

La volonté con-  
traire à la loi.

La notion de délit exige chez la personne capable d'agir une volonté contraire à la loi. Cette règle fondamentale du droit pénal développé est étrangère aux débuts de ce droit ; primitivement, on ne s'occupe que du fait et non pas de l'état d'âme qu'il suppose. L'homme est immolé, qu'il soit un délinquant ou un nouveau né difforme (1) ; quiconque a regardé une vestale nue doit mourir (2) ; le meurtre de l'homme est une faute et réclame une expiation, qu'il ait eu lieu intentionnellement ou non (p. 99, n. 1). Cette ancienne conception n'est pas tout à fait disparue à l'époque où commence notre documentation, c'est-à-dire au temps de la loi des XII Tables ; elle est cependant alors en voie de disparaître. Les amendes infligées à la partie qui succombe dans un procès, à savoir celles du *sacramentum* et des *vindiciae falsae*, sont considérées comme des peines ; mais on ne recherche pas ici s'il y a eu faute, on ne s'inquiète que du fait de la perte du procès. Cependant il semble que la responsabilité soit déjà exclue en cas de dommage causé au corps ou à la chose d'autrui, lorsque toute faute fait défaut ; la même règle s'applique sans doute à l'homicide. Le code des XII Tables décide, certainement par opposition aux règles anciennes, que là où il n'y a pas d'intention

(1) Sur ce point, cpr. Sect. I du Liv. V.

(2) Plutarque, *Num.*, 10 : ὁ ὕπερθεν κομιζομένων ὑπὸ τὸ φορεῖον ἀποθνήσκει.

mauvaise il doit y avoir une expiation religieuse, mais non une punition (1). Le droit pénal postérieur repose d'une manière absolue sur l'idée qu'il faut pour tout délit une volonté de l'auteur contraire à la loi.

L'illégalité de la volonté a pour condition nécessaire la connaissance du fait d'où résulte l'infraction à la loi; une erreur de fait à cet égard exclut la répression. Celui qui offense le magistrat sans connaître sa qualité ne commet pas un crime de lèse-majesté; une relation sexuelle avec une personne qu'on ignore être sa parente n'est pas un inceste; la correction d'un homme libre tenu pour esclave n'est pas une injure (2).

(86)

Connaissance  
des faits.

Le fondement moral, sur lequel repose l'illégalité de la volonté et sans lequel il n'y a ni délit ni peine, peut se présenter ou comme une violation intentionnelle de la loi morale et de la loi d'État (*dolus*) ou comme une négligence coupable (*culpa*) dans l'observation de ces lois.

1. La violation intentionnelle de la loi morale et de la loi pénale se spécialise dans des notions particulières comme volonté de tuer, de voler ou de faire tout autre acte, suivant la formule usitée pour désigner chaque catégorie de délit (3). Considérée pour l'ensemble du domaine juridique, cette vo-

Violation  
intentionnelle  
de la loi.

(1) Telle est la pensée qui explique la règle posée pour le cas où l'auteur du tort a simplement laissé échapper le javelot de sa main, mais ne l'a pas lancé (XII Tables, 8, 21, Schöll [id. Girard]). L'offrande du bélier aux agnats de la personne tuée est un *piaculum* et n'appartient pas au droit pénal, qui dans ses amendes de bétail ne connaît pas cette désignation de sexe constants en droit religieux (*unus ovis* p. 56, n. 2 embrasse bœufs et brebis). Cette opposition entre le *piaculum* et la peine au point de vue de l'acte de volonté est relevée avec une grande netteté par un des plus anciens documents qui nous soient parvenus, par la loi sur le bois sacré de Spolète (Bruns, *Fontes*, p. 260) : *sei quis violasit, Jovei bovid piaculum datur, sei quis sciens violasit dolo malo, Jovei bovid piaculum dator, et a (ses) CCC.*

(2) *Ignorantia excusatur facti* : *Dig.*, 3, 2, 41, 4. *Coll.*, 1, 12, 1. Celui qui considère par erreur un objet comme lui appartenant ne commet pas de rapt, s'il s'en empare par violence (*Inst.*, 4, 2, 1), ni de vol, s'il s'en empare sans violence (*Dig.*, 41, 3, 36, 1. l. 37). Autres preuves dans l'exposé des différents délits.

(3) *Animus occidendi* : *Dig.*, 48, 8, 1, 3. *Cod.*, 9, 16, 1, *pr.* — *Animus furandi* : *Dig.*, 47, 2, 52, 20. — *Animus violandi (sepulchri)* : *Dig.*, 47, 12, 3, 1. — *Animus injuriae faciendae* : *Dig.*, 25, 4, 1, 8. Ces preuves suffisent.

(87) lonté délictuelle est appelée dans le langage technique *dol* (*dolus*), et même ordinairement, avec plus d'énergie, mauvais *dol* « *dolus malus* », c'est-à-dire *dol* commis avec conscience de l'injustice par le *sciens* (1). Ce mot, qui contient toujours une idée de blâme (2), embrasse dans un sens restreint, où il s'oppose à la violence (*vis*), les illégalités conscientes mais non violentes (3), et dans un sens large, où les actes de violence sont inclus, toutes les illégalités conscientes (4). Il comprend aussi

(1) On trouve *sciens dolo* dans la loi sur le meurtre attribuée à Numa (Festus, *Ep.*, p. 221); *sciens... dolo malo* déjà dans la très vieille loi sur le bois sacré de Spolète (p. 99, n. 1); sous la forme invariable *sciens dolo malo* constamment dans les lois de la République, dans la loi de Bantia et dans la loi sur les *repetundae* où les deux derniers mots ne sont le plus souvent mentionnés que par leur première lettre (*dolo malo* est complètement écrit dans la loi sur les *repetundae*, l. 61); sous la forme abrégée *sc. d. m.* dans celles des Césars, dans la *lex Julia municipalis* et dans la *Lex coloniae Genetivae*, dans les relations plus ou moins textuelles des lois de Sylla (Paul, 5, 25, 1; *Dig.*, 48, 10, 9, 3), dans la loi Fabia (*Dig.*, 48, 15, 3, *pr.* l. 6, 2), dans la loi agraire de César et dans les autres lois *Juliae* (*Dig.*, 23, 2, 44, *pr.* 48, 4, 3. tit. 5, 13. tit. 13, 1). Les mots *dolo malo* sont moins fréquemment employés seuls dans les lois pour exprimer cette idée (*Lex municipii Tarentini*, l. 4; loi du village de Furfo, Bruns, p. 261; la loi Quinctia sur les aqueducs). *Sciens* ne se trouve pas seul dans les titres, mais fréquemment chez les auteurs (*Dig.*, 47, 2, 53, 4. 48, 4, 2. tit. 15, 1 et ailleurs; *sciens prudensque*: Paul, 1, 5, 1. *Dig.*, 22, 6, 2, 5. 47, 9, 9). On rencontre souvent des circonlocutions synonymes, par exemple, *consulto* (*Rhet. ad Her.*, 2, 12, 26, *cpr.* 3, 4, 8), *consilio* (Cicéron, *Top.*, 17, 64), *voluntate* (*Rhet. ad Her.*, 2, 16, 24), *adfectu* (Gaius, 4, 178).

(2) En latin comme en grec, *dolus*, δόλος est pris dans un mauvais sens, que l'addition *malus* ne fait que fortifier. Celle-ci n'a pas d'autre valeur que *mala* dans *mala fraus* et *bona* dans *bona fides*. Le *dolus bonus* (*Dig.*, 4, 3, 1, 3; Festus, *Ep.*, p. 69), la duperie permise est un oxymoron.

(3) *Vis* et *Dolus* apparaissent en opposition dans la *Rhet. ad Her.*, 3, 2, 2. 3 et surtout dans la distinction que le droit privé fait entre les moyens de procédure extraordinaires donnés à raison de la *metus*, c'est-à-dire de la *vis*, et ceux qui sont donnés à raison du *dolus* (par exemple, Paul 1, 8, 2). Nous reviendrons sur ce *dolus* dans le Livre IV à propos du faux et nous y mentionnerons la définition du *dol* formulée par les jurisconsultes romains, qui n'est tout au plus acceptable qu'à titre d'explication du mot. Le mot *dolus* ne désigne pas non plus dans l'action à laquelle il donne son nom une notion positive de délit, mais il sert là à caractériser un moyen de procédure attribué à titre exceptionnel et subsidiaire à raison d'un tort délictuel commis sans violence.

(4) Dans le langage juridique, par exemple, dans la définition du meurtre, le *dolus* comprend régulièrement la *vis* (*in vi dolus malus inest*: Cicéron, *Pro Tullio*, 29-34). C'est une abstraction à peu près comme notre mot

dans ce dernier sens la fraude consciente à la loi (*fraus*) (1). En outre, la bonne intention, par exemple l'amour de la patrie ou la compassion, ne fait nullement disparaître l'illégalité.

Dans cette notion du dol, qui remonte sans doute à la science du droit du début de la République, se révèle pour la première fois avec une précision technique le fondement moral tant du droit en général que du droit pénal en particulier. En effet, (88)

« tort » [*Unrecht*]; la notion n'est pratiquement utilisable qu'au regard des actions particulières. Le *dolus malus* du meurtrier est l'*animus occidendi*, le *dolus malus* du vendeur malhonnête, la violation consciente des règles en vigueur pour la vente.

(1) Tandis que *dolus* est simplement le tort causé consciemment à l'encontre de la loi, la *fraus* consiste à tourner consciemment une loi déterminée, elle est la violation non du texte de loi, mais de sa pensée. La formule, qu'on rencontre fréquemment dans les anciennes lois : *sine* (plus anciennement *sed*) *fraude sua* (*lex repetundarum*, l. 64. 69 ; loi Agraire, l. 20. 42 ; *lex Cornelia de XX quaestoribus* 1, 4 ; *lex Rubria*, 2, 48 ; *lex coloniae Genetivae* à de nombreux endroits) ne diffère pas, quant à l'emploi et quant à la valeur, de *sine dolo molo* ; dans Cicéron, *de off.*, 1, 13, 41, *vis* et *fraus* se font opposition comme ailleurs *vis* et *dolus*. Mais le mot *fraus* (qui est bien parent avec *frustrari*) accentue, ce que *dolus* ne fait pas, l'idée de fraude à la loi (*Dig.*, 1, 3, 29 : *contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit*, cpr. l. 30) et c'est pour cela que le mot peut être rattaché à une loi déterminée (par exemple, dans la *lex municipii Tarentini*, l. 30 : *qui huic legi fraudem fecerit*), parfois aussi à un délit déterminé (Cicéron, *Phil.*, 12, 5, 12 : *fraus peculatus*) et s'adjoint constamment le possessif (formule chez Tite-Live, 1, 24, 5 : *sine fraude mea populique Romani*), ce qui n'est pas admissible pour le *dolus*. *Fraudi* est cet acte qui, sans violer directement une loi pénale, peut cependant être réprimé en vertu de cette loi. Par conséquent la formule *ne quid ei fraudi esto* (*lex repetundarum*, l. 28 et ailleurs) est l'assurance formelle qu'il n'y a pas de peine. Les mots *d(olo) m(alo) fr(aus)is)ve c(ausa)* que les notes de Probus sur les édits (*Gramm. Latini* 4, p. 274 [Girard, Textes<sup>3</sup>, p. 198] rapportent au regard de l'édit spécial contenu au *Dig.*, 2, 14, 7, 9, 10, ne sont pas une tautologie, mais signifient « en violation et en fraude de la loi ». *Fraus* et *poena* sont l'une par rapport à l'autre comme la cause et l'effet (*Dig.*, 50, 16, 131 : *aliud fraus est, aliud poena... poena est noxae vindicta, fraus et ipsa noxa dicitur et quasi poenae quaedam praeparatio*), mais sont précisément à cause de cela fréquemment synonymes (loi *Rubria*, 2, 20 : *id ei fraudi poenae ne esto* ; fragment de Tuder, dans Bruns, *Fontes*, p. 158 : *id ei fraudi multae poenae ne esto* ; inexact, *Dig.*, 21, 1, 23, 2 : *veteres fraudem pro poena ponere solebant*). La notion a un intérêt plus philologique que juridique ; la *fraus* n'est pas un élément constitutif de cette notion abstraite très large que désigne le mot *dolus*, et comme toute fraude à la loi est aussi une illégalité, elle n'acquiert pas dans le domaine du dol la valeur d'une catégorie indépendante à laquelle se rattachent des conséquences juridiques particulières.

sous ce terme on embrasse en droit civil comme en droit privé la violation de la loi morale; mais cette dernière n'apparaît comme fondement d'action qu'en droit pénal (1).

Violation de  
la loi par négligence.

(89) 2. La loi morale peut aussi être violée sans une volonté tendant précisément à cette violation (2). Tout groupement d'êtres humains, et par conséquent toute organisation d'État, exige que ceux qui vivent ensemble non seulement n'exercent pas de violences les uns à l'égard des autres et ne se trompent pas, mais encore qu'ils s'abstiennent de la *culpa* (3), c'est-à-dire d'actes tels que d'après des prévisions raisonnables ils doivent ou peuvent causer un dommage à un tiers (4). Un

(1) Le *dolus* de nos sources juridiques embrasse (si nous faisons abstraction de la *culpa*) tout tort moral qui réclame une punition, soit dans la forme de la procédure civile, soit dans celle de la procédure criminelle, et il est dans le domaine des délits le fondement général et spécial des actions; tandis que dans le domaine non délictuel, où l'action repose sur une base différente, il est le tort moral qui ne parvient à faire l'objet du débat judiciaire, à côté du fondement de l'action, qu'à titre exceptionnel, soit à raison de la formule même de l'action (*ex fide bona*), soit à raison d'une clause spéciale (*exceptio doli*). C'est précisément pour cela qu'il n'y a pas lieu de faire en droit pénal un exposé plus complet de la théorie du dol.

(2) Néanmoins, nous avons conservé pour embrasser le *dolus* et la *culpa* le terme courant de volonté. L'idée fondamentale serait à vrai dire exprimée d'une manière plus exacte si l'on parlait ici de responsabilité juridique.

(3) Le mot *culpa*, sans doute parent d'*incolumis* au point de vue philologique (Corssen, *Aussprache*, 2, 134), c'est-à-dire le mot faute, est employé dans le même sens en droit pénal et dans le droit des contrats; mais il a dans ce dernier domaine une portée plus grande, car le droit pénal ne comprend sous ce nom que la non omission d'actes dommageables, tandis que le droit des contrats embrasse aussi sous cette expression le non accomplissement des devoirs positifs contenus dans le rapport juridique d'obligation. La *culpa* apparaît dans le droit pénal à titre principal comme fondement de l'action et dans le droit des contrats à titre accessoire seulement à côté du contrat. La *culpa* criminelle n'admet donc pas de gradation, car le devoir de l'homme vis-à-vis de son semblable est partout le même, tandis que la faute contractuelle prend des aspects différents suivant les particularités du lien d'obligation. — Nous donnerons l'exposé détaillé de ces règles au Livre IV à propos des différents délits; ici nous n'avons qu'à établir les notions fondamentales du droit pénal et sa terminologie.

(4) Telle est la définition que l'on donne déjà de la *culpa* criminelle à l'époque républicaine: *culpam esse, quod cum a diligenti provideri potuerit non esset provisum* (Dig., 9, 2, 31). L'expression *imprudentia*, fondée

préjudice de ce genre, causé par manque de réflexion ou d'égards, est bien un manquement moindre, mais est en tout cas un manquement à la loi morale (1) et rend possible une répression délictuelle; tandis que l'omission d'actes utiles à un tiers peut aussi être contraire à la loi morale, mais n'est jamais traitée par la loi comme délit (2). Cependant cette faute moindre ne suffit pas pour la répression publique (3); elle n'est prise en considération que dans l'action pénale privée. Elle s'y présente dans le très ancien droit sous la forme d'atteinte au corps d'un homme libre et de dommage causé au patrimoine d'autrui; elle y est désignée d'après la terminologie originaire comme *injuria*, sans qu'on distingue au début entre le dommage intentionnel et le dommage non intentionnel mais évitable (4). Cet état de choses s'est maintenu en subs-

---

sur cette définition et souvent employée, est plus claire et expose à moins de malentendus que le terme traditionnel *culpa*.

(1) Le fondement moral de la *culpa* n'est pas moins essentiel pour la notion du droit pénal que celui du *dolus*. Les Romains ont d'ailleurs reconnu qu'au point de vue psychologique les deux notions se pénètrent l'une l'autre : *culpa dolo proxima dolum repræsentat* (Dig., 47, 4, 1, 2); *magna culpa dolus est* (Dig., 50, 16, 226); *tam lata culpa fuit, ut luxuria* (= extravagance) *aut dolo sit proxima* (Dig., 47, 9, 11).

(2) La preuve que la loi pénale ne permet à aucune personne de nuire à autrui quand elle peut l'éviter, mais qu'elle ne prescrit à personne de rendre service à autrui, est une belle preuve de la pénétration d'esprit qui a présidé à l'élaboration du droit romain. Les devoirs de charité sont aussi des devoirs, mais ils sont illimités et leur accomplissement ne peut être obtenu par la force. On sait dans quelle mesure et avec quelle rigueur le droit romain a appliqué ce principe au début; c'est ainsi qu'il ne connaît pas le devoir pour le père d'élever son enfant, ni le devoir pour l'enfant de fournir des aliments à ses parents.

(3) C'est pour cela que le droit pénal ne réprime pas à l'origine l'homicide par imprudence d'un homme libre; cet acte ne peut pas conduire au *supplicium* et la perte de la vie ne peut pas donner lieu à des dommages et intérêts.

(4) Cette notion n'est pas étrangère à la loi des XII Tables, mais celle-ci n'a pas de terme technique pour la désigner, ou plutôt, elle se sert pour cela du terme *casus* ou du mot équivalent qui a pu être employé dans la loi sur l'incendie (8, 9, Schöll [8, 10, Girard]). On distingue ici l'incendiaire *sciens prudensque* et l'incendiaire *casu, id est*, ajoute Gaius, *neglegentia*; sont donc exclus dans cette dernière notion l'intention et le cas fortuit qui ne pouvait être prévu. Même plus tard, *casus* est opposé assez fréquemment au dommage intentionnel (*Coll.*, 1, 9, 1 : *casu potius quam*

(90) tance même dans le développement postérieur de ce délit. Seulement le délit d'atteinte au corps d'un homme libre s'est d'une part transformé en un délit plus large : celui d'atteinte à la personne ; il s'est restreint d'autre part à l'atteinte intentionnelle et s'est élevé au rang de délit indépendant sous le nom d'*injuria*. Pendant ce temps, l'atteinte corporelle non intentionnelle et le dommage causé intentionnellement ou non à la chose d'autrui ont été embrassés dans une seconde catégorie de délit sous le nom de *damnum injuria*. Le fondement moral suffisant pour l'existence du délit, c'est-à-dire la *culpa* criminelle consistant dans un manque de prévoyance, a coutume d'être distinguée sous le nom de faute aquilienne de la responsabilité contractuelle qui a sa source dans le rapport juridique d'obligation.

De même que la notion de *dolus*, celle de *culpa* n'appartient pas à la législation, mais à l'interprétation scientifique des lois. La loi des XII Tables n'est vraisemblablement pas allée en droit privé au delà de l'établissement de la responsabilité générale de la personne par opposition à l'événement qui ne dépend aucunement d'un acte ou d'une abstention de l'homme ; donc, pour se servir de la terminologie actuelle, elle n'est pas allée au delà de l'opposition du *dolus* et de la *culpa*, d'une part, et du *casus*, d'autre part. Le développement de la responsabilité générale, par opposition au dommage intentionnel et à celui qui est causé par un manque d'égards, appartient incontestablement à la science du droit de l'époque républicaine, comme aussi la distinction des égards dus par l'homme à son semblable et de ceux que se doivent entre eux les personnes liées par un rapport d'obligation, distinction sur laquelle repose l'opposition de la faute aquilienne et de la faute contractuelle.

Rapports entre  
la loi pénale et  
la loi morale.

La loi morale est bien le fondement de la loi pénale, mais

---

*fraude*; *Coll.*, 1, 11, 3 = *Dig.*, 48, 19, 5, 2; *Dig.*, 48, 8, 1, 3; *Inst.*, 4, 3, 3) et n'exclut pas absolument la responsabilité.

ces deux lois ne se confondent pas. Abstraction faite de ce que le droit pénal ne peut et ne veut aucunement absorber complètement en lui la loi morale et de ce qu'il se forme différemment suivant les temps et les lieux, ce même droit s'éloigne encore de la loi morale par sa fixité même et par les extensions (91) qu'il reçoit pour des considérations d'utilité pratique. La conscience humaine, si l'on ne tient pas compte d'anomalies particulières, donne suivant les individus des limites variables à l'injustice; l'homicide de celui qui consent à se faire tuer, la rétention de la chose trouvée apparaissent à l'un comme des actes permis, à l'autre comme un meurtre ou un vol. La transformation de la loi morale en loi pénale exige la fixation positive des éléments du délit et cette opération contient nécessairement une part d'arbitraire. Plus les rapports sociaux se compliquent et plus la loi pénale s'efforce de se rattacher étroitement à la loi morale, plus cet arbitraire se fait sentir. La défense de l'usure repose sur la loi morale, comme celle du vol, mais la limite de cette prohibition y est déterminée par des considérations d'utilité et finalement par le hasard. L'acceptation de libéralités et la brigue des magistratures sont des actes permis; à quelles conditions deviennent-elles les délits de *repetundae* et d'*ambitus*, il n'y a que le droit pénal positif qui puisse le décider. — Cette construction positive, que la loi de l'État donne à la loi morale, dépasse maintes fois le principe originaire et précédemment exposé du droit pénal privé, d'après lequel l'homme ne doit jamais causer un dommage à son semblable ni intentionnellement ni par négligence, tandis qu'il n'est pas juridiquement tenu de lui prêter assistance. C'est ainsi par exemple qu'une des plus importantes conséquences de ce principe, à savoir que le fait de ne pas empêcher (1) et encore plus de ne pas dénoncer un délit projeté n'est pas considéré comme complicité, est tombée en désuétude dans le droit postérieur pour les délits les plus graves :

---

(1) *Dig.*, 30, 17, 109 : *nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere potuit.*

les crimes d'État (1), les délits en matière de monnaie (2), le meurtre d'un proche (3) et le rapt (4). En général, c'est principalement d'après des considérations d'utilité pratique qu'on se décide dans cette construction et tout acte et toute négligence peuvent être rangés dans les délits par la loi de l'État. — Sans doute une législation rationnelle s'efforcera de ne pas trop déplacer le fondement moral de la peine. Des raisons d'opportunité politique réclament fréquemment que des pénalités légères soient attachées à des actes et des négligences qui au point de vue moral sont indifférents; mais le pouvoir considérable, attribué aux autorités publiques sur les particuliers par le droit pénal, ne doit trouver d'application sérieuse que dans les cas où la conscience de l'auteur lui-même désapprouve l'acte ou devrait le désapprouver.

(92)  
Ignorance de  
la loi pénale.

Au fondement moral du droit pénal se rattache la question de savoir si l'application de la loi pénale a pour condition que cette dernière ait été connue de l'auteur de l'acte. En général il faut répondre négativement. Le délit suppose la violation ou l'ignorance de la loi morale sur laquelle repose la loi pénale; le juge répressif ne peut pas et ne doit pas rechercher pour chaque cas particulier dans quelle mesure et dans quelle forme la loi pénale correspond aux exigences de la morale; la loi est la loi, même si elle est injustement dure et même si éventuellement elle correspond mal aux données de la morale. Cette règle s'applique même à des délits qui n'en seraient pas, s'il n'y avait pas une prescription arbitraire de la loi de l'État (5); pour savoir quelles sont les limites de la répression,

(1) Tertullien, *Apol.*, 2: *ad socios, ad conscios usque inquisitio extenditur*. Arcadius, *C. Th.*, 9, 14, 3, 6 = *C. Just.*, 9, 8, 5, 6. 7. Zosime, 4, 8. *Cpr. Dig.*, 48, 19, 6, *pr.*

(2) *Dig.*, 48, 10, 9, 1: *eadem poena (falsi) afficitur etiam is, qui cum prohibere tale quid (falsification de monnaie) posset, non prohibuit*. *C. Th.*, 9, 21, 2 = *C. Just.*, 9, 24, 1.

(3) *Dig.*, 48, 9, 6. *Cpr. l. 2. Inst.*, 4, 18, 6.

(4) *Cod.*, 9, 13, 1, 3. *Inst.*, 4, 18, 8.

(5) L'opposition des *probra natura turpia*, comme le vol et l'adultère et des (*probra*) *civiliter (turpia) et quasi more civitatis (Dig.*, 50, 16, 42. *Cpr.* 47, 2, 1, 3) est une abstraction sans intérêt juridique; ce n'est pas la « nature », mais l'État qui défend le vol aussi bien que l'usure.

il faut avoir la connaissance du droit; mais le délit est puni, même si le contrevenant ignore ces limites ou les désapprouve. Le droit romain se préoccupe bien des données de la morale pour l'établissement de la loi positive (1), mais il ne méconnaît pas que la législation pénale, pour des raisons d'opportunité nécessaires ou considérées comme telles, s'étend à des actes et des abstentions qui en soi sont indifférents au point de vue moral et ne sont pas considérés comme une injustice. Si l'on a soin pour ces délits de faire rentrer la violation consciente de la loi parmi leurs éléments constitutifs, comme cela a eu fréquemment lieu chez les Romains (2), suivant la remarque que nous en avons précédemment faite (p. 100, n. 1), le fondement moral du droit pénal est encore respecté; car (93) la violation consciente de toute loi d'État est une faute morale. Mais on ne peut soustraire à la répression du droit pénal toute violation inconsciente de la loi d'État (3). Cette conséquence est déjà impliquée par ce seul fait, que la preuve positive ou négative de la connaissance de la loi soulève de très grandes difficultés pratiques, et par la nécessité d'établir ici pour des raisons d'opportunité des présomptions juridiques, dans lesquelles le fondement moral de la notion de délit est mal res-

(1) Le véritable trait caractéristique du délit fondé sur la morale, à savoir que la peine atteint également l'homme instruit et celui qui ne l'est pas, est relevé à propos de l'injure faite au patron par l'affranchi (*Cod.*, 2, 2, 2: *nec in ea re rusticitati venia praebeatur, cum naturali ratione honor ejusmodi personis debeat*) et à propos de la prohibition du mariage entre le fils du tuteur et la pupille (*Cod.*, 5, 6, 1: *senatus consulti auctoritatem, quo inter pupillam et tutoris filium conubium sabuberrime sublatum est, circumveniri rusticitatis et imperitiae velamentis non oportet*).

(2) C'est ce qui résulte de la clause simplement énonciative usitée à propos de délits qui se fondent à proprement parler sur la morale, par exemple en cas de prohibition des mésalliances (*Dig.*, 23, 2, 44, *pr.*) et en cas de défense de dégrader les affiches publiques (*Dig.*, 2, 1, 7, 4: *doli mali ideo in verbis edicti fit mentio, quod si per imperitiam vel rusticitatem vel ab ipso praetore jussus vel casu aliquis fecerit, non tenetur*). Évidemment on peut, lorsque cette clause fait défaut, se demander pour chaque loi, si elle n'a voulu atteindre que la violation consciente ou au contraire toute violation quelle qu'elle soit.

(3) Par exemple, à propos des pénalités pour délits de douane, *Dig.*, 39, 4, 16, 5: *licet quis se ignorasse dicat, nihilominus eum in poenam vectigalis incidere divus Hadrianus constituit*.

pecté, puisqu'elles peuvent conduire et conduisent fréquemment à des erreurs. Le droit romain a appliqué à la loi pénale, qui n'a ce caractère au point de vue de l'éthique qu'en supposant chez l'agent la connaissance de cette loi, la règle du droit privé d'après laquelle l'homme mêlé à la vie des affaires est obligé de connaître la loi de l'État, de telle façon que toute violation de sa part, même inconsciente, renferme en soi une faute; tandis que les femmes et les paysans sont exempts de cette obligation, de telle façon que s'ils enfreignent une loi pénale non fondée sur une règle de la morale, on doit supposer chez eux l'ignorance de la loi et l'excuser (1). Il faut reconnaître que dans le premier cas le fondement moral de la répression disparaît presque complètement et qu'on y punit dans une certaine mesure un dol simplement supposé. On admet sans difficulté cette répression pour les peines de peu d'importance, notamment en droit pénal privé; c'est ainsi que dans la prochaine Section nous parlerons de différents cas de vol ou de dommage causé à la chose d'autrui où la complicité est admise en vertu d'une présomption de droit, sans qu'une faute réelle soit prouvée (2). Mais lorsqu'on prescrit de prononcer sur cette seule présomption des peines graves du droit pénal public, comme, par exemple, lorsque le droit romain frappe comme coupable de falsification de titre le scribe qui, ignorant la défense de la loi, s'attribue un legs dans un testament conformément à la volonté qu'en exprime le testateur (3), ou encore, lorsqu'en cas de mariage entre personnes unies par un lien de parenté qu'elles considèrent par erreur comme n'étant pas un empêchement à leur union, il punit

(1) Paul, *Dig.*, 22, 6, 9, *pr.* (*feminae*) *sicubi non est delictum, sed juris ignorantia non laeduntur*. Le texte est corrompu et mutilé, mais la règle elle-même est claire.

(2) Il est permis de rappeler la connexité étroite des amendes et des impôts, comme cela se manifeste, par exemple, à propos des conséquences juridiques du célibat et du mariage sans enfants (cpr. l'introduction du Livre IV).

(3) *Dig.*, 48, 10, 15, *pr.* L'empereur Claude dispose expressément, *ne vel iis venia detur, qui se ignorasse edicti severitatem praetendant*.

l'homme et non la femme comme coupable d'inceste (1), ces dispositions ont certainement la valeur d'une loi, mais à vrai dire elles ne devraient pas exister.

---

(1) *Dig.*, 48, 5, 35, 2, à propos de la prohibition du mariage entre l'oncle et la fille de sa sœur : *mulier tunc demum eam poenam quam mares sustinebit, cum incestum jure gentium prohibitum admiserit ; nam si sola juris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata.*