) En sens différent, ici aussi, BINDING, *Normen*, II, 117, qui définit l'imprudence comme la volonté inconsciemment illégitime. Le concept de l'imprudence est limité par celui de l'intention. Il en résulte (Cf. plus haut, § 39) : 1. Il y a imprudence en cas de résultat survenu, lorsque l'auteur se représente la possibilité de la venue du résultat, mais l'écarte par l'appréciation (inexacte et évitable) : « Le résultat ne surviendra pas ». 2. Mais il y a aussi imprudence, lorsque l'auteur ne s'est pas du tout représenté la possibilité du résultat (alors qu'il aurait pu se la représenter). Sur cette considération repose la distinction, faite depuis FEUERBACH et très répandue, entre l'imprudence consciente (premier cas) et l'imprudence inconsciente (deuxième cas). Cette distinction est exacte. Mais il serait faux de considérer l'imprudence consciente comme la forme la plus grave de la faute. En

Ici également, comme pour l'intention (voir plus haut § 39, III), il faut, à côté de cette première définition, en placer une seconde sensiblement plus étendue dans sa portée : l'imprudence est l'ignorance (non-connaissance) évitable d'un élément fondamental d'une définition (C. P. I., § 59). L'erreur évitable dans une présomption constitue donc, elle aussi, l'imprudence. Ceci s'applique également à la non-connaissance fautive de l'illégalité, dans la mesure où celle-ci est rangée par le législateur parmi les caractéristiques de certaines définitions.

La notion de l'imprudence comporte :

1. Le défaut de précaution lors de la manifestation de la volonté, c'est-à-dire la négligence de l'attention commandée par l'ordre juridique et nécessaire d'après l'état des circonstances. La mesure de l'attention se fixe alors en général d'après la nature objective de l'action entreprise, et non d'après la nature propre personnelle de celui qui agit. La paresse de la vigilance, le non accomplissement de ce qui doit être fait, apparaissent au sens de la terminologie dominante comme une faute de la volonté.

2. Mais au manque de précaution doit s'ajouter le manque de prévoyance, c'est-à-dire qu'il a dû être possible à celui qui agit de voir d'avance (ne serait-ce qu'en traits généraux) le résultat comme effet du mouvement du corps (2). Dans l'appréciation de cette

effet, l'auteur prévoyant, qui mesure préalablement et avec anxiété les conséquences les plus éloignées et qui, après un examen soigneux mais qui le conduit à un résultat faux, rejette la causalité, serait traité beaucoup plus sévèrement que l'individu insouciant. Lorsque le législateur incorpore la caractéristique de l'illégalité dans le concept d'une infraction particulière (plus haut, § 41, III), on ne peut admettre en cas par exemple de non connaissance fautive de l'illégalité, la commission du délit par imprudence (comme le font MEYER-ALLFELD, OLSHAUSEN et autres).

(2) R., XIX, 51, XXXV, 131, R. MILG. VI, 262, VIII, 165. Il suffit que l'auteur ait pu prévoir la mort d'un individu quelconque sinon celle d'un individu donné; il n'est pas non plus nécessaire

question, il y a lieu de prendre pour base les capacités mentales de celui qui agit, tant en général qu'au moment de l'action (excitation, ivresse), ainsi que sa perspicacité plus ou moins grande. La mesure de ces éléments est ici subjective et spéciale. La capacité mentale de l'auteur seul est en question. Si cette capacité est affirmée, le manque de prévoyance apparaît alors comme une faute d'intelligence (3).

Le contenu fondamental de l'imprudence en tant que mode de la faute est ainsi éclairci. L'état défectueux du sens social de l'auteur responsable se manifeste ici en ce qu'il n'a pas reconnu la signification antisociale de son acte, qu'il pouvait connaître.

III. — L'imprudence repose par suite sur une erreur à l'égard de la signification de l'acte volontaire (provoquant ou n'empêchant pas le résultat), ou encore sur une connaissance défectueuse des éléments caractéristiques de la définition du fait. C'est en cela que réside sa différence avec l'intention. Mais erreur

que le temps, le lieu, les autres détails du cours concret des causes aient été possibles à prévoir. Cf. plus haut § 41, II. Discutable par contre R., xxix, 219 et xxxiv, 91.

(3) Ce qui a été dit sous I et II règle l'antique controverse sur la généralité ou la spécialité de la mesure de l'imprudence, sur l'objectivité ou la subjectivité de cette mesure, sur l'imprudence faute de volonté (opinion prépondérante) ou faute d'intelligence; il suffit, comme nous le faisons, de renvoyer aux deux éléments équivalents de la notion qui nous occupe. La conception représentée dans le texte (distinction entre la précaution et la prévoyance) est aussi partagée par R, dans un certain nombre de décisions, en dernier lieu xxx, 25 et par R. MILG, V, 15. Dans le même sens OLSHAUSEN, § 59, 17. Dans le même sens également, déjà le droit canonique; cf. HINSCHUS, V, 928, note 5, *contra* LIEPMANN, 144, qui veut aussi apprécier d'après la mesure objective le « pouvoir savoir ». Dans le même sens en apparence C. G. I., § 276 (voir page 183). Cependant, aussi pour l'opinion représentée dans le texte, ZITELMANN (plus haut, § 28, VI, 4), 158. Cf. V. LISZT, *Deliktobligationem*, 55. Contre LIEPMANN: FRANK, § 59, VI, M. E. MAYER, 119. D'autre part, d'après FRANK, le manque de précaution doit également être apprécié individuellement.

et connaissance défectueuse ne motivent l'admission de l'imprudence que si elles avaient pu et dû être évitées. C'est ce qui constitue la différence entre l'imprudence et le hasard. L'erreur n'exclura donc l'imprudence que si elle était inévitable, que s'il était impossible à l'auteur, étant donné ses dispositions, de parvenir à la représentation de la signification de sa manifestation de volonté (cf. § 59, al. 2 du C. P. I.).

IV. — Toutes les prescriptions de l'ordre juridique peuvent, en soi, être transgressées par imprudence. Mais, d'après le droit en vigueur, toute transgression par imprudence n'est pas sanctionnée d'une peine. Au contraire, la punition des délits d'imprudence constitue une exception, qui ne doit être admise que si la volonté de punir aussi la transgression par imprudence est exprimée expressément dans la loi ou si elle peut se dégager de l'ensemble des dispositions légales (4).

V. — Pour l'intention, la représentation de toutes les circonstances de fait rentrant dans la définition de l'infraction (y compris le résultat) est nécessaire. Si même une seule de ces caractéristiques déterminantes fait défaut dans la représentation, l'intention est exclue et l'imprudence peut exister. En déduction exacte, il y aurait donc par définition, pour chaque infraction intentionnelle, autant de délits par imprudence que cette infraction a de caractéristiques déterminantes, et rien n'empêcherait le législateur

(4) Cf. R., **xii**, 43. Le C. P. I. sanctionne expressément d'une peine la commission par imprudence dans les cas suivants : §§ 220 et 230 meurtre et coups et blessures ; §§ 121 et 347, surveillance insuffisante et suivie de fuite de prisonnier ; § 163, faux serment, §§ 309, 311, 314, 316, 318, 326, 329, infractions constituant des dangers publics ; § 345, exécution d'une peine non exécutoire. Pour les contraventions de police, l'imprudence suffit en général ; cependant la teneur et le sens de la loi doivent toujours être exactement examinés. Cf. GOLDSCHMIDT, *Verwaltungsstrafrecht* (plus haut, § 26, note 7), 475, 476.

de ne punir que l'un ou l'autre de ces délits d'imprudence, en laissant les autres impunis. Deux cas de délits d'imprudence répondraient au meurtre intentionnel d'un homme : 1. L'auteur sait qu'il tue, mais il ne sait pas qu'il a un homme devant lui. 2. Il sait qu'il agit contre un homme, mais il ne sait pas qu'il tue. En général, la législation n'a pas fait usage de la possibilité de cette distinction. Le meurtre par imprudence du C. P. I. embrasse les deux cas. Cependant la dite distinction est bien intervenue pour le recel d'objets, § 259 C. P. I. (plus loin § 147).

VI. — **Degrés de l'imprudence** : Le droit en vigueur a traité dans deux cas l'imprudence comme aggravée, lorsque l'auteur « était, en raison de sa fonction, de sa profession ou de son industrie, particulièrement obligé » à l'attention non observée par lui (5) (C. P. I. §§ 222 et 230, meurtre et blessures corporelles). Il y a lieu de mentionner ici ce que l'on peut appeler pour les médecins et chirurgiens les « erreurs de métier ».

§ 43. — La culpabilité dans les délits de presse.

BIBLIOGRAPHIE. — v. *Liszt*, *Pressrecht*, §§ 47-57. — *Le même* H. R. « Prefsstrafrecht » und « Redacteur ». — v. *Schwarze*, *Kommentar zum Pressgesetz*, 3. Aufl. (édité par Appellius) 1896. — *Berner*, *Lehrbuch des deutschen Pressrechts*, 1876. — *Honigmann*, *Die Verantwortlichkeit des Redakteurs nach dem Reichsgesetz über die Presse*, 1885. — *Baumgarten*, *Z*, v, 491. — *Löning*, *Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs*, 1889. — *Oetker*, *Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs*, 1893. — *Le même*, *Preussische Jahrbücher*, LXXVI,

(5) L'action doit donc rentrer dans le cadre des occupations officielles, professionnelles, etc. C'est aussi le cas pour l'exercice illégal d'une profession ou d'une industrie, pour les traitements médicaux empiriques, pour l'abus du pouvoir attaché à la fonction. Cf. R., xxvii, 167. Beaucoup plus strict FRANK, § 222, II. Cf. R., xxiv, 65, xxxvi, 405 (emploi d'un cycle pour la visite de la clientèle ou pour aller au travail ou en revenic); xxxix, 204 (la tutelle en tant que fonction).

385. — v. *Bülow*, GA., XL, 241, XLIII, 324 et Z, XIV, 643. — *Klöppe*, Das Reichspresserecht, 1894. — *R. Schmid*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Pressvergehen, 1895. — v. *Buri*, Z, XVI, 48. — *Grüttefen*, Die Täterschaft des verantwortlichen Redakteurs, 1895. — *Jörg*, Wesen der pressrechtlichen Fahrlässigkeit nach § 21, Reichspressgesetz, 1899. — *Brenke*, Thèse Rostock, 1900. — *Le même*, GS., LX, 50. *Wahl*, Thèse Leipzig 1904 ; Gaze Die straf. b. Haftung für Pressdelikte, 1906.

I. — Les principes généraux développés dans les §§ précédents s'appliquent aussi dans les délits de presse, c'est-à-dire aux actes coupables dont l'essence consiste dans l'abus du droit d'exprimer librement une opinion par le fait de publier et de répandre des ouvrages imprimés. Ceci résulte expressément du § 20, al. 1, de la loi sur la presse du 7 mai 1874 (1).

Mais ces principes généraux ne suffisent pas à l'égard des délits de presse. Abstraction faite d'autres motifs (par exemple l'anonymat de la presse périodique), la transformation que la pensée subit par son impression et l'intervention très particulière et simultanée de toute une série de personnes (auteur, éditeur, rédacteur, libraire-éditeur, imprimeur, vendeur) qui se produit alors, ont pour effet de rendre indispensable, à l'égard des délits de presse, un complément des principes généraux (2) sur la culpabilité

(1) En Alsace-Lorraine, la loi en vigueur est la loi sur la presse du 8 août 1898 (voir plus haut § 22, II, 7). — D'après le § 2, les imprimés sont « toutes les productions de la presse des imprimeurs ainsi que toutes les reproductions d'écrits et d'illustrations avec ou sans texte, et de musique avec texte ou commentaire, obtenues par procédé mécanique ou chimique, et destinées à la mise en vente ou à la distribution. » Cf. en outre la loi du 12 mars 1884 qui établit une distinction entre le bulletin de vote et l'imprimé. — D'après le § 7, les imprimés périodiques sont les journaux ou les revues, bulletins, etc., qui paraissent à des délais mensuels ou plus rapprochés, même irréguliers.

(2) D'après ces principes généraux, le délit de presse, en tant qu'expression particulière de la pensée, se présentant comme commis par la mise en vente ou la distribution d'un imprimé,

à l'aide de dispositions spéciales, pour que la poursuite pénale ne vienne pas se briser contre des difficultés juridiques. La loi impériale sur la presse a tenu compte de cette idée, en complétant les principes généraux suivant deux tendances.

II. — La loi impériale sur la presse a, sur le modèle d'autres législations, complété dans le § 20, al. 2, les principes généraux sur la culpabilité en admettant tout d'abord la responsabilité personnelle (*Haftung*) du rédacteur responsable (*verantwortlicher Redakteur*) d'un imprimé périodique (3).

Le rédacteur responsable doit donc être rédacteur, c'est-à-dire avoir la faculté de décider de l'acceptation d'un article. Mais est seul considéré comme **rédacteur responsable** au sens de la loi le rédacteur qui : 1° est nommé comme tel sur le numéro considéré du journal ou du périodique et 2° qui est chargé d'examiner le contenu de la feuille au point de vue de sa signification pénale éventuelle, c'est-à-dire qui était en situation d'empêcher la publication. Le § 20, al. 2, ne peut par suite s'appliquer lorsqu'une de ces deux exigences fait défaut. Dans les deux cas, et d'après les §§ 18 et 19, il ne peut intervenir de sanction qu'en raison de l'inobservation du § 7 de la loi sur la presse (4).

L'éditeur ou le débitant « subséquent » est régulièrement l'auteur, les autres intéressés (leur culpabilité correspondante étant présumée) sont des complices. Par contre, la culpabilité des tiers, dans la mesure où la responsabilité est attachée à des personnes déterminées ne peut être combattue qu'à l'aide de motifs tirés des faits. Cf. OESTERLEIN, *Die Ausdehnung des Pressprozesses auf die technischen Arbeiter*, 1894.

(3) Cf. sur les qualités du rédacteur responsable exigées par la loi, le § 8 de la loi sur la presse.

(4) Les opinions diffèrent profondément. — 1. D'après LÖNING, SCHWARZE, c'est la dénomination qui est décisive ; cette opinion est partagée par le troisième Sénat (chambre) criminel, R., xxiii, 9, xxv, 180 — 2. D'après HONIGMANN, c'est la surveillance (direction) effective qui tranche la question ; également dans ce sens les deuxième et quatrième sénats criminels, R., xxi, 23, xxvii,

La loi pose donc à l'égard du rédacteur responsable la présomption (contestable) de son action effective en ce qui concerne les actes coupables commis par le moyen du contenu du périodique. La présomption peut être contestée par la preuve, fournie par le prévenu, ou par la constatation, faite d'office par le tribunal, qu'il existe des « circonstances particulières » par « lesquelles l'admission de l'action effective est exclue ». Par circonstances « particulières », il faut entendre les circonstances existant dans le cas spécial, et qui ne sont pas nécessairement « extraordinaires », par lesquelles la connaissance, par le rédacteur responsable, du contenu coupable du numéro rédigé par lui, ou celle d'une autre circonstance caractéristique de l'infraction particulière (par exemple l'illégalité se trouve exclue (5).

III. — Mais la loi impériale sur la presse a en outre fait appel au **système des peines pour imprudence** concurrentement au système belge de la responsabilité

246, xxxiv, 187. — 3. Mon opinion est partagée en substance par KLÖPPEL, 203, 363; OETKER s'en rapproche, seulement il ne demande pas, précisément pour le numéro intéressant, le contrôle supérieur. — 4. D'après v. BULOW, APPELIUS, GAZE, LIEBLICH et BRENSKE, la nomination par le propriétaire de la feuille suffit. Dans le même sens, le 4^e Sénat, R., xxvii, 246, le 2^e Sénat, R., xxxvi, 215. — L'opinion indiquée sous 1 conduit à reconnaître juridiquement l'institution si sympathique des rédacteurs « à faire les mois de prison »; les opinions indiquées sous 2 et 4 perdent de vue la signification de la dénomination exigée pour chaque numéro par le § 7 de la loi sur la presse.

(5) A cette opinion soutenue par moi dès 1880 se sont joints, contrairement à des décisions antérieures, les Sénats criminels réunis (6 juin 1891), xxii, 65. En outre, R., xxii, 221 et aussi, bien qu'allant encore plus loin, R., xxxi, 211. Dans le même sens v. BULOW, BELING, 52. *Contra*, GRUETTERIEN, qui admet une contradiction insoluble entre les §§ 20 et 21. — Original mais non convaincant OETKER. Il existerait un cas de ce qu'il appelle la responsabilité du garant (*Garantenhaftung*), et non pas seulement une simple présomption de faute. Contre lui v. BULOW, Z., xiv, 653, avec lui LIEBLICH.

graduée, cela également dans le but de compléter les principes généraux du droit pénal. Si les personnes qui ont contribué à confectionner et à répandre un imprimé de contenu coupable n'ont pas examiné le contenu de cet imprimé avec l'attention exigée, ou si elles ne peuvent fournir au moins la preuve de l'absence de leurs fautes personnelles, en nommant la personne qui les couvre, elles sont rendues responsables en raison de leur imprudence (6).

C'est cette pensée qui guide le § 21 lorsqu'il décide :

« Si le contenu d'un imprimé constitue le fait défini comme punissable, sont passibles, pour imprudence, de l'amende jusqu'à mille marks ou de la détention simple ou de la détention dans une enceinte fortifiée ou de l'emprisonnement jusqu'à un an, et en tant qu'il n'y a pas lieu de les punir en vertu du § 20 comme auteur ou complice, 1^o le rédacteur responsable, 2^o l'éditeur, 3^o l'imprimeur, 4^o celui qui a vendu l'imprimé en raison de son métier ou qui l'a répandu autrement dans le public, lorsqu'ils ne peuvent faire la preuve d'avoir employé toute l'attention qu'ils devaient ou faire la preuve de circonstances ayant rendu cet emploi impossible.

Toutefois, pour chacune des personnes nommées, la sanction pénale se trouve exclue si, jusqu'au prononcé du premier jugement, elle fait connaître comme auteur ou comme expéditeur avec le consentement duquel la publication a eu

(6) En réalité il s'agit, d'après la conception de la loi, de la commission par imprudence de l'acte coupable motivée par le contenu de l'imprimé; v. LISZT, *Pressrecht*, § 47, III, §§ 51 et sq. A mon opinion se sont joints BRUCK (Bibl. § 42), 59; HONIGMANN, v. KRIES, 203; MERKEL, 292; ROSENFELD, *Nebanklage*, 106. Cf. aussi R. xxvi, 45. *Contra* BETZ (Bibl. § 31), 66; KLOEPEL, 384; LÖNING, 270; mais surtout OETKER (responsabilité pour le délit d'autrui, garantie du délit, et non pas comme en droit belge garantie pénale). La conception fondamentale est importante pour la question de la plainte, de la poursuite, à fin de réparation (BUSSE) de la peine, de l'application du § 290 C. P. I., etc. — D'autres personnes que celles nommées au § 21 ne peuvent être punies en raison du § en question, même comme complices (Cf. v. LISZT, *Pressrecht*, 69).

278 § 43. — LA CULPABILITÉ DANS LES DÉLITS DE PRESSE

lieu ou, s'il s'agit d'un imprimé non périodique, comme éditeur de celui-ci, ou comme l'un de ceux qui sont nommés avant elle dans l'énumération ci-dessus, une personne qui se trouve dans le domaine de la juridiction répressive d'un Etat confédéré allemand ou qui s'y est trouvé dans le temps de la publication ; au cas où elle est décédée ; en outre, en ce qui concerne le vendeur ou le distributeur d'imprimés étrangers, si ces imprimés lui sont parvenus par la voie du commerce de la librairie. »

IV. — L'INFRACTION CONSIDÉRÉE COMME L'ACTE INJUSTE
PUNISSABLE

§ 44. — Injustice et infraction. (*Unrecht*) (a).

BIBLIOGRAPHIE. — Sur les conditions de la criminalité : *Francke*, GA., XX, 33. — *Binding*, I, 483. — *Meyer-Alfred*, 20. — *Merkel*, 236. — *John*, I, 127. — *Bennecke-Beling*, 9. — *V. Kries*, 463. — *Eisler*, dans *Grünhüt*, XVII, 587. — *Albers*, Thèse Erlangen, 1898. — *Hausmann*, Die Beleidigung gesetzgebender Versammlungen und politischer Körperschaften und die rechtliche Natur der Ermächtigung, 1892. — *Kitzinger*, GS., LV, 1. — *Kohler*, GA, XLIX, 1. — *Finger*, GA, I, 32. — *Binding*, GS, LXVIII, 1.

I. — 1. L'infraction est un acte injuste menacé d'une peine par l'État. La notion d'injustice, c'est-à-dire d'action coupable, contraire au droit, que nous avons développée jusqu'à présent, trouve son application dans tous les domaines juridiques. Mais l'injustice criminelle, l'infraction, se détache nettement de toutes les autres sortes d'injustice par la conséquence juridique qui lui est propre, c'est-à-dire par la peine. D'ailleurs la peine et l'obligation de réparer (la conséquence civile de l'injustice) ne s'excluent pas réciproquement ; elles peuvent se rattacher concurremment à un même fait. Il en résulte trois possibilités.

a) L'ordre juridique peut se contenter, comme dans le cas du non-accomplissement d'obligations

(a) Comparer l'expression allemande *unrecht* et l'expression anglaise *tort* ou *wrong* pour désigner l'acte constitutif du délit civil (note du tr.).

contractuelles, de la seule sanction de l'injustice par le droit privé.

b) Il peut rattacher au même fait injuste, comme dans le cas d'usure, de meurtre, de séquestration, etc., aussi bien la conséquence civile entraînée par l'injustice en droit privé, que la sanction encourue en droit pénal.

c) L'ordre juridique peut s'en tenir purement à la menace d'une peine et faire abstraction de l'obligation d'indemnité; il doit agir ainsi lorsque, comme c'est le cas pour l'infraction créant seulement un risque, il ne s'est produit aucun dommage; il peut agir ainsi lorsque le dommage immatériel (moral) produit (comme par exemple en cas d'insulte) ne lui paraît pas propre à être compensé par une indemnité en argent.

2. Mais lorsqu'on se trouve en présence de faits qui entraînent aussi bien la conséquence pénale que la conséquence civile de l'injustice, on a la preuve qu'il est impossible que l'infraction et le tort civil puissent être deux concepts s'excluant, et que bien plutôt l'infraction ne se distingue de la simple injustice civile que par des différences quantitatives. Un examen plus approfondi montre que l'Etat fait intervenir la conséquence pénale de l'injustice partout où la sanction du droit privé (exécution forcée, remise en état, dommages-intérêts) ne lui paraît pas suffisante pour réprimer l'injustice. C'est le cas :

a) Lorsque, comme dans le cas de vol, etc., la contrainte en vue d'une indemnité ne peut être exercée à l'encontre de l'auteur, le plus souvent dépourvu de ressources.

b) Lorsque, comme dans le meurtre, le viol, etc., l'indemnité du droit privé ne peut constituer la compensation du trouble juridique.

c) Lorsque l'ordre juridique attache, peut-être à tort, une valeur particulièrement élevée au bien attaqué, et qu'il veut par là exprimer sous une forme

particulièrement pressante sa réprobation à l'égard de cette atteinte.

d) Lorsque la fréquence de l'attentat, le développement exagéré de certaines infractions (falsification d'aliments, menées d'agitateurs, usure, etc.) éveillent le besoin de créer un contre-poids suffisant par de sévères menaces de peines.

Déterminé d'après son contenu, le crime est donc l'attaque contre des intérêts protégés par le droit, qui est particulièrement dangereuse de l'avis du législateur, pour l'ordre juridique établi (1).

II. — D'ailleurs n'est pas punissable tout acte rentrant dans ce concept, mais seulement celui qui correspond à l'une des définitions des infractions particulières (*Tatbestände*) exactement circonscrites dans la loi et énumérées limitativement par celle-ci. C'est l'élément constitutif de l'infraction supposant une incrimination (*Tatbestandsmäßigkeit*, (a) d'après l'expression de Beling, déjà relevée plus haut § 26, note 5). En établissant la nécessité d'une incrimination, l'Etat constitutionnel assure aux citoyens la liberté individuelle contre l'arbitraire du pouvoir de l'Etat; c'est là que réside la signification politique de la règle : *nullum crimen sine lege* (plus haut § 17).

L'établissement des définitions particulières (*Tatbestände*) des diverses infractions repose sur le terme adopté par la loi pour désigner l'action (tuer, contraindre, dérober, etc.), puis intervient la désignation du sujet (désignation le plus souvent générale):

(1) Il faut s'en tenir fermement, avec l'opinion courante actuelle, au fait que l'infraction a identiquement toutes les caractéristiques que possède le délit privé dont elle ne se distingue, quant à son contenu, que par son danger plus grand, et quant à sa forme que par ses conséquences juridiques.

(a) Nous pensons rendre exactement le sens de l'expression allemande intraduisible *Tatbestände* (littéralement états de fait, situations de fait) en parlant de « définition légale » ou d'« incrimination » les situations de fait du droit pénal ce sont les incriminations particulières (Note du traducteur).

« Celui qui tue, etc. » ; quelquefois restreinte à des groupes déterminés, comme « les nationaux », une « femme enceinte qui », « un fonctionnaire qui » et de l'objet (celui qui tue un homme, qui viole une femme, qui endommage la chose d'autrui) ; d'autres modalités peuvent y être ajoutées, comme le moyen (poison, violence ou menace), le lieu et le temps (dans une église, pendant la nuit) etc.

En règle générale, la culpabilité existe donc et l'action publique en vue d'une peine apparaît avec la commission de l'acte fautif, illicite, rentrant sous une incrimination. Mais, dans certains cas, le législateur exclut la peine en raison de la personnalité de l'auteur et seulement à son égard, tandis que par ailleurs il considère l'acte comme punissable. On peut alors parler de « motifs personnels d'exclusion de la peine ». Il faut mentionner dans cette catégorie (abstraction faite des cas traités plus haut § 24) : C.P.I., §§ 53 (transgression de la légitime défense), 173 (inceste : parents et alliés en ligne descendante n'ayant pas atteint la dix-huitième année), 257, (protection personnelle (favoritisme) accordée par un proche), 247 (vol ou détournement, commis par des parents en ligne ascendante ou des conjoints), 209 (porteurs d'une provocation, etc., en cas de duel). Ces motifs personnels d'exclusion de la peine peuvent être réunis avec les motifs d'exclusion d'infraction, mentionnés plus haut § 26, dans le concept de « motifs d'exclusion de peine au sens large », qui ont une signification absolument différente de celle des motifs d'abolition de la peine, c'est-à-dire des circonstances qui, intervenant après que l'acte a été accompli, écartent à nouveau la poursuite pénale engagée (voir plus loin § 74).

III. — Dans un certain nombre de cas, le législateur a fait dépendre l'intervention de la sanction pénale de l'existence de circonstances extérieures, indépendantes elles-mêmes de l'action contraire au

droit, mais venant s'y ajouter (**Conditions de la criminalité** (*Strafbarkeit*) (2).

Par exemple, la répression pénale des actes d'hostilité dirigés contre des Etats amis a pour condition la garantie de réciprocité (§§ 102 et 103); la non-dénonciation d'un crime ne tombe sous le coup du § 139 que si le crime, ou du moins sa tentative punissable, a été commis; l'incitation au duel n'entraîne la sanction du § 210 que si le duel a eu lieu; il est nécessaire, pour que la rixe soit punissable, qu'elle ait causé la mort d'un homme ou un dommage corporel grave (§ 227); la suspension de paiement est la condition de la criminalité en cas de banqueroute d'une banque (§§ 239 et sq., et Loi sur les faillites, *Konkursordnung*); l'adultère n'est punissable que s'il a causé le divorce (§ 172); la criminalité de la fraude en matière de mariage a pour condition la dissolution du mariage (§ 170) (3).

(2) Cf. BINDING, *Normen*, I, 232, FINGER, I, 115. MEYER-ALLFELD, 242. Différents de ces cas sont ceux dans lesquels la venue d'un résultat plus grave est une précondition pour l'intervention d'une peine plus sévère, cf. plus haut § 36, note 8. L'action est ici punissable, même si le résultat aggravé ne survient pas. Les règles exposées dans le texte sous III ne sont donc par suite applicables que conformément à ce sens. Il en est de même pour les conditions de culpabilité aggravée dans les §§ 87, al. 2, 154, al. 2.

(3) Ce concept est controversé. BINDING parle d'une « infraction conditionnelle » seulement lorsque la criminalité dépend d'un événement futur encore incertain. FINGER range parmi les conditions de la criminalité : C. P. I., § 4, chiffre 3, §§ 102 et 103; dans les §§ 139, 154, al. 2, 210, C. P. I., ainsi que dans les §§ 239, 240 de la loi sur les faillites, il voit des « caractères symptomatiques de la définition ». BELING, *Verbrechen*, 63, 69 voit dans les §§ 102, 103 du C. P. I., des conditions de la poursuite possible, BLUME distingue entre les conditions préjudicielles dont la venue dépend de la volonté de l'auteur, et celles qui échappent à sa volonté; il nomme les premières « complément de la définition » (*Tatbestands-Komplemente*) et il les sépare des « conditions », *Bedingungen* (dans les §§ 87, 139, 154, 210, 217, I, il s'agit d'après lui de présomptions irréfutables du rapport causal). Dans le même sens,

Dans tous ces cas, il ne faut jamais oublier que ces conditions de la sanction pénale sont des circonstances extérieures, qui n'ont rien de commun avec l'action criminelle et avec les éléments constitutifs de celle-ci, et qui doivent bien plutôt être considérées séparément. De ce principe résulte une série de conséquences importantes.

1. La faute, tant intentionnelle que par imprudence, n'embrasse pas les conditions de la sanction pénale situées hors de l'acte lui-même.

2. Lorsque manque la condition posée par la loi, et aussi longtemps qu'elle manque, il n'existe pas d'action passible de peine, même à l'état de tentative. Il n'y a par suite lieu d'admettre une tentative punissable, et de punir d'après le § 44 C. P. I., que si la condition extérieure de la criminalité existe, mais que l'action elle-même ne soit pas parvenue à sa consommation ou ait été manquée (cf. plus loin, § 46, V, 1).

3. Lorsque la condition extérieure de la sanction pénale manque, et aussi longtemps qu'elle manque, le droit à l'action publique ne peut naître, car l'acte n'est pas punissable au sens de la loi.

a) Donc, avant l'intervention de la condition (par exemple avant le divorce ayant force de chose jugée dans le cas du § 172 C. P. I.), il est impossible, soit d'introduire la poursuite, soit même seulement de recevoir utilement la plainte à fins de poursuite. Bien au contraire, le délai pour porter plainte ne commence, en cas d'adultère, qu'au moment où la partie lésée a eu connaissance du plein effet juridique du jugement de divorce (4).

b) La participation à l'acte, de même que le fait

Frank VI, avant le § 51. Je n'ai pas encore pu me convaincre de l'utilité de ces distinctions.

(4) Dans le même sens l'opinion courante, malgré l'admission d'une condition d'action judiciaire ; aussi R, XXXVII, 372. Décisif pour la matière, § 69 du C. P. I. Cf. RÜDORF, *Wann beginnt die Antragsfrist beim Ehebruch?* Thèse Fribourg, 1900.

d'avoir favorisé l'action, ne sont pas punissables lorsque la condition extérieure de la criminalité ne se produit pas.

c) Il n'y a pas de dénonciation calomnieuse lorsque, d'après le contenu de la dénonciation, la condition de la criminalité exigée par la loi fait défaut.

d) Les mesures objectives, telles que la confiscation ou la destruction d'objets, ne peuvent, dans la même hypothèse, être admises, car elles supposent la constatation judiciaire d'un acte punissable.

Mais lorsque la condition intervient, l'effet est reporté au moment de la commission de l'acte ; le droit à la répression (*Anspruch*) est considéré comme ayant pris naissance dans l'instant où l'acte a été commis. Par suite, même avant l'intervention de la condition, des mesures préparatoires peuvent être prises par voie de justice ou de police.

4. Tant qu'il ne s'agit que de la commission même de l'acte, il n'y a pas lieu de prendre en considération les conditions de la criminalité.

a) La consommation est indépendante de l'intervention de la condition.

b) Le lieu et le temps de l'intervention de la condition n'ont aucun rôle dans l'appréciation du moment et du lieu de la commission.

c) La prescription de l'infraction commence son cours sans prendre égard à l'intervention de la condition (voir plus loin § 77, II).

d) Si, avant l'intervention de la condition, mais après la commission de l'acte, assistance a été prêtée à l'auteur, ce dernier a été favorisé, mais il n'y a pas eu complicité.

5. La présence de la condition nécessaire pour donner naissance au droit à la poursuite pénale est un élément qui ressortit à la question de la faute. Par suite, d'après le § 262 Proc. crim., la majorité des deux tiers est nécessaire pour la constater dans le jugement.

IV. — Tant dans leur conception que dans leur effet, il faut faire une distinction rigoureuse entre les conditions (*Bedingungen*) de la criminalité, qui appartiennent au droit de fond (matériel par opposition à formel ou procédural), en tant qu'éléments préjudiciels du droit à la poursuite (*Anspruch*), et les questions dites préjudicielles (*Prozessvoraussetzungen*), c'est-à-dire les conditions préliminaires (*Voraussetzungen*) pour réaliser le plein effet juridique des actes processuels en général, et en particulier pour faire valoir le droit à l'action publique (« questions préjudicielles à l'action » « *Klagvoraussetzungen* »). Ce concept des questions préjudicielles relève exclusivement de la procédure criminelle. Il comprend, en dehors de la question de compétence de juridiction, etc. : la décision préalable des administrations ou tribunaux pour la poursuite de fonctionnaires (Loi d'introduction à la loi sur l'organisation de la justice, § 11), les hypothèses dans lesquelles une poursuite pénale peut être intentée contre des membres d'une assemblée législative pendant la durée d'une session (Const. impériale, art. 31 ; loi d'introd. à la Proc. crim., § 6, chiffre 1, etc.). Il faut également (5) y joindre les délits dits délits poursuivis par autorisation (C. P. I. §§ 99, 101, 197). La conséquence la plus importante de cette distinction consiste en ce qu'en matière de procédure criminelle, lorsqu'une condition de la criminalité fait défaut, il doit y avoir refus du droit à la poursuite (*Anspruch*), donc acquittement avec négation du droit à la poursuite, et lorsque, par contre, une question préjudicielle n'est pas résolue, il doit se produire un rejet de l'action (*Klage*), donc suspension sans anéantissement du droit à la poursuite (*Anspruch*).

(5) L'autorisation est, comme la plainte, une question préjudicielle à l'action. Mais les prescriptions en vigueur pour la plainte ne lui sont pas applicables. A la différence de la plainte, elle ne

§ 45. — La plainte (*Antrag*) de la partie lésée.

BIBLIOGRAPHIE. — *Fuchs*, Anklage und Antragsdelikte, 1873. — *Reber*, Antragsdelikte, 1873. — *Nessel*, Antragsberechtigungen, 1873. — v. *Liszt*, GS, xxix, 187 (Aufsätze, 136) — v. *Kirchenheim*, Die rechtliche Natur der Antragsdelikte, 1877. — *Samuely*, G.S. xxxii, 1. — *Lehmann*, Zur Lehre vom Strafantrage, 1881. — *Kohter*, Die Lehre vom Strafantrag, 1899 (Belting Heft, 10). — *Gerlund*, GS, LVII, 81. — *Pollack* GS, LXII, 388. — Sur la représentation en matière de plainte pénale, *Bolze*, GS, xxxii, 433. — *Herzog*, GS, xxxiii, 389. — *Holzapsel*, G.A., xxx, 428. — *Barnau*, Thèse Tubingue, 1890. — *Cohn*, Thèse Breslau, 1893. — *Dieltz*, Thèse Erlangen, 1900. — *Herzog*, Thèse Wurzburg, 1904.

I. — Tandis que la Carolina n'excluait la poursuite d'office que dans quatre cas : l'adultère, l'enlèvement, le viol et le vol familial, et que le droit commun n'ajoutait à ces cas que l'injure et la supposition d'enfant, la législation moderne a placé, dans un nombre de cas qui s'accrut rapidement, la poursuite pénale sous la dépendance de la plainte de la victime. Le code pénal saxon de 1868 eut à ce point de vue une influence décisive sur la législation impériale. La Nouvelle du 26 février 1876 réduisit sensiblement le droit de porter plainte (voir plus haut § 11, IV) (1).

Les cas de plainte du C. P. I. sont : §§ 102, 103, 104 (actions coupables envers des États amis), 123 (violation de domicile) 170, 172, 179, 182 (manœuvres coupables en vue de mariage, adultère, manœuvres coupables en vue du concubinage, séduction d'une jeune fille), 189, 194 à 196, 232 (injures, coups et blessures) 236, 237 (enlèvement), 247, 263 (vol, détournement, escroquerie envers ses proches), 288, 289, 292, 299, 300, 301, 303 (cas d'usage « punissable de ses propres biens » (*Eigennutz*) et dommage aux choses), 370 chiffres 5 et 6 (vol d'aliments et de fourrage). En outre, il existe de nombreux cas dans les lois complémentaires. Par contre, d'après le § 51 (127) du C. P. Mil, la poursuite d'un crime ou d'un délit

peut jamais être reprise; R. xxxiii, 66. Elle ne connaît pas non plus de délai; R. xviii, 382.

(1) Contre BINDING, I, 604, qui demande la suppression complète de l'exigence de la plainte, avec raison MERKEL, 240; MEYER, ALLFELD, 246.

militaire est indépendante de la plainte de la partie lésée ou d'une autre personne autorisée à porter plainte.

II. — A la suite d'un examen plus approfondi, les cas pouvant entraîner une plainte peuvent être divisés en deux groupes très différents quant à leur contenu et quant à leur traitement (2).

1. Certaines atteintes à des biens n'apparaissent comme telles et n'intéressent l'ordre juridique que si la victime est sensible à l'attentat et si elle le déclare dans la forme prescrite (par la « plainte » à fins de poursuite). L'attouchement indécent fait à une jeune fille peut être ressenti par elle soit comme caresse, soit comme un très grand déshonneur. Le dépôt de la plainte est ici une *condition de la criminalité*; la fixation d'un délai pour la plainte est très justifiée; le retrait de la plainte devrait être permis (par exemple jusqu'au commencement des débats) et la divisibilité devrait être exclue; le défaut de plainte devrait avoir comme conséquence l'acquittement avec règlement définitif de l'affaire pénale; les droits de plusieurs victimes à porter plainte seraient indépendants les uns des autres; en cas de concours idéal avec un crime à poursuivre d'office, ce dernier pourrait être poursuivi malgré le défaut de plainte, etc.

2. Dans le second groupe, la question est tout autre. Considérons par exemple le viol, qui jusqu'à la Nouvelle de 1876 était un crime nécessitant une plainte, ou la séduction d'une mineure de seize ans et de bonne réputation (C. P. I, § 182). Ici l'intérêt de l'Etat à poursuivre a existé dès le début; mais en face de lui se dresse, en violent contraste, l'intérêt de la victime à ne pas poursuivre (car l'instruction de l'affaire et les débats publics ne seraient pour elle qu'une nouvelle atteinte, dépassant peut-être la première dans sa gravité). Et l'Etat renonce à la poursuite de son droit à la répression pénale pour complaire à la victime, tant que celle-ci ne déclare pas par le dépôt de la « plainte » que l'intérêt supposé chez elle par l'Etat n'existe pas dans son cas particulier. Ici la plainte n'est pas une condition de la criminalité de l'acte, mais une question préjudicielle à l'action publique, c'est-à-dire une question préjudicielle de procédure; son absence n'est pas un motif d'exclusion de la peine,

(2) Cf. v. Liszt, Aufsätze, I, 8, 36. Aujourd'hui opinion dominante.

mais un obstacle à la poursuite pénale dans le sens exposé plus haut (§ 44, IV), et toute la théorie de ces infractions nécessitant une plainte n'appartiendrait nullement au droit pénal, mais à la procédure criminelle. Au point de vue des conséquences exposées sous I, cette conception fondamentale, différente de la précédente, conduirait à d'autres résultats sur la plupart des points.

III. — D'après le droit en vigueur, la plainte est toujours une condition de l'exercice de l'action publique, non une condition de la criminalité; c'est, par suite une question préjudicielle de procédure, mais non une condition du droit même à la répression pénale (3). L'absence de plainte a pour conséquence la suspension de la procédure, mais non l'acquiescement de l'accusé. La théorie de la plainte appartient donc exclusivement à la procédure criminelle.

1. Ont droit à porter plainte :

a) A défaut de dispositions spéciales de la loi (4), l'individu lésé par l'infraction, c'est-à-dire le détenteur du bien immédiatement attaqué par l'action punissable, par exemple le propriétaire en cas de dommage aux choses, l'occupant du domicile violé, etc. Mais pour exercer ledit droit, la victime doit être âgée de dix-huit ans accomplis (C. P. I., § 65, al. 1).

b) Le représentant légal de la victime, aux lieu et place de celle-ci lorsqu'elle est incapable ou mineure de dix-huit ans, ou lorsqu'il s'agit d'une personne

(3) R. d'accord avec l'opinion courante. Aujourd'hui aussi MEYER-ALLFELD, 244. — Conçoivent la plainte comme une condition de la criminalité, et comme appartenant par suite au droit de fond: BIRKMEYER, 1147; KOEHLER, 13; MERKEL, 237. — Une opinion intermédiaire assez peu claire est représentée par HAELSCHNER, I, 711; KITZINGER, GS, LV, 72; LOENING, 69; OLLHAUSEN, § 61, I; v. RISCHE GS. xxxvi, 251, ainsi que par R. MILG. v, 87 (très confus).

(4) C. P. I., §§ 102, 103, 104, 170, 182, 189, 196, 288, etc., § 12 de la loi sur la concurrence de 1896 (avec une extension remarquable du droit de porter plainte).

morale (*Körperschaft*) (C. P. L., § 65, al. 2, Proc. crim. § 414) (5).

a) Conjointement à la victime, le représentant légal, lorsque la victime a plus de dix-huit ans accomplis, mais est encore mineure (C. P. L., § 65, al. 1), l'époux d'après le § 195 (232), le supérieur dans la fonction d'après le § 196 (232) (6).

Si le représentant légal est lui-même l'auteur ou le complice de l'infraction, s'il est incapable, ou si, contrairement à son devoir, il omet de déposer la plainte, un curateur est nommé dans le but de faire ce dépôt (7).

S'il y a plusieurs ayants droit, leurs droits sont indépendants les uns des autres, qu'ils appartiennent à plusieurs victimes (lorsque, par exemple, une parole a été injurieuse pour plusieurs personnes), ou à la victime et à ses ayants droit conjoints. Si donc l'un des ayants droit laisse expirer le délai de trois mois ou retire sa plainte, le droit des autres ne se trouve

(5) Cf. art. 31, III de la loi d'introduction pour le C. C. I. Le sourd-muet placé sous curatelle exerce maintenant lui-même le droit de porter plainte. — Le tuteur de l'individu d'esprit limité quant aux affaires (C. C. I., § 6, 1906), n'a pas le droit de plainte; II. xxxiv, 98.

(6) La mère seulement dans les cas des §§ 1684, 1685 C. C. I. Inexact WITTE, GA, XLVII, 195. Il y a lieu de remarquer (surtout en ce qui concerne la procédure) qu'au cas où le droit de porter plainte est plural pour une même atteinte juridique, il s'agit toujours seulement d'une seule action punissable et par suite d'un seul droit à une répression pénale, dont le détenteur est sans exception l'Etat.

(7) C. C. I. 1909. De même R. xxxv, 47. Le délai pour le dépôt de la plainte prévu au § 61 commence alors avec le jour où ce curateur a connaissance, en raison de sa fonction, de l'action et de la personne de l'auteur. Dans le même sens BINDING, I, 630. *Contra* MEYER-ALLFELD, 233; OLSHAUSEN, § 65, 20. Il en est de même lorsque celui qui a été lésé par un tiers est malade d'esprit, mais n'est pas encore placé sous tutelle. Dans le même sens R. xxvii, 366.

pas pour cela supprimé (C. P. I., § 62 ; cf. aussi Proc. crim. § 415).

Le dépôt de la plainte, c'est-à-dire la déclaration de requérir la poursuite, peut aussi être effectué, au nom de l'ayant droit, par un **représentant** mandaté à cet effet pour le cas donné. La représentation quant à la déclaration diffère de la représentation quant à la décision (*Willen*), c'est-à-dire quant à la résolution prise ou à prendre sur le dépôt de la plainte. Cette dernière représentation est également admissible lorsque la défense des intérêts lésés par les délits exigeant le dépôt d'une plainte (notamment l'administration de biens mobiliers ou immobiliers) peut être transmise à un tiers ou, le cas échéant, a déjà été transmise à ce tiers (8).

2. Le droit de déposer la plainte est **limité par un délai**. Il s'éteint (C. P. I., § 61) lorsque l'ayant droit ne dépose pas la plainte dans un laps de trois mois. Le délai court indépendamment de tout empêchement éventuel effectif de l'ayant droit à faire le dépôt de la plainte (9) ; son cours commence au jour où l'ayant droit a eu connaissance de l'action et de la personne de l'auteur, ou même seulement de la personne de l'un des agents ayant participé à l'action (10) ; si, par conséquent, l'ayant droit a eu connaissance des éléments mentionnés, le 12 février, par

(8) Dans le même sens R, en dernier lieu XXI, 231, avec l'opinion commune et aujourd'hui, FRANK, § 61, IV. *Contra*, BENNECKE-BELING, 297 ; BINDING, I, 652 ; MEYER-ALLFELD, 253, FINGER, I, 195. — La faculté de déposer la plainte est expressément accordée au représentant de l'ayant droit résidant à l'étranger par le § 12 de la loi sur les brevets de 1891 et le § 23 de la loi sur les marques commerciales de 1894.

(9) Dans le même sens l'opinion commune. *Contra* KÖHLER, 97 ; OLSHAUSEN, § 61, 50.

(10) Sénats réunis 2 janvier 1884, IX, 390 ; OLSHAUSEN, § 63, 2. *Contra* FRANK, § 61, VIII (qui prend « l'auteur » au sens technique), *contra* en outre BINDING, I, 639 ; MEYER-ALLFELD, 252 (qui compte à partir du moment où le dernier participant est connu).

exemple, le délai expire lorsque commence la journée du 12 mai. Si la criminalité de l'acte est subordonnée à une condition venant s'ajouter à cet acte, le délai pour porter plainte ne commence à courir qu'à l'apparition de cette condition (voir plus haut § 44, note 5) (11).

3. La plainte est **indivisible**. D'après le § 63, C. P. I., la poursuite a lieu contre tous ceux qui ont participé à l'acte (auteur, complices) ainsi que contre les auteurs (ayant fourni protection après l'exécution de l'infraction) (C. P. I., § 257), même si la plainte à fins de poursuite n'a été déposée que contre une de ces personnes ; le retrait de la plainte contre l'une de ces personnes entraîne la suspension générale de l'action publique (C. P. I., § 64, al. 2). Par suite, la partie lésée ne peut déclarer limiter la plainte à quelques-uns seulement des participants, et si cependant une telle déclaration de limitation se produit, la plainte doit être, suivant l'intention présumée des ayants droit, considérée ou bien comme sans effet juridique, ou bien comme dirigée contre tous les participants, c'est-à-dire même contre ceux qui ne sont pas nommés.

Il existe une exception apparente à l'indivisibilité de la plainte dans ce que l'on appelle les **délits soumis d'une manière relative (subjective) à la plainte** (*relative Antragsverghe*), délits dont la poursuite est subordonnée à la plainte dans le cas où l'auteur, au moment où se produit l'acte, se trouve dans un cer-

(11) Ce délai subit une importante modification dans le cas d'injures et de coups et blessures réciproques (C. P. I., §§ 198, 232 ; *Proc. crim.*, § 428), le défendeur étant alors obligé, sous peine de perdre son droit, de déposer sa plainte au plus tard avant la fin du réquisitoire final en première instance, mais conservant en même temps son droit si au moment indiqué le délai de trois mois est déjà expiré. Une disposition spéciale quant au délai se trouve dans le § 95 de la loi sur les gens de mer de 1902 (jusqu'au désarmement). La prescription du crime, court indépendamment et à côté du délai de plainte.

tain rapport personnel avec la victime, et seulement dans la mesure de ce rapport (12). Dans ces cas, le dépôt comme le retrait de la plainte n'ont de portée juridique qu'en ce qui concerne les participants à l'égard desquels l'acte constitue un délit comportant le dépôt d'une plainte; mais à l'égard de ces participants, la règle générale de l'indivisibilité de la plainte reprend toute sa valeur.

4. Depuis la loi du 26 février 1876, le **retrait de la plainte** n'est plus admis que dans des cas spécialement prévus par la loi, et seulement jusqu'au jugement prononçant une peine (C. P. I., § 64) (13).

5. La plainte doit exprimer formellement l'intention d'entraîner la poursuite (C. P. I., § 156). Par suite, la **plainte conditionnelle** n'est pas admise, lorsqu'il s'agit d'une pure condition, et non pas seulement d'une réserve limitative. La renonciation à la plainte n'a pas de portée juridique; la révocation du retrait de la plainte déposée est admissible.

6. Le droit de porter plainte est de nature **strictement personnelle** et ne se transmet pas au successeur juridique de la victime (14).

(12) C. P. I., §§ 247, 263, 289, 292; loi sur les dépôts de 1896, 79.

(13) Ces cas spécialement prévus sont : C. P. I., §§ 102 à 104, 194, 247, 263, 292, 370; §§ 232 et 303, en cas de commission contre un proche; loi sur la contrefaçon littéraire de 1870, § 27; lois sur les droits d'auteur des 9, 10 et 11 janvier 1876; loi sur les brevets d'invention de 1891; loi sur les modèles déposés de 1891; loi sur les marques commerciales de 1894, §§ 14, 15; loi sur la concurrence de 1896, § 22; loi sur les dépôts de 1896, § 9; loi sur le droit d'auteur de 1901, § 45; loi sur le droit d'auteur de 1907, § 41. — Le mineur peut retirer, après l'accomplissement de sa majorité, la plainte déposée par son tuteur; R xxii, 256. — D'après *Proc. crim.*, § 431, le retrait de la plainte civile de la partie (*Privatklage*) est permis jusqu'à la publication du jugement de seconde instance. Elle n'implique pas nécessairement le retrait de la plainte criminelle et par suite la poursuite d'office reste possible. Exact MEYER-ALLFELD, 237. Contre BINDING, I, 650, FINGEN, 4, 205.

(14) Lorsque l'héritier succède au bien lésé, il est lui-même lésé

7. Si le même fait contient en concurrence idéale un délit nécessitant plainte et un délit à poursuivre d'office, l'action publique peut, en raison de ce dernier, être intentée sans plainte; le retrait de la plainte déposée n'a aucun effet pour le délit poursuivi d'office (15).

et a per suite le droit de plainte. Dans le même sens FRANK, § 61, V; contra PRINGER, I, 195, MEYER-ALLEFELD, 250.

(15) De même B, xxxii, 280.

SECTION II

Les modalités de l'infraction (1).

I. — CONSOMMATION ET TENTATIVE DE L'INFRACTION

§ 46. — De la tentative en général.

BIBLIOGRAPHIE. — *Zachariä*, Die Lehre vom Versuch, 2 vol., 1836, 39. — *v. Bar*, Zur Lehre von Versuch und Teilnahme, 1859, du même Gesetz II, 187. — *L. Cohn*, Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen, I, 1880 (et *V. Liszt*, Z, I, 93). — *Cohn*, Die Grundsätze über den Thatbestand der Verbrechen und der heutige Gattungsbegriff des Versuchs, 1889. — *Baumgarten*, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1888. — *Herzog*, Rücktritt vom Versuch und thätige Reue, 1889. — *Kohter*, I, 20, III, 220. — *v. Buri*, Beiträge, 178, 187. — *James Godtschmidt*, Die Lehre vom unbeeendigten und beeendigten Versuch, 1897 (*Béling*, Heft 7). — *Schneider*, Zur Lehre vom Versuch, 1896. — *Outker*, Z, XVII, 53. — *Klee*, Wille und Erfolg in der Versuchslehre, 1898 (*Béling*, Heft 14). — Pour III : *Rosenblatt*, GA, XXXVI, 67. — *Meyer*, Der Anfang der Ausführung. Festgabe für Berner, 1892, *Seuf* GS, LXVII, 245. — *Göbel*, Unternehmen und Verleiten im deutschen Reichsstrafrecht, insbes. in der Materie des Meineids, 1891. — *Oppenheimer*, Thèse Fribourg, 1900. — *Parzkowski*, Thèse Breslau, 1901. — Sur l'histoire, cf. surtout : *Pernice*, *Laboa*, XL, 196. — *Dommsen*, 97. — *Beumer*, II, 558. — *Knapp*, 27. — *Schreier* (Bibl., § 4), 81. — *Seeger*, Versuch der Verbre-

(1) Il ne faut pas non plus perdre de vue dans cette section le principe méthodiquement établi plus haut, que les modalités extérieures de l'infraction reposent sur les modalités extérieures de l'acte réel.

chen nach römischen Recht, 1879. — *Le meme*, Ausbildung der Lehre vom Versuch in der Wissenschaft des Mittelalters, 1869. — *Hinschius*, Kirchenrecht, V, 390.

I. — Définition.

1. **L'infraction consommée est la réalisation (l'exécution achevée) de tous les éléments constitutifs de l'incrimination (a). C'est donc l'acte même contraire au droit, coupable, incriminé (tatbestandmässige).** Comme les définitions (incriminations) des différentes infractions sont toutes établies en vue de la consommation, l'infraction consommée doit concorder avec la définition (incrimination) de cette infraction. La consommation suppose donc que tous les éléments de l'incrimination particulière descriptive d'une infraction sont réunis, et qu'en particulier le résultat exigé par la loi dans la définition d'une infraction est survenu.

Le moment de la consommation ne peut en conséquence être fixé pour chaque infraction, que par référence au droit en vigueur, lequel ne considère pas toujours comme décisive la survenance du mal proprement causé par le délit (la lésion réelle ou le risque encouru par le bien attaqué), et manque souvent de clarté et de logique. Ainsi le moment de la consommation n'est pas le même dans le vol (C. P. I., § 242) que dans le détournement (C. P. I., § 246), dans la falsification de monnaie (C. P. I., § 146) que dans la falsification de documents (C. P. I., § 267).

Pour la fixation du moment de la consommation, les « conditions de la criminalité » ne sont pas prises en considération (voir plus haut, § 44, III, 4 a).

2. **L'infraction tentée est l'exécution partielle (teilweise Erfüllung) des éléments de l'incrimination (Tatbestand) par un acte volontaire tendant à l'exécution complète de ces circonstances.**

(a) L'expression d'incrimination nous paraît être celle qui exprime le moins mal le sens du terme allemand intraduisible *Tatbestände*. V. pour la justification plus haut, § 44, II (note du tr.).

a) La tentative existe d'abord lorsque l'acte volontaire tendant à la production du **résultat** (c'est-à-dire entrepris dans la pensée que le résultat se produira) est resté sans résultat. Cette règle est généralement reconnue.

b) Mais il y a également tentative lorsque l'une des **autres circonstances constitutives de l'incrimination** (donc abstraction faite du résultat), à la réalisation desquelles tendait (dans ce sens) l'acte volontaire n'existait pas ou n'est pas survenue, donc n'a pas été réalisée. Il y a tentative de vol lorsque l'auteur considérait la chose prise par lui comme appartenant à autrui; il y a tentative de faux serment si l'auteur tenait pour fausse la chose qu'il jurait. Cette règle est très contestée. Elle a comme conséquence que pour le droit pénal, le changement dans le monde extérieur (l'action naturelle) n'est pas pris en considération comme tel, mais comme élément de la définition d'une infraction (voir plus haut, § 39, III) et que, par suite, toutes les circonstances de fait caractéristiques de l'incrimination sont de même valeur (1).

D'après notre conception actuelle, l'essence de la tentative réside, dans les deux cas, dans la **tendance de l'acte volontaire**, par suite dans le rapport de ce qui est accompli avec ce qui restait à accomplir. Ce rapport doit avoir existé subjectivement dans l'intention, c'est-à-dire dans la menace voulue par l'auteur, de telle sorte que la tentative d'une infraction par

(1) Les adversaires admettent ici le délit putatif. Dans ce sens FRANK, § 43, II, surtout est très net : Dans la tentative il ne manquerait rien que le rapport causal entre l'action et l'objet.

De même, BELING, Verbrechen, 329, BINDING, I, 692, FINGER, I, 314, FRANK, § 43, I, III, KLEE, 26, KOUN (Bibl., § 47), MEYER-ALLFELD, 177, OETTER, Z, XVII, 56, WACKENFELD, 269. Dans le sens du texte, DELAQUIS, 132, FABIAN et KRIEGSMANN (Bibl., § 47) ainsi que le Tribunal d'Empire.

imprudence ne peut s'admettre (2); il doit avoir existé objectivement dans la possibilité soit de la venue du résultat, soit de la présence ou de la venue des autres circonstances du fait, c'est-à-dire dans le danger présenté par la manifestation de la volonté. Le danger est donc l'élément caractéristique de la notion de la tentative (3).

II. Histoire. — L'idée de tentative doit son origine à la doctrine italienne du Moyen Age. Comme le dit *Mommsen*, il manque au droit romain l'idée et le mot technique de tentative. Par contre, déjà dans les *Leges Corneliae*, quelques actes de tentative et de préparation d'effraction, sont sanc-

(2) Pour la tentative l'intention est suffisante, le dessein n'est pas nécessaire, malgré le texte du § 43, tant qu'il n'est pas nécessaire aussi à la consommation. R., VII, 119, manque de clarté. Mais en tout cas, ici également, l'intention incertaine (éventuelle) est suffisante; dans ce sens R., XII, 64, XIX, 90. *Contra* V. BAR, Z, XVIII, 534, douteux FRANK, § 43, I. Le plus grave des résultats représentés décide alors de l'appréciation.

(3) Dans le même sens, de même que déjà FENERBACH, BIRKMEYER, 1117, MERKEL, 132, KOHLER, I, 20 (mais il insiste sur le danger général). MEYER-ALLFELD, 166, FINGER, I, 304, E. V. LIEZT, Z, XXV, 24, WACHENFELD, 208. Est également semblable la conception de la tentative comme trouble de la paix dans les sources du Moyen Age allemand. — La conception de principe est importante pour l'appréciation de la tentative nulle. Cf. plus loin § 47. En sens différent: 1. La conception de GEYER, HAELSCHNER, et autres, d'après laquelle la tentative apparaît comme réalisation partielle du dessein criminel. Cette opinion ne peut s'adapter au délit manqué. — 2. La nouvelle conception de la tentative, récemment fondée par v. BURI et soutenue aussi par DELAQUIS (Bibl. § 47), et purement subjective, laquelle a comme base fondamentale la négation de la notion objective de délit (voir plus haut § 28, note 5). — 3. L'opinion représentée par ROSSL, LAMMASCH, HERZOG, KLEE, qui trouve le motif dans la présomption que l'auteur continuerait et consommait l'acte commencé (présomption de la force de perfection). Cette opinion fait valoir exclusivement le danger existant dans la personne de l'auteur; et elle se trouve en contradiction avec le droit en vigueur qui attache la signification décisive à l'acte, et non à l'auteur, par la punition atténuée de la tentative.

lionnés de la même peine que l'infraction accomplie. Sous l'influence des rhéteurs beaux esprits et philosophes, surtout depuis *Hadrien*, le côté subjectif de l'infraction, la *voluntas* opposée à l'*exitus*, étant de plus en plus placé au premier plan le *flagitium imperfectum* est sanctionné d'une peine atténuée (l. 1 § 2, D. 47, 11). Mais même le droit romain ultérieur n'est pas parvenu à une conception générale de la tentative. Il en fut d'ailleurs de même du Moyen Age allemand. Il est vrai que déjà les législations des peuples germaniques punissent les attentats à la personne et à la vie, même s'ils sont restés sans résultat (par exemple, saisir le couteau, barrer la route, s'élançer sur un individu, etc.), mais, ainsi que nous pouvons le reconnaître avec certitude du taux de la réparation, ces actes ne sont pas punis comme actes de tentative, mais comme crimes indépendants, c'est à-dire à peu près comme menaces pour la vie, et surtout au point de vue de la menace pour la paix. Par contre, les écrivains italiens travaillent avec zèle et succès à la généralisation de l'idée. Ils déterminent la notion de tentative, en dégageant avec exactitude le rapport de ce qui est accompli au résultat non survenu, comme un *cogitare, agere, sed non perficere* et ils demandent, conformément à la conception juridique de l'époque, et contrairement à ce qu'avaient admis les Romains, une punition atténuée de la tentative. Ils furent suivis par le *Klagspiegel* et la *Bambergensis*. La Carolina donne dans son art. 178 une définition parfaite et tout à fait générale : « Item si quelqu'un ose [entreprendre] un acte coupable par quelques œuvres apparentes qui peuvent servir à la consommation de l'acte coupable, et que cependant il ait été empêché contre sa volonté par d'autres moyens, sans que cet acte coupable s'accomplisse, cette volonté mauvaise dont sont résultées les œuvres dont il est parlé plus haut, doit être punie criminellement. Mais dans un cas plus durement que dans l'autre... » Les prescriptions de la Carolina constituent le fondement du droit commun et des codes des Etats allemands reposant sur celui-ci. On s'efforça de fixer plus exactement les cas divers à punir avec une gravité différente, et l'on distingua le plus souvent le *conatus remotus* (actes de préparation), *propinquus* (acte d'exécution) et *proximus* (la tentative achevée sous la forme d'un délit manqué). Ce dernier existe, lorsque l'auteur a fait *quantum in ipso fuit et ad*

consummandum delictum necessarium putavit (Menochius, et plus tard Carpzov et J.-S. F. Böhmer). Le châtimeut atténué de la tentative est consacré en général. L'égalité exceptionnelle de la tentative achevée avec la consommation qui avait été exigée par Böhmer, Leyser et autres pour les crimes les plus graves et qui avait été prononcée par la Bavière en 1651 et par l'Autriche en 1768, est combattue par Koch et autres, et repoussée par la Prusse en 1721. Pour les codes allemands du XIX^e siècle, les prescriptions du code pénal français, puisées elles-mêmes dans la loi du 22 prairial an IV et ramenant au code pénal de Joseph II de 1787, servirent de modèle ; la tentative est définie le plus souvent comme commencement d'exécution, l'égalité de la tentative et de la consommation (toute tentative est le crime même) est admise par la Prusse, par exemple en 1851, et par la Bavière en 1861.

III. **Préparation et tentative.** — L'essence de la tentative consiste, d'après ce qui a été dit, dans le rapport de ce qui a été accompli avec un résultat non survenu. Plus ce qui a été accompli reste éloigné de la consommation, plus la manifestation de la volonté a été interrompue dans une phase d'autant moins avancée, plus la démonstration du rapport est difficile et incertaine. De là résulte la nécessité d'opposer les actes de tentative les plus éloignés, comme actions préparatoires non punissables, aux actes de tentative les plus rapprochés, punissables, et qui sont actes de tentative au sens étroit. Le concept de l'acte d'exécution doit être pris au sens développé plus haut 31, I.

Mais la législation impériale, au lieu de laisser, à l'appréciation de la jurisprudence, ce qui aurait été le plus conforme au but poursuivi, la répartition, dans l'un ou l'autre groupe, d'une action donnée, a voulu, comme l'a fait le droit français, tracer une fois pour toutes la ligne de délimitation. D'après le C. P. I., § 43, cette ligne entre la préparation et la tentative au sens étroit (tentative punissable) est marquée, par l'**Anfang der Ausführung** le commencement d'exécution

du droit français. Seul, l'acte d'exécution est **tentative punissable**, ce qui le précède est **préparation non punissable** (4).

La législation a admis quelques exceptions à l'impunité de principe de l'action préparatoire. Il faut mentionner ici tous les cas dans lesquels un acte préparatoire fait l'objet d'une incrimination spéciale, ou bien ceux dans lesquels le fait d'entreprendre (*Unternehmen*) une action punissable est menacé de la peine de l'infraction consommée (voir plus loin, VI, 2). Car l'« entreprise » (« *Unternehmen* ») est une notion plus étendue que la « tentative » étroitement délimitée dans le § 43, C. P. I. Elle comprend même des actions qui, en tant que préparatoires, n'appartiendraient pas encore au domaine de la tentative punissable, et, en somme, si des dispositions légales spéciales n'y font pas obstacle, toutes les actions préparatoires (5).

(4) Etat des opinions : 1. Dans le même sens pour l'essentiel, l'opinion dominante et en particulier MERKEL, 128, OLSHAUSEN, 43, 14 ainsi que R. en dernier lieu xv, 56, R. M. G. x, 253. Ne différant que par la rédaction : BELING, 96, BIRKMEYER, 4015, FINGER, I, 313, FRANK, § 43, II, LÖNING (Bibl., § 43) 152 ; MEYER-ALLFELD, 173, OETKER, Z, xvii, 65. En concordance avec notre texte, le « rapport imputable » est fréquemment demandé. — 2. En sens contraire, les représentants de la théorie subjective (en particulier HÄLSCHNER, I, 330, 342) qui admettent la culpabilité dès que l'intention parvient à s'exprimer sans équivoque dans le fait. La tentative est aussi, d'après DELAQUIS (Bibl., § 47) 207, de la « volonté objectivée ».

(5) Très contesté : 1. L'opinion dominante (avec R), conçoit l'entreprise simplement comme la tentative. — 2. D'autres la considèrent comme notion plus étroite que la tentative, c'est-à-dire comme ne comprenant que les derniers actes d'exécution. Dans ce sens, en général, FRANK, § 105, I (la tentative préparée conformément à un plan et exécutée avec réflexion), ainsi que WACHENFELD, 268. — 3. J'ai motivé avec détails ma conception dans ma *Falsche Aussage*, 1877, p. 175 et sq. — Elle ne peut être combattue notamment à l'aide du § 82, C. P. I. : « Doit être considérée comme une entreprise par laquelle le crime de haute trahison est consommé, toute action par laquelle le projet devrait être mis

IV. — Nous devons distinguer dans la notion homogène de la tentative, deux **modes de tentative**.

1. Il y a **tentative inachevée** lorsque l'acte d'exécution n'est pas encore terminé.

2. Il y a **tentative achevée**, lorsque l'acte d'exécution est terminé, mais que la réalisation des circonstances caractéristiques du fait incriminé, et notamment le résultat, n'est pas survenu. Nous pouvons ici distinguer trois cas (6).

a) La venue du résultat est douteuse, mais elle est indépendante d'une nouvelle manifestation de volonté de l'auteur : la blessure met la vie en danger, mais l'issue est encore incertaine ;

b) La venue du résultat est certaine ; la blessure est absolument mortelle, mais pour le moment le blessé vit encore ;

c) La non venue du résultat est certaine : la blessure faite avec l'intention de donner la mort est légère. C'est le cas de ce que l'on nomme le délit manqué ou tentative impossible (voir plus loin, § 47) (7).

immédiatement à exécution. » En effet, d'une part, la définition donnée ici ne peut être étendue purement et simplement au delà du domaine de la haute trahison (R., III, 26) ; d'autre part, le § 82, contient dans le mot « immédiatement » une limitation juridique positive, n'appartenant à la notion de l'entreprise ni dans le langage courant ni dans le langage juridique, limitation, qui s'applique aux actes préparatoires confinant à la tentative (R. VIII, 354) ; enfin, malgré cette limitation, l'entreprise du § 82, s'étend au delà de la notion de la tentative. Cf. plus loin § 165. D'accord avec le texte, récemment MEYER-ALLFELD, 201, PACZKOWSKI, 14.

(6) Pour être bref, je ne parle dans ce qui suit que du résultat. Mais ce que je dis s'applique également aux autres caractéristiques de l'état de fait.

(7) La distinction du texte, correspondant à celle qui est faite dans les législations latines entre le délit manqué (*frustrato*) et le délit tenté (ou tentative suspendue), est importante au point de vue d'un retour en arrière de la tentative (§ 48). Elle enseigne, en outre, que la tentative proprement dite n'est pas déterminée par le commencement d'exécution, mais seulement la tentative ina-

Les deux modes de la tentative peuvent aussi s'opposer comme exécution partielle et exécution sans résultat.

V. — Cas douteux.

1. Si la criminalité de l'acte dépend d'une condition objective, la tentative est possible au cas où la condition a existé dès le début ou est survenue ultérieurement, mais où l'action est, ou bien inachevée, ou n'a pas réussi (voir plus haut, § 44, III, 2). Cette règle s'applique aux délits qualifiés par le résultat (voir plus haut, § 36, note 7). Si la tentative de viol a causé la mort de la femme par inhibition, par exemple, il y a lieu de réduire les peines du § 178 d'après les principes du § 44 (pour l'auteur comme pour les complices) (8); un désistement éventuel de tentative (voir plus loin, § 48) conserve d'ailleurs son effet.

2. Dans le délit d'omission (vrai ou apparent), le délit manqué est à la vérité possible, en général, mais non pas la tentative inachevée; car aussi longtemps qu'il est encore possible d'entreprendre l'acte commandé (manœuvre des aiguilles par l'aiguilleur), il n'existe pas d'illégalité; mais lorsque ce délai est écoulé, il y a eu incontestablement omission (9).

3. Ceci s'applique pour le même motif aux purs

chevée, et qu'il ne peut être tiré de ces mots aucune conclusion pour le délit manqué, comme cela n'arrive que trop souvent. — Pour l'acte médiate (voir plus loin § 50, note 8) c'est la manifestation de la volonté de celui qui décide, et non celle de celui qui est décidé qui est décisive. Cela est également applicable à l'analogie pour l'emploi d'un objet inanimé, mais d'action automatique (envoi d'une machine infernale, pose d'armes ou pièges automatiques).

(8) Dans le même sens, FINGER, I, 317, FRANK, 43, VI, OLSHAUSEN, 53, 5. *Contre* en particulier HAUMGARTEN, 370, 378, MEYER-ALLEELD, 170, THOMSEN a commenté la question en détail dans son ouvrage *Der Versuch der durch eine Folge qualifizierten Delikte*, 1895.

(9) Dans le même sens, FINGER, I, 316; en sens différent FRANK, 43, 6.

« délits d'activité » ou délits formels (*Tätigkeits delikten*) (contravention de police) (v. plus haut § 28, II, 1). Conduire une voiture trop vite dans les rues très fréquentées, fumer dans les endroits où il y a danger d'incendie, et autres délits semblables ne donnent pas lieu, avant leur consommation régulière, à l'admission d'une action commencée, mais non encore terminée. Un autre exemple est fourni par les actes punissables commis pour répandre des imprimés dans le public.

Toutefois dans ces cas comme dans ceux mentionnés sous 2, il faut remarquer : a) que le déploiement d'un grand appareil pour la production du résultat entraîne la possibilité d'une activité non terminée ; b) que cela s'applique également pour les cas de la non-admission erronée d'une circonstance caractéristique d'une incrimination.

4. Lorsqu'exceptionnellement la loi réprime des actes de tentative ou de préparation, notamment aussi l'« entreprise » d'une action punissable, de la même peine que la consommation, ou lorsqu'elle les punit comme infractions indépendantes d'une peine spéciale (voir plus loin VI, 2, 3), la tentative de ce fait délictueux est exclue. En effet, l'admission de cette tentative de tentative ou d'une tentative de préparation, mènerait non seulement à des difficultés logiques insolubles, mais encore elle ébranlerait doublement l'équilibre des dispositions pénales légales, déjà dérangé par ces exceptions (10). Ceci doit s'appliquer également aux actes de complicité traités comme des infractions indépendantes (voir plus loin, § 52, note 6).

(10) Dans le même sens, BAUMGARTEN, 404, FINGER, I, 315, 208, WEBER, G.S., LVIII, 50. *Contra* COHN, 383, MEYER-ALLFELD, 170 ; FRANK, § 43, V et OLSHAUSEN, § 43, 28, pour le cas où il s'agit vraiment de la constitution d'un « crime indépendant » (*delicta sui generis*) et non pas seulement de l'équivalence de la punition.

VI. Pénalité en matière de tentative.

Imitant le droit français, la législation impériale punit toujours la tentative de crime, exceptionnellement celle de délit dans des cas spécialement indiqués (11), jamais celle de contravention.

En outre, contrairement au droit français et à l'ancien droit prussien, la législation impériale est revenue à la conception du droit commun, très discutable en politique criminelle (12), d'après laquelle la tentative doit être punie plus légèrement que le crime accompli (C. P. I., § 44 ; voir plus loin, § 70, 1).

Ce principe n'est qu'exceptionnellement abandonné :

1. Le § 80 du C. P. I. punit de mort la tentative d'assassinat, de haute trahison, comme l'assassinat lui-même ; de même, le § 153 du Code industriel (Gew. O) assimile au point de vue de la peine la tentative et la consommation.

2. Dans une série de cas l'« entreprise » (voir plus haut, note 5) d'un acte coupable est traitée, quant au châtement, comme sa consommation. Cf. C. P. I., §§ 81, 82, 105, 114, 122, al. I, 159, 357 ; loi sur les explosifs de 1884, § 9, loi sur l'impôt du sel de 1867, § 11, loi douanière de 1869, §§ 134 et 135, loi sur l'im-

(11) Ce sont les §§ 107, 120, 140, 141, 148, 150, 160, 169, 240, 242, 246, 253, 263, 289, 303 à 305, 339, 350, 352 du C. P. I. ; la loi sur les denrées alimentaires de 1879, § 12 ; la loi sur la peste bovine de 1878, § 1, la loi sur les banques de 1875, § 57, al. 2, la loi sur l'espionnage de 1893, §§ 2 et 4, la loi sur les bourses de 1896, §§ 76 et 79. Dans la législation particulière des Etats, la tentative d'une contravention peut aussi être punie (cf. plus haut § 20, note 1).

(12) Contre la sanction atténuée de la tentative se sont prononcés en dehors de la plupart des étrangers de l'école moderne, SEUFFERT, *Mitteil dar. I. K. V.*, ix, 108 ainsi que l'assemblée allemande de la I. K. V., tenue à Brême en 1902. En sa faveur, KOHLER dans la préface à l'ouvrage de KLEE ainsi que ce dernier lui-même page 52 ; en outre (au point de vue de la peine protectrice), HEBERLE, Thèse 1896.

pôt du tabac de 1879, §§ 32 et 38, loi sur l'impôt de l'eau-de-vie de 1887, § 17, loi sur l'impôt des sucres de 1891, § 40; loi sur le rapt d'esclave de 1895, § 1, etc.

3. Lorsque des actions préparatoires sont punies comme infractions indépendantes, elles ne font plus l'objet de peines atténuées, mais de peines spéciales. C. P. I., §§ 83 à 86, 151, 201 et en partie 49 a.

§ 47. — La « tentative impossible ».

BIBLIOGRAPHIE. — En dehors des ouvrages mentionnés au § 46 : Hertz, Versuch mit untauglichen Mitteln, 1874. — Lammasch, Das moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffa der Verbrechensversuchs, 1879. — Cohn, GA. xxvii, 361. — Geyer, Z., I, 30. — V. Buri, Z., I, 135 (Beitrage, 187). — v. Liszt, Z., I, 93. — Büniger, Z., vi, 352. — Goldfeld, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln und au untauglichen Objekten, 1882, GA. xxxvi, 33 (Havenstein). — Zucker, GA. xxxvii, 370 et réplique de Havenstein, GA. xxxvii, 130. — Zucker, GA., xxxvii, 274. — Huther, GA. xxxvi, 433. — Kroschel, GS., xliii, 216. — Rostock, Kotler, I, 7. — Rosenberg, Z., xx, 685. — Langenbach, Thèse 1904. — Belaquis, Tentative impossible untaugliche Versuch du séminaire de Berlin, ut, 1904. — v. Liszt, Z., xxv, 24. — Kriegsmann, Délit putatif et tentative impossible (Beling, 51) 1904. — Raver, Thèse Erlanger, 1905. — Fabian, (Beling, 63) 1905. — Kohn (Beling, 53) 1904. — v. Bar, Gesetz, II, 437. — Cf. aussi les ouvrages de J. v. Kries cités § 28.

I. — **Historique.** La criminalité de la tentative impossible (*untaugliche Versuch*) semble avoir été déjà un objet de controverse chez les juristes romains, de Neratius et Pomponius jusqu'à Ulpien et Paul, bien qu'elle n'ait porté que sur quelques infractions. Les derniers d'entre eux s'efforcèrent de distinguer des cas punissables et des cas non-punissables, mais ils n'arrivèrent pas à établir un principe général (Pernice, II, 114). Le droit commun allemand et la législation construite sur lui mentionnaient la tentative impossible pour quelques crimes comme l'empoisonnement, l'avortement, etc., et la traitaient le plus souvent comme un motif d'atténuation excluant la peine ordinaire du crime consommé. Dans notre siècle Feuerbach (Manuel, 4^e éd. 1808) a établi une conception générale de la question et a par là donné une vive impulsion

à la controverse sur la pénalité du crime non réussi. Feuerbach ne veut voir punir que l'action dangereuse de tentative et il demande en conséquence que l'acte, dans sa nature extérieure, soit en rapport tout à fait réel avec le résultat projeté. Cette prétention conduisit à la distinction entre le moyen et l'objet de l'action manquée, puis à la distinction de l'impossibilité absolue et relative du moyen ou de l'objet (Jenull, 1809, Mittermaier, 1816). Malgré les objections qu'elle souleva de la part de Köslin, Hälschner, v. Schwarze, etc., cette opinion devient rapidement prépondérante et le resta jusqu'à une époque très récente. Dans cette opinion, on parlait de tentative absolument impossible, lorsque l'acte, avec les moyens employés ou étant donnés les objets attaqués ne pouvait en aucun cas conduire au but (tentative d'assassinat avec un pistolet non chargé, ou contre une personne déjà morte); de tentative relativement impossible, lorsqu'à la vérité le moyen choisi ou l'objet attaqué étaient en général propres à la réalisation du but, mais apparaissaient comme inaptes dans le cas particulier, en raison de la tournure spéciale des circonstances (tentative d'assassinat avec un pistolet qui éclate au moment de tirer; contre quelqu'un que protège un vêtement cuirassé).

Les opinions différaient beaucoup sur la conduite à suivre dans les deux cas. Les uns (la jurisprudence en Prusse, en Bavière, en Autriche et aussi dans les pays latins) punissaient la tentative relativement impossible, et laissaient, par contre, impunié la tentative absolument impossible; les autres (et avec eux les jurisprudences wurtembergeoise et saxonne) demandaient la punition non seulement de la tentative relativement impossible mais aussi celle de la tentative absolument impossible. Quelques auteurs seulement, comme v. Bär, voulaient traiter l'impossibilité du moyen autrement que celle de l'objet. Cette dernière opinion, qui s'opposait déjà en soi à la distinction de Mittermaier, commença bientôt à l'examiner critique-ment et à la combattre. A partir de 1872, v. Buri fonda dans toute une série d'études la théorie subjective, qui prit une extension rapide. Cette théorie disait à peu près : la tentative repose toujours sur la supposition (erronée) qu'une action improprie à produire le résultat représenté était propre à le produire. Mais une action déterminée projetée ne peut jamais être que propre (possible) ou improprie à produire un résultat dé-

terminé représenté, c'est-à-dire être causale ou non-causale, mais non être plus ou moins non-causale ; la distinction entre l'impossibilité (impropriété) absolue et relative du moyen (ou de l'objet) est donc une méconnaissance de l'idée de cause. L'essence de la tentative, à laquelle manque en somme le fait objectif, consiste dans la matérialisation de la volonté criminelle ; or, cette matérialisation existe aussi à un degré absolument égal dans la tentative dite impossible. Et si toute tentative consiste en une erreur sur la causalité de l'acte, cette erreur ne peut donc fournir aucun motif pour ne pas punir certains cas de tentative.

Cette opinion a été approuvée sans aucune réserve par le Tribunal d'Empire qui a adopté résolument le point de vue subjectif et qui, dans une série de décisions (avant tout dans la décision fréquemment commentée des chambres criminelles réunies du 24 mai 1880) a prononcé la criminalité de la tentative absolument impossible (1), toutefois récemment avec la restriction qu'avec l'emploi de « moyens n'existant pas dans la réalité des choses », la pénalité est exclue.

II. Le principe. — De ce qui a été dit au § 46 I, il résulte que le danger impliqué par l'acte volontaire, c'est-à-dire l'aptitude de ce dernier à amener la réalisation de toutes les circonstances constitutives de

(1) R., I, 439. En outre, R., I, 451 (tentative de meurtre sur un enfant mort-né) ; VIII, 198, ainsi que XXXIV, 219 (tentative d'avortement de la part d'une femme non enceinte) ; VIII, 351 ; XVII, 158 (moyen impropre). — Etat des opinions : 1. Dans le sens du Tribunal d'Empire : BIERLING (Bibl., § 28), III, 125, HAELSCHNER, I, 353, HERTZ, 66, DELAQUIS, FABIAN, LAMMASCH, 63 et Z, XIV, 510. — 2. L'opinion dominante tient fermement à l'impunité de la tentative absolument impossible. Dans ce sens le Tribunal supérieur de Hambourg (*Deutsche Juristenzeitung*, IV, 58) ; en outre BAUMGARTEN, *Versuch*, 358, BELING, 97, BINDING, I, 693, BIRKMEYER, 1116, BUENGER, Z, VI, 352, FINGER, I, 304, KRIEGSMANN, LÖNING, MERKEL, 130, MEYER-ALLFELD, 175, OLSHAUSEN, § 43, 19, KLEE, 32, conteste tout ce qui se rapporte à la possibilité du plan, mais pour le reste il soutient l'opinion dominante. — 3. Vont encore plus loin les auteurs qui veulent distinguer la tentative et « le défaut des circonstances de fait » et qui n'admettent que le DÉLIT PUTATIF en cas d'objet absent ou impropre ; cf. plus haut, § 46, note 1.

l'infraction particulière, spécialement l'apparition du résultat, est essentiel pour l'idée de tentative. Il en résulte que la tentative n'impliquant aucun danger (absolument impossible) n'est pas tentative, et, par suite, n'est pas punissable (2).

L'opinion contraire perd de vue que le § 43 C. P. I. n'a, comme le montre sa teneur, ni tranché la question, ni même voulu la trancher (ainsi qu'il résulte de l'exposé de motifs pour le § 43). La solution de cette ancienne et difficile controverse devait, en effet, rester bien plutôt la tâche de la doctrine et de la jurisprudence que devenir celle du législateur. Il est hors de doute que dans ces conditions la déduction du Tribunal d'Empire : — toute tentative est punissable, la tentative impossible est une tentative, donc la tentative impossible est punissable, — est inexacte. Elle est inexacte parce que le premier terme n'est ni fondé dans la loi, ni tiré logiquement de conceptions générales (3).

L'opinion dominante était donc dans la bonne voie lorsque, revenant aux mêmes conceptions générales, elle en déduisit l'impunité de la tentative « absolument impossible ». Son erreur résida et réside encore

(2) Il faut remarquer alors que la tentative non dangereuse peut apparaître non seulement comme crime manqué (voir plus haut, § 46, IV, 2 c), mais aussi comme tentative non achevée (le voleur commence à agir en employant des outils d'effraction inutilisables).

(3) Il est inexact de vouloir utiliser le § 43, C. P. I., car seule l'action préparatoire doit être séparée ici de l'acte de tentative au sens étroit. Le § 43, C. P. I., ne se rapporte nullement au contraste du crime réussi et du crime manqué. Il est donc par suite tout à fait faux de vouloir employer, dans la question de la pénalité de la tentative impossible, le commencement d'exécution et de dire à peu près : « Si l'exécution ne peut être achevée, elle ne peut non plus être commencée ». A ce sujet DELAQUIS, 69. — Ainsi tombe également la conclusion soutenue par GEYER, HAELSCHNER et autres : « La tentative est la réalisation partielle de l'attentat (voir plus haut § 46, note 3); donc la tentative impossible n'est pas tentative ».

uniquement dans une conception et une application inexactes de l'idée de danger (voir plus haut, §28, II, 3) ainsi que dans une appréciation inexacte *ex post*.

Les règles suivantes résultent immédiatement du concept exact de danger :

1. Lors de son appréciation, l'acte ne doit pas être considéré sous le point de vue d'une généralisation arbitraire, mais, au contraire, en tenant compte de toutes les circonstances spéciales qui l'accompagnent. En d'autres termes, un **danger concret** est nécessaire.

2. L'appréciation doit prendre en considération, comme **pronostic (Prognose) supplémentaire**, les circonstances qui, au moment de l'acte, pouvaient être généralement connaissables ou aussi celles qui n'étaient connues que de l'auteur, toutes circonstances au milieu desquelles celui qui apprécie doit se reporter (appréciation *ex ante*) ; l'appréciation ne doit pas prendre en considération les circonstances découvertes par le cours ultérieur des choses (appréciation *ex post*).

3. Ce n'est que si, en prenant en considération les circonstances généralement connaissables ou connues seulement de l'auteur au moment de l'action, la réalisation des circonstances constitutives de l'infraction particulière, et spécialement la venue du résultat, apparaît comme **exclue**, que la tentative échappe à la peine comme n'impliquant pas de danger.

Par suite, la tentative d'avortement de la part d'une femme non enceinte peut, par exemple, être vraiment punissable, si l'existence d'une grossesse ne paraît pas complètement exclue ; la tentative de meurtre sur un enfant mort-né est très possible si la mort n'est pas indubitable. Il en est tout autrement pour les exemples scolastiques dont on a tant abusé ; par exemple, pour les prières devant amener la mort d'une personne (exemple employé d'abord

par Feuerbach en 1808), pour la pratique de nouer l'aiguillette, pour l'ensorcellement; pour la tentative de tuer d'un coup de pistolet B qui se trouve dans un canot placé à portée de canon, etc. (4).

§ 48. — Le désistement dans la tentative
(Rücktritt vom Versuch).

BIBLIOGRAPHIE. — Herzog, Rücktritt vom Versuch und thätige Reue, 1889. — Hains, Thèse Göttingen, 1890. — Hatzig, Thèse Berlin, 1897. — Schlecht, Thèse Erlangen, 1899. — Le même, Z, XIX, 829. — Fuhrmann, Thèse Leipzig, 1903. — Prosch, Thèse Tübingen, 1904. — Schwal, Thèse Erlangen, 1904.

I. — Au moment où la limite entre les actes préparatoires non punissables et l'exécution punissable est franchie, la peine fixée pour la tentative est encourue. Ce fait ne peut plus être changé, ne peut plus être annulé par un recul, en un mot il ne peut disparaître du monde. Cependant, pour des motifs de politique criminelle, la législation peut édifier un pont doré permettant la retraite à l'auteur déjà sous le coup de la peine. C'est ce qu'elle a opéré, en faisant du désistement volontaire ou spontané (*freiwillig*) un motif de suppression de la peine (C. P. L., § 46) (1).

(4) Dans le même sens KLEE, 15, V. LILIENTHAL, 43, FINGER, I, 302, THON (Bibl., § 29), ZUCKER, G.A., xxxvi, 375, xxxvii, 274. Actuellement aussi R., xxxiii, 221 (voir plus haut note 2). L'expression « causalité potentielle » est trompeuse. Un règlement législatif de la question serait désirable en raison de la divergence des opinions et surtout de l'opposition que rencontre le point de vue du Tribunal d'Empire.

(1) Dans le même sens R., xvii, 244. — On a précédemment souvent essayé de ramener l'action exclusive du désistement à des motifs juridiques en prétendant que la volonté criminelle était anéantie par le désistement ou qu'en cas de désistement la volonté n'avait pas existé ou n'avait pas existé avec la fermeté nécessaire. Dans ce sens OETKER, Z, xvii, 68, *Contra* HERZOG.

Le droit romain avait expressément reconnu dans quelques passages de ses sources, l'importance du désistement spontané. Cf. notamment l. 19 *præm.* D 48, 10 : *qui falsam monetam percusserint, si id totum formare noluerunt, suffragio justæ pœnitentiæ absolventur*. L'article 178 de la Carolina demandait pour la criminalité de la tentative, que l'auteur ait été empêché « par d'autres moyens contre sa volonté » de consommer l'acte criminel. Le droit commun accordait tantôt l'impunité et tantôt une atténuation de peines. La première conception devient prépondérante dans les codes allemands. Toutefois ceux-ci firent en partie (mais non pas la Prusse en 1851, ni la Bavière en 1861, l'une et l'autre se rattachant au droit français) du désistement spontané un motif d'abolition de la peine, au lieu de présenter le manque de spontanéité comme une caractéristique de la tentative. Le § 46 du C. P. I. suivit également cet exemple.

II. — Le désistement volontaire (*Freiwilliger Rücktritt*) de l'auteur supprime la criminalité de l'acte de tentative. Mais le désistement spontané est impossible lorsque l'auteur n'a plus d'action sur l'acte de volonté accompli et sur ses suites (peu importe que la venue ou la non-venue du résultat soit certaine), donc en particulier en cas de crime manqué. Le désistement spontané peut avoir lieu (2) :

1. En cas de tentative non achevée par non accomplissement de la manifestation de la volonté : « si l'auteur a abandonné l'exécution de l'action projetée » (C. P. I., § 96, numéro 1). L'auteur laisse tomber le bras prêt à frapper ; il ne jette pas dans la boîte aux lettres de la poste la lettre injurieuse qu'il a écrite. Avec l'achèvement de la manifestation de la volonté tendant au résultat cesse par suite au contraire la possibilité d'appliquer le numéro 1 du § 46. Si, d'après l'intention de l'auteur, l'action devait consister en plusieurs actes partiels (administration continue de petites doses de poison) qui ne devraient produire le

(2) Sur le désistement dans l'action principale médiate, cf. plus bas § 50, note 8 ; sur l'influence d'une condition sur la sanction pénale, cf. plus haut § 46, V, 1.

résultat que par leur influence commune, le désistement est possible jusqu'au dernier acte partiel.

2. En cas de tentative achevée, et tant que la venue du résultat est encore douteuse **en détournant le résultat** (C. P. I., § 46, numéro 2), c'est-à-dire par intervention immédiate dans le cours déjà en marche du rapport causal : la lettre expédiée est redemandée à la poste, l'action du poison est supprimée par un contre-poison.

III. — Dans les deux cas, la loi demande la **spontanéité du désistement**, le § 46, n° 1, n'accordant l'impunité que si l'auteur n'a pas été arrêté dans l'exécution par « des circonstances qui étaient indépendantes de sa volonté », tandis que le n° 2 du même § demande que le résultat soit détourné « par l'activité propre de l'auteur.

La spontanéité se définit au mieux par son contraire : l'obstacle effectif à la consommation du crime. Le désistement ne doit pas être motivé par les circonstances extérieures, il faut qu'il ait son fondement dans une résolution prise librement par l'auteur et qui peut avoir son origine soit dans la crainte (3) ou le remords, soit dans la répugnance morale ou physique, soit peut-être même dans les mobiles les plus bas comme, par exemple, la déception sur la valeur minime des objets à voler. L'obstacle effectif est équivalent à l'admission de l'obstacle. Un abandon définitif de la résolution criminelle n'est pas nécessaire. « L'activité propre » de l'auteur peut aussi être admise en cas de concours décisif de tiers, lorsque ce concours a été provoqué par les efforts de l'auteur ; par exemple, l'auteur est allé chercher le médecin pour qu'il donne du contre-poison à la personne empoisonnée par lui-même.

Dans le second cas l'effet abolitif de peine du désis-

(3) Même sens, FRANK, § 46, II ; *contra*, R, xxxvii, 402 (à ce sujet ALSBERG, GS, LXVII, 375), xxxviii, 402.

lement est lié à la condition que l'acte n'est pas encore découvert, c'est-à-dire qu'il n'était encore connu d'aucune personne autre que celles qui ont participé à l'acte. N'exclut pas l'application du § 46, n° 2 la connaissance de la part de celui qui est attaqué, dans la mesure où cette connaissance appartient (4) aux éléments caractéristiques de l'infraction particulière (comme dans le chantage), ou lorsque l'auteur, pour détourner le résultat, a donné connaissance de son acte à celui qui est attaqué.

IV. — Il résulte de la notion essentielle du désistement spontané considéré comme motif de suppression de peine, qui, à la vérité, libère de la peine déjà méritée, mais ne change rien au caractère délictueux de l'acte de tentative :

1. Le désistement de l'auteur ne libère de la peine ni le co-auteur, ni l'instigateur ni l'auxiliaire, car le fait qu'ils ont participé à une action coupable persiste. Mais le co-auteur et les complices peuvent eux-mêmes profiter du bienfait de la loi (plus loin § 52, III 3) : toutefois, l'instigateur et le complice non point par le non-achèvement de l'action d'après le § 46, n° 1, car si leur action n'est pas encore achevée, ils ne sont pas encore punissables ; mais bien en détournant eux-mêmes le résultat d'après le § 46, n° 2 (5).

(4) *Contrà* R., I, 307, qui est d'avis que dans ces cas le § 46, n° 2, ne serait, en somme, pas applicable. Dans le même sens, BAUMGARTEN, 464, OLSHAUSEN, § 46, 20. Mais en sens exact, FRANK, § 46, III, MEYER-ALLFELD, 215, THOMSEN (plus haut § 46, note 8), 75.

(5) Dans le même sens, BIRKMEYER, 1117, 156, (Teilnahme) FRANK, § 46, V, HAELSCHNER, I, 302, FINGER, I, 320, KLEE (Bibl., § 46), 45, KATZENSTEIN, Z, XXI, 408, MERKEL, 135, MEYER-ALLFELD, 189, mais surtout R., XIV, 19, XVI, 347. *Contrà*, BAUMGARTEN, 457, BERNER, 405, HERZOG, 260 (très logique à son point de vue), HEILBORN (Bibl., § 49), 113, KOHLER, I, 143, MEYER, 227, OLSHAUSEN, § 46, 7, THOMSEN (plus haut § 46, note 8), 47 ; d'après eux, serait seul décisif le désistement de l'auteur, mais il le serait

2. Seule la peine de l'infraction tentée est supprimée (§ 46 : « La tentative n'est pas punissable comme telle »), mais non la pénalité de l'infraction accomplie en même temps d'autre part et se plaçant approximativement dans l'acte de tentative (6). Depuis Feuerbach, on parle en ce cas, avec peu de bonheur de tentative « qualifiée ».

3. Si les actes de préparation ou de tentative sont menacés d'une peine spéciale ou si le crime entrepris ou tenté est considéré, quant à la peine, comme égal au crime consommé, l'effet suppressif de peine du désistement disparaît en l'absence d'une disposition spéciale de droit positif (7).

alors pour tous les participants. Le plus souvent on perd de vue que les motifs de suppression de la peine ne se manifestent jamais qu'en faveur de ceux dans la personne de qui ils se sont produits (plus loin § 74, 1).

(6) Mais ceci ne s'applique que pour le concours idéal, et non pour le concours légal (plus loin § 56).

(7) Dans le sens de l'opinion du texte, très nettement R., x, 324 ; BAUMGARTEN, 470, KÖBLER, GS, LI, 135, v. LILIENTHAL, 44, MERKEL, 376. D'après FRANK, § 46, VI, MEYER-ALLFELD, 183, *Grundriss*, I, 116 et OLSHAUSEN, § 46, 5, le désistement ne s'exclut que s'il ne s'agit pas d'assimilation dans la punition, mais seulement de l'érection d'une infraction indépendante.