CHAPITRE II

THÉORIES MIXTES

1. « Nous cédons à la nécessité moins par sa force que par notre faiblesse, » a dit Mme de Staël ; et parce qu'elle est commune à tous les hommes, cette faiblesse est digne d'excuse, ajoutent les criminalistes que nous allons critiquer. S'il lui suffisait de parler pour être obéi — et alors les peines seraient un luxe inutile —, le législateur devrait ordonner au nécessité de se comporter comme à l'ordinaire et de sacrifier jusqu'à sa vie au respect des droits d'autrui ; la nécessité ne modifie pas le caractère injuste de l'acte. Mais, quoique injuste, il ne saurait être puni, la loi pénale devant tenir compte de la nature humaine ; elle ne s'adresse pas à des anges, mais à des hommes, êtres imparfaits, incapables d'observer toujours les préceptes de la justice absolue.

Cette idée est présentée sous deux formes différentes. Les uns se bornent à constater la faiblesse humaine — ils prétendent du moins la constater — et, poussés par un sentiment d'indulgence envers ce qu'ils appellent manque d'héroïsme, ils excusent celui qu'un danger grave a poussé au crime, alléguant soit l'équité, qui interdit à l'État de demander aux hommes plus qu'ils ne peuvent donner, soit l'utilité sociale qui commande au juge d'éviter les peines sévères, au législateur de ne

pas affaiblir l'autorité de ses lois en les maintenant dans des cas où elles seront toujours violées. D'autres ne se bornent pas à constater cette faiblesse humaine; ils en recherchent le sens juridique et proclament l'impunité de l'acte nécessaire dans un sentiment de stricte justice. Ils remontent à sa source même et, la trouvant dans l'instinct de conservation propre, font observer que la loi de conservation est la loi suprême de l'univers, qu'elle gouverne tous les êtres, la société elle-même, et que la volonté sociale ne peut taxer de criminels les actes qui en dérivent.

II. Nous appelons ces théories « *mixtes* » parce qu'elles reposent sur des considérations de nature à la fois subjective et objective et forment la transition naturelle des théories de non-imputabilité à celles du droit de nécessité. En un sens, elles ne sont qu'un perfectionnement des théories de non-imputabilité — surtout celles de la première catégorie — : leurs auteurs, tout en reconnaissant que le nécessité agit librement et en connaissance de cause, l'excusent cependant à cause de son état d'esprit. Mais, comme les théories objectives, ils soumettent l'état de nécessité à une règle de droit de nature toute spéciale ; l'état d'esprit normal de l'homme, ordinairement condition de l'infliction de la peine, devient ici motif d'impunité [1]. Ce n'est pourtant pas un point de vue purement objectif : la nature intrinsèque de l'acte nécessaire n'est pas prise en considération, mais seulement l'influence de la nécessité sur les déterminations de notre volonté.

III. On a tiré de ces arguments les conséquences les plus diverses quant à la nature de l'acte nécessaire. La plupart y

[1] On pourrait être tenté de faire rentrer la question d'héroïsme dans celle d'imputabilité de la manière suivante : « l'imputabilité a pour condition la liberté ; le délinquant n'a agi librement que s'il pouvait s'abstenir du délit. Or, dans le cas de nécessité, il n'aurait pu s'en abstenir que s'il eût été doué d'un caractère héroïque. » Mais nous avons déjà fait observer que tout délit est dû à l'absence d'une qualité morale, dont la présence chez l'individu l'empêcherait de faire un mauvais usage de son libre arbitre.

voient un acte injuste et criminel, mais excusé[1], d'autres (Rotering) un acte juste, puisque la loi n'en peut pas exiger d'autre ; Janka, revenant à la distinction kantienne, un acte injuste sans être criminel, parce que des considérations spéciales anéantissent les motifs normaux d'incrimination. Nous aborderons cette discussion à une autre place ; il suffit de montrer ici la vanité des motifs d'impunité allégués.

§ 1. FAIBLESSE HUMAINE

I. L'idée que l'acte nécessaire ne doit pas être puni parce qu'il est de ceux auxquels, dans sa faiblesse, l'homme se laisse presque inévitablement entraîner, n'est pas une idée nouvelle. Au XVIIe siècle déjà, *Grotius* fait de l' « imbecillitas humana » la base de sa théorie de la nécessité ; de même au siècle suivant, en Italie *Renazzi* (Elementa, 1773), en Allemagne *Globig et Huster*, dans leur « Mémoire sur la législation criminelle » (p. 137, 124), vainqueur de soixante-quatre concurrents au tournoi ouvert en 1778 par la Société économique de Berne. Puis, nous l'avons vu au chapitre précédent, *Filangieri*, suivant l'exemple de *Matthäus* et suivi lui-même par une école nombreuse, utilise l'argument de faiblesse humaine en le mettant faussement en relation avec la question de la liberté avec laquelle il n'a rien à faire ; l'examen de cet argument complètera donc notre critique de la théorie de contrainte morale en vigueur en France. L'argument n'est remis à sa place et présenté avec quelques développements que vers le milieu de notre siècle, en Allemagne, après que l'avènement des doctrines hé-

[1] L'objection de Binding (Handbuch, I, 765 ; il mentionne à tort Janka) que si la loi ne peut exiger l'héroïsme, elle ne peut exiger l'acte nécessaire, qu'il est donc juste, tombe, si l'on considère que cette exception à la loi est un pis-aller (Glaser) ; la loi désire l'héroïsme et se garde de conférer comme un droit à l'impunité (von Buri, Gerichtssaal, 1878, p. 458).

géliennes a donné le coup de grâce aux théories de contrainte.

II. Breidenbach donne le signal dans son commentaire au code pénal hessois de 1841, dont les articles 39 et 45 déclarent non punissables les actes commis pour la conservation de la vie et même, si le danger provient de menaces, pour celle de l'intégrité corporelle. « Le législateur — dit-il (p. 526-8) — sait bien qu'il ne gouverne pas un pays d'utopie ; il ne s'imagine pas non plus pouvoir en créer un soudain par la seule vertu des peines dont il menace la transgression de ses ordres. Tout en se réservant de tenir, par l'exercice du droit de grâce, un large compte de la faiblesse humaine, il reconnaît déjà dans la loi que, pour être punissable de l'avoir violée, le citoyen doit non seulement avoir matériellement pu l'observer (c'est-à-dire ne pas avoir été victime d'une contrainte physique), mais encore ne pas s'être trouvé dans une situation qui rendît l'obéissance si pénible que, seule, une force de caractère exceptionnelle eût permis de résister aux impulsions qui entraînaient à la désobéissance ; en d'autres termes : *l'observation de la loi ne doit pas être accompagnée d'un trop grand danger (das gesetzliche Verfahren muss mit keiner allzugrossen Gefahr verbunden werden)*... Comme dit le poète du législateur,

Qu'il récompense ou qu'il punisse,
Il lui faut pour l'homme être humain.

D'autres commentateurs, *Leonhardt* (Hanovre), *Dollmann* (Bavière), *Häberlin*, adoptent la théorie de Breidenbach. Le grand criminaliste, *von Wächter*, s'y convertit dans son « sächsisches Strafrecht » et aussi *Marezoll*[1]. *Geib*, auteur d'un traité

[1] Gemeines deutsches Strafrecht, 3 A. 1856, p. 93 : « Der Grund der Straflosigkeit liegt in einer gewissen, von der Kriminal-Politik unabweislich gebotenen psychologischen Berücksichtigung der menschlichen Natur und der unvollkommenen Einrichtungen des Staats » (1e éd., 1841, parlait vaguement d'un « höheres Gerechtigkeitsprincip aus psychologischen Rücksichten ») ; cf. p. 85. Les Allemands font à tort de Marezoll un partisan d'Hegel ; (Janka, 142 sv ; Göb, 23 ; Köstlin, Revision, 602).

estimé, et *Krug* l'adoptent, ainsi que tous les auteurs de monographies de l'état de nécessité — excepté Stammler et Janka — : *Rotering*, le plus récent, (1883), s'efforce d'en développer logiquement le principe; les autres — *Berner*, *Wessely*, *Gillichewski* et *Göb* — admettent en outre dans certains cas un véritable droit de nécessité, ce qui améliore leur théorie. Sur l'argument de faiblesse humaine se base aussi M. *Gautier*, professeur à l'Université de Genève : la loi, — dit-il (cours de 1885) — est faite pour la moyenne de l'humanité ; l'impunité est la constatation du fait de l'imperfection humaine. »

En Autriche, *Glaser*, dans ses « Abhandlungen » (1858), présente la théorie sous une forme un peu différente : « C'est un fait indéniable — dit-il en résumé, en traitant des menaces comme moyen d'instigation au crime — que l'homme peut résister aux tentations. On ne peut trouver douleur ou joie si grande qu'on en puisse affirmer qu'aucun homme n'y résisterait et il n'y a aucun homme si dépravé qu'il ne puisse résister à certaines tentations, grâce à une force puisée dans la meilleure partie de son être. Nous travaillons dès notre enfance à augmenter notre capacité de résistance à la tentation de faire le mal et la société a le droit d'exiger que nous y travaillions. Mais c'est un fait aussi qu'il est des tentations dont le plus aguerri ne triomphe qu'au prix de violents efforts sur lui-même et qu'en y réussissant il fait preuve d'une force qu'aucun de nous n'a reçue au berceau, mais qui est la récompense de toute une vie de combats intérieurs. Sa présence en chaque individu rendrait la loi pénale inutile, puisqu'il n'y aurait jamais d'injustices commises ; elle ne doit donc pas la supposer présente. Aussi, sans diminuer ses exigences, laisse-t-elle à la conscience de chacun de les remplir, lorsqu'il faudrait pour cela une force morale exceptionnelle, en s'abstenant de punir ceux qui ne font pas ce qu'elle ose à peine demander. » Le législateur doit du reste bien se garder de laisser croire qu'il est permis de céder aux

menaces ; il doit simplement laisser au juge le pouvoir d'absoudre, cas échéant [1].

III. Les lois, dit-on, doivent tenir compte de la faiblesse humaine. Cela ne peut signifier que ceci — c'est même sous cette forme que certains expriment le principe — : les lois ne peuvent punir les actes que la plupart des hommes auraient eu la faiblesse de commettre, eussent-ils été placés dans la même situation que le coupable. C'est là en effet la véritable raison d'être du principe : si la plupart des hommes, mis à la place du délinquant, auraient fait comme lui, le délit est moins dû à sa faute qu'aux circonstances et le punir serait le rendre responsable d'événements fâcheux survenus malgré lui.

Mais on ne saurait trouver un principe plus dangereux. Car, s'il est juste, il faut l'appliquer partout et les occasions sont innombrables, y ayant une multitude de délits dus à la faiblesse humaine au même titre que l'acte nécessaire. Qu'on songe aux cas de complicité, à ceux en particulier où l'agent s'est fait l'instrument des résolutions coupables d'autrui, cédant à ses promesses, ses conseils ou ses ordres, ou même pour l'obliger, à ceux où il a assisté l'auteur principal d'un crime auquel il n'avait pas intérêt, par habitude de camaraderie ou complaisance d'ami, où s'est fait fauteur, après l'exécution. Qu'on songe aux crimes dus à une passion violente — se laisser entraîner par la passion est bien une faiblesse humaine — ou à une intention louable ; aux crimes qu'a amenés l'occasion — surtout lorsque l'auteur a pu croire qu'il ne serait pas découvert—, ou bien commis sur provocation. Au point de vue de la faiblesse humaine,

[1] Glaser cite ces vers de Hebbel, qu'on peut ajouter comme correctif à ceux que citait Breidenbach :

Was ich will vom Gesetz ? Es muss das Höchste verlangen,
Was der Beste vermag, wenn er die Kraft nur gebraucht.
So beschützt es die Welt und steht auf dem Guten
Gegen sich selber bei, wenn ihn die Sünde versucht.

le meurtre de l'adultère par le mari outragé est plus digne d'excuse que l'acte nécessaire, et pourtant les lois modernes ne le laissent pas impuni. Et pourrait-on punir aucun délit par imprudence ? Y aurait-il des contraventions de police ? Allons plus loin même : qui pourrait affirmer que s'il eût dû prendre la place d'un délinquant quelconque — à part des cas exceptionnels —, je ne dis pas au moment de la résolution criminelle, mais quelques mois, quelques années auparavant, il eût eu assez de moralité pour ne jamais s'écarter des voies tracées par la loi ? Il y a en tout homme l'étoffe d'un délinquant, parce que tout homme a quelque point faible et que les circonstances peuvent faire qu'il soit précisément attaqué sur ce point ; les lois pénales ne font que combattre la faiblesse humaine. Le juge devrait relâcher les trois quarts des accusés, s'il devait ne condamner que lorsqu'il apparaît que la plupart des hommes n'auraient pas délinqué, eussent-ils dû prendre la place du coupable.

La faiblesse humaine dont il s'agit de tenir compte ne peut donc être — restriction du principe logiquement injustifiable, mais qui peut seule en détourner les conséquences désastreuses — que l'absence de qualités absolument exceptionnelles ; c'est bien aussi ce que disent la plupart des auteurs. Pour ne pas violer la loi en cas de nécessité, il faudrait, prétendent-ils, la « vertu d'un martyre » (Wessely), une vraie « perfection morale » (Filangieri), une « force extraordinaire de volonté morale » (Breidenbach, Wächter, Geib), en un mot de l'héroïsme ; c'est ce dernier terme qui est le plus goûté, on le retrouve dans presque toutes les bouches[1]. Berner nous en donne la définition :

[1] Filangieri, p. 165 ; Thibaut, p. 43 (il met l'argument d'héroïsme en relation avec celui d' « inintimidabilité » ; v. ch. IV ci-dessous) ; Tittmann, p. 240 ; Henke, p. 336 ; Jarcke, p. 182 ; Berner, Lehrbuch, 1886, § 57 et de impunit. ; Geib, p. 221 ; Wessely, p. 17 ; Chauveau et Hélie, p. 573 ; Gillichewski, p. 34 ; Sarrau de Boynet, p. 61 ; Wächter, deutsches Strafrecht, § 56 ; Rotering, p. 251 ; M. Gautier, l. cit. — Il est bien entendu que les partisans de Filangieri sont subsidiairement visés par notre critique.

Herois non modo hoc esse puto, quod vulgo jactatur, summis animi commotionibus imperare . . . Is mihi heroica virtute præditus est, qui et in ultimis rebus justitiæ trutinam non abjicit, qui, dum vitam suam anima alii erepta potest servare, mavult perire, quum et in suprema necessitate rerum momenta æqua lance pensitanda et secundum juris præcepta esse agendum existimet. » De la variété des mobiles qui poussent au crime résulte que les qualités morales les plus diverses sont, suivant les cas, nécessaires pour y résister. Admettons — encore une restriction ! — que la seule qualité exceptionnelle que l'État ne puisse exiger des citoyens soit précisément celle que suppose l'observation de la loi dans le cas de nécessité, soit l'héroïsme (on ne peut donner un meilleur nom à la qualité qui rend capable de se résigner à la mort ou à quelque autre mal redoutable), et qu'on puisse ainsi sans contradiction n'appliquer qu'à l'acte nécessaire un principe applicable de sa nature à tous les délits. La théorie n'en est pas moins inacceptable.

IV. Appliqué à l'état de nécessité, le principe que la loi ne peut exiger l'héroïsme est en effet le plus inutile des instruments en mains du législateur et du juge.

Une seule chose est certaine, son inapplicabilité à bien des actes nécessaires dont l'impunité s'impose. Ce sont, d'un côté la plupart des cas d'intervention (v. p. 22 sv. et 29), de l'autre tous les cas où le danger couru présente peu de gravité : je fracture une valise qu'on ma confiée fermée, mon refus de l'ouvrir me laissant sans défense contre les injures de ceux qui, dans le wagon où je voyage, me soupçonnent d'un vol qui y a été commis ; de même, le plus souvent, lorsque le danger menace la propriété. Pour qu'il puisse être question d'héroïsme, il faut que le mal à supporter soit grave. Mais de quelle gravité ?

De quelle gravité ? On peut discuter la question, non la résoudre, tant est vague la notion d'héroïsme qui doit servir de

critérium ; l'excessive diversité des solutions proposées en témoigne.

Les uns — Rossi, Thibaut, Marezoll, Krug — ne regardent comme acte d'héroïsme que le sacrifice de la vie ; d'autres y ajoutent celui de l'intégrité corporelle — Berner, Mittermaier, von Wächter, Leonhardt, Schwarze, Häberlin —. Breidenbach hésite à aller plus loin : « Doit-il être puni, celui qui commet un faux pour mettre fin à une séquestration qui dure depuis des mois et s'éternisera s'il se refuse à le commettre, le traitât-on même si bien qu'elle ne puisse être dommageable à sa santé ? » Sentant que l'impunité s'impose, mais jugeant discutable l'application de son principe, Breidenbach élude la difficulté : « Comme il n'est pas tenu de se laisser ravir la liberté, le séquestré peut chercher à se délivrer par la force, et, pour autant qu'en l'essayant il s'exposerait à une lésion corporelle, il doit rester impuni s'il se résout au délit qu'on exige de lui. » Mais ce délit n'est pas nécessaire : la lésion corporelle peut être évitée par le sacrifice de la liberté, qui doit être préférée au délit, du moment que le législateur ne met pas ce bien au bénéfice de l'état de nécessité. — Tittmann, du reste, avait déjà appliqué l'argument d'héroïsme au danger pour la liberté. D'autres vont plus loin : ils y joignent l'honneur et la pudeur, parlant d'une manière générale du danger pour la personne (Hye, Chauveau et Hélie). Plus encore ! Jarcke, Wessely, Ortolan, Sarrau de Boynet, Gillichewski, soutiennent qu'il faut quelquefois de l'héroïsme pour accepter la perte de simples choses, lorsqu'elles sont de grande valeur, et récemment enfin Rotering, retournant à l'opinion de Filangieri, qu'adoptent aussi Cremani et Glaser, déclare que le sacrifice d'un bien quelconque, même de valeur minime, peut parfois exiger une force morale exceptionnelle. Qui croirait que tous ces auteurs partent du même principe, identiquement formulé ? Il en est un, Geib, qui va jusqu'à adopter à la fois les deux solutions extrêmes : il trouve un motif

d'excuse suffisant dans un péril quelconque lorsque le danger provient de menaces, dans le seul péril de mort lorsqu'il provient d'autres causes !

Que va donc faire le législateur? Si, comme certains codes allemands il énumère limitativement les biens dont la conservation par un délit doit rester impunie, il ne peut échapper à l'accusation d'arbitraire. Ce qu'il a de mieux à faire c'est de se dire que *ce n'est pas l'espèce, mais l'intensité du danger qui importe* (Rotering), et de confier l'application du principe de faiblesse humaine au juge, mieux que lui à même d'apprécier cette intensité en présence du cas concrêt, en tenant compte de l'individualité de l'agent et de toutes les circonstances ; — il est d'ailleurs forcé de s'en remettre à son appréciation s'il ne veut pas n'excuser que l'acte nécessaire au salut de la vie, car tous les autres biens peuvent être menacés d'une si légère atteinte qu'il ne soit pas besoin d'héroïsme pour s'y résigner : quel délit peut excuser la crainte d'une égratignure, atteinte à l'intégrité corporelle? — Mais la difficulté n'est que repoussée : nous passons expédient sur le danger de la liberté absolue du juge dans l'application d'un principe aussi élastique, danger que reconnait plus d'un partisan de la théorie de faiblesse humaine — ainsi Breidenbach et von Wächter — ; le juge se trouvera dans le même embarras que les criminalistes cités, tant le critérium dont il dispose est dépourvu de précision. Jusqu'où va l'héroïsme? Comment déterminer ce dont aurait été capable la moyenne des hommes, à la place du délinquant? Le juge ne peut avoir d'autre guide qu'un sentiment vague ; l'arbitraire individuel prononcera et l'un verra noir où l'autre aurait vu blanc.

Outil dangereux, le principe de faiblesse humaine restera inoffensif parce qu'aucun législateur n'oserait autoriser le juge à s'en servir toutes les fois que son emploi est indiqué et que les cas de nécessité, auxquels on en limite l'usage, sont relative-

ment rares ; mais pour les cas de nécessité eux-mêmes, il est impropre à rendre les services qu'on a le droit d'en attendre.

V. Et d'ailleurs, ce principe est faux ! Il n'est pas vrai que les lois ne puissent exiger l'héroïsme, ni que les hommes en soient pour la plupart incapables. S'est-il jamais trouvé, à aucune époque, en aucun pays, un juge pour absoudre le soldat qui a déserté son poste, parce qu'une mort inévitable l'y attendait ? Et, d'après le droit moderne, le marin ne sera-t-il pas puni, s'il pourvoit à son salut aux dépens de celui d'un passager ? Du marin et du soldat, la société exige donc l'héroïsme. Pourquoi ? Dira-t-on qu'il est des individus qui, par métier, doivent montrer cette fermeté d'âme qui fait préférer l'accomplissement du devoir à l'existence même[1] ? Mais les peuples civilisés ne connaissent plus le soldat de profession. Tout citoyen est aujourd'hui soldat ; celui qui, hier encore, pouvait impunément transgresser la loi pour le salut de sa vie, ne le pourra plus demain si la survenance d'une déclaration de guerre le fait marcher au combat. Et le sacrifice de la vie que demande à tous la patrie en danger, le premier venu s'en montre capable. Les hommes, à la guerre, courent en foule à la mort ; les lâches y sont rares, les exemples d'« héroïsme » y sont donnés par milliers. La faiblesse humaine, au contraire, dont on argumente pour soutenir que l'acte nécessaire doit rester impuni, combien en a-t-on vu d'exemples ? On l'affirme, on ne la prouve pas. — Quant aux marins, c'est sans doute leur métier d'affronter les dangers de la navigation : mais le vieux loup de mer, qui se trouve au nombre des passagers d'un navire qui naufrage et cause la mort de l'un d'eux pour ne pas être lui-même la proie

[1] Cette considération permet d'exiger le sang-froid, le courage en présence du péril, mais non un sacrifice certain. Voir la confusion que fait Rotering, op. cit., p. 261-2 ; et, à propos de la faute, p. 264-5. Rotering joue constamment sur les mots : il dit « Opferwilligkeit », où il devrait dire « Opfer » tout court (notamment p. 258 en haut).

des flots, sera excusé ; un matelot, même jeune et peu aguerri, ne le sera pas. Le premier était cependant plus capable d'héroïsme que le second. C'est que, comme nous le montrerons, si les lois imposent parfois l'obligation de mourir, ce n'est pas que les individus auxquels elle s'adressent alors en soient plus capables que d'autres ; c'est en considération d'une nécessité supérieure à laquelle l'État doit exiger que l'individu se soumette, quelque désagrément qu'il en éprouve.

Ceux qui excusent le nécessité parce qu'il faut une force morale exceptionnelle pour se résigner à la mort, ne peuvent donc expliquer qu'exposer sa vie puisse être un devoir, et que les hommes incapables de le remplir soient l'exception.

Ils l'admettent pourtant, sans souci de la contradiction dans laquelle ils s'enferment. Et ils se contredisent encore, lorsqu'ils se refusent à excuser ceux qui sont tombés par leur faute en état de nécessité ; cette faute les transforme-t-elle en héros? Ainsi celui qui, sachant qu'il exposait sa vie, a pénétré dans une maison incendiée pour y voler, et ne peut échapper aux flammes qu'aux dépens de ceux dans l'appartement desquels il s'est introduit ; ainsi l'assassin qui tue le témoin de son crime, dans la crainte d'être dénoncé. Il serait certes injuste de les absoudre, et les codes les condamnent ; — l'art. 304, C. P. 1810, modifié en 1832, aggrave même la peine — ; ici encore, ils exigent donc que le premier venu fasse preuve d'héroïsme.

Bien plus! en fait, tous nos auteurs en sont réduits à distinguer à priori, pour des raisons étrangères à la question d'héroïsme, les cas où l'État doit et ceux où il ne doit pas exiger cette force morale qu'ils disent exceptionnelle. La plupart reconnaissent en effet que le danger de mort n'est pas seul un motif d'impunité ; mais ils ne prétendent pas qu'un danger moins grave puisse excuser un crime quelconque, ils déclarent avec raison que le nécessité n'a droit à l'impunité que s'il observe une certaine proportion entre le mal qu'il cause à autrui et le

mal dont il est lui-même menacé. Le séquestré dont parlait Breidenbach peut commettre un faux, mais point un meurtre. — Qu'est-ce à dire, sinon que le même degré d'héroïsme peut ou ne peut pas être exigé pour des motifs indépendants de la personne du nécessité? Ce n'est pas sa faute, s'il ne peut recouvrer sa liberté qu'en tuant; et on veut qu'il se résigne alors à un mal qu'on juge ailleurs trop dur pour qu'on puisse attendre d'un homme de moralité moyenne qu'il s'y soumette. Que devient ce beau principe qu'une peine ne peut frapper le défaut d'héroïsme? La considération de ce dont est capable la majorité des hommes cède le pas à des considérations d'un tout autre ordre; chacun sent, toute question d'héroïsme et de force morale mise de côté, qu'il serait injuste de punir celui qui sauve sa vie, ou même son bien, en renversant une clôture, injuste d'absoudre celui qui tue pour éviter une perte de mille francs. C'esi ainsi qu'inévitablement on passe de la question subjective de faiblesse humaine à la question objective de la nature intrinsèque de l'acte nécessaire.

Glaser (p. 123) et Rotering (p. 258) essaient de réunir ces deux questions en une seule, en faisant observer que plus l'intérêt en jeu est considérable, plus la loi a le droit d'exiger de force morale des individus; c'est une idée qu'expriment plus ou moins nettement et qu'appliquent tous les partisans actuels de la théorie de faiblesse humaine. Mais, faire varier d'importance le devoir de respecter la loi en raison directe de l'importance de l'intérêt au respect de la loi, c'est dire que le droit qui correspond à ce devoir varie d'importance, c'est créer une échelle des droits ; d'où la solution toute naturelle du problème par la règle que le droit inférieur doit céder le pas au droit supérieur et qu'aucun droit n'est tenu de céder le pas à son égal, théorie dont nos auteurs sont adversaires décidés. Et comment détermine-t-on dans chaque cas particulier la quantité d'héroïsme exigible — si l'on peut ainsi parler? On recourt inconsciemment à

un étrange subterfuge : on appelle « héroïsme » la force morale nécessaire à un individu pour qu'il se résigne à un sacrifice ; on détermine par des considérations objectives l'étendue du sacrifice qu'il est juste de lui demander, et on le lui demande... parce qu'il est juste qu'il s'y résigne, non parce qu'il est capable de l'effort moral sans lequel cette résignation est impossible ; car s'il ne s'y résigne pas, on le punira précisément de s'en être montré incapable. Simple escamotage du principe de faiblesse humaine !

VI. La théorie de faiblesse humaine est donc inacceptable. Le principe en est faux ; ne le fût-il pas que son application n'en serait pas moins impossible, soit par ce qu'en dehors des cas de nécessité il obligerait à excuser des délits qu'on ne peut hésiter à frapper d'une peine, soit par ce qu'en ce qui concerne l'état de nécessité il ne fournit qu'un critérium insuffisant des actes punissables et des actes à laisser impunis.

Du moins l'argument d'héroïsme pourrait-il toucher un jury, qui ne comprendrait rien à la théorie de contrainte morale. Et encore, quelle que soit son habileté à présenter l'idée que les lois sont faites pour la moyenne des hommes et à convaincre les jurés qu'ils auraient fait comme l'accusé, s'ils eussent dû prendre sa place [1], l'avocat risquera de se heurter à leur amour-propre : « Je n'aurais point commis ce crime — s'écriera chacun —. Il n'est pas besoin d'une vertu extraordinaire pour s'abstenir d'un meurtre. » Et c'est la réflexion que nous ferions si nous étions juré !

§ 2. INSTINCT DE CONSERVATION

Janka — criminaliste distingué, mort l'an dernier professeur

[1] Cicéron (ou Cornificius) dit déjà à propos de l'« alternative nécessaire », Rhetorica ad Herennium, l. II, ch. XIV : « Simul quaeret ab accusatoribus, *ab judicibus ipsis, quid facturi essent si in eo loco fuissent* et tempus, locum, rem, deliberationem suam ponet ante oculos. »

à Prague — a cru devoir, dans son ouvrage sur la nécessité, renouveler les anciennes théories de l'instinct de conservation, en les corrigeant conformément aux idées modernes; *Schütze* l'avait précédé dans cette voie (nothwend. Theilnahme, 1869; cf. p. 131 ci-dessus). Voici comment s'exprime Janka (p. 198-9):

« La conservation de soi-même est la loi suprême de la nature. Tout ce qui vit combat pour l'existence. Le monde social ne peut pas plus se soustraire à cette loi que le monde physique. Le droit lui-même, en s'opposant à l'injustice, lutte pour la vie. Sans doute qu'étant donnés le rapport de dépendance des intérêts humains et l'impossibilité qui en résulte d'en tenir compte toujours et partout, la loi ne peut conférer à l'individu le droit d'assurer par tous les moyens son existence; sans doute que le droit ne peut légitimer le combat pour la vie sans perdre de vue sa loi fondamentale, le bien de la société... Mais il ne peut d'un autre côté méconnaître cette loi naturelle élémentaire, *qui pénètre toute la création*, et l'instinct de conservation dont, en vertu de cette loi, *tous les êtres* sont animés *dans une même mesure*; il ne peut se refuser à en tenir compte autant qu'il est possible. Le caractère criminel de l'acte s'efface donc, lorsque la violation du droit est la condition nécessaire du maintien de l'existence individuelle... de quelque genre que soit cette violation,... même quand la conservation est obtenue aux dépens d'une existence étrangère. — Cette proposition est si naturelle, elle se fait jour d'elle-même avec une telle puissance qu'elle est formulée et doit être formulée partout où vit un sentiment juridique sain. » Janka rappelle le mot d'Ulpien (ignoscendum ei qui sanguinem suum qualiterqualiter redemptum voluit) et toutes les théories, contrainte psychologique, devoir de conservation, impossibilité de la coexistence (Fichte; v. p. 193 sv. ci-dessous) qui, pour un motif quelconque, accordent toujours l'impunité à celui qui agit pour le salut de sa vie.

Mais ce principe de conservation est un critérium insuffi-

sant : Janka dit que le droit ne peut, sans se nier lui-même, tenir toujours et partout compte de l'instinct de conservation, mais qu'il en doit tout au moins tenir compte en ne punissant pas. De quel droit cette limitation ? L'arbitraire en apparaît par le refus de l'impunité dans les cas de faute et de devoir relevés au paragraphe précédent, dans le cas de devoir surtout : du moment que ce n'est pas la nature intrinsèque de l'acte qui est prise en considération, mais le mobile qui guide l'auteur, il n'y a pas de raison de distinguer. Puis il faut accorder l'impunité à tous les crimes ! à celui qui fait sauter dans son palais une famille royale et quelques cents invités ! à celui qui rompt des digues et amène dans toute une contrée un épouvantable désastre !

Il y a une idée juste dans les développements de Janka. Garraud l'exprime, à propos des passions (Traité, p. 374) : « Les crimes passionnels, suivant l'expression à la mode, sont traités par l'opinion publique et le jury avec d'autant plus d'indulgence que la passion qui les inspire est plus noble et plus élevée. La préoccupation de la recherche du mobile des actes devient tellement dominante dans les verdicts du jury qu'il y a là une indication pour *les législateurs de l'avenir*. Ils *devront se préoccuper* moins des idées théoriques de responsabilité morale que *des mobiles plus ou moins anti-sociaux des actes*. » *Baumeister* (Bemerkungen, 1847) avait déjà considéré l'impunité de l'acte nécessaire comme « une exception à la règle que la criminalité n'est pas exclue par le mobile de l'acte et le but poursuivi par l'agent». Mais il ne nous semble pas que le mobile de conservation doive être préféré à cet égard à beaucoup d'autres, être mis sur le même pied surtout que les mobiles désintéressés ; l'excès de cet instinct est plutôt un mal, tout individu en ayant une dose plus que suffisante aux besoins sociaux. Et, en tout cas, ce n'est pas sur une considération de ce genre qu'on peut se baser pour déclarer *d'avance* dans la loi que cer-

tains actes, présentant la forme de crimes ou de délits, seront impunis. Il y a là tout au plus motif à atténuation de la peine.

Janka n'argumente, du reste, de l'instinct de conservation que dans les cas où l'existence individuelle est menacée — il y comprend les cas de danger très grave pour l'honneur de la femme, l'intégrité corporelle et la liberté, cas dans lesquels il est moins admissible encore que dans ceux de péril de mort que tout crime, quel qu'il soit, demeure impuni — ; ailleurs, il se base sur la nature intrinsèque de l'acte nécessaire, dont nous avons vu que les partisans du principe de faiblesse humaine étaient aussi obligés de s'occuper souvent. C'est dans cette considération qu'est, suivant nous, la clef du problème ; nous allons voir au chapitre suivant comment la science en est venue à reconnaître le caractère de justice de l'acte nécessaire.

CHAPITRE III

THÉORIES OBJECTIVES

§ 1. FICHTE ET L'IRRELEVANCE JURIDIQUE [1]

I. La même année que Kant, un autre philosophe célèbre émet une théorie neuve de l'état de nécessité ; c'est en un sens celle de Kant poussée à l'extrême. D'après ce dernier, l'acte nécessaire est en dehors de la loi pénale ; d'après Fichte, il est en dehors de toute loi, pénale ou autre. C'est ce qu'avaient déjà dit Grotius, Pufendorf et Thomasius : « leges tacitam habent exceptionem necessitatis » ; mais l'argument sur lequel s'appuie Fichte est original :

Il y a, dit-il [1], état de nécessité « lorsque deux êtres libres tombent par simple causalité naturelle, et non par l'attaque de l'un d'eux, dans une position telle que chacun ne peut sauver sa vie que par le sacrifice de celle de son compagnon, et que sans ce sacrifice tous deux périraient. » Notre philosophe trouve un plaisant moyen de tourner la difficulté que présente la solution juridique du cas ; il poursuit : « Le droit a pour

[1] V. Janka, 88-92, 80, 155, 184, 200 ; Stammler, 40-2, 37, 35 ; Levita, Nothwehr, 10-2 ; Wächter, Sächs. Strafr. 360 ; Meyer, Lehrb. 3 A., p. 306. — Sur la part de vérité de l'idée fondamentale, v. Hälschner, System, p. 276 ; von Buri, l. c., p 446, cf. 456 ; Janka, 200 ; et notre 3e partie.

[1] Grundlage des Naturrechts, II, 1797, § 19, p. 85-7.

objet de déterminer comment plusieurs êtres libres peuvent, comme tels, vivre côte-à-côte; il suppose la possibilité des rapports qu'il veut régler, c'est-à-dire la possibilité de la coexistence des hommes. Dès que cesse cette possibilité, il ne peut plus être question de droit. Il n'est donc ni conforme, ni contraire au droit d'immoler autrui à la conservation de sa propre vie: car il n'y a plus ici à parler de droit. La nature a retiré aux deux individus en présence le droit (Berechtigung) de vivre et la décision est remise à la force physique (von Gros, Rechtswissenschaft, § 42: « Es steht nicht mehr Recht gegen Recht, sondern Natur gegen Natur »). Ces individus étant cependant soumis à une loi positive, sous l'empire de laquelle ils retombent après l'événement, on peut regarder le droit de nécessité comme le droit de se considérer comme exempté de toute législation. »

II. Cette théorie a le mérite de tirer la signification de l'état de nécessité des bases mêmes du droit — telles que les conçoit Fichte — ; phénomène rare que cet accord des solutions particulières avec les principes généraux. Kant lui-même, acculé dans une impasse par la force même de ses principes, avait dû leur faire violence. Mais aussi la théorie de Fichte n'a vécu qu'autant que sa philosophie du droit, c'est-à-dire qu'elle est bien morte.

L'impossibilité de la coexistence des individus en présence dans l'état de nécessité ne dispense pas le droit de s'en occuper; la mission du droit dure autant que la vie des individus et, dans le cas qui nous occupe, ils vivent bel et bien jusqu'à ce que l'un tue l'autre ou qu'ils se laissent périr tous deux (Zeiller).

Si Fichte disait vrai, le soldat que la crainte de la mort a fait abandonner son poste ne saurait être puni et le matelot ne pourrait être tenu de pourvoir au sauvetage des passagers avant de se sauver lui-même; ne pouvant plus être question de rap-

port juridique, comment expliquer qu'il en naisse des obligations ?

L'état social dérive, d'après Fichte, d'un contrat conclu entre volontés libres; la science actuelle le considère au contraire comme immédiatement donné avec l'homme et la nature humaine, et n'admet pas qu'aucune force majeure puisse l'anéantir. Plus qu'aucun autre rapport entre les hommes, celui que crée l'état de nécessité, en sa qualité de conflit aigu, demande à être réglé par la loi.

III. Fichte conçoit le cas de nécessité comme celui où deux individus périraient ensemble, si l'un d'eux ne tuait l'autre. Notion trop étroite qu'étendent avec raison ceux qui adoptent sa théorie, *von Gros*, *Thomas* (Rechtswissenschaft, p. 38), *Schilling* (Naturrecht, 1859, I, § 38 ; il s'appuie aussi sur l'argument kantien), *Snell* (Naturrecht, 1859, p. 59), parmi les philosophes; *von Grolman* (Grundsätze), *Schröter*, *von Wächter* (dans son premier ouvrage), *Hufnagel* et *Henke*, parmi les criminalistes [1]. Il y a d'après eux état de nécessité toutes les fois que la coexistence de l'un avec la personne ou les droits de l'autre est impossible, de sorte que tous les délits commis pour le salut de la vie sont juridiquement irrelevants ; il est aussi dans l'esprit de la théorie de ne pas obliger le nécessité à la réparation du dommage, aucune prescription légale d'aucun ordre n'étant applicable à son acte. Mais il n'est pas question de lui accorder un droit : ce serait un droit à l'injustice. « Ein Notrecht wäre ein Recht in der Noth Unrecht zu thun » (von Gros, Schröter).

IV. La théorie de l'irrelevance juridique n'eut du reste jamais grande vogue. *Von Wächter* l'abandonne dès son second

[1] V. liste bibliographique. — *Heffter* (Lehrbuch, 1857) ne peut être rallié à Fichte (sic Wächter, 360, Janka, 91); il parle d'inefficacité de la loi *pénale* et admet la propriété au bénéfice de l'état de nécessité, ce qui est contraire aux principes fichtiens (Schilling, l. c.), et l'intervention au profit d'autres personnes en détresse.

ouvrage ; *Schröter* et *Henke* adoptent avant tout la théorie de contrainte ; *Hufnagel* la modifie, il part de l'idée d'un droit naturel du nécessité : « Aucun droit, dit-il, n'est lésé, parce que l'homme ne peut reconnaître les droits d'autrui avant que sa propre existence physique soit assurée. » Seul, *Grolman* la développe conséquemment et y reste fidèle [1] ; il la formule avec une grande netteté : « Un rapport de droits et d'obligations ne peut exister entre lésant et lésé, lorsqu'en face des droits du lésé en général ou de certains de ses droits la coexistence du lésant est physiquement impossible. » L'acte nécessaire, s'il n'est pas un homicide, ne fait qu'écarter les obstacles à l'existence d'un rapport de droit, et présente ainsi un caractère de justice. C'est le rôle de l'État, gardien du droit, fait justement observer Grolman, de rendre impossibles ces cas où le droit n'a plus à dire son mot ; c'est pourquoi l'organisation de l'assistance publique est juridiquement nécessaire: (In dem Staate wo Armenanstalten *rechtlich* nothwendig sind, sollte ein solcher Zustand freilich unmöglich sein.) En rejetant, pour sa forme surannée, la théorie de Fichte, qui ne s'est répandue qu'en Allemagne et n'y compte plus de partisans, il en faut retenir cette parcelle de vérité : il est certain que l'état de nécessité amène un conflit de droits — ou mieux, d'intérêts — éminemment désagréable à l'État, et dont la solution ne peut être qu'un pis-aller, et que l'État ne peut mieux faire qu'empêcher qu'il ne survienne. Tous les juristes se sont trouvés embarrassés, lorsqu'il s'est agi d'en trouver la solution juridique ; Fichte s'est, à l'aide d'un subterfuge, dispensé de la rechercher ; Kant ne s'était tiré d'affaire que par un procédé analogue. Cette déclaration d'impuissance de deux grands philosophes rend indulgent envers les autres.

[1] Ni lui, ni von Wächter, ne rangent le cas de menaces sous le point de vue de la contrainte, comme le croit Janka, 91-2, n. 156. Heffter n'étant pas fichtien, Schröter ne l'étant qu'à demi, la remarque de Janka tombe.

§ 2. THÉORIES DU DROIT DE NÉCESSITÉ

HEGEL ; LA VIE, DROIT ABSOLU, ET LE CONFLIT DE DROITS[1].

I. Entre 1820 et 1830, *Hegel* vient renouveler notre question, en ouvrant des voies encore inconnues et qui, abandonnées aujourd'hui, n'en ont pas moins conduit à la solution du problème. D'un coup de main, nous l'avons vu, il abat la théorie régnante de la contrainte morale: la volonté humaine est à ses yeux « l'incontraignable » ; il n'entre donc pas même en discussion et Köstlin, coryphée de la secte hégélienne en droit pénal, proclame la parole du maître. Mais il ne se contente pas d'abattre, il édifie.

C'est dans le caractère objectif de l'acte nécessaire que le grand philosophe trouve la raison de son impunité ; c'est sa nature intrinsèque qu'il prend en considération, et non plus la personne du nécessité. L'état de nécessité est à ses yeux un conflit de droits, d'où naît un droit : lorsque l'affamé, par exemple, en est réduit au vol, son droit à la vie entre en conflit avec le droit de propriété du volé, et l'emporte sur lui, en tant que d'une essence supérieure. Il est bien évident qu'il ne peut être question d'un droit de nécessité lorsque les termes de la collision sont égaux — qu'un mal ne peut être évité que par l'infliction d'un mal semblable —, car les deux droits en présence se font alors équilibre. Et en ce sens, Hegel est en recul sur Kant et Fichte, qui faisaient de l'homicide nécessaire le cas-type de nécessité ; mais son exclusivisme va donner naissance à une série de théories originales, groupant les actes nécessaires en deux catégories distinctes : rangeant ceux qui en sont susceptibles sous le point de vue hégélien et y voyant l'exercice

[1] Janka, 141-51, 77, 106-9 ; Geyer, Notstand, 63 sv., Notwer, 6-7 ; Hälschner, System, p. 274, 278 ; Berner, de impun. 9-10 ; Baumeister, op. c. p. 89.

d'un droit, reconnaissant l'injustice des autres tout en basant l'impunité sur d'autres considérations ;— jusqu'à ce qu'une fusion s'accomplisse entre les deux principes, et qu'apparaisse une théorie une, résolvant de la même façon tous les cas de nécessité.

II. Ce qu'il y a de nouveau dans la théorie de Hegel, ce n'est ni sa notion de l'état de nécessité, qui est celle de la Caroline, ni le fait qu'il reconnaît un droit de nécessité, car les anciens auteurs l'avaient précédé dans cette voie, ni le point de vue du conflit, connu de Thomasius et de Wolff ; c'est son caractère vraiment juridique.

La vie est, d'après Hegel, le droit absolu, infini : « La vie, dans sa simplicité, résume dans leur totalité les intérêts particuliers de la volonté — dit-il dans son langage nuageux [1] —. Toute atteinte à la vie est une lésion infinie de l'existence et entraîne une perte totale de droits. . . Ne pas permettre à un individu de sauver sa vie en péril, ce serait lui refuser d'un seul coup tous les droits. » C'est pourquoi, « en cas de danger suprême et de conflit avec la propriété, la vie jouit d'un véritable droit de nécessité (non à simple titre d'équité, mais à titre de droit)... L'atteinte à la propriété n'est au contraire que la lésion d'une manifestation isolée et bornée de la liberté et n'empêche pas en même temps la reconnaissance du droit en soi et de la capacité juridique du lésé. » Hegel range sous ce point de vue, et le vol nécessaire, et le bénéfice de compétence, « dont le bienfait laisse au débiteur les outils de sa profession, ses vêtements et d'une manière générale la portion de sa fortune — c'est-à-dire de la fortune de ses créanciers — nécessaire à l'entretien d'une existence conforme à son rang social. »

Köstlin développe logiquement l'idée de Hegel, en accordant

[1] Philosophie des Rechts, 1833, § 127. Au nombre de ses partisans, il faut citer les philosophes *Wirth*, speculativ. Ethik, I, p. 109 sv. et *Michelet*, Naturrecht, 1866, p. 150-1.—Sur le criminaliste *Marezoll*, v. p. 179. Théorie à couleur hégélienne chez *Carrara* (op. c. §§ 295, 2040 note).

à la vie un droit de nécessité vis-à-vis de tout autre droit plus borné, et non de la seule propriété [1]. Quoique le bien individuel ne puisse être recherché que dans les limites du droit formel — par des actes non-délictueux —, lorsque *la vie, totalité du bien et des droits de la personnalité,* se trouve en présence d'un droit et d'un bien borné, de la propriété par exemple, et qu'ainsi l'infini est en face du fini, l'inconditionné en face du conditionné [2] (das Leben ist die Fähigkeit und der Träger von dem Wohl und von den Rechten), il faut que le droit borné cède le pas ; sinon, la vie étant identique avec l'existence de la personnalité juridique, ce serait nier ce qui est la base, la raison d'être de ce droit borné, ce qui le rend possible. Lorsque le droit de propriété de A s'efface devant le droit de vie de B, il en résulte, non une négation, mais une affirmation du droit en soi [3].

Abegg (Untersuchungen, 1830 ; Lehrbuch, 1836) suit moins servilement Hegel; il conçoit le droit « comme formé d'une série de systèmes procédant les uns des autres et dont chacun jouit d'une valeur indépendante et absolue vis-à-vis des systèmes inférieurs, tout en devant se subordonner aux systèmes supérieurs. Le critérium de cette subordination des droits semble être leur conditionnement réciproque : l'État conditionne

[1] Déjà dans la « Neue Revision », 1845, p. 597 Anm. et 606 ; et surtout dans le « System », 1855, §§ 37, 61.

[2] *Wessely*, « Befugnisse des Nothstandes » 1862, appuie sur le caractère inconditionné du droit de vie ; de même *Gillichewski*, Notstand u. Notrecht, 1873. Ces auteurs complètent Hegel par la théorie de faiblesse humaine.

[3] Wessely, généralisant cette idée, exige (op. cit. p. 14-5) que le droit sacrifié ne soit pas atteint dans sa substance, mais seulement dans une de ses applications isolées; sans quoi il serait absolument anéanti, tout aussi bien que par l'atteinte à la vie. Ainsi l'on peut, en vertu du droit de nécessité, porter atteinte à la liberté d'autrui, mais non point le vendre comme esclave. « Denn von dem Rechte der Persönlichkeit ist die substantielle Freiheit unzertrennlich. » — *Levita*, Nothwehr, 1856, adopte la théorie de Köstlin telle quelle.

ıdividu, qui ne jouit vraiment de droits que dans l'État ; la ɜ elle-même de l'individu est la condition de tous ses autres oits. Lorsqu'un droit supérieur ne peut se conserver qu'aux dé- ns d'un droit inférieur, il n'y a pas à proprement parler de nflit, fait justement observer Abegg, le second perdant toute leur en présence de la valeur absolue du premier. *Wessely* ıssi subordonne la « personnalité de l'individu à la personna- é supérieure de l'État dont il fait partie ».

III. Que penser de cette théorie? Nous l'avons exposée en ɔus efforçant d'en dissiper les brouillards philosophiques et ıns relever les contradictions de détail et les nombreuses di- ırgences des auteurs. Ses bases sont, en résumé, d'abord la ɔnception de la vie comme d'un droit absolu, dont la négation ıtraîne celle de tous les autres droits et auquel est seul accor- ée la faveur de la nécessité ; ensuite, la conception de l'état de écessité comme d'un conflit de droits.

Ces deux conceptions sont fausses.

IV. La vie fût-elle un droit — ce n'est d'après nous qu'un ien protégé par la loi —, ce droit n'a rien d'absolu. Malgré ses ɜndances hégéliennes, le grand criminaliste *Berner* — qui dans ı première édition de son traité de droit pénal (1857, p. 127) avait ıème adopté la théorie hégélienne de la nécessité — ne se le dissi- ıule pas et l'établit d'une manière irréfutable : Si la vie, dit-il en ésumé dans sa dissertation sur l'état de nécessité (p. 9-10), était n droit absolu, elle l'emporterait infiniment sur tous les autres roits et l'on ne pourrait concevoir une obligation de la sacrifier; État ne pourrait pas imposer au soldat le devoir d'affronter la ıort. Qu'on ne dise pas que la vie n'est un droit absolu que is-à-vis des autres droits des particuliers et non vis-à-vis de e ceux de l'État — Abegg —, car plus d'un de ces derniers oit céder le pas à la vie : le gardien du trésor public qui, me- ıacé de mort, l'abandonne en mains de brigands demeure im- ıuni. « Il est donc absurde de qualifier un droit d'absolu par

rapport à certains droits et de non-absolu par rapport à d'autres; ce qui peut être comparé — quod aliis anteponendum, aliis postponendum — s'appelle relatif. » Il n'y a donc, conclut Berner, aucun motif de n'accorder qu'à la vie un droit de nécessité.

La vie, ajouterons-nous, n'est à elle seule ni la totalité des droits, ni la totalité du bien; ceux qui sont plongés dans la misère ou privés de bras ou de jambes, les aveugles, les sourds, souriraient tristement en apprenant de la bouche de Köstlin qu'ils possèdent la totalité du bien être; et l'esclave accueillerait fort mal Hegel lui déclarant qu'il jouit de la totalité des droits. Ce qui est vrai, c'est que la vie est le bien suprême de l'individu, qu'elle est — pour lui, non pour les autres — la condition de tous les droits et de tous les biens terrestres: c'est pour cela qu'un malade se fera couper la jambe plutôt que de mourir de la gangrène; mais il préférera de même l'amputation du pied à celle de la jambe, l'amputation de l'orteil à celle du pied.

La chose est évidente. Mais aura-t-on jamais l'idée d'aller couper la jambe de B pour sauver A de la gangrène? C'est à peu près le procédé de Hegel et de Köstlin, déclarant que si A, en danger de mort, n'avait porté atteinte à la propriété de B, le droit en soi, la possibilité de tout droit borné serait niée et que la capacité juridique ne serait pas reconnue dans la personne de B lui-même. Chaque individu a sa sphère juridique propre et la capacité de l'un n'est pas conditionnée par celle de l'autre; A peut mourir sans que B perde son droit de propriété, ni aucun autre droit. Hegel et Köstlin, qui conçoivent le droit comme un ensemble de règles qui limitent extérieurement notre liberté et dont la transgression ne peut être justifiée par l'intention de l'agent (Revision, p. 591-6), entrent ici en contradiction avec eux-mêmes: l'individu ne peut exercer son droit qu'en respectant ceux d'autrui et nos auteurs n'arrivent pas à

établir que la lésion de ces derniers devienne juste par le fait de la nécessité.

V. La source de cette contradiction est une grossière erreur, que commettent souvent aussi d'autres que des hégéliens ; ils conçoivent l'état de nécessité comme un conflit de droits.

La propriété de A entre en conflit avec celle de B — nous choisissons la collision de propriétés comme la plus favorable à l'opinion que nous combattons, la propriété étant certainement un droit. A, par exemple, voyage à cheval et sa bête, qui meurt de faim, se refusant à avancer, il la fait paître dans un pré voisin de la route. Le fait que l'usage du fonds de B est pour A le seul moyen de conserver son cheval, a-t-il quelque influence sur leur droit de propriété ? Nullement ! A peut disposer de sa chose et empêcher les autres d'y toucher, ce qui est l'essence du droit de propriété ; son cheval peut d'ailleurs crever sans que son droit s'éteigne : il sera propriétaire du cadavre ! Et si, pour éviter ce mal, il le fait paître sur le pré de B, le droit de ce dernier reste intact ; il le fera valoir par une action en réparation du préjudice. Les droits de A et de B ne se portent donc aucunement ombrage. Et il en sera ainsi dans tous les cas de nécessité [1], parce qu'un droit n'est droit qu'autant qu'il reste confiné dans sa sphère et s'exerce par des moyens légaux. — Prenons un autre exemple où l'on peut être plus porté à admettre un confit de droits : le vent a emporté mon chapeau dans un champ de blé ; il semble qu'en allant l'y chercher, je ne fais qu'exercer

[1] Excepté cependant dans les cas de conflits de devoirs (p. 26 sv), l'individu ayant le droit de faire son devoir. Logiquement impossible, le conflit de droits est possible en fait, les faits n'étant pas toujours logiques. Janka l'oublie, lorsqu'il prétend que ce conflit « *weil undenkbar*, nirgend die Veranlassung oder die Unterlage eines Notrechtes sein kann » : cette assertion étonne dans la bouche d'un auteur qui reconnait — avec raison — la toute-puissance de l'État en matière de constitution de droits (als rechtserzeugender Faktor ; p. 149, 165 sv.). — C'est aux tribunaux du reste qu'il appartient ordinairement de résoudre les conflits de droits.

le droit que j'ai de disposer de ma chose, et que du moment que le propriétaire du fonds a droit à ce qu'on n'y pénètre pas sans son consentement, il y a conflit de droits. Il n'en est rien ; nos deux droits se limitent. Mon droit me permet simplement d'exiger du propriétaire qu'il me restitue ce qui m'appartient et de le poursuivre en justice s'il s'y refuse ; je puis renoncer à reprendre immédiatement possession de ma chose, sans que mon droit sur elle s'éteigne. Mais je m'expose, en m'en allant sans chapeau, à ne le recouvrer que détérioré, et à subir les conséquences fâcheuses pour ma santé d'une promenade nu-tête ; puis j'ai en perspective des démarches peut-être longues et ennuyeuses pour rentrer en possession de mon bien. C'est l'intérêt que j'ai à éviter ces divers dommages — très variables suivant les cas — qui entre ici en conflit avec l'intérêt du propriétaire foncier au respect de son blé.

Ce conflit d'intérêts ne saurait évidemment, par lui-même, créer aucun droit ; l'acte injuste par lequel je sauvegarde un bien ne peut se justifier par la considération que je jouis d'un droit sur ce bien [1]. Qu'il y ait de bonnes raisons pour que le législateur m'autorise à le sauvegarder en cas de danger en portant préjudice à autrui, et reconnaisse ainsi des droits de nécessité, c'est une autre question.

On a souvent combattu Hegel en protestant contre l'établissement d'une échelle des droits. De même que le plus petit état n'est pas moins souverain que le plus puissant empire — s'écrie Marquardsen (Archiv, 1857, p. 401-3) —, de même un droit quelconque est droit au même degré que tous ses congénères ; il n'existe pas de moitiés et de quarts de droits ! — ajoute Geyer

[1] Sophisme analogue chez Haus (Dr. pén. belge, n. 619, note 4) : il déclare illégitime la défense de la propriété par le meurtre, légitime le meurtre du voleur par l'arme à feu adaptée à un coffre-fort pour sa défense parce que chacun « peut disposer comme il l'entend de ce qui lui appartient. » Cf. aussi Breidenbach, page 184 ci-dessus.

(Notstand, p. 78, 65-6). Inutile de répondre, puisque l'état de nécessité n'est pas un conflit de droits.

VI. La théorie hégélienne est donc inadmissible : elle ne donne pas une base suffisante au droit de nécessité et, si droit il y a, il n'est pas de raison pour n'accorder ce droit qu'à la vie.

§ 3. Suite. L'ACTE NÉCESSAIRE, DÉLIT CIVIL.

Quoique de 1840 à 1870 presque tous les criminalistes allemands soient de fervents hégéliens, aucun depuis Köstlin n'adopte telle quelle la théorie hégélienne de l'état de nécessité. Son insuffisance pratique la fait repousser. On comprend qu'une peine ne saurait être infligée à celui qui tue pour sauver sa vie et aussi que la vie n'est pas seule digne de la faveur de la nécessité. Quoi, dit Luden, une femme ne pourra-t-elle pas échapper au péril qui menace son honneur en blessant son gardien de bonne foi? On ne peut, dit Berner, punir le baigneur dont les habits ont été emportés et qui, par pudeur, s'empare de ceux d'autrui. Et chacun s'ingénie à trouver des exemples de ce genre. La théorie de Hegel leur étant inapplicable, force est de recourir à d'autres arguments. Les uns se rangent à la théorie de faiblesse humaine — celle de contrainte morale est déclarée contraire aux principes de l'imputabilité — ; d'autres se contentent d'y recourir pour compléter celle de Hegel, à laquelle ils demeurent du reste fidèles ; d'autres enfin — auxquels est consacrée la fin de ce chapitre — développent les idées de Hegel en les corrigeant. Deux d'entre ces derniers, *Luden* et *Hälschner*, prennent une direction spéciale : tout en se basant sur le conflit de droits, ils nient le droit de nécessité et considèrent l'acte nécessaire comme un délit, mais un délit impuni parce qu'il est de nature purement civile.

D'après Luden et Hälschner, le *délit civil*, qui oblige à la réparation du préjudice, ne porte atteinte qu'aux *droits*

subjectifs d'un individu — droit de propriété, par exemple —, tandis que le *délit pénal,* qui seul donne lieu à la répression, contient en outre une transgression par la volonté individuelle de la volonté générale exprimée dans le *droit objectif.* L'innocent lésé par l'acte nécessaire ne pouvant être dépouillé de ses droits par le fait qu'un inconnu est menacé d'un péril, même extrême, l'acte nécessaire porte certainement atteinte à un droit subjectif et est un délit civil. Mais ce n'est point un délit pénal, parce qu'il n'est pas contraire au droit objectif : en effet, dit *Luden* (Abhandlungen, II, 1840 et Handbuch, 1847), la mission de ce dernier étant d'assurer l'intégrité juridique des individus, il ne peut, à moins de se contredire, leur imposer une lésion de cette intégrité que pour des motifs juridiques. Et ces motifs n'existent pas dans le cas de nécessité, car ce sont alors des forces naturelles ou l'acte injuste d'un tiers qui menacent un homme d'une perte de droits ; le droit objectif ne peut donc interdire à l'individu de se protéger, même par un acte injuste.

Luden devrait accorder à tous les droits la faveur de la nécessité, mais il n'ose; l'acte n'est vraiment nécessaire, dit-il, que si le droit en détresse est de sa nature « irremplaçable », si c'est la vie, l'intégrité corporelle, l'honneur de la femme, ou la liberté. Restriction injustifiable — on l'a souvent formulée et nous en reparlerons —, car la qualité abstraite de réparabilité d'une lésion importe peu si cette lésion est en fait irréparable. Un doigt ne peut être remplacé ; mais une maison incendiée, qui n'est pas assurée, non plus — et chacun se résignera mieux à la perte du doigt qu'à celle de la maison. Aussi *Hälschner* supprime-t-il avec raison cette restriction (preussisches Strafrecht, II, 1857): il conçoit *l'état de nécessité* comme un *conflit de droits* quelconques, *dans lequel* cependant *le droit à conserver est au moins égal en qualité et en quantité au droit à sacrifier.* C'est, dans notre siècle, la première fois qu'est proclamée dans toute son

étendue l'impunité de l'acte nécessaire et qu'une formule est posée qui embrasse tous les cas de nécessité — sauf pourtant les conflits de devoirs —. Ce fait est digne de remarque [1]. Hälschner conçoit du reste autrement que Luden la mission du droit objectif: c'est la réalisation du bien (Verwirklichung des Wohles). C'est précisément là le but que poursuit le nécessité ; aussi, bien qu'il viole le droit formel, n'y a-t-il pas dans sa volonté cette opposition avec la volonté sociale dans son essence, qui constitue le délit pénal; —disons-le en passant, la conséquence logique de ce point de vue, c'est, en cas d'inégalité des termes du conflit, une modification du droit formel se mettant d'accord avec son but et approuvant l'acte nécessaire, c'est la reconnaissance d'un véritable droit de nécessité.

Ces arguments tirés de la mission du droit objectif, à laquelle contredirait la prohibition de l'acte nécessaire, présentent une grande part de vérité, et nous verrons que c'est de ce côté qu'il faut chercher la clef du problème de l'état de nécessité. Mais est-il besoin de dire que la conception juridique de Luden et de Hälschner est inadmissible? Le droit objectif est l'ensemble des règles de droit en vigueur, les droits subjectifs, les facultés qu'il accorde aux individus ; l'individu n'a de droit que ce que lui en concède la volonté générale exprimée dans la loi. Dès que la loi confère le droit de violer un droit sujectif, ce dernier n'est plus un droit ; et si, inversément, le droit subjectif est maintenu, sa lésion est une atteinte au droit objectif. Étrange conception que celle d'une lutte de droits approuvée par la loi ; le même acte est ainsi juste et injuste ! Cette théorie, qui fait dériver les droits individuels on ne sait d'où, rappelle celle de l'ancien droit naturel — encore vivante chez beaucoup d'esprits en France —, qui accorde des droits aux individus en les considérant comme

[1] Dans son « Deutsches Strafr. » I, 1881, p. 489, Hälschner a la malencontreuse idée de restreindre sa notion de l'état de nécessité à celle d'un conflit de droits inégaux.

des êtres isolés, sans songer qu'il ne peut y avoir droit que d'homme à homme et que le droit de chacun est perpétuellement limité par celui de l'autre, d'où l'impossibilité d'avoir le droit de violer un droit. Toute violation du droit est un délit, et le délit civil est de même essence que le délit pénal ; la science allemande a reconnu la vanité des tentatives d'une distinction rationnelle de ces deux délits, depuis les réfutations, qui paraissent définitives, de *Merkel*, dans ses « Kriminalistische Abhandlungen » (1867, p. 1-41) et de *Binding*, dans son beau livre sur les « Normes » (die Normen, I, 1872, §§ 24-31).

Abordons le second groupe des continuateurs de Hegel.

§ 4. Suite. LE DROIT DE NÉCESSITÉ BASÉ SUR L'UTILITÉ ET LE CONFLIT DE BIENS

I. Tout en repoussant la théorie hégélienne du droit absolu de la vie, *Berner* se rallie à l'idée plus générale qu'elle implique, l'idée d'une différence de valeur entre les droits, et en fait la base d'une théorie nouvelle, la plus acceptable de toutes celles que nous ayons rencontrées jusqu'ici [1] ; nul n'a plus contribué que Berner à faire admettre dans toute son étendue l'impunité de l'acte nécessaire : sa dissertation « de Impunitate propter summam necessitatem proposita » (Berlin, 1861) est un chef-d'œuvre de précision et de bon sens, et son traité de droit pénal le plus répandu des traités sur la matière — il en est à sa quinzième édition.

II. Il admet tous les biens à la faveur de la nécessité, qui confère tantôt un droit et tantôt une simple excuse : une excuse, basée sur la considération de la faiblesse humaine — v. p. 180

[1] En 1848 déjà, il écrit, à propos de la légitime défense (Archiv des Criminalrechts) : « Dans l'état de nécessité, un droit plus élevé se conserve aux dépens d'un droit moindre. » Mais, dans la 1re édition de son traité (1857), il retourne à Hegel (p. 200 ci-dessus).

ci-dessus —, lorsque la lésion infligée à autrui est, ou peu s'en faut, égale au dommage évité ; un droit, lorsqu'elle lui est sensiblement inférieure. Lorsque le nécessité exerce un droit, le lésé doit se soumettre, sans pouvoir user de légitime défense, et un tiers quelconque peut intervenir en faveur du nécessité. Ce droit, Berner l'établit très adroitement, en montrant l'absurdité qu'il y a à le nier (de Impun., p. 9) : « Si excusationem opus esset iis qui, læsa proprietate aliena, vitæ periculum effugerent, consequeretur, melius et virtuti convenientus eos acturos fuisse, vita pro alienis bonis profusa, essetque vir optumus et sapientissimus, qui, dum aquis mersus perire periclitatur, rem alienam aliquam, qua abrepta saluti suæ consulere posset, non abriperet, et pro proprietate aliena mori « dulce et decorum » putaret. Qui mehercle non sapientissimus, sed stultissimus cujusque mors non herois, sed dementis esset. Afferte non martyris coronam, sed scurrae cucullum, quo caput ejus digne exornemus ! » Dire que celui qui attente à la propriété d'autrui pour sauver sa vie agit injustement, c'est dire qu'il aurait dû se laisser mourir ; ce serait le fait du sage des sages que préférer se noyer plutôt que de s'accrocher à la chose d'autrui, au risque de l'endommager ! Mais ce serait en réalité le fait du plus stupide des hommes ; cette mort serait celle d'un fou, non d'un héros. — C'est ce qu'avait dit Wenckebach, deux siècles auparavant (v. p. 135 ci-dessus) ; mais il parlait dans le désert.

S'il faut accorder à la vie un droit de nécessité vis-à-vis des droits de moindre importance, il n'est pas de raison, continue Berner, de n'en pas accorder à tous les droits vis-à-vis des droits de moindre valeur, car la vie est un droit comme les autres. « Egisse sapienter, ducta jurium diversorum ratione, e re publica et absolutissimo societatis humanæ exemplari congruenter, non is tantum, qui *vitæ* suæ salutem expedivit, sed is quoque, qui *salvis gravioribus aliis quibusdam juribus* minora jura violavit. » Il établit donc une échelle générale des droits ;

celui qui sauvegarde le plus important des droits en présence agit conformément à l'utilité sociale et doit être approuvé.

III. Berner parle de *droits*; son argumentation ne perdrait rien de sa valeur s'il parlait de *biens*. C'est au fond sa pensée. Il déclare qu'il n'est pas absurde de parler du « droit de violer un droit », parce que l'homme ne jouit pas de droits innés et inébranlables, que tout droit est conditionné par la possibilité de la vie sociale et disparaît dès que le salut de l'État ou d'autres citoyens l'exige. Ce n'est donc pas un droit qui est lésé par l'acte nécessaire, c'est quelque chose qui *serait* un droit, sans le danger couru par autrui. Qu'est-ce donc, sinon un bien ? bien auquel, exceptionnellement, la loi pénale n'accorde pas sa protection. Berner, du reste, parle souvent de biens (bonum, res). Et l'échelle qu'il établit est plus admissible entre biens qu'entre droits, car, pour fixer la valeur d'un droit, il n'est pas d'autre moyen que de remonter à l'intérêt individuel et social au maintien et à l'exercice de ce droit ; pris abstraitement, en dehors de son contenu, tout droit à une valeur absolue, comme le disaient Geyer et Marquardsen (v. p. 203).

C'est ce que voit *Schaper*, qui, le premier, pose nettement la question (Holtzendorff's Handbuch, II, 1871) : « Droit contre droit : c'est ainsi qu'on formule généralement l'état de nécessité; ne devrait-on pas dire : bien contre bien ? Lorsqu'il apparaît que, d'après le cours normal des choses, deux biens, placés dans la règle sous la protection du droit, ne peuvent plus subsister en présence l'un de l'autre, auquel des deux cette protection doit-elle rester assurée ? Le bien moindre doit céder au bien le plus élevé. » A la vie, la santé et l'intégrité corporelle ; à celles-ci, la liberté; à la liberté, l'honneur ; à l'honneur, la fortune ; au danger menaçant plusieurs personnes, celui qui n'en menace qu'une seule ; au bien réel et présent, le bien qui n'est encore qu'un devenir, ainsi la vie du fœtus humain à celle de la mère. — Soit dit en passant, cette échelle est inutilisable ; Schaper fait brutale-

ment abstraction de toutes les nuances. Il faut tenir compte de la mesure diverse dans laquelle peut être atteint le même bien — un doigt vaut plus qu'un louis, mais vaut-il cent mille francs? —, de la valeur spéciale du bien pour son possesseur, de la possibilité dans l'espèce d'une réparation du dommage et d'une foule d'autres facteurs encore. Le juge peut seul décider, en présence du cas concret, si c'est le bien le plus important qui a été sauvé. *Bentham* (Traités de législation, 1820, II, p. 48-51, 139) avait déjà admis, et c'est la conséquence naturelle de son utilitarisme, la répulsion d'un mal plus grand au nombre des moyens de justification; mais nous ne croyons pas que personne l'eût jusque-là suivi.

IV. Schaper, visant à l'unité, rejette la théorie double de Berner et range tous les cas de nécessité sous le même point de vue : même en cas d'égalité des termes de la collision, il accorde un droit au nécessité. Mais il le base sur un argument insuffisant : « la morale peut exiger de l'individu qu'il sacrifie son bien au bien semblable d'autrui ; le droit, lui, ne peut l'exiger que lorsqu'un individu se trouve en présence d'une pluralité ; » mais il ne peut l'exiger non plus de celui que lèse l'acte nécessaire, ce qu'il fait en accordant un droit au nécessité. — *Stammler*, dans son excellente monographie (p. 50 ci-dessus), renouvelle sans succès la même tentative : « Lorsque — dit-il (p. 74-8) — deux biens de même valeur entrent en un conflit que l'ordre social est impuissant à résoudre, c'est d'après le résultat effectif du combat, d'après la force dont ont fait preuve les biens théoriquement égaux qu'il faut décider quel est celui dont la conservation avait, dans l'espèce, le plus de valeur pour la société et doit, en conséquence, être approuvé par la loi. Le vaincu a succombé avec l'approbation du droit, parce qu'il s'est montré le plus faible et, par conséquent, le moins précieux pour le droit. » Simple jeu de mots : l'homme le plus « valeureux » n'a pas toujours le plus de « valeur » ! Depuis quand la

force physique, ici seule en jeu, a-t-elle décidé de la valeur des individus? La nature n'a pas donné à tous les grands hommes la stature de colosse du prince Bismarck. Puis la force qui décide n'est pas celle du bien en danger, c'est celle du porteur de ce bien ; et quel rapport trouver, par exemple, entre la force des poings de deux paysans et l'intérêt social à la conservation de tel ou tel de leurs biens? Enfin, comme le fait observer von Buri (l. c. p. 440-1), ce n'est qu'à l'issue de la lutte qu'est déterminée la force respective des combattants ; jusque-là, ils combattent sans droit et ce n'est que par l'effet rétroactif du résultat final du combat que leur conduite est juridiquement qualifiée. Que le combat soit interrompu ou qu'il devienne inutile, et les combattants seront coupables de tentative criminelle ! Nous tombons dans l'absurde.

Les autres criminalistes qui, même dans le conflit de biens égaux, admettent un droit de nécessité — ainsi *Merkel* (op. cit. p. 35), *von Bar* (Grundriss, 1873, p. 10) et *Binding* (Normen) — ne le justifient pas. Il est injustifiable, car il implique alors une contradiction insoluble; Binding lui-même le reconnaît dans son dernier ouvrage (Handbuch, I, p. 763) : Le nécessité trouve en face de lui un individu dont son attaque fait un nécessité et qui, comme tel, jouit aussi d'un droit. Le premier ayant le droit de tuer le second, le second ne saurait avoir celui de l'en empêcher et doit se laisser tuer; mais en même temps il a le droit de tuer le premier! Nous retrouvons, poussée à l'extrême, l'absurdité de la théorie de Luden.

Berner a donc raison de n'admettre un droit de nécessité qu'en cas d'inégalité des termes de la collision ; faut-il même jamais tirer cette conséquence de cette vérité incontestable que la société attache une importance très diverse à la conservation des divers biens? La doctrine allemande actuelle le nie. Nous examinerons la question en exposant notre propre théorie, qui prend aussi pour point de départ l'idée du conflit de biens.

§ 4. CONCLUSION

Nous sommes arrivés au terme de l'évolution des théories de l'état de nécessité au XIXe siècle; elle s'est presque tout entière accomplie en Allemagne. Cette évolution est instructive: En face de l'acte nécessaire, on a d'abord constaté que la crainte d'un mal imminent entrainait au délit et on a cherché à l'excuser à l'aide des principes connus; l'application du principe que l'homme n'est responsable que des actes librement accomplis a semblé tout indiquée. Puis il a été reconnu que la contrainte morale était illusoire, et les théories de non-imputabilité ont été abandonnées pour celles d'excuse. Une règle spéciale a été posée: les lois sont faites pour la moyenne des hommes et les hommes ne sont pas parfaits. Enfin l'acte nécessaire a été considéré en lui-même; Hegel, retournant à la doctrine canonique du moyen âge, a proclamé le droit de la vie à se conserver aux dépens de la propriété et l'idée d'une différence de valeur entre les droits, heureusement reprise et développée, a conduit à la solution que nous croyons juste.

En France même, une évolution analogue s'est produite, comme par la force des choses et sans que les auteurs en aient pris conscience. Ils abandonnent de plus en plus la théorie de contrainte morale pour celle de faiblesse humaine, et trouvent le critérium de l'impunité dans le rapport d'importance entre le mal évité et le mal causé, critérium qui ne convient qu'à la théorie du conflit de biens.

Il nous reste à étudier un groupe de théories en faveur desquelles ne s'est jamais créé aucun sérieux courant d'opinions, et qui, bien que renfermant une grande part de vérité, sont impuissantes à justifier l'impunité complète de l'acte nécessaire.

CHAPITRE IV

THÉORIES D'INUTILITÉ DE LA LOI PÉNALE

Leur idée-mère est la suivante : la punition de l'acte nécessaire serait dépourvue de toute utilité sociale ; la peine n'atteindrait pas les buts qu'elle se propose — buts d'intimidation, d'amendement, de prévention, de rétablissement de l'ordre social et autres —, ou ces buts sont atteints déjà, sans qu'il soit besoin de recourir à la répression. Une peine inutile étant injustifiable, l'acte nécessaire doit rester impuni. — Ces théories se basent donc sur une considération toute négative : l'absence de motifs d'incrimination. Que l'acte soit injuste et imputable, elles n'en doutent pas ; mais combien de violations de droit sont à l'abri de la sanction pénale ! Pourquoi, par exemple, la tentative d'infraction et les infractions commises par imprudence, ou même volontairement, mais sans intention méchante, pourquoi les fraudes en matière de contrats ne sont-elles pas toujours punies ? C'est pour des motifs analogues que le délit nécessaire ne doit pas être incriminé.

Si, comme Kant ou Joseph de Maistre, on voit dans la peine l'expiation nécessaire du mal commis, c'est une question oiseuse que celle de son utilité. Mais on est, de nos jours, généralement d'accord sur ce point, que l'utilité de la peine est, sinon sa raison d'être, du moins sa condition d'application. S'il était

vrai que la punition du nécessité fût inutile, malgré l'injustice de son acte, ce serait donc une base suffisante à son impunité.

§ 1. IMPOSSIBILITÉ DE L'INTIMIDATION

On se rappelle l'argument de *Kant* (v. p. 146) : la peine ne peut, en menaçant d'un mal, détourner du délit celui que menace un mal immédiat dont le délit peut seul préserver. *Erhard* et *Michaelis* l'avaient formulé avant lui ; après lui, *Feuerbach* le met faussement en relation avec la question d'imputabilité (v. p. 152) ; mais d'autres le laissent à sa place : en Allemagne, les criminalistes *Thibaut* et *Salchow* et le philosophe *Schilling* ; en France, *Rossi* ; en Angleterre, *Bentham*, qui va jusqu'à baser sur cette idée l'impunité du duel : les lois qui le prohibent sont méprisées « parce que l'homme d'honneur craint plus la honte que le supplice » [1]. — Quelle est la valeur de cet argument ?

L'intimidation fût-elle l'unique but de la loi pénale, son impossibilité ne saurait suivant nous être un motif d'impunité. Elle vise l'avenir, et non pas le passé : « Tu seras pendu — disait un juge anglais célèbre —, non parce que tu as volé un cheval, mais pour qu'on ne vole plus de chevaux. » On peut donc punir le nécessité, la peine étant dirigée contre les délits futurs d'individus qui ne se trouveront sans doute pas en état de nécessité. Et toutes les fois d'ailleurs qu'un délit est commis, c'est que l'intimidation ne s'est pas produite, et cela provient généralement de ce qu'elle n'était pas possible — il en est même toujours ainsi aux yeux des déterministes — ; soit que la peine n'ait pas été de nature à faire impression sur le cri-

Thibaut, Beyträge, 1802, p. 43; cf. p. 24 : « ich bin mit H. Feuerbach überzeugt... dass der Zweck jedes Strafgesetzes Abschreckung ist », et p. — sv. sur l'imputabilité. — *Salchow*, Lehrbuch, §§ 80-1 (cf. p. 156 ci-dessus). 54 *Schilling*, l. c. (p. 195 ci-dessus). — *Rossi*, Traité, p. 301, 300. — *Bentham*, op. c. p. 140.

minel, soit qu'il se soit bercé de l'espoir de n'être pas découvert: est-il une impossibilité plus absolue que celle où se trouve l'État d'inspirer la certitude qu'aucun délit n'échappera à la répression? A cela s'ajoute qu'en cas de nécessité l'intimidation, quoique douteuse, reste possible: dans certaines classes, la honte de la condamnation est plus redoutée que le mal matériel de la peine. Et cette possibilité suffit, parce que l'intimidation n'est jamais que possible et que toute déclaration d'impunité, en rendant plus incertaine encore l'application de la loi, en affaiblit d'une manière fâcheuse le pouvoir intimidant. Nous renvoyons au surplus à notre critique de la théorie de Feuerbach (p. 149 sv.); qui veut intimider ne peut être ni indulgent, ni juste, car le principe d'intimidation est de sa nature exclusif de tout ce qu'on appelle justice.

Von Liszt, professeur à Marburg, vient de ressusciter la théorie kantienne, en l'habillant à la moderne. La loi pénale avait pour effet, d'après Feuerbach et Bauer, d'avertir et d'intimider; c'est, d'après von Liszt, l'effet de la défense — ou ordre — dont la transgression est frappée d'une peine, de la « norme », dont la menace de peines ne fait que fortifier le pouvoir (Lehrbuch, 1888, p. 25). Or, dans l'état de nécessité, « la loi, tenant compte de la puissance des faits, renonce à exiger qu'on observe ses prescriptions, parce qu'elle ne peut compter sur cette observation,... qu'elles doivent se montrer impuissantes vis-à-vis de l'instinct de conservation fondé dans la nature humaine. » Mais c'est précisément pour les cas d'impuissance de la norme que sont édictées les peines, tout délit étant un de ces cas! Von Liszt dit que, comme dans la prescription, le législateur « tient ici compte de la puissance des faits »; le fait, c'est, dans la prescription, la victoire du criminel sur les institutions pénales; ce n'est, dans l'état de nécessité, que la commission de délits et sa plus ou moins grande inévitabilité. La conséquence de ces beaux principes serait l'impunité de

tous les crimes! Il faudrait examiner la nature juridique d'actes dont la fréquence ne peut être qu'un motif de sévérité.

§ 2. INUTILITÉ DE LA PRÉVENTION

La théorie pénale d'intimidation voit dans la peine une mesure de *prévention générale,* visant, non le délinquant, mais ceux qui pourraient délinquer, autrement dit tout le monde; au contraire, d'après la théorie de *prévention spéciale* — qu'a développée *Grolman* à la fin du siècle dernier et qui, grâce à la nouvelle école italienne, redevient en vogue —, c'est une mesure destinée à empêcher les délits futurs du délinquant lui-même. Qui commet un délit en fait craindre de nouveaux; d'ennemi de l'ordre social qu'il s'est révélé en violant la loi, il s'agit de le transformer en être inoffensif, but que la peine atteint ou par son incapacitation complète (mise à mort ou prison perpétuelle), ou par l'infliction d'un mal dont il craindra la réitération (en l'intimidant), ou encore — ajoutent les modernes — par l'amendement, qui développe ses sentiments altruistes, tandis que l'intimidation ne fait appel qu'à ses instincts égoïstes. La peine n'a donc aucune raison d'être, lorsqu'auteur d'un acte injuste un individu n'en est pas moins inoffensif.

C'est le cas du nécessité, aux yeux de Grolman (Grundsätze, 1798; plus tard il se rallie à Fichte); et c'est aussi l'avis de *Bentham,* qui s'exprime de la manière suivante (op. cit., p. 39): « Un point commun à ces circonstances — conservation de soi-même ou de personnes chères, condescendance à menaces, « outrepassation » de défense nécessaire, provocation—, c'est que le délit n'a pas eu sa source originaire dans la volonté du délinquant. La cause première, c'est un acte d'autrui, une volonté étrangère ou quelque accident physique; à part cet événement, il n'eût pas songé à devenir coupable, il serait demeuré innocent jusqu'à la fin de sa vie, comme il l'avait été

jusqu'alors. Et même, ne fût-il pas puni, sa conduite future serait aussi bonne que s'il n'eût pas commis de délit. » Sur cette considération — dans laquelle on retrouve l'idée de l'action mixte —, le publiciste anglais ne base qu'une atténuation de la peine, parce que sa théorie pénale met le but de prévention générale sur le même pied que celui de prévention spéciale et que cette dernière peut devenir inutile sans que le besoin de la première se fasse moins sentir. Ainsi en cas de provocation; mais non dans le cas de nécessité: la prévention générale n'a pas alors à être recherchée non plus, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent, de sorte que l'acte nécessaire est complètement impuni.

La théorie de non-intimidation veut l'impunité du délit nécessaire parce que l'intimidation, quoique désirable, est impossible; celle de non-prévention, parce que la prévention, quoique possible, n'est pas désirable. Mais cette dernière assertion nous semble aussi gratuite que le première: le système pénal de prévention repose sur la présomption injustifiée que la commission de tout délit prouve — et prouve seul, puisqu'on ne punit que les délits — une disposition d'esprit qui compromet la sécurité publique. La combattre dans le cas de nécessité par cette seconde présomption qu'il n'y a pas à craindre de récidive de celui qu'a entraîné au crime la crainte d'un mal, de la mort même, ne se justifie pas davantage. Le nécessité a voulu un acte qu'on dit illégal; puisque le danger social résultant des volontés illégales est la raison d'être de la peine, il faut le punir. Qui nous dit qu'il ne retrouvera pas d'occasion aussi tentante de violer la loi que celle de l'état de nécessité? et qu'il n'y succombera pas d'autant plus volontiers que sa première infraction est restée impunie?

C'est ce qu'il faudrait répondre aux partisans de la théorie pénale d'amendement qui voudraient qu'on laissât le nécessité impuni, parce que son amendement serait superflu. *Rotering*, (l.c.)

qui donne aussi les arguments d'inintimidabilité et d'inutilité de la prévention, dit que cet amendement est impossible, parce que « la peine infligée au nécessité apparaît comme cruelle, éveille des sentiments de vengeance et de haine » ; simple pétition de principes : la peine n'est pas cruelle si elle est méritée.

Il est donc ridicule de prétendre que celui qui s'est souillé les mains d'un crime (puisqu'on soutient qu'il y a crime) par simple égoïsme doive, quant à la légalité de ses intentions, quant à la confiance que peut avoir la société dans le respect dont il témoignera à l'égard des droits d'autrui, être mis sur le même pied que celui qui n'a pas commis de crime. Il n'a fait preuve, sans doute, ni d'endurcissement, ni de perversité, ni d'instincts vicieux, ni d'un méchant dessein de nuire ; mais que de condamnés sont dans ce cas ! Ne punit-on même pas souvent la simple imprudence ? Sa peine sera certainement atténuée, mais le législateur ne peut baser sur des considérations de ce genre l'impunité des plus graves atteintes à l'ordre social.

§ 3. INSIGNIFIANCE DE L'ACTE NÉCESSAIRE

On s'est placé à un troisième point de vue, enfin, pour prouver qu'il est inutile d'infliger une peine au nécessité. Plusieurs criminalistes de valeur, *Carmignani* en Italie, en Autriche *Glaser* — qui greffe cette théorie sur l'argument de faiblesse humaine —, en Allemagne *Meyer* [1] — converti depuis à l'idée du conflit de biens —, ont soutenu que le délit nécessaire ne présentait pas une portée sociale suffisante pour qu'il fût besoin de réagir contre lui autrement que par une action civile en dommages-intérêts. L'argument convient surtout à la théorie pénale

[1] Lehrbuch, 1875, § 54 ; cf. 4e éd. p. 11-2. Nous ne connaissons cet ouvrage et les « Juris criminalis elementa » de Carmignani que par Stammler (43-4), Janka (185-6) et Köstlin (Revision, 601 ; System, 115). — Stammler cite en outre M. le prof. *Seuffert* (de Breslau ?), à son cours.

de Carmignani, théorie de légitime défense sociale qui justifie la peine par le danger qui résulterait pour la société de l'impunité; or ce danger, dit-on, est ici presque nul. « Quel est le danger, quelle est l'alarme de pareils actes? » s'écrie *Rossi* (l. c.), qui adopte l'argument. Glaser est moins laconique: « La société humaine n'a atteint nulle part un degré assez élevé de perfection morale, pour que la punition de celui qui a cédé aux menaces rencontre ce *communis consensus* qui est à la base de toute disposition de loi pénale... Nous sentons que s'il y avait résisté, il aurait fait plus que nous n'en serions nous-mêmes capables dans la plupart des cas;... aussi la lésion de droit n'a-t-elle pas assez de retentissement moral (moralische Fortwirkung) pour troubler plus que le rapport de droit particulier entre lésant et lésé, pour mettre en danger l'ordre social lui-même; et tout le monde voit dans cette dernière circonstance une condition de la peine. »

Nous avouons ne trouver là que ce que Köstlin, critiquant Carmignani, appelle « ein vages politisches Raisonnement. » Le *communis consensus,* dont parle Glaser, est présent: la punition de l'homicide nécessaire, par exemple, ne se heurtera pas à la désapprobation publique, la majorité des hommes jugeant plus de la criminalité d'un acte d'après sa valeur morale que d'après sa portée sociale, et l'orgueil humain faisant que chacun s'attribue plus de moralité qu'il n'en possède. Et cet acte cause alarme et danger: danger résidant dans la volonté criminelle de l'agent, nous l'avons montré plus haut; danger résultant du mauvais exemple donné, de l'ébranlement de la loi violée, dont l'autorité doit être rétablie; le même danger, en un mot, qui accompagnerait le délit non commis en état de nécessité, à un moindre degré d'intensité sans doute, ce qui entraînera l'atténuation de la peine.

Stammler (op. cit. p. 43-4) fait à cette théorie un reproche qui, s'il était fondé, atteindrait toutes celles exposées dans ce

chapitre. Elles attribuent, dit-il, au législateur un procédé d'incrimination qui n'est pas le sien. « Il faudrait supposer qu'il ne pose pas une norme, dont la transgression doit être punie et ne rester qu'exceptionnellement impunie, mais qu'il se représente, successivement, par exemple tous les cas de vol possibles et se demande chaque fois s'il y a matière à pénalité ; dans le cas de nécessité, il ne trouverait, étant donné notre degré de civilisation, aucun motif d'incrimination, n'y ayant lieu de poursuivre aucun des buts de la loi pénale. » Mais le législateur recourt souvent, dans une mesure variable, à ce procédé [1]. Il incrimine la menace de crimes — au sens étroit du mot —, non celle de délits ; il s'est donc représenté les divers cas possibles de menaces, et a jugé que celle de délits n'était pas assez grave pour justifier un procès pénal. De même toutes les fois qu'il exige, pour la criminalité, qu'un mal soit commis de telle ou telle façon, dans telle ou telle circonstance, dans tel ou tel but spécial ; ainsi « de nuit » ou « méchamment ». De même quant à la tentative, n'incriminant que par une disposition expresse la tentative de délit — au sens étroit du mot —, il doit se demander à propos de chaque article qui vise un délit s'il y a lieu à incrimination. Il pourrait de même, comme les pénitentiels, ajouter à chaque article de loi « sauf cas de nécessité » ; mais il est plus simple de consacrer un article spécial à cette exception. Son examen des cas possibles est du reste facilité par le fait qu'il peut n'examiner que les plus graves ; là où l'homicide est insignifiant, toute infraction l'est aussi. Et il a à sa disposition un critérium très net de l'acte nécessaire ; l'étude des théories objectives nous l'a révélé : son auteur ne fait que détourner sur autrui un mal qui le menace ou lui infliger un mal moindre que celui qu'il évite par son acte. On peut donc se poser cette ques-

[1] Les développements de Binding dans ses « Normen » (I, 1872, §§ 15-23) mettent ce point en lumière.

tion : y a-t-il lieu de punir des actes qui, bien qu'injustes, ne causent aucun dommage extérieur et ne témoignent chez leur auteur — sans compter les cas d'intervention, moins graves encore — que d'un manque de délicatesse de sentiments, que de l'absence d'un altruisme élevé qui n'est point le partage du commun des hommes?

Oui, il y a lieu de les punir, par cela seul qu'ils sont injustes et incriminés par la loi ; quelques considérations sur les principes de la pénalité mettront ce point en lumière.

§ 4. ESQUISSE D'UNE THÉORIE DE LA PÉNALITÉ [1]

Nous l'avons dit (p. 32-4), la base de la peine est la nécessité du droit, et d'un droit respecté ; le droit ne peut vivre qu'en luttant contre ses ennemis. Les plus redoutables sont « *les criminels* », que leur constitution physique et morale ou l'habitude doivent inévitablement pousser au crime — les récidives en sont un indice —, classe spéciale d'individus qu'étudie l'anthropologie moderne, êtres impropres à la vie sociale, dont il faut l'adaptation au milieu ou la sélection ; la société est comme un organisme qui doit s'assimiler les éléments étrangers ou les expulser. C'est à eux que sont réservés les châtiments les plus cruels.

Mais les ennemis du droit sont aussi *tout le monde*. Tout homme a des aspirations et des besoins que vient parfois contrecarrer la loi et qu'il est tenté de satisfaire en la violant. L'expérience montre qu'il la viole. Que doit-elle faire alors ? Ses

[1] Nous cherchons à concilier les idées de la nouvelle école italienne et le principe des théories juridiques allemandes (Hegel, Welcker, Wächter, Binding, etc.) et repoussons absolument la théorie, classique en France, de Rossi, dont il serait facile de démontrer l'insuffisance pratique et les contradictions. La discussion des théories nous entraînerait du reste trop loin et nous devons nous contenter d'un exposé très bref.

commandements ne remplissant leur but que s'il y est obéi, il faut qu'elle en assure l'observation par la force. Mais il est des violations de droit irréparables; la loi doit-elle alors s'avouer impuissante? Non! il faut qu'elle fasse sentir au récalcitrant le poids de sa main pour qu'il respecte dorénavant sa volonté, lui et tous ceux qui voudraient l'imiter. En un mot la loi ne peut atteindre son but que si elle a une sanction et cette sanction ne peut être quelquefois que l'infliction d'un mal au violateur de la loi.

Il ne s'ensuit pas que tout acte injuste doive être puni; ce n'est pas pour obéir à la logique ou à la morale que l'État punit, c'est dans un but d'utilité sociale. Et la peine est en elle-même un mal: pour le condamné, membre du corps social dont la société a le devoir d'assurer le bien-être, pour les siens, pour la société dont il est peut-être un rouage utile, pour l'État auquel la répression coûte. Il ne peut donc punir que là où le mal résultant de l'impunité serait plus grand que le mal de la peine; sans quoi la peine irait à l'encontre de son but. L'importance du mal de l'impunité, autrement dit du danger social causé par l'acte injuste, dépend d'une foule de circonstances — notamment de l'existence de facteurs pouvant, comme la réparation du préjudice ou la désapprobation publique, jouer le rôle répressif de la peine ou, comme les précautions des intéressés en matière de contrats, un rôle préventif —; mais c'est surtout de l'importance de la règle de droit violée qu'elle dépend — « plus un bien a de valeur pour nous, mieux nous veillons à sa sécurité », dit justement Ihering —, importance qui se mesure à celle du bien, de l'intérêt, dont elle assure la protection, l'intégrité.

Dans l'état de nécessité, la règle de droit transgressée est la même que partout ailleurs; c'est, par exemple, celle qui interdit le meurtre. Et s'il est vrai que le danger social qui motive l'incrimination varie aussi avec l'intensité, très variable, de l'ébranlement de la loi, la portée sociale d'un acte ne peut être mesurée

qu'à celle de la moyenne des actes de même catégorie. Un homme, méchamment blessé, est un instant après tué dans un accident; une maison de jeu vient d'être ouverte et les banquiers n'ont que perdu de l'argent quand la police y fait une descente; un délit reste ignoré du public, ou est commis dans une excellente intention. Si les coups et blessures, le jeu de hasard, les délits en général étaient *toujours* accompagnés de circonstances semblables, l'État ne les punirait pas. Mais le législateur ne peut faire dépendre la criminalité de circonstances accidentelles de ce genre. Parlant en termes généraux et pour l'avenir, il fait savoir qu'un acte est punissable et il faut que les citoyens sachent qu'il l'est toujours et partout; sans quoi la répression perdrait toute efficacité et la lutte contre l'injustice serait vaine.

Prenant la forme d'un délit, l'acte nécessaire, s'il est injuste, doit donc être puni, parce que le rôle de la pénalité est de réprimer l'injustice; il ne peut être impuni que si des motifs *positifs* viennent faire contre-poids aux motifs normaux d'incrimination. Si la peine est injustifiable lorsqu'elle est inutile, elle est ici plus qu'utile, elle est nécessaire.

CHAPITRE V

LÉGISLATIONS

A l'histoire critique des doctrines dont le XIXe siècle a vu l'éclosion, joignons un aperçu des dispositions que les lois modernes ont consacrées à l'état de nécessité.

I. La mission d'un code, en pareille matière, c'est de poser des principes clairs et d'une application facile; aucun ne satisfait, même de loin, à cette exigence. Le juge est laissé sans boussole en face de questions délicates, dont les controverses de la doctrine augmentent encore la difficulté. La loi anglaise est muette. Quelques codes posent bien un principe général, celui de la contrainte; il est inapplicable! Les autres, s'ils sont plus précis, conçoivent avec une regrettable étroitesse la notion de l'état de nécessité, qui ne résulte suivant eux que du danger pour la vie ou l'intégrité corporelle; ils veulent donc ailleurs l'infliction d'une peine? La conservation de l'intégrité corporelle ne peut du reste excuser tous les crimes; quels sont ceux qui doivent être punis? Ils n'en soufflent pas mot. Quant aux conditions d'impunité, ils y consacrent des dispositions détaillées, mais pleines de contradictions.

Cette insuffisance des législations n'a rien de surprenant; elles ont traduit les idées en cours chez les criminalistes lors de leur rédaction, et nous avons vu que la reconnaissance complète

de la signification de l'état de nécessité est de date toute fraiche, que dans quelques pays même la doctrine s'attarde encore aux vieux points de vue. Puis, grâce à la rareté des occasions d'appliquer la loi — les cas de nécessité sont peu fréquents et parfois l'innocence de l'agent est si éclatante qu'on ne songe pas à le poursuivre —, on n'a pas senti les inconvénients de ses lacunes.

Cette insuffisance provient aussi de ce que tous les législateurs sont restés sous l'influence de la théorie de contrainte morale; on le reconnaît à ce que, s'ils n'en proclament pas le principe, ils distinguent deux groupes de cas de nécessité, à chacun desquels ils consacrent un article et qu'ils soumettent souvent à des règles différentes: les cas où le danger provient de menaces et ceux où il provient d'autres causes. C'est à ces derniers qu'ils réservent le nom de cas de « nécessité ». — Les menaces sont un moyen de provocation au crime; leur auteur choisit naturellement celles qui lui paraissent propres à déterminer celui dont il a besoin pour l'exécution de ses plans. Qu'elles soient dédaignées, et il en proférera de plus graves, jusqu'à ce qu'il ait dompté la résistance qu'on lui oppose. S'il y réussit, il verra là une contrainte: n'a-t-il pas fait faire à autrui ce qu'il ne voulait pas faire, ce que, sans son action énergique, il n'aurait jamais fait? Et le juge lui-même, considérant leur activité commune et refaisant l'histoire du crime, sera tenté de se placer au point de vue du provocateur, de ne voir dans le provoqué qu'un instrument et de déclarer qu'il a été contraint, et non pas simplement déterminé. La théorie de contrainte est précisément née de l'examen superficiel du cas de menaces, assimilé d'abord à l'ordre d'un supérieur, genèse intéressante à laquelle nous avons assisté au moyen âge. On comprend donc que, par routine, on continue à soumettre ce cas au point de vue de la contrainte, tout en l'abandonnant ailleurs; distinction que rien ne justifie, car le motif d'impunité

n'est jamais que l'imminence d'un mal, dont la cause importe peu au nécessité. Nous y reviendrons.

II. Autre fait général digne de constatation : aucun code pénal n'accorde un droit au nécessité. C'est que les théories du droit de nécessité du XVIIe et du XVIIIe siècle sont restées ignorées et que celles de notre siècle sont, ou bien incomplètes, ou bien trop récentes pour avoir pu créer un courant d'opinions qui s'imposât aux législateurs. Mais, dans tous les pays, un certain nombre d'articles épars dans les lois spéciales reconnaissent, dans tel ou tel cas, des droits de nécessité ; c'est qu'il s'agit de cas relativement fréquents qu'on a senti le besoin de soumettre à des règles précises. Il sera fait un tableau succint de ces dispositions, qui sont significatives.

III. Disons enfin que les travaux de la science n'ont pas été vains : les lois les plus récentes sont les meilleures aussi, et meilleurs encore les projets qui ont vu le jour en Autriche et en Russie il y a quelques années et dont nous parlerons. Nous nous bornons du reste à l'étude critique des règles fondamentales inscrites dans les codes, celles qui déterminent les *cas* d'impunité ; quant aux *conditions* d'impunité, nous mentionnerons, en en faisant la théorie, les dispositions législatives dignes d'attention.

Commençons par le groupe des lois représentant le point de vue de la contrainte.

§ 1. FRANCE, AUTRICHE, ITALIE, BELGIQUE, PAYS-BAS, RUSSIE.

I. Ni les codes révolutionnaires, ni les anciennes ordonnances françaises ne font mention de l'état de nécessité. Les recueils de jurisprudence parlent bien d'homicide « nécessaire », mais c'est de légitime défense qu'il s'agit [1]. On sait que les juges ne

[1] Ainsi dans le passage de *Jousse* souvent cité (Just. crim., I, p. 636, renvoyant au tome II, p. 614-5) ; ainsi dans *Imbert*, Pratique judiciaire, l. III, ch. 17, p. 675. V. p. 43, note 2 et p. 91, 105, ci-dessus.

pouvaient absoudre aucun homicidiaire et que, le meurtre fût-il même approuvé par le droit civil, l'auteur « devait se retirer par devers le Souverain Prince pour en avoir grâce » (ordonnance de François Ier, 1539, art. 168) ; des lettres de rémission ont-elles jamais été accordées en considération de l'état de nécessité ? Nous l'ignorons. Quant aux autres délits, l'influence de la nécessité semble avoir été reconnue par la jurisprudence et la doctrine. Suivant la tradition inaugurée par Tiraqueau, on voit dans la crainte une circonstance atténuante ; mais jamais un motif d'impunité, car on n'admet pas la théorie de contrainte morale [1]. Le vol nécessaire est impuni : aux yeux de Muyart de Vouglans [2], la nécessité fait disparaître l'intention frauduleuse et présumer le consentement du propriétaire lésé, de sorte que l'acte est dépourvu de deux des éléments essentiels au crime de vol ; Jousse emprunte à Tiraqueau l'argument canonique de communauté des biens (op. cit. IV, 256) ; Rousseau de la Combe (op. cit. p. 81) reproduit Damhouder. En cas d'attaque injuste, l'homicide d'un tiers innocent est regardé comme un acte de légitime défense ; Jousse rapporte, d'après Papon, un arrêt du Parlement de Bordeaux, d'où semble résulter que la jurisprudence était sur ce point d'accord avec la doctrine (v. p. 40, n. 2, et p. 109, ci-dessus). Enfin, on applique les dispositions du droit romain sur quelques cas spéciaux, notamment sur l'incendie. « C'est le commun dire », écrit Bouchel [3] :

> Ta cause y va quand tu vois la muraille
> De ton voisin brusler ainsi que paille.
> Le feu ardent malaisément se domte,
> Si d'y pourvoir à temps on ne tient conte.

[1] Les criminalistes sont muets ; les publicistes la combattent : ainsi *Barbeyrac*, notes sur Pufendorf, I, 5 § 9 ; *Burlamaqui*, qui adopte la théorie de Grotius (Principes du dr. nat., 1747, p. 288, passage que Chauveau et Hélie, et Sarrau de Boynet attribuent à Barbeyrac !), etc.

[2] Institutes au droit criminel, 1757, p. 552-3, 555, 591.

[3] *Gautier*, Etude sur le crime d'incendie, 1884, p. 178-9.

On voit que l'ancien droit français n'est ici que le miroir fidèle des idées en cours au moyen âge.

II. Arrivons au **code pénal de 1810.** Son article 64 est ainsi conçu : « Il n'y a ni crime, ni délit — il faut ajouter : ni contravention — lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action ou lorsqu'il a été *contraint par une force à laquelle il n'a pu résister.* » Ces mots ne font penser qu'à la contrainte physique, et nous ne croyons pas que le législateur ait songé à autre chose, opinion que confirme la lecture de l'Exposé des motifs, qui s'exprime en ces termes : « Une règle commune à tous les prévenus, soit du fait principal, soit de complicité, est qu'on ne peut déclarer coupable celui qui était en état de démence au temps de l'action, ou qui, *malgré la plus vive résistance, n'a pu se dispenser de céder à la force.* Tout crime ou délit se compose du fait et de l'intention ; or, dans les deux cas dont nous venons de parler, aucune intention ne peut avoir existé de la part des prévenus, puisque l'un ne jouissait pas de ses facultés morales et, qu'à l'égard de l'autre, *la contrainte seule a dirigé l'emploi de ses forces physiques* ». Les mots que nous soulignons, l'opposition des «facultés morales» aux «forces physiques», le fait que la doctrine ignorait la contrainte morale, tout porte à croire qu'il n'en est pas question ; mais la doctrine et la jurisprudence affirment le contraire et déclarent qu'aux yeux de la loi la crainte d'un mal imminent annihile la liberté de la volonté.

Nous avons vu que les partisans de la théorie de contrainte morale s'enferment dans d'insolubles contradictions. Ils doivent baser l'imputabilité pénale sur la liberté ; or, « la liberté morale — c'est l'un d'eux, Bertauld, qui nous le dit (Cours, p. 599) — résiste à toute tentative de compression. » Il n'est donc pas de contrainte morale irrésistible ; Chauveau et Hélie n'hésitent pas à le reconnaître en présence de la loi autrichienne qui, cependant, s'exprime dans des termes identiques à ceux du code français, au sujet duquel ils le nient ! Mais, en le niant, on s'expose

à ne jamais pouvoir constater la présence de la liberté, d'où l'impunité de tous les crimes — de ceux en première ligne auxquels entraîne une passion violente —, car si l'on examine l'origine d'un acte on lui trouve toujours, comme à l'acte nécessaire, un motif déterminant, et il n'y a de là qu'un pas à déclarer qu'étant donnés les circonstances et le caractère de l'agent, il devait nécessairement être déterminé. Le seul indice de l'irrésistibilité d'une impulsion, c'est le fait que l'agent n'a pas résisté et il en est ainsi dans tous les crimes [1]. Comment sortir de cette impasse ?

On en sort par des présomptions ; on admet qu'il y a contrainte dans tel et tel cas, qu'on détermine *a priori*. C'est comme si, la loi faisant de l'ivresse un motif d'impunité, les auteurs arrêtaient doctement le nombre de litres de vin que doit avoir absorbés le délinquant pour qu'il y ait ivresse complète ! L'absence de liberté est, comme l'ivresse, un fait qu'il s'agit simplement de constater.

On est unanime sur ce point, que les menaces peuvent opérer une contrainte. Mais il y a controverse quant aux autres cas de nécessité ; les uns se refusent à leur appliquer l'article 64 [2] ; les autres le veulent bien, mais seulement quand le danger provient d'une cause extérieure à l'agent — naufrage, inondation, etc. — : ils condamnent donc le vol commis dans la détresse de la faim (v. p. 162 ci-dessus). Peut-on cependant jamais plus vraisemblablement parler de contrainte ! D'autres enfin, et c'est aujourd'hui l'idée dominante, soutiennent qu'il peut y avoir contrainte toutes les fois qu'il y a imminence d'un mal [3] — il faudrait dire, pour être logique : toutes les fois que

[1] Cf. *Garofalo*, la Criminologie, Paris, 1888, p. VIII et 280 sv.

[2] Chauveau et Hélie, l. cit., Faustin Hélie, Pratiq. crim., 1877, p. 75 ; Blanche, 2e Etude, p. 309 ; et, en général, les anciens auteurs.

[3] Carnot, Commentaire, I, art. 64, XIV ; Bourgnon de Layre, Essai sur le code pénal, p. 79 ; Rauter, Traité, I, p. 146 sv. ; Trébutien, Cours, I, p. 138 ;

l'agent *croit* à l'imminence d'un mal —. Quant aux biens qui doivent être compromis, l'opinion a régné longtemps que ce ne pouvaient être que la vie ou l'intégrité corporelle ; on semble s'être mis aujourd'hui d'accord sur ce point qu'il n'y a pas lieu de faire aucune distinction entre les différents biens ; la Cour de cassation [1] a appliqué l'article 64 au fait d'avoir, sur la réquisition de troupes ennemies et dans la crainte d'un pillage, pratiqué des coupes de bois dans la forêt d'autrui. Quant aux conditions d'impunité, enfin, on en pose de toute nature : proportion entre le mal évité et le mal causé, bien-fondé de la crainte, imminence du mal, etc. C'est l'abandon complet de la théorie de contrainte ; qu'on lise, par exemple, Lainé : il commence par exposer cette théorie pour justifier par l'article 64 l'impunité de l'acte nécessaire (n. 193) ; puis il l'abandonne pour la théorie de faiblesse humaine (n. 194) et pose enfin une règle objective sans rapport aucun avec la question de la liberté : « il suffit que, dans chaque espèce, le juge compare le mal commis avec celui qu'il a eu pour but d'éviter » (n. 195).

Toutes ces règles sont donc incompatibles avec l'article 64.

III. Il n'y a qu'une interprétation raisonnable, celle de la doctrine et de la jurisprudence autrichiennes, en face d'un article de loi semblable; car, de la « constitutio criminalis Theresiana » de 1768 (v. p. 140 ci-dessus) au code de 1852, en vigueur, tous les *codes autrichiens,* sont restés fidèles au principe de contrainte morale [2]. Il faut admettre que l'agent a été la victime d'une impulsion irrésistible lorsqu'il s'est trouvé dans une

Lessellyer, Traité, n. 86 sv.; Lainé, Traité, p. 146-8; Ortolan, Eléments, p. 148 sv.; Garraud, Traité, p. 370 sv.

[1] 2 déc. 1871. Dalloz, 1871, 1. 366.

[2] Code joséphin de 1787, § 5e et II Th. § 2; 1796, § 8 f; 1803, § 2 e; 1852 § 2 g; code militaire de 1855, § 3 g. — Indication des auteurs dans Janka, p. 226; ajouter Glaser, l. cit. et Janka lui-même, österr. Strafr., 1884, p. 126.

situation telle que la majorité des hommes — autrement dit un homme ordinaire — n'auraient pas tenu tête au danger. Le juge est absolument libre dans son appréciation.

Et c'est là le seul moyen de tirer parti des autres lois posant le principe de contrainte : le *code belge* de 1867, art. 71, le *code hollandais* de 1881, art. 40, les *codes italiens* et un certain nombre de *lois suisses* (voir ci-dessous). La solution laisse beaucoup à désirer du reste ; nous avons établi à propos de la théorie de faiblesse humaine l'insuffisance du critérium de « l'homme moyen », abstraction à laquelle on ne peut donner vie. Son application est tout au plus indiquée dans les cas aigus, quand l'agent a obéi à la crainte de la mort ; mais partout ailleurs on en vient forcément à se demander si l'agent avait ou non le droit de se laisser entraîner au délit. Que reste-t-il alors du principe de contrainte morale ?

IV. La législation *russe*, elle, écarte toute difficulté d'interprétation : elle n'accorde qu'à la vie la faveur de la nécessité [1], ce que font aussi quelques codes suisses (voir ci-dessous). Restriction incompatible avec le principe de contrainte qu'ils proclament ; ici encore il n'est posé que pour la forme.

§ 2. ANGLETERRE, ÉTATS-UNIS [2].

I. L'Angleterre n'a pas de code pénal ; mais, depuis 1884, le jugement prononcé dans l'affaire de la « Mignonnette » tient

[1] Art. 92. 5° et 100 : « L'individu qui a été contraint à un acte délictueux par une force majeure irrésistible et qui y a cédé pour échapper à un danger menaçant directement ses jours et inéluctable autrement n'est passible d'aucune peine. » (*Lehr*, Nouv. législ. pén. de la Russie, 1871, p. 41.) L'art. 134 met au rang des circonstances atténuantes « l'extrême nécessité et le manque complet d'aliments et de moyens de travail. » Mêmes dispositions, *code de 1845*, §§ 96. 5°, 106 et 140. Le *Sswod Sakönof de 1842*, plus logique, se contentait de poser le principe de contrainte (art. 147).

[2] *Simonson*, « Mignonnette » Fall ; *H. Stephen*, Homicide by necessity (Law Quarterly Review, 1885). Janka, 222-3.

cessité. L'avocat Collins avait soutenu cette dernière opinion; Coleridge, président de la cour, est de la première. A défaut de précédents — on ne sait si le tribunal qui acquitta les marins de l'île St-Christophe (v. p. 11) était français ou anglais —, il se réfère aux jurisconsultes qui, comme ceux des Pandectes à Rome, font autorité en Angleterre. Ils avaient discuté le cas de la planche, mais c'est là un exemple fâcheux qui a donné lieu à beaucoup de confusions, car on peut le concevoir de trois manières : on peut supposer que le naufragé arrache la planche au premier occupant — Cicéron et Kant —, ou, au contraire, que s'en étant emparé le premier, il en repousse autrui — Pufendorf —, ou, enfin, qu'ils s'en soient emparés tous deux en même temps et que l'un chasse l'autre. Dans le premier cas seul, il y a simple état de nécessité : c'est ainsi que le conçoit lord *Fr. Bacon*, qui l'excuse (Elementa, n° 5). Mais ce semble être le seul juriste anglais de cet avis, car *Blackstone* [1] conçoit l'exemple de la troisième manière et excuse l'agent parce qu'il use de légitime défense ; il parle d' « attaque mutuelle », attaque innocente sans doute, mais attaque cependant et, quoiqu'il se base sur « le grand principe universel de préservation de soi-même qui porte tout homme à sauver sa vie préférablement à celle des autres », il est douteux qu'il eût voulu l'impunité des marins de la Mignonnette. Tous les autres anciens jurisconsultes *Bracton, Hale, Foster, East, Dalton, Serjeant Hawkins,* ne voient dans l'« homicide by necessity » que le meurtre d'un agresseur injuste. Quant aux actuels, *J.-F. Stephen,* le plus connu, avait bien dans son « Digest of the criminal Law » (1877) — les « Digests » anglais exposent les principes du droit sous forme de loi — consacré à la nécessité un article qui semble s'appliquer aux marins de la Mignonnette : « Ch. III ; art. 32 : Une action qui serait en elle-même un crime peut être excusée, si l'accusé prouve qu'il ne l'a commise que

[1] Commentaire sur les lois anglaises, l. IV, ch. 14 ; trad. Chompré, V, 1823, p. 512.

pour échapper à des conséquences autrement inévitables qui auraient apporté un dommage irréparable à sa personne ou à la personne de ceux qu'il a le devoir de protéger et qu'il ne soit pas allé plus loin qu'il n'était raisonnablement indispensable pour atteindre son but, en outre que le dommage causé a été proportionné au dommage à éviter » ; mais Stephens lui-même déclara à propos de la Mignonnette qu'il n'avait pas entendu excuser un acte semblable. Et la commission législative chargée de la confection d'un code — il n'est pas terminé — n'a pas adopté de disposition correspondante.

Ainsi la « necessity » n'est que la légitime défense, et non l'état de nécessité. Le droit anglais voit du reste dans la contrainte résultant de menaces un motif d'impunité, s'il s'agit de crimes graves — de meurtre, de haute trahison en particulier — une circonstance atténuante seulement [1] ; il faut que le péril menace la vie ou l'intégrité corporelle. Ce que décident aussi les codes des *États-Unis* qui, plus larges, admettent l'impunité des crimes les plus graves : codes pénaux de *Géorgie,* 1 div. sect. 12, de la *Louisiane,* art. 40, et de *New-York,* 1881, § 25. En outre, aux Etats-Unis, un jugement a reconnu le droit de conservation propre aux dépens d'un innocent, comme nous le verrons à propos du cas *Holmes,* en parlant du devoir d'affronter un danger.

Le code pénal *indien* de 1862 dispose (sect. 81) que « l'action n'est pas punissable par le seul fait qu'elle a été commise dans la prévision qu'un dommage en résulterait, mais sans le dessein coupable de le causer et de bonne foi, dans l'intention de préserver d'un autre dommage des personnes ou des propriétés. » Il semble ne s'agir ici que d'actes non-intentionnels dans le genre de l'homicide qu'excusait l'art. 145 de la Caroline (v. p. 120 ci-dessus).

[1] *Stephen,* New Commentaries of the Law of England, IV, b. VI, ch. 2.

Le projet de code pénal *japonais* admet la « non-culpabilité » du vol nécessaire [1].

§ 3. ALLEMAGNE[2], HONGRIE; PROJETS AUTRICHIEN ET RUSSE.

Le code actuel de l'empire d'Allemagne est, dans ce siècle, le treizième des codes pénaux originaux allemands ! On sait combien ce zèle législatif a contribué aux progrès du droit criminel en Allemagne. Mais, dans la législation même, il n'y a pas eu progrès en ce qui concerne notre matière.

Deux codes, le code prussien de 1851 et le code bavarois de 1861, ont posé le principe de contrainte morale. L'*allgemeines preussisches Landrecht* de 1791, outre une disposition sur le vol par nécessité (II, 20, § 1115), pour l'auteur duquel il voulait que le juge demandât grâce, renfermait déjà quelques paragraphes sur les menaces (II, 20, §§ 19-21); mais il disait sagement, se plaçant à un point de vue pratique : « § 20. In wie fern der Bedrohte die Furcht zu überwinden und die Gefahr selbst abzuwenden vermögend gewesen sei, muss nach Lage der Umstände, besonders aber nach seiner Gemüths- oder Leibesbeschaffenheit beurtheilt werden », tandis que le *code de 1851*, déclarant, dans son § 40, qu'« il n'y a pas infraction lorsque la libre détermination de la volonté a été exclue par des violences ou des menaces », s'enfermait dans les contradictions de la théorie de la contrainte. Même point de vue dogmatique dans le *code bavarois de 1861*, art. 67.

Mais la plupart suivent une autre voie ; ils puisent à la source du *projet bavarois de 1822*. Tandis que le *code bavarois de 1813* ne mentionnait que le cas de menaces, soumis au point de vue de la contrainte, le projet de 1822 y ajoute une disposition sur

[1] « Projet révisé », 1886, p. 281. (Bull. Soc. législ. comp. 1886-7, p. 239).

[2] Pour les détails, v. Janka, 223-43 ; Stammler, 53-73 ; Berner, de Impun. 16-8; Wächter, op. cit. 384-91, 358, 365; Hälschner, deutsches Strafr. I, §§ 196-7 ; Binding, Handb., 768-75.

l'« état de nécesssité » ; mais il exige alors que la vie soit en péril, et non pas seulement, comme dans le cas de menaces, la vie ou la santé. Le code même de Bavière de 1861 n'adopte pas ces dispositions, mais, sauf celui de la Prusse, tous les autres les imitent. Le tableau qu'ils nous offrent est peu réjouissant. Ils fourmillent de contradictions, soumettant à des règles différentes les deux groupes de cas ; ils se contentent, dans ceux de menaces, d'un danger pour la vie ou l'intégrité corporelle (*Würtemberg, Brunswick, Hanovre, Hesse—Nassau, Francfort—, Hambourg*), ou même de l'imminence d'un « mal grave » (*Bade*) et exigent ailleurs un péril de mort ; seuls les codes successifs de la *Saxe* (1838, 1855, 1868 ; de même *Thuringe* et *Altenbourg*) évitent cette inconséquence. Ceux de Bade et Hanovre admettent que les menaces suppriment l'imputabilité. Dans le détail, d'ailleurs, une diversité qui fait l'effet d'un chaos, parce que rien ne semble la justifier, mais qu'on comprend en remontant aux délibérations législatives d'où sont sorties ces dispositions : la question y est soigneusement étudiée, mais les principes sont absents, ou bien l'on prend pour guide l'idée de la faiblesse humaine — teintée parfois de contrainte morale —, et nous avons montré l'insuffisance du critérium qu'elle fournit [1].

II. Le *code pénal de l'empire allemand* de 1870, en vigueur, ne rompt pas avec la tradition ; il dispose :

« § 52. Il n'y a pas acte punissable lorsque l'agent a été contraint par une force irrésistible ou par une menace accompagnée d'un danger pour son intégrité corporelle [2] ou sa vie, ou celles d'un de ses proches, et qu'il ne pouvait détourner autrement. » Suit l'énumération des proches.

[1] Étonnante est surtout l'histoire du § 40 du code prussien ; v. *Goltdammer*, Materialien I, p. 370-5.

[2] « Leib », littéralement « corps » ; les auteurs français traduisent faussement « personne », mot qui comprend la liberté et l'honneur, que ne comprend pas « Leib », d'après la plupart des auteurs allemands.

« § 54. Il n'y a pas acte punissable, même hors le cas de légitime défense — dont traite le § 53 —, lorsque l'agent l'a commis dans un état de nécessité survenu sans qu'il y eût de sa faute, et auquel il ne pouvait autrement se soustraire, pour sauver d'un péril actuel son intégrité corporelle ou sa vie, ou celles d'un de ses proches. »

Il ressort des motifs que, dans le § 52, le législateur a admis la contrainte morale : « Une volonté étrangère — disent-ils (II, p. 72) — a été imposée à l'agent au lieu de sa propre volonté libre et, par suite, il ne peut être considéré que comme l'outil irresponsable de la volonté d'autrui. » Le fait est cependant controversé. Mais cette question présente peu d'importance en regard d'une autre question, plus discutée encore par la doctrine et la jurisprudence, celle de savoir dans quels cas le code veut l'impunité. Bien qu'il dise « il n'y a pas acte punissable », on ne peut songer à laisser impuni un acte quelconque commis pour le salut de l'intégrité corporelle, qu'il met, comme la vie, au bénéfice de l'état de nécessité ; elle est lésée par une égratignure, par un coup de bâton et l'acte peut être un meurtre. On peut donc : ou bien introduire dans la loi la notion de relativité et exiger pour l'impunité une proportion entre le mal évité par l'agent et le mal qu'il cause, et alors il serait ridicule de ne pas appliquer les deux articles aux cas de danger pour d'autres biens que l'intégrité corporelle, leur lésion pouvant être infiniment plus grave que certaines atteintes à cette dernière ; ou bien n'entendre par « danger pour l'intégrité corporelle » qu'un grand péril, qui compromette plus ou moins directement la vie, et alors on peut admettre l'impunité de tous les crimes. Bien qu'un passage des motifs (III, § 52) parle de l'état de nécessité comme d'un conflit de droits et ajoute que le plus petit doit céder le pas au plus grand, la première opinion semble seule conforme à l'intention du législateur : le fait qu'il ne parle que des deux biens les plus précieux de l'homme, qu'il reconnaît la contrainte

morale, l'histoire des deux articles, semblables à ceux des lois allemandes antérieures, tout indique qu'il n'a pas rompu avec les anciennes idées d'une incapacité de l'homme menacé d'un grand péril à remplir son devoir — point de vue de la contrainte ou de la faiblesse humaine —. Se baser sur les motifs obligerait d'ailleurs à punir l'homicide nécessaire, qui lèse un droit égal au droit sauvegardé, et personne n'y songe — sauf cependant Oppenhoff et Simonson —. La seconde opinion n'en compte pas moins des partisans (Berner, Schaper, Oppenhoff, Binding, von Buri, Rotering, Berl. Ob. Trib. 6 avr. 1876), qui n'ont guère d'autre argument que les nécessités de la pratique ; mais, si ridicule soit-il de punir certains actes nécessaires commis pour le salut d'autres biens que la vie ou l'intégrité corporelle, les interprètes n'ont pas à corriger la loi[1]. Des articles surtout qui consacrent une exception ne souffrent pas une interprétation extensive.

Quoi qu'il en soit, ces discussions nous montrent qu'à moins de ne mettre que la vie au bénéfice de l'état de nécessité, la loi ne peut raisonnablement qu'y mettre tous les biens, parce qu'il n'en est aucun dont la lésion ne soit parfois plus grave que ne l'est parfois celle de l'intégrité corporelle, le plus précieux des biens après la vie. Il faut donc blâmer le système suivi par les codes de l'Allemagne ; il ne peut y avoir ici de demi-mesure.

III. Le *code hongrois* de 1878 (art. 77-8), non seulement commet les erreurs du code allemand actuel, mais encore réintroduit celle des codes antérieurs touchant le cas de menaces, dans lequel seul il parle de danger pour la vie ou l'intégrité corporelle. Le *projet autrichien de 1881*, par contre, rompt enfin avec cette tradition fâcheuse ; quoique leur consacrant deux articles (§§ 58 et 59), il soumet tous les cas à la même règle : l'impunité n'est

[1] Binding (l. c.), en particulier, ne fait que substituer ses idées à celles du législateur. Cf. Merkel, Zeitschr. f. die ges. Strafrechtswiss. VI, p. 503-4.

accordée que lorsque « le dommage à l'intégrité corporelle (Leib), à la liberté ou à la fortune détourné par l'acte de la personne de l'agent ou de celle d'autrui est *hors de proportion* avec celui qu'il cause. » Cette dernière exigence doit être désapprouvée — le seul auteur qui en soit partisan aujourd'hui est Hälschner — ; il en résulte que l'homicide nécessaire est puni lorsqu'une vie est sacrifiée à une seule autre vie, ainsi dans le cas de la planche, — mais non point dans celui de la Mignonnette. Il est vrai qu'en pratique il est rare que le mal causé par l'acte soit égal au mal évité ; dans la plupart des cas cités dans notre introduction, le juge découvrirait, sans trop de complaisance, la disproportion exigée. Le critérium du mal causé par l'acte (Beschädigung) est du reste, comme nous le montrerons, le seul convenable. Ajoutons que ces dispositions ne mentionnent pas l'honneur et sont inapplicables à bien des cas d'intervention.

IV. Plus satisfaisant encore est le *projet russe de 1882*, œuvre du professeur Taganzeff (traduction allemande de Gretener). Adoptant la théorie de Janka, il distingue deux groupes de cas de nécessité : quand le péril menace la vie — Janka, trop large, disait « l'intégrité essentielle de la personne » (v. p. 192 ci-dessus) —, les crimes les plus graves sont impunis ; dans les autres cas, — quand il menace « la santé, la liberté, la pudeur (Geschlechtsehre), la fortune ou d'autres biens de la personne », — le « dommage causé » doit être, aux yeux de l'agent, « insignifiant en regard du bien sauvé. » Nous retrouvons ici l'exigence de la disproportion du projet autrichien ; blâmable en théorie, elle est supportable en pratique. Mais la forme sous laquelle elle est exprimée ici lui donne en tous cas, à notre avis, une importance exagérée.

§ 4. SUISSE

I. Il faut signaler, comme se distinguant complètement des autres, la législation de *Saint-Gall*. Le code pénal de 1819 s'exprimait en ces termes :

« 2. Bei Begehung einer Verletzung die ein Verbrechen ausmacht muss Vorsatz und freye Wahl obgewaltet haben... 5. Freye Wahl ist vorhanden wenn dem Thäter weder die gehörige Ueberlegungskraft mangelte, noch ihn solche Antriebe zur That nöthigten, welche die *Drohung des Gesetzes nothwendig unwirksam* machten. 6. Aus Ermangelung eines oder beider Erfordernisse können somit nicht als Verbrechen zugerechnet werden... VI. 12. Verletzungen zu welchen der Thäter durch die Noth, oder solche Gefahr oder Drohungen verleitet und getrieben worden, dass in diesen Fällen aus der Unterlassung der Handlung für den Thäter ein unvermeidliches *Uebel* entsprungen wäre, das *grösser oder doch so gross* ist, *als die gesetzliche Strafe* der Handlung. »

Est impuni, comme non-libre, parce que la menace de la peine est inefficace, l'acte auquel entraîne la crainte d'un mal aussi grand que cette peine. C'est la théorie de Feuerbach telle qu'il la formula dans les premières éditions de son traité. Ce code a été seul à l'adopter ; il valait la peine de le citer tout au long.

Le code saint-gallois de 1857 abandonne cette théorie surannée et dispose dans son article 33 : « Wegen Zwanges oder wegen Noth ist eine an sich unerlaubte Handlung nur da vollkommen entschuldbar, wenn dem Thäter entweder *keine Freiheit der Wahl* gelassen, oder wenn derselbe von einem *mindestens so schweren Uebel bedroht* war als dasjenige wozu er sich gegen andere bestimmen liess. In andern Fällen sind Zwang oder Nothstand je nach ihrem Grade als Milderungsgrund zu berücksichtigen. » Il voit donc : un motif d'impunité dans la contrainte physique (keine Wahl), ainsi que dans l'état de nécessité lorsque l'agent a été menacé d'un mal aussi grand que celui qu'il a fait à autrui, une circonstance atténuante dans la contrainte morale ou la menace d'un mal moindre que le mal fait à autrui (2d alinéa). Le code de 1885, art. 25, a supprimé ce

second alinéa et remplacé «entschuldbar» par « straffrei». Cette disposition reste excellente — sauf qu'elle ne dit rien des cas d'intervention — : nous croyons juste le critérium de proportion entre le mal évité et le mal causé et les codes saint-gallois et espagnol sont encore les seuls qui l'aient adopté.

A signaler aussi le code *schwytzois* de 1881, qui, dans son § 37, excuse l'acte commis pour le salut de la vie, de la santé ou de la liberté, ce qui est un progrès sur la loi allemande.

II. Les autres codes suisses ne présentent rien de saillant.

Les uns se sont ralliés au principe de contrainte morale. Dans ce nombre il en est qui, influencés par les lois allemandes, exigent que la vie soit compromise ; ce sont ceux d'*Argovie*, 1857, § 45, de *Glaris*, 1867, § 29, et 1887, § 28 b, des *Grisons*, 1851, § 45. 3°, de *Schaffouse*, 1859, § 38, et d'*Unterwald ob dem Wald*, 1862, art. 34, ces trois derniers ne mentionnant même que le cas de menaces. Mais la plupart posent le principe sans le mutiler ; plus nets que le code français, ils parlent souvent de contrainte ou de menaces « privant l'agent de son libre arbitre » : code pénal *fédéral* de 1853, art. 27, et de *justice pénale pour les troupes fédérales* de 1851, art. 29 ; codes pénaux de *Vaud*, 1867, art. 51. 4° (semblable à celui de 1843), de *Neuchâtel*, 1856, art. 39, du *Valais*, 1858, art. 85, de *Lucerne*, 1860, §§ 48 et 55, de *Berne*, 1866, art. 43, de *Fribourg*, 1873, art. 56, du *Tessin*, 1873, art. 46 (forza morale o fisica), enfin de *Genève*, 1874, art. 52. Plusieurs, s'inspirant de l'art. 100 du code sarde de 1839, font de la contrainte qui n'a pas atteint le degré d'irrésistibilité un motif d'atténuation dont le juge évalue librement l'importance [1].

Les autres codes copient les codes allemands, en évitant leurs inconséquences concernant les menaces : ceux de *Thur-*

[1] Fédér. 1853, art. 32 b, 1851, art. 33. 2° ; Vaud, art. 58 ; Valais, art. 86 ; Fribourg, art. 56 ; Berne, art. 43.

govie, 1841, § 24, de *Zoug*, 1876, § 28, et de *Soleure*, 1885, §§ 38 et 40 ne font de la nécessité une excuse que lorsque le danger menace la vie (Leib und Leben); les autres, *Zürich*, 1870, §§ 42 et 43, *Bâle* (ville et campagne), 1872 et 1873, § 34, se contentent d'une menace à l'intégrité corporelle. Le *projet neuchâtelois* de 1889, dans son article 74, reproduit avec de légères modifications le § 54 du code allemand; il traduit « Notstand » par « état de détresse » et parle d'un « péril imminent pour la personne ou la vie ».

III. La plupart des codes de la Suisse allemande mentionnent du reste expressément comme circonstances atténuantes la nécessité, la pauvreté accablante et les menaces [1]; le code de *Schwytz* de 1869, § 46 c, n'assignait même pas d'autre rôle à l'état de nécessité, et c'est encore le cas de celui d'*Appenzell* (Rhodes extérieures), 1878, § 47 b et c. Les codes *fribourgeois* de 1849 et de 1873 ont reproduit, dans leur article 59, l'art. 166 de la Caroline sur le « vol de comestibles ».

§ 5. ESPAGNE

Voici comment s'exprime le code pénal de 1870 [2] :

« Art. 8. La responsabilité pénale n'existe pas : ... 7° Pour celui qui, en vue d'éviter un mal, exécute un fait qui porte tort à autrui, à condition qu'il y ait concours des circonstances suivantes : *a*) réalité du mal qu'on veut éviter; *b*) qu'il soit plus grave que celui qu'on cause pour l'éviter; *c*) qu'il n'y ait pas

[1] Noth, drückende Armuth, Drohung : Grisons, § 50, Argovie, § 41 h, Unterwald ob. d. W. art. 28, Glaris, § 39 b, Zürich, § 60 b, Zoug, § 37, Appenzell, § 47, Schwytz, § 48, Soleure, § 51. 3°. De même, code autrich. 1852, §§ 46 c et 264. Cf. *Häberlin*, Grundsätze des Cr.-R. nach den SGB, I, § 24, 3°.

[2] Cité par *P. Sarraute*, Théorie des excuses d'après le C. P. italien, le C. P. espagnol et le projet de code italien. (Bull. de la Soc. de législ. comp., XIII, 1883-4, p. 259-60). Sarraute n'accompagne la citation d'aucun commentaire.

d'autre moyen possible et moins préjudiciable pour l'empêcher... 9° Pour celui qui agit sous l'empire d'une force irrésistible. 10° Pour celui qui agit poussé par la crainte d'un mal égal ou supérieur. 11° Pour celui qui agit dans l'accomplissement d'un devoir ou dans l'exercice légitime d'un droit, d'un métier ou emploi. 12° Pour celui qui agit en vertu de l'obéissance due. 13° Pour celui qui manque d'accomplir son devoir, en ayant été empêché par une cause légitime. »

Nous ignorons la doctrine espagnole. Ces dispositions semblent inspirées par Bentham ; les alinéas 7 et 10, les plus importants, sont l'exacte reproduction de ses idées, presque dans les mêmes termes (op. cit. p. 49, 140). Dans le premier, la nécessité apparaît comme un fait justificatif (les alinéas 4 à 6 traitent de la légitime défense) ; dans le second, comme une contrainte morale ou, plus probablement, une excuse. L'alinéa 9 ne peut concerner que la contrainte physique. L'alinéa 11 a l'air de viser non seulement les cas où l'acte était le contenu même du devoir à accomplir, du droit à exercer — père corrigeant son enfant —, mais aussi ceux où il était la condition de l'exercice du droit ou de l'accomplissement du devoir, c'est-à-dire des cas de nécessité (v. p. 28 ci-dessus) ; la comparaison avec l'alinéa 12 confirme cette opinion. Le dernier enfin, qui peut s'appliquer aux conflits de devoirs, vise les délits d'omission ; c'est la généralisation de l'art. 475. 12° du C. P. de 1810, cité au paragraphe suivant.

On voit qu'à part les cas d'intervention autres que ceux de conflits de devoirs, le code espagnol excuse les actes nécessaires de toutes catégories. C'est aujourd'hui la plus satisfaisante des législations en ce qui concerne l'état de nécessité.

§ 6. DISPOSITIONS SPÉCIALES DES DIVERSES LÉGISLATIONS

Dans tous les pays, un certain nombre de dispositions spéciales des lois pénales ou d'autres lois autorisent ou, tout au moins, laissent impunis, en considération de l'état de nécessité,

des actes en eux-mêmes délictueux. Il est intéressant de les rapprocher et d'en dresser le tableau :

1° *Droit de passage sur un terrain particulier quand la route est impraticable :* loi française du 28 sept.-6 oct. 1791, tit. II, art. 41 : « Tout voyageur qui déclôra un champ pour se faire un passage dans sa route, paiera le dommage fait au propriétaire et une amende..., à moins que le juge de paix du canton ne décide que le chemin public était impraticable ; et alors les dommages et les frais de clôture seront à la charge de la communauté. » (Cf. Cass. 27 juin 1845 et 25 avril 1846, 16 sept. 1853). Dispositions analogues dans les droits romain, germanique et juif (v. p. 85), le code pénal du Valais, art. 342 (au profit de ceux-là seuls qui n'ont pas contribué à la dégradation de la route), la loi d'Unterwald nid dem Wald (1867, I, p. 588) et la loi allemande sur la poste, 1871, § 17, au profit de celle-ci.

2° *Jet à la mer :* toutes les lois modernes ont imité la loi rhodienne (v. p. 65). Les biens protégés par le jet seront, en cas de tempête la vie, de poursuite de pirates la liberté et la propriété, dans d'autres, le navire seul ou les marchandises seules ; les biens sacrifiés, de simples choses — le jet d'hommes, parfois nécessaire (ainsi dans le cas Holmes), n'est pas autorisé —. Généralement, il y a danger commun. Un cas analogue est celui de *chargement sur des allèges,* pour permettre au navire de gagner plus promptement un port. Le droit du capitaine de porter la main sur le bien d'autrui, même contre son gré, ne peut dériver que de l'état de nécessité.

3° *Avortement pour le salut de la mère :* « le médecin qui provoque l'avortement dans le but de sauver la vie de la femme ne commet aucun délit, » dit l'art. 312 du projet neuchâtelois, à la suite des codes pénaux de Vaud, art. 228, de Fribourg, art. 138, du Tessin, art. 326 § 2, et de Genève, art. 272 (« pour éviter un mal plus grand »). L'article est applicable au cas d'embryotomie (v. p. 28 et 53).

4° Le *faux-témoignage* est impuni, même s'il en est résulté une condamnation, lorsque « la vérité aurait été de nature à compromettre la vie ou l'honneur du témoin ou à lui attirer une condamnation pénale », ou à compromettre de même ses parents ou alliés, d'après les codes du Valais, art. 191, de Vaud, art. 169, de Fribourg, art. 191 et du Tessin, art. 187. Les codes allemand, § 157, bâlois, § 40, et soleurois, § 192, le projet neuchâtelois, art. 165, ne font qu'atténuer la peine. L'honneur est le bien auquel les législateurs ont le plus rarement accordé la faveur de la nécessité. — Cf. lois de Manou, p. 52 ci-dessus.

5° Le *refus de secours* est autorisé par toutes les lois pénales en cas de danger personnel [1]; citons le code bernois, art. 256. 9°, qui punit « ceux qui, le pouvant *sans s'exposer eux-mêmes à un danger réel,* auront refusé ou négligé de faire les travaux, le service, ou de prêter le secours dont ils auront été requis dans les circonstances d'accidents, naufrage, inondation, incendie ou autres calamités, ainsi que dans les cas de brigandage, de pillage, de flagrant délit, de clameur publique ou d'exécution judiciaire. » L'importance du danger personnel exigible variera infiniment suivant les cas. Il est dans la nature des choses que la loi n'exige pas d'un individu qu'il rende service à autrui en se sacrifiant lui-même; cette idée est constamment appliquée dans la vie publique, en cas de dispenses de devoirs civiques.

6° Le règlement genevois sur la chasse, de 1887, qui interdit le tir à moins de 300 mètres d'habitations, autorise le propriétaire « à détruire avec des *armes à feu* ou autrement les animaux nuisibles, quel que soit le lieu de son fonds où ils se trouvent » (art. 8; cf. 7, 19), fait punissable en France — v. p. 39, note 1 —. Le code de police bâlois, 1872, § 146,

[1] Franc. 475. 12°; all. 360. 10° (et Strandungsordnung, § 9. 1°), remontant au Landrecht pruss. II, §§ 782-3; belge, 556. 5°; néerl. 446; sarde, 1839, 732. 7°; frib. 461. 2°. Cf. sur des cas analogues: Unterwald ob d. W., Polizeig. 1870, art. 136; Valais, 128; projet neuchât. 169.

permet aux bûcherons de *faire du feu* dans les forêts en hiver ou par un temps froid et humide, malgré le danger d'incendie qui en résulte (cf. lex. Wisig. p. 84 ci-dessus).

7° Dans la *navigation*, le péril couru par un vaisseau autorise fréquemment à une dérogation aux règles, en faisant même courir un danger à d'autres. Ordonnances allemandes du 7 janvier 1880, art. 23, 21, et du 15 août 1876, §§ 1, 2; règlements suisses, pour le flottage sur le Rhin du 18 sept. 1880, art. 11. 7°, et d'exécution de la loi sur les péages du 18 oct. 1881, art. 3, etc.

8° La « nécessité » autorise: au *tapage nocturne*, d'après le code de police d'Unterwald ob d. W., 1870, art. 117; au *meurtre d'animaux domestiques* — se sont surtout des cas de légitime défense —, d'après les codes français, art. 453-4, belge, art. 540, etc.; à la *violation du repos dominical*, d'après le code bernois, art. 256 (cf. p. 96 et 102 suiv.). Le règlement de transport pour les *postes* suisses de 1884 admet la *suppression du service* lorsqu'il est rendu « dangereux » par le mauvais état des routes (art. 17. 12°); la *mise à sec d'un cours d'eau* est permise lorsqu'elle est « nécessaire », même sans avis préalable aux propriétaires et concessionnaires du droit de pêche (loi fédérale sur la pêche, 1875, art. 5; convention entre la Suisse et l'Italie, 1882, art. VII) [1].

Enfin, l'état de nécessité atténue la peine :

1° D'après tous les codes, dans un cas qui peut sembler au premier abord un véritable cas de nécessité, celui où un individu remet en circulation, après en avoir vérifié les vices, des *pièces de monnaie* qu'il avait *reçues pour bonnes :* code français, art. 135 (amende jusqu'au sextuple de la valeur des pièces, au lieu des travaux forcés), belge, 170, 178, genev. 118, vaud. 163, allem. 148, hollandais, 213. Le dommage que

[1] Autres cas encore: code militaire allemand, § 130; internat. Fischerei-Vertrag, 6. Mai 1882, Art. 20-1. D'après Binding, § 300 SGB et § 52 SPO (?).

cause l'agent est hors de proportion avec celui qu'il évite, la mise en circulation de pièces fausses ne portant pas seulement atteinte à la fortune du particulier qui les reçoit le premier, mais compromettant en outre la sécurité des relations commerciales ; aussi l'impunité ne serait-elle pas admissible. Le principe de faiblesse humaine obligerait au contraire à l'admettre ; la tentation de commettre un délit est rarement plus forte.

2° D'après le code allemand, § 313. 2°, dans l'*inondation*, lorsque celui qui la cause a eu l'intention de protéger sa propriété.

Dans certains pays en outre, notamment dans la plus grande partie de l'Allemagne, le *droit romain* est encore en vigueur ; il ne peut être question de punir les actes nécessaires qu'il justifie, l'application de la loi pénale supposant l'injustice de l'acte — von Liszt cependant est d'un autre avis —.

Cette énumération — certainement très incomplète — est significative : il n'est pas de bien dont la sauvegarde ne soit parfois, en droit positif, un motif d'impunité, même l'honneur, même la propriété, et on peut se demander s'il ne serait pas plus simple de poser une règle applicable à tous les cas analogues : car si l'exception de la nécessité a été admise ici, et point d'ailleurs, ce n'est pas que le législateur, ayant présents à l'esprit tous les cas de nécessité possibles, en ait fait un triage ; la comparaison de ces dispositions montre que c'est simplement qu'ici il a songé à l'éventualité d'états de nécessité, tandis qu'il n'y a point songé ailleurs. L'impunité des actes qu'elles excusent — justifient même parfois — n'a pas plus de raison d'être que celle des actes énumérés dans notre introduction.

Troisième Partie

THÉORIE DE L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ

§ 1. LA QUESTION

Une question bien posée est presque résolue ; mais on n'a guère bien posé celle de l'état de nécessité.

I. Le plus souvent, on s'est demandé s'il fallait punir le *délit* nécessaire ; et l'on a allégué divers motifs d'impunité, aucun de décisif à notre avis. C'est le point de vue élémentaire, résultat naturel de la constatation du fait que la nécessité entraîne à violer la loi.

D'autres ont fait un pas en avant ; ils ont abandonné le point de vue du juge considérant le fait accompli, pour celui du législateur traçant aux hommes une règle de conduite. *Quels sacrifices,* se sont-ils demandés, *la loi peut-elle humainement exiger pour son observation* — a-t-elle le droit d'exiger, ont dit quelques-uns — ? Ils partent plus ou moins consciemment de cette idée juste, que l'incrimination d'un acte en suppose la prohibition ; on ne punit pas un acte permis. Or, prohiber l'acte nécessaire, c'est vouloir qu'on s'en abstienne, et cette volonté serait parfois déraisonnable : le législateur ne peut préférer la mort d'un homme à la commission d'une infraction légère.

C'est à ce second point de vue qu'incline le doctrine française actuelle.

II. Mais, comme le premier, il implique une pétition de principe : il suppose l'injustice de l'acte nécessaire. On ne la met pas en doute, assertion devant laquelle nous nous inclinerions s'il s'agissait du droit positif, mais discutable au point de vue philosophique auquel on se place. On daigne quelquefois raisonner : infliger un mal à autrui est injuste, dit-on, et c'est ce que fait le nécessité ; la situation critique de l'un ne peut porter atteinte aux droits de l'autre. « Es giebt kein Recht in der Not Unrecht zu thun, » ont dit les Allemands avec la netteté de leur langage juridique. Et la légitime défense ? Il est vrai qu'à l'ordinaire celui dont la loi exige un sacrifice s'y soumet de bon gré ou que l'exécution forcée l'y contraint — ainsi dans l'obligation alimentaire, où la détresse de l'un oblige l'autre —, tandis qu'en cas de nécessité, l'urgence de la situation, l'imprévu des circonstances obligent à léser autrui en violant la règle qui interdit de se faire justice à soi-même, violation que les lois autorisent en cas de nécessité, comme en témoigne la légitime défense. Nous faisons donc abstraction du fait de justice propre, lorsque nous nous demandons si l'acte nécessaire n'est pas un acte intrinsèquement juste.

C'est la solution de cette question qui s'impose à nous en première ligne. Un fait historique curieux, dont on chercherait en vain un autre exemple dans l'histoire du droit pénal, nous pousse à une réponse affirmative : la quasi-unanimité des écrivains et des législateurs de toutes les époques à prononcer l'impunité d'actes tombant pourtant sous le coup de lois pénales et l'infinie variété des arguments par lesquels on a motivé cette impunité. Il semble qu'une voix secrète leur a crié à tous : ces actes ne méritent pas de peine ; puis que leur esprit raisonnant s'est ingénié à en découvrir la raison, mais en vain, trompé qu'il était par l'apparence délictueuse de ces actes.

III. Nous avons montré dans notre introduction que le trait caractéristique de l'acte nécessaire, c'est qu'il sauvegarde un bien au prix d'un acte en lui-même délictueux. Puis, critiquant les théories de nos devanciers, nous avons établi que l'état de nécessité était un conflit de biens — jamais un conflit de droits. C'est que tout acte délictueux lèse un bien, ou, tout au moins, le compromet. L'homicide, par exemple, lèse la vie; le délaissement d'enfants, d'après la conception moderne le duel, l'empoisonnement [1], etc. la compromettent. De même en ce qui concerne la propriété, le vol, d'un côté, le jeu de hasard, de l'autre. Certains crimes empruntent une gravité spéciale au fait même qu'ils consistent moins dans une lésion que dans une compromission dont l'étendue est indépendante de la volonté de l'agent; ainsi lorsqu'il prend comme instrument des forces naturelles qu'il déchaîne (incendie, inondation), ou auxquelles il donne une direction malfaisante (entraves à la circulation de chemins de fer). La contravention de police a ceci de particulier que l'acte qui la constitue est interdit, par mesure de précaution, à cause de son caractère généralement dangereux, qu'il en résulte ou non, dans l'espèce, un danger : le cocher qui fait prendre à son cheval l'allure du trot dans une rue où elle est interdite est passible de l'amende, la rue fût-elle à ce moment déserte; le législateur n'a pas cru pouvoir confier aux individus l'appréciation du caractère dangereux de l'acte. —

[1] Comme crime spécial; C. P. 1810, art. 304. — Au criminaliste allemand Binding revient l'honneur d'avoir mis en lumière le caractère simplement « compromettant » de certains délits (Gefährdungsdelikte). Von Rohland leur a consacré un écrit spécial : die Gefahr im Strafrecht, 2e éd., Dorpat, 1888. — Haus (op. cit., n. 274) distingue les deux catégories d'infractions, sans tirer parti de cette distinction. Quant au mot de « compromission », il est encore inusité, mais nous semble le meilleur pour désigner le fait de faire courir un risque; cf. la section VI, titre II, livre III du code pénal de 1810 : « crimes et délits tendant... à compromettre l'existence d'un enfant » (à propos du délaissement).

Ces biens, que la loi cherche à préserver de tout dommage à cause de leur importance sociale, appartiennent à des individus ou sont le bien commun de tous ; dans les premiers, la vie, l'intégrité corporelle, la liberté d'action ou de décision, la propriété ; dans les seconds, la pudeur publique, la facilité des communications, la sécurité dans les rapports d'affaires (fausse-monnaie), etc. Ce n'est jamais qu'à cause de son caractère dommageable, ou éventuellement dommageable, qu'un acte est frappé d'une peine.

IV. Ainsi l'acte nécessaire sauve, en portant atteinte à un bien, un autre bien qui ne peut être autrement sauvé. Cette constatation nous permet de préciser notre première définition de l'état de nécessité (v. p. 30) : c'est un *état de choses tel que la lésion ou la compromission d'un bien est nécessaire au salut d'un autre bien*. Ces deux biens, ou intérêts, en présence peuvent être d'espèce différente : vie et propriété, liberté et honneur ; ou de même espèce, et alors d'égale quantité (vie et vie) ou de quantité différente (deux vies contre une ; une maison et un écu). Leurs propriétaires peuvent être très variés, nous l'avons vu : individus ou groupes d'individus, la société elle-même ; celui du bien sauvé, celui du bien lésé et l'auteur de l'acte nécessaire peuvent être aussi bien trois personnes distinctes qu'une seule et même personne, s'il est vrai que l'auteur de l'acte est communément propriétaire du bien sauvegardé. Faisons observer enfin qu'il n'y a réellement conflit que lorsque deux biens sont entrés dans un rapport de dépendance, et que la lésion de l'un est absolument nécessaire à la conservation de l'autre ; la présence de cette nécessité est une question de fait que le juge seul peut résoudre. En cherchant les règles applicables au conflit, nous le supposons réel.

V. La question de l'état de nécessité se ramène donc à celle de l'**appréciation juridique d'un conflit de biens.** Quelle règle de conduite la loi doit-elle tracer aux individus témoins de ce

conflit ? Doit-elle exiger qu'ils restent inactifs et laissent les choses suivre leur cours — l'acte nécessaire serait alors injuste —? Ou peut-elle les autoriser à intervenir et à sauver un des biens en portant la main sur l'autre? Question délicate que nous allons essayer de résoudre.

§ 2. LES PRINCIPES

I. Le principe essentiel à la base de la solution, c'est cette règle élémentaire de toute conduite humaine, règle que la sagesse populaire a dès longtemps formulée en proverbe : *entre deux maux, il faut choisir le moindre,* et de deux maux égaux, accepter celui qui se présente ; — autrement dit, il faut sauver le plus grand de deux biens et si l'on en doit perdre un d'entre deux égaux il importe peu que ce soit l'un ou l'autre.

Le voyageur entre les mains de brigands qui lui demandent la bourse ou la vie n'hésitera pas à donner sa bourse ; mordu sur la route par un chien enragé, il se fera appliquer un fer rouge ; et il descendra chez l'aubergiste qu'il croit le moins exploiteur : la loi de la concurrence économique repose sur ce principe, on achète de celui qui fait payer le moins les mêmes choses. Que chacun songe aux motifs de ses propres actions.

Mais, dira-t-on, cette règle ne souffre d'application que dans la sphère individuelle. Il n'en résulte pas qu'on puisse infliger un mal à un innocent pour préserver d'un mal pire un autre que lui. — Erreur ! la règle est fréquemment appliquée par la loi aux relations entre individus différents, elle impose souvent un sacrifice à l'un dans l'intérêt de l'autre et ne peut, sans contredire à ses propres principes, refuser de l'appliquer aux cas de nécessité.

II. Et voici pourquoi : c'est que le droit prend sa source dans la volonté générale et que celle-ci met tous les individus sur le même pied.

Adam, solitaire dans le jardin d'Éden, était sans droits. Le droit ne s'occupe pas des relations de l'homme avec lui-même; il ne règle que celles des hommes entre eux. S'il attache parfois des conséquences juridiques à des actes purement individuels, c'est qu'ils présentent alors une signification sociale : qu'on songe, par exemple, à l'interdiction du prodigue; si le pessimisme agissant devenait de mode, peut-être frapperait-on le suicide d'une peine. De cette vérité universellement reconnue, découle cette autre trop oubliée : aucun droit n'émane de la volonté individuelle de son possesseur. Comment une volonté isolée, qui trouve en face d'elle d'autres volontés, pourrait-elle, sans leur consentement — obtenu de gré ou de force —, tracer une règle à leurs rapports? Le droit ne naît que d'une volonté dont l'autorité est reconnue, celle du père de famille ou du chef de tribu à l'origine des sociétés, de nos jours la volonté collective des hommes réunis en une même agglomération. Cette volonté générale, sans doute, est le plus souvent conforme aux volontés individuelles : ce n'est que naturel, puisqu'elle en est composée et que la similitude de notre nature, la vie commune dans le même milieu, les longues années de dépendance de l'enfance et de la jeunesse, nous modèlent plus ou moins tous au même type, — et que chacun d'ailleurs se soumet de bon gré, quand il sent l'inutilité de la résistance. Le plus souvent aussi, c'est dans son propre intérêt qu'un droit est accordé à l'individu; pas toujours cependant, car les droits ne sont parfois que la contre-partie de devoirs imposés dans l'intérêt d'autrui : ainsi ceux du père de famille et du souverain. Mais ce serait une étrange illusion — trop commune encore en pays français — que d'attribuer une réalité à un « droit naturel » que ne consacre pas la volonté sociale; je puis juger la loi injuste à mon égard, sentir quelque chose en moi qui mérite considération et dont elle devrait m'assurer le respect, et avoir raison; mais mon désir est impuissant à créer un droit. C'est l'aspiration à un droit : c'en

est peut-être le précurseur, — peut-être aussi le regret, rien de plus.

Ce règne de la volonté générale n'est jamais apparu plus clairement que dans la société moderne, où les lois règlent minutieusement les moindres rapports sociaux. Au législateur, dépositaire de la volonté générale, est confié le soin de formuler le droit. A quels principes fondamentaux se soumet-il ?

III. Le droit a pour mission de régler les relations humaines. Il n'a pas à jouer le rôle d'une morale ou d'une religion et à traduire dans le domaine de la réalité quelque vérité absolue. Il ne crée pas des droits pour le plaisir de les créer, parce que c'est une chose bonne en soi et qu'il satisfait ainsi à un idéal de justice. Plus modeste est son rôle ; le droit n'a que la valeur relative d'un moyen : il est là pour le bien des hommes. L'intérêt humain est et doit être le seul guide du législateur. Un coup d'œil jeté sur l'organisation actuelle de la société convaincra le premier venu que cela est ; il serait hardi de soutenir que cela ne doit pas être.

Mais le bien des hommes, c'est le bien des individus ; eux seuls sentent, pensent et agissent, sont heureux ou malheureux. Ils sont légion, animés des mêmes besoins, doués des mêmes facultés, tous pétris de la même argile par la main aveugle de la nature. Nul ne peut pénétrer dans leur for intérieur et savoir leur puissance de souffrance et de bonheur, l'importance qu'ils attachent au libre exercice de leurs facultés et aux biens qu'ils tiennent de la nature, le pouvoir créateur de leur volonté libre ; le présent de chacun renferme un avenir inconnu. Aussi, une règle absolue s'impose au législateur ; il doit ne favoriser personne et une voix intérieure, la voix de la justice, le lui crie. L'idée de justice repose sur celle d'égalité, catégorie de notre entendement dont dépend tout raisonnement et toute science ; la science parfaite, celle des mathématiques, y est tout entière contenue et l'activité de l'esprit humain n'a fait que l'en tirer,

par un développement nécessaire. Une unité ne peut être préférée à l'autre et chaque homme est une indivisible unité; l'impartialité est le premier devoir du législateur. — Or les intérêts individuels se contrecarrent de mille façons; la réalisation totale du bien de chacun est impossible, parce qu'elle ne pourrait s'acheter qu'au prix du sacrifice complet des uns aux autres, et que la justice s'y oppose. Le droit ne peut donc accorder sa protection à tous les intérêts; il les protège en imposant le devoir de les respecter et en recourant à tous les moyens, à la pénalité s'il le faut, pour contraindre à ce respect les récalcitrants. — Quels intérêts sacrifiera-t-il? Donner le moins à l'un en privant l'autre du plus serait contraire à l'idée d'égalité, à notre sentiment de justice. Il sacrifiera donc les intérêts les moins importants en se réglant, encore ici, pour déterminer leur valeur, non pas sur un idéal plus ou moins personnel, mais sur les idées en cours. On sait que cette valeur est tout autrement appréciée suivant les pays et les époques; la liberté de conscience a été longtemps un bien ignoré, le droit de la jeune fille à disposer de sa personne un bien méprisé; aux yeux de certaines peuplades, la virginité est un mal; les idées sur l'honneur ont été soumises à d'incessantes fluctuations; la vie, la préservation de toute souffrance corporelle ont pris aujourd'hui une importance autrefois inconnue.

La tâche du législateur est relativement facile, quand il ne s'agit de mettre en balance que des intérêts individuels; elle se complique quand les intérêts en conflit sont ceux de groupes d'individus d'un côté, d'individus isolés de l'autre, qu'il lui faut sacrifier l'intérêt particulier à l'intérêt général, ou vice versâ. L'importance du premier peut alors balancer le nombre des intéressés. Le conflit devient plus aigu, plus malaisé à résoudre que jamais quand l'intérêt général est un intérêt social, que les intéressés sont à la fois tous les membres d'une société. Il n'est pas d'intérêt social qui ne soit un intérêt individuel;

l'homme n'est rien sans la société et il en a trop conscience pour hésiter à faire les sacrifices nécessaires à son maintien et à son développement. Mais, ici encore, le principe d'égalité — l'existence de la société important également à tous — lui permet de demander qu'on n'exige pas plus de lui que de ses concitoyens ; l'impôt cherche à résoudre ce problème. Il n'en est pas moins vrai, malheureusement, que parfois le hasard seul déterminera la victime ; nulle part le conflit entre le bien de l'individu et celui de la société n'apparait plus brutal que dans l'organisation du procès criminel. Jusqu'au jugement définitif, l'accusé est peut-être un innocent, dont la liberté, l'honneur même sont immolés au besoin de sécurité sociale [1]. Il n'en est pas de même dans l'application de la peine, car le condamné ne fait que subir, comme membre du corps social, les conséquences nécessaires de son acte ; il n'y a conflit qu'entre des intérêts sociaux.

De même que tout intérêt social est un intérêt individuel, tout intérêt individuel est un intérêt social. Tous les hommes sont solidaires les uns des autres ; chacun de nous recourt chaque jour, pour assurer son existence et son bien-être, aux services de milliers d'hommes, vérité que les économistes ont mise en lumière. C'est encore là, pour le législateur, une raison de donner la préférence, en cas de conflit, au plus important

[1] Nous saisissons cette occasion de mentionner l'intéressant article du danois Oersted dans « l'Archiv des Criminalrechts » de 1822 (p. 345-74, 625-77) « Ueber das Nothrecht als ein einflussreiches Prinzip in der Strafrechtspflege ». Il a remarqué le premier combien fréquemment le législateur se trouvait en état de nécessité : « Dieses ausgedehntere Nothrecht — dit-il (p. 351-2) —, welches wir für einen der folgenreichsten Grundsätze der angewandten Rechtslehre zu erklären wagen, geht auf die Fälle, in denen mehrere Rechtsforderungen sich dergestalt durchkreuzen, dass es in diesem Conflikte nothwendig wird, die Eine mit Rücksicht auf die Andere einzuschränken, theilweise aufzuopfern. » - Oersted est, du reste, encore embarrassé dans l'ancien fatras philosophique.

des biens individuels en présence ; — bien que cet intérêt social ne soit pas l'unique mesure de la valeur des individus et de leurs biens : la société est plus intéressée, par exemple, à la possession par un commerçant intelligent du capital qui lui permet d'exercer son commerce qu'à l'existence dans un hospice d'un vieillard sans famille ; elle ne sacrifiera pourtant pas le second à l'argent du premier.

IV. Que ces principes ne sont point le fruit d'une imagination fantaisiste, il n'est pas difficile de le prouver. Leur application est surtout sensible lorsqu'ils obligent le législateur à faire exception à quelque article fondamental de ses lois, qu'ils l'obligent, non seulement à interdire à l'individu la recherche d'un bien, mais encore à lui infliger un mal, ce qui est essentiellement contraire à la mission du droit.

Le premier devoir de l'État est de prévenir tout conflit ; mais malgré tout il s'en présente. Les conflits entre l'intérêt social et l'intérêt individuel sont les plus fréquents ; ce sont, tantôt des états de nécessité du corps social, tantôt des états de nécessité de l'individu. Les biens les plus précieux de l'homme — ce qu'on appelle improprement ses droits naturels — doivent quelquefois être sacrifiés : à la guerre, sa vie ; dans le procès pénal, sa liberté et sa réputation ; ailleurs, la paix de son foyer (exceptions à la règle d'inviolabilité du domicile [1]); plus souvent encore sa propriété, dont le dépouillera l'expropriation pour cause d'utilité publique, ici pour la construction de chemins de fer, de canaux, de digues, là pour l'exploitation, la découverte même de mines, ou dans quelque autre but. Il est sans doute indemnisé, mais en perdant un bien auquel l'attache l'habitude et, peut-être, des souvenirs sacrés, qui pour lui n'a pas son pareil, il souffre un mal irréparable ; il faut pourtant qu'il s'y résigne, fût-il même le meunier Sans-Souci. La loi parle ; mais, en l'absence même

[1] Loi française du 22 frimaire, an VIII, art. 76, etc.

de loi, sa propriété peut subir de graves atteintes : pour permettre la défense d'une place forte, par exemple, les autorités militaires raseront une maison particulière ; en cas d'inondation, d'incendie ou autres calamités, les autorités administratives prendront des mesures analogues [1]. Inversément, il arrive que l'intérêt social soit sacrifié à l'intérêt particulier ; c'est ce que fait le jury, inconsidérément parfois, lorsqu'il acquitte un accusé coupable plutôt que de lui laisser infliger une peine hors de proportion avec sa faute. C'est pour cela que certains délits ne sont poursuivis que sur plainte du lésé, auquel la divulgation de faits de sa vie privée ferait plus de mal qu'à la société l'absence de répression. De là, en quelque mesure, la prescription du droit pénal ; de là, certains huis-clos et les dispenses de témoignage ; de là l'« actio rerum amotarum » du droit romain, et l'interdiction faite au fils d'opposer au père l'« exceptio doli » (l. 4 § 16 D. de exception.), etc. etc.

Dans le droit privé, mêmes phénomènes. Pourquoi, alors que les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers, la loi soustrait-elle à leur action les choses nécessaires à son entretien et à celui de sa famille pendant un certain temps et les outils de sa profession, le tout atteignant peut-être la valeur de quelques milliers de francs [2] ? Par raison d'équité, dira-t-on. Mais sur quoi se base cette équité, sinon sur la disproportion des intérêts en présence : d'un côté la vie, ou tout au moins l'absence de privations cruelles, de simples intérêts pécuniaires de l'autre ? C'est là le bénéfice de compétence déjà connu du droit romain. — Un fonds de terre est mis en parcelles ; l'une d'elles, enclavée et dépourvue de toute issue sur la voie publique, ne peut trouver à travers les autres parcelles qu'un pas-

[1] V. les traités de droit public et administratif. — Très intéressant et saisissant bien l'esprit de ces institutions, Ihering, Zweck im Recht, p. 312-324, 420-431.

[2] Art. 592, code de proc. civ. français.

sage insuffisant à l'exploitation agricole dont elle est l'objet ; la loi civile accorde au propriétaire le droit d'exiger de son voisin un passage sur son fonds[1]. La source de ce droit de passage n'est autre que la disproportion entre le mal résultant, pour l'un de l'absence ou de l'insuffisance d'issue à sa propriété, pour l'autre du droit de servitude dont on grève son fonds. — J'ai, à l'insu d'autrui, employé à la construction de ma maison des matériaux qui lui appartiennent ; il n'en peut réclamer que le prix et des dommages et intérêts, s'il y a lieu, tandis que son droit strict lui permettrait d'exiger la restitution en nature : mais il faudrait alors démolir ma maison ! C'est le cas dont traite le titre « de tigno juncto », au Digeste, et l'art 554 du code civil. — De même dans l'accession de choses mobilières : si les matières unies ne peuvent être séparées sans inconvénient et que l'une d'elles soit d'un prix très supérieur à l'autre, le propriétaire de la première peut s'approprier la chose provenue du mélange, en remboursant à l'autre le prix de sa matière (C. C. 574). D'une manière générale, le propriétaire de la chose de plus grande valeur entraine celle de l'autre (C. C. 568). « Supposons — dit *Lehmann* (op. c. p. 229) — que Raphaël ait peint sa Madona della Sedia, non pas sur un fonds de tonneau, mais sur la coupe d'un tronc d'arbre ». Lui ferait-on râcler ses couleurs ? Le peintre aura droit au moins à une couche du bois ! De même si, locataire, il avait revêtu de quelque peinture de valeur la porte d'une armoire (C. C. 565 ?). Remarquons que dans tous ces cas, c'est par la faute d'un des propriétaires, agissant même peut-être dans l'intention de nuire, qu'est survenu l'état de nécessité ; nous supposons au contraire, en droit pénal, l'absence de faute de celui qui bénéficie de l'acte. — Dans le procès en partage, le prêteur romain donnait au juge la faculté d'adju-

[1] Art. 682, 684, code civil modif. par la loi du 20 août 1881. Origine : l. 12 pr. et § 1 D. de religiosis (11. 7).

ger, qui équivaut à celle d'exproprier. *Ihering* (op. c. 530) fait ressortir la souplesse du droit romain permettant toujours au juge, grâce à la teneur de la formule, de recourir à la simple condamnation à une somme d'argent, si la restitution de la chose par le défendeur offrait quelque grave inconvénient. Et pourtant aucun peuple n'a cru, à l'égal du romain, en l'absolu du droit de propriété.

L'expropriation pour cause d'utilité privée est donc un phénomène fréquent; elle s'opère sur un théâtre plus modeste que celle du droit public, mais présente les mêmes caractères juridiques. Lehmann a établi que l'effet de l'état de nécessité en droit civil était toujours une expropriation, en d'autres termes une transformation des droits les plus divers en celui d'exiger réparation du préjudice [1], droit que nous ne refusons point à l'individu lésé par l'acte nécessaire. C'est un principe général dont le législateur n'a tiré jusqu'ici que des conséquences isolées [2] et qui permet seul de résoudre cer-

[1] L. cit. p. 247-8: « Im Criminalrecht verliert im Conflictsfall das geringere Recht seinen criminalrechtlichen Schutz, im Civilrecht seinen civilrechtlichen, hier aber nur insoweit, dass es die Durchsetzbarkeit in seiner genuinen Form einbüsst, und sich ganz oder theilweise die Surrogation durch seinen auf Geld zurückgeführten Vermögenswerth, eventuell selbst die Verwandlung in eine Ersatzforderung gefallen lassen muss. »

[2] Exemple dans les art. 292 et 310 du Code suisse des obligations (droit de résiliation d'un bail, dont des circonstances graves rendent la continuation intolérable à l'une des parties), trop vaguement conçus. — *Hertz* (Unrecht, 1880, p. 98; cf. *Geyer*, Nothstand, p. 78) s'élève contre le droit de nécessité, en cherchant à poûsser la théorie à l'absurde: « On ne pourrait décider ce qui est juste que dans chaque cas particulier. Ce serait aller trop loin que d'accorder une valeur absolue au droit du créancier à exiger le remboursement du prêt. Celui qui doit 500 écus à un riche serait, par ex., dispensé de les payer s'il ne possédait rien d'autre et qu'il en eût besoin pour une cure dont dépend la conservation de sa vie. » Pourquoi pas, si cet état de faits peut être établi ? Le débiteur ne serait pas libéré; un délai seulement lui serait accordé. Nous rappelons le bénéfice de compétence. Le cas ne rentre pas dans la formule de Lehmann.

taines questions délicates : à l'expiration d'un bail, une maladie grave, que son déplacement rendrait mortelle, empêche l'ancien locataire d'évacuer les locaux dans lesquels le nouveau veut emménager; les principes connus ne permettent pas de baser juridiquement son droit à retarder l'évacuation. En bâtissant une maison, un propriétaire a légèrement dépassé les limites de son fonds et empiété sur le fonds du voisin; l'obligera-t-on à démolir, en application de l'art. 555 du code civil? Il ne serait pas difficile de trouver des exemples analogues. La condescendance réciproque écartera le plus souvent les difficultés ; mais si l'intéressé s'entête à réclamer tout son droit?

V. Appliquons à l'état de nécessité du droit pénal ce principe de proportion des biens ou intérêts, comme mesure du droit.

Si les biens en présence sont de valeur inégale, la loi ne peut admettre que le plus petit se conserve aux dépens du plus grand, que de deux maux on choisisse le pire — à moins qu'on ne se l'inflige à soi-même —; elle ne peut approuver le soldat fuyant l'ennemi, le simple particulier assassinant un innocent pour éviter une perte d'argent, le geôlier ouvrant la porte à un détenu, parce qu'il l'accable de railleries toutes les fois qu'il entre dans sa cellule, les pompiers se servant de leur unique pompe pour éteindre une masure et laissant brûler une ferme importante, etc. Mais elle doit approuver au contraire la conservation du plus grand aux dépens du plus petit, de la vie aux dépens de la liberté (séquestration temporaire), de l'honneur d'une femme par une légère atteinte à la pudeur publique, d'une maison incendiée aux dépens des récoltes foulées aux pieds en allant chercher de l'eau au fleuve, ou de la tranquillité du propriétaire voisin chez lequel il faut pénétrer pour organiser les secours, etc.

Et si les biens en présence sont égaux? La loi peut-elle autoriser un individu à sauver sa vie aux dépens de la vie d'un innocent? Lui en donner le droit, certes non ; mais exiger qu'il

sacrifie son existence à celle d'autrui, non plus. Elle ne peut ni l'approuver, ni le désapprouver.

C'est que le droit n'est pas une morale ; seule celle-ci peut blâmer l'homicide nécessaire [1]. La morale a sa source dans la

[1] Et encore a-t-on soutenu le contraire (v. p. 136-9 ci-dessus). La question de la moralité de l'acte nécessaire est très délicate et ne peut être tranchée *a priori* ; c'est une question de casuistique. L'état de nécessité est pour la science morale un conflit de devoirs *, qu'elle résout en établissant une échelle des devoirs. Or elle admet des devoirs envers soi-même, dont certains sont d'une essence supérieure à bien des devoirs envers autrui : ainsi le devoir de chasteté qui, le plus souvent, rendra moral l'acte nécessaire commis pour la sauvegarde de la pudeur, même s'il cause un mal irréparable. La conservation propre est aussi un devoir, la vie étant la condition de la personnalité et de la moralité, et ce devoir doit passer par exemple avant celui de respecter la propriété d'autrui ; Janet lui-même écrit que « le devoir de ne pas user de la propriété d'autrui implique une exception sous-entendue, à savoir le cas de nécessité absolue » (op. cit. p. 367). Puis la vie de l'un est souvent la condition du bien des autres ;

* *Paul Janet*, La morale, Paris, 1873, liv. II, ch. VI : conflit des devoirs ; l. III, ch. I : la conscience morale, ch. II : l'intention morale, ch. III : le probabilisme moral ; surtout p. 307-28, 357-69, 294-6. « Nous arrivons — écrit Janet — à une des questions les plus difficiles de la morale, et il est vraisemblable que c'est la difficulté même qui explique que la plupart des moralistes l'aient trop souvent négligée. » On en pourrait dire autant de la question juridique correspondante. — Tout le monde reconnaît la possibilité des conflits de devoirs ; car ceux qui la nient jouent sur les mots, entendant par « devoirs » les exigences de la loi morale, et par « devoir » l'obligation de faire telle ou telle chose ; on ne peut être obligé à faire qu'une chose à la fois, disent-ils. Mais cela n'empêche pas qu'en fait, il faut décider dans chaque cas particulier quel est notre devoir, c'est-à-dire à quelle exigence morale il faut donner la préférence, ce qui est précisément la question du conflit de devoirs. Nous sommes en ce sens dans un état de nécessité moral perpétuel. C'est ce qu'oublie *Ad. Wach*, dans son écrit récent « Der Widerstreit der Pflichten » ; il se contredit, en outre, en admettant en pratique la possibilité de conflits résultant de l'imperfection humaine (ainsi, en cas de mensonge fait à un malade, de son manque de force morale) et en niant sa possibilité logique, parce que l'homme ne peut commettre qu'une action à la fois, — ce qui est le résultat de notre imperfection.

conscience individuelle, le droit dans la volonté générale. La morale considère l'intention, le droit le résultat extérieur et l'intention seulement comme grosse de résultats, ou comme source de responsabilités à venir, parce qu'elle s'est révélée dans des actes qui ont influencé autrui ; les plus atroces machinations, rendissent-elles leur auteur digne des peines éternelles, sont sans signification juridique si elles n'ont pas abouti. La morale peut poursuivre le bien en soi ; le droit est subordonné aux nécessités humaines et pratiques. Il est des actes moraux injustes, punissables : exercer la médecine dans un but charitable, enlever un enfant à son père pour le soustraire à d'indignes traitements, organiser sans autorisation une loterie de bienfaisance, etc.; la bonne intention ne justifie pas le délit. In-

ainsi, dans le cas de la planche, si l'un des naufragés était porteur d'un message d'où dépendrait le bien de l'État et de milliers d'hommes, l'homicide ne serait-il pas moral? Ce serait donc aller trop loin même que de dire que le devoir de respecter la vie d'autrui, certainement supérieur à celui de conservation propre — nous condamnons donc le vulgaire homicide nécessaire —, est supérieur à tout autre devoir. Si nous entrions dans le détail, on verrait que dans la plupart des cas de disproportion des biens en présence, la morale en est amenée à reconnaître celle de l'inégalité des devoirs en conflit, l'importance d'un devoir dépendant de celle de son objet, et à approuver l'acte que nous déclarons juste. — La morale populaire se place à un tout autre point de vue. Il y a de nos jours scission complète entre la morale professée par la foule, qui est celle du désintéressement, et celle que chacun prend pour règle de conduite, qui ne l'est certes pas. La première est tout idéale; elle exalte la valeur de l'altruisme, partage des natures les plus élevées, et sert simplement de contre-poids à nos instincts égoïstes, qui, s'ils constituent le plus puissant des ressorts sociaux, sont trop solidement enracinés dans notre nature pour qu'il soit besoin de les encourager. Aussi le peuple considère-t-il une action comme d'autant plus morale qu'elle a exigé un effort moral plus extraordinaire ; il admire toujours le désintéressement, même poussé à l'absurde. Il sera donc disposé à déclarer immoral l'acte nécessaire commis pour la sauvegarde d'un bien personnel et à admirer au contraire les actes d'intervention auxquels pousse un sentiment d'humanité (p. 22 suiv. ci-dessus). — Ainsi, à quelque point de vue que l'on se place, il faut reconnaître que l'acte nécessaire est souvent moral.

versément, il est des actes justes immoraux : un riche, par exemple, poursuit un débiteur jusqu'à la ruine complète. Si, malgré la dissemblance de leur source, les ordres de la morale concordent souvent avec ceux du droit, c'est que la conscience individuelle a été soumise pendant de longs siècles à la pression morale de la loi. — Faire du mal n'est donc point injuste en soi ; tout dépend du résultat extérieur de l'acte. Qu'on ne parle pas d'intention ; si la lésion est permise, l'intention est bonne. Le bourreau a le dessein de nuire ; le meurtrier par imprudence ne l'a pas.

Le droit donc, émanant de la volonté générale, ne peut que se désintéresser d'un conflit entre biens égaux ; le principe d'égalité le lui commande : il ne doit pas protéger un individu aux dépens de l'autre. « Le danger de l'état de nécessité — dit Janka (op. c. p. 197, cf. p. 205) — est un malheur pour celui qu'il menace. C'est à celui dont il atteint la personne ou les biens à supporter un malheur. » Pourquoi donc ? Il faudrait trouver une source juridique à cette obligation de l'un de sacrifier sa vie à celle de l'autre [1]. Et elle est introuvable. L'on en pour-

[1] Cf. *Luden*, Abhandl. 509-10, Handb. 304-5 (v. p. 205 ci-dessus). — Nous ne trouvons de solutions analogues à la nôtre que celle de *Schaper* (p. 210 ci-dessus ; cf. déjà *Hufnagel*, Commentar, p. 226-7 — p. 196 ci-dessus —), de *Berner*, dans la 1e édition de son traité (p. 128 ; il l'a abandonnée plus tard) : « Das Leben des Einen, als gerade nur so gleich berechtigt, kann nicht fordern dem Leben des Andern vorzugehen », et de *Marquardsen* (l. c. p. 403). Tous trois restent dans un grand vague et ne partent pas du principe du conflit de biens. Si l'on admet que la vie est un droit naturel, les deux droits se font équilibre et l'acte du nécessité est une lésion de droit (*Zeiller* l. c. p. 108-9) ; à moins de recourir aux subtilités de Luden, il faut alors le déclarer injuste et punissable. *Meyer* (Lehrbuch, 1882, p. 307 ; devancé par *Lehmann*, l. c. p. 249) résout la difficulté par la considération que « l'État, en matière pénale, doit se placer au point de vue de l'agent » et que pour celui-ci, de deux intérêts égaux, c'est le sien qui l'emporte ! (Cf. p. 48 ci-dessus). Et si telle est son opinion en cas de conflit de biens inégaux ? *Binding* qui, le premier, retournant à Fichte et ses prédécesseurs, a admis l'irrelevance de l'acte nécessaire, lui donne une base insuf-

rait décider autrement, si c'était par la faute du nécessité qu'eût été amené le danger; mais nous le supposons dû à des circonstances indépendantes de sa volonté. Quelquefois, d'ailleurs, il sera commun (Mignonnette); et, sans être commun, il peut devoir sa naissance au lésé lui-même: ainsi, dans le cas de menaces, c'est à lui qu'en veut le provocateur et le hasard seul l'amène à se servir du nécessité comme instrument.

La loi se désintéressant du conflit, il y a là sans doute, en quelque sorte, une « sanction légale de la force », comme le dit justement von Buri (l. c. p. 446); mais c'est un mal nécessaire, — comme bien d'autres, hélas! comme la mort, comme la guerre, comme la peine. L'État ne fait d'ailleurs que respecter l'égoïsme, le plus puissant des ressorts sociaux, le plus sûr garant de la sécurité de tous, comme il est l'âme du commerce, lorsqu'il est allié à un sentiment de justice, et « qu'il ne peut pudiquement ignorer quand il y fait constamment appel par la menace de peines » (Baumeister). S'il ne peut approuver l'homicide, il ne peut prêcher le suicide, dont les résultats immédiats sont aussi fâcheux pour lui.

VI. A cela s'ajoute une autre considération : la société peut d'autant moins se montrer exigente envers l'individu en détresse que, le plus souvent, elle faillit alors elle-même à l'un de ses premiers devoirs envers lui, le devoir de suppléer à la faiblesse individuelle [1]. L'individu seul, avons-nous dit, pense, sent et agit ; ce n'est que par lui que l'abstraction sociale prend vie et c'est la mission la plus importante de la société que d'assurer à chacun l'intégrité des biens qu'il tient de la nature ou qu'a

fisante en cas de conflit de biens égaux: « es ist natürlich dass der Gefährdete seinem Triebe der Rettung nachgiebt » (Handbuch, 766) ; c'est tout au plus un motif d'excuse. — Cf. à nos développements ceux de *von Buri*, l. c. p. 434-7.

[1] Cf. Henke, Handb. 337; Marezoll, Grolman et Luden (p. 179, 196, 205 ci-dess.); Goltdammer, Material., I, 371. *Contra*, Breidenbach, op. c. 574-5.

produits son activité. Or notre bien-être a pour ennemis les forces parfois malfaisantes de la nature, tout comme les volontés mauvaises d'autres hommes; ces volontés, sans doute, sont les plus redoutables, parce que, menace perpétuelle, elles cherchent sans cesse les moyens de déjouer les mesures préventives prises contre elles, tandis que le mode d'action des forces naturelles est connu d'avance : de là l'arme spéciale qu'il faut brandir contre elles, la peine, qui cherche à les dompter pour toujours en les réformant, après les avoir pour un temps incapacitées. Mais, une fois déchaînées, les forces naturelles se jouent bien autrement de l'effort individuel. C'est pourquoi l'État nous protège également contre elles ; il n'y renonce que lorsque l'association spontanée des citoyens y pourvoit. Il fait construire des digues, dresser des paratonnerres, surveille l'organisation des secours contre l'incendie, organise le sauvetage des navires en détresse; il met au bord des routes des garde-fous et prend souci de notre sécurité jusqu'au sommet des Alpes, veillant à ce que les guides qui nous y conduisent soient des hommes sûrs, comme il veille à ce que les médecins ne nous tuent pas en voulant nous guérir. Il secourt les faibles, les indigents, les malades, par l'assistance publique à laquelle chacun contribue. Bref, il prend mille mesures qui suppléent à notre impuissance et, tous les jours, les progrès de la science et l'augmentation de la fortune publique lui permettent de les rendre plus efficaces. Et il ne fait là que son devoir. — Or, dans l'état de nécessité, l'individu est laissé seul à lui-même, impuissant. Une maison est incendiée et les secours n'arrivent pas; un passant est attaqué et la police n'a garde de se montrer ; une femme tombe dans la misère et, trouvant toutes les portes fermées, délaisse son enfant; un pauvre meurt de faim dans une grande ville. Dans le cas de conflits de devoirs, c'est la loi elle-même qui, par sa maladresse, le condamne à la violer. Il est fâcheux, certes

qu'il doive recourir à des actes dommageables pour pourvoir à son salut — ou qu'un autre doive le faire pour lui —; mais, s'il n'est pas en faute, la société, première fautive, ne peut que déplorer ces tristes circonstances. Seule, la morale peut être satisfaite d'une occasion donnée à l'individu de déployer de l'héroïsme ou de la grandeur d'âme; c'est une belle chose que le spectacle d'un homme souffrant pour une idée ou, comme le chrétien, pour souffrir, ou, comme le stoïcien, pour pouvoir se dire qu'il n'a pas souffert où d'autres auraient succombé. Mais le droit poursuit d'autres buts.

§ 3. RESTRICTIONS PRATIQUES

I. Ce n'est pas à dire que, comme acte individuel, l'acte nécessaire puisse souvent être approuvé et que la loi doive proclamer un *droit* général de nécessité. De graves considérations obligent à apporter en pratique un tempérament aux conséquences rigides des principes qui viennent d'être exposés.

Elles sont de deux sortes; les unes ont trait au fait que l'acte nécessaire est un acte de justice propre, les autres, de moindre portée, au fait qu'il revêt la forme d'un acte délictueux.

II. Il n'y a lieu à application des principes qu'en cas de conflit de biens; or la présence de ce conflit est très difficile à établir, sa certitude impliquant celle de l'inévitabilité de la lésion redoutée en cas d'omission de l'acte nécessaire.

Le mal à éviter est futur; c'est en face d'un *danger* que se trouve le nécessité. On a soutenu que le danger n'avait pas d'existence objective, parce qu'en réalité rien ne *peut* arriver, tout *doit ou ne doit pas* arriver par le jeu nécessaire des lois naturelles; c'est aller un peu loin, si l'on croit à la liberté humaine, car notre volonté peut modifier le cours des choses et Dieu lui-même n'en doit pas pouvoir prévoir les déterminations.

Mais il est vrai que le danger réside essentiellement dans notre esprit, impuissant à prédire l'avenir. Nous ne pouvons pas cependant n'agir qu'avec la certitude que notre crainte d'un mal n'est pas une crainte vaine, car, seule, la survenance du mal pourrait nous donner cette certitude ; quand nous agirons, donc, la réalité du danger — l'inévitabilité et non la simple possibilité d'un mal futur — sera rarement établie. Dans le cas de nécessité, surtout, elle ne pourra presque jamais l'être, l'imprévu des circonstances, la nécessité d'une prompte action, le fait que les intérêts de l'individu sont menacés, tout enfin concourant à troubler son regard. Le danger sera donc souvent imaginaire, et par conséquent aussi la collision de biens.

Même observation sur l'efficacité de l'acte nécessaire comme moyen de salut. L'aubergiste qui tire sur le cheval du voleur en fuite ne rend pas certaine son arrestation, il la facilite seulement ; le voleur détalera peut-être à toutes jambes. Le danger est diminué, sans être écarté. Et, seule, l'absolue nécessité, du sacrifice d'un bien à la conservation de l'autre rend le conflit présent.

A cela s'ajoute qu'il s'agit de confier à l'individu le droit, non seulement de constater le conflit, mais encore de l'apprécier ; fixer la valeur relative des biens en présence est une opération très délicate, parce que leur valeur abstraite importe peu, qu'ils n'en ont que dans leurs rapports avec des hommes. Il s'agit d'apprécier les conséquences de leur perte pour leur propriétaire, le mal causé par l'acte. Cent francs valent pour l'un, placé dans une situation critique, cent fois plus que pour l'autre ; l'honneur d'une femme vaut, tantôt plus que la vie, tantôt rien.

Ici donc plus que partout ailleurs, par cela même que les faits générateurs du droit sont incertains, infiniment variables et d'une constatation difficile, l'autorisation de la justice propre se heurte à de sérieux inconvénients. La base du droit de légitime défense, qui est un acte de justice propre aussi, est au con-

traire un fait certain et qui a une existence actuelle : l'attaque au droit.

III. Puis l'acte nécessaire présente l'allure d'un délit ; en l'autorisant, la loi consacre une exception à ses dispositions, et c'est là un mal. Janka a mis ce point en lumière (op. c. p. 168) : « Cet abandon de la règle commune s'accompagne toujours en un certain sens d'un danger social. Une loi qui renonce trop facilement à ses défenses en affaiblit l'autorité et par là sa propre autorité. L'intérêt... à la solidité de la règle de droit doit donc être porté en ligne de compte. » Il y a là du vrai, — bien que l'argument prouve plus qu'il ne veut prouver : à ce compte-là, il faudrait punir l'acte nécessaire (cf. p. 222 ci-dessus) — ; d'autant plus, pourrait-on ajouter, que l'acte qui prend la forme d'un délit cause presque toujours une alarme, parce que les circonstances spéciales du cas sont ignorées ; mais le fait de la poursuite pénale, inévitable puisqu'il faut constater qu'il y a eu réellement état de nécessité, donne pleine satisfaction aux exigences de sécurité publique. Au total donc, cette considération n'a pas grande portée.

IV. Janka met encore en avant un autre argument (p. 205) : « Un principe juridique entre en lutte avec cet autre principe que le bien doit être assuré dans la plus large mesure possible : le principe que chacun doit être garanti dans sa sphère juridique. » Mais cela s'applique au nécessité, tout comme à celui auquel il s'en prend pour écarter le mal qui le menace. C'est injustement qu'il est menacé, c'est-à-dire contrairement à la volonté sociale ; nous renvoyons à ce que nous avons dit de la mission de la société (p. 265-7 ci-dessus).

Ce sont donc essentiellement les considérations du premier ordre qui doivent limiter, dans l'application, les conséquences des principes exposés au paragraphe précédent.

§ 3. LA SOLUTION. NATURE JURIDIQUE DE L'ACTE NÉCESSAIRE.

I. Nous avons maintenant des bases solides pour discuter

la question très controversée, très délicate, de la nature juridique de l'acte nécessaire.

Nous l'avons autant que possible négligée au cours de notre étude critique des théories, et cela parce qu'elle est, en une certaine mesure, indépendante de celle des motifs d'impunité. On les a trop souvent confondues.[1] On peut, en se basant sur le même motif d'impunité, attribuer à l'acte les caractères les plus différents; témoin l'exemple des représentants de la théorie de faiblesse humaine : l'acte est juridiquement irrelevant, d'après Grotius ; non imputable, d'après Filangieri ; criminel, mais excusé, d'après Breidenbach ; injuste sans être criminel, d'après Geib ; juste enfin, d'après Rotering. Et, inversément, on peut lui attribuer le même caractère par les motifs les plus dissemblables : les jurisconsultes du XVIIIe siècle l'ont qualifié de juste comme exercice du droit de conservation propre (idée romaine), Hegel, parce que la vie est le droit absolu, Stammler, en vertu du conflit de biens, Rotering, de la faiblesse humaine. Rappellerons-nous qu'on y a vu l'accomplissement d'un devoir (Wolff) et, enfin, un délit civil sans être pénal (Luden). Voilà déjà sept solutions distinctes ! Et il faut ajouter celles des partisans de théories doubles [2] qui reconnaissent à l'acte nécessaire tantôt un caractère, tantôt un autre : celui d'un droit, par exemple, lorsqu'une vie se conserve aux dépens d'une simple chose, d'un acte injuste excusé lorsqu'elle s'attaque à une autre vie. C'est là un phénomène curieux dont on chercherait en vain d'autres

[1] Ainsi Stammler, Binding, Hälschner (deutsches Strafr. I, 490 note) et Janka, dans sa critique des théories de faiblesse humaine et *passim*.

[2] Ce sont : le droit romain, encore vague ; Grotius, Pufendorf, Wenckebach, Globig et Huster (l. cit. et p. 132). Dans ce siècle, en France, Rossi ; en Angleterre, Bentham ; en Italie, Carrara ; en Allemagne, Zeiller, Oersted(?) puis Berner et, le suivant, Lehmann, Pernice, Janka, von Buri ; enfin, complétant Hegel, Wessely, Gillichewski, Göb, et même von Wächter ; en Russie, Taganzeff (projet de 1882). Janka (note 256) cite à tort Heffter.

exemples dans l'histoire du droit ; indice significatif de la difficulté toute spéciale de la question de la nécessité.

II. Il n'en est pas moins vrai que le droit de nécessité cadre surtout avec la théorie du conflit de biens — ou de droits —, parce qu'elle examine seule la nature intrinsèque de l'acte, abstraction faite de l'agent.

Devons-nous donc reconnaître un droit de nécessité ?

Il ne peut en être question en cas d'égalité des biens en conflit : on se rappelle à quelles absurdités conduit cette solution (v. p. 210-1). Mais est-il admissible en cas de conflit de biens inégaux, notamment lorsqu'il y a véritable disproportion entre le mal évité par l'agent et le mal qu'il inflige à autrui ?

III. Il nous faut d'abord apprécier le droit de nécessité dans ses conséquences pratiques. Il en résulte :

1° Qu'un tiers quelconque peut secourir le nécessité ; il ne fait qu'exercer son droit par gestion d'affaires. « Aucun homme n'hésitera à s'emparer de lait ou de vin qui ne lui appartiennent pas, pour sauver un affamé qu'il trouve sans connaissance », dit Binding lui-même, adversaire cependant du droit de nécessité (op. cit. p. 786). Nous avons, dans notre introduction, montré par de nombreux exemples combien cette intervention était dans la nature des choses. C'est donc un argument en faveur du droit de nécessité que cette première conséquence qu'il entraîne ; Binding est obligé de déclarer de l'acte ci-dessus que « c'est un délit, mais un délit ordonné par la loi morale et susceptible de grâce » ; qui veut qu'il soit besoin d'un recours en grâce dans un cas pareil est mal venu à soutenir jamais l'impunité de l'acte nécessaire.

2° Que la personne attaquée par le nécessité ne peut pas se défendre. Cette exclusion de la légitime défense est un des principaux arguments des adversaires du droit de nécessité. Mais quoi ? approuvera-t-on le propriétaire superstitieux de la corde d'un pendu qui se meurt, s'opposant à ce qu'on le dépende en cou-

pant la corde? le possesseur d'une embarcation qui, de peur qu'elle ne soit engloutie, se refuse à y laisser monter le sauveteur d'un homme qui se noie? le fermier d'un bien isolé dans la campagne jetant dehors, par quinze degrés de froid, le voyageur qu'il a trouvé le soir dans son étable? le porteur d'eau d'Ortolan défendant ses seaux? Il nous semble que la légitime défense doit leur être interdite; elle apparaît si inhumaine que, certainement, peu d'hommes en seraient capables. Sans doute, interdire la légitime défense, c'est demander à celui que lèse l'acte nécessaire le sacrifice d'un de ses biens, ce qu'on ne peut exiger à la légère; mais ce n'est pas trop exiger ici, tant ce bien est insignifiant, en regard de celui dont l'existence est en jeu. Puis, il ne s'agit pas de le punir de son refus de consentir à ce sacrifice, mais seulement des violences auxquelles il pourrait recourir pour s'y soustraire, et surtout, de justifier celles dont le nécessité n'hésitera pas à user pour triompher de sa résistance, violences punissables si l'on accorde un droit de défense à celui qu'il a attaqué.

3° On a dit que le droit de nécessité excluait *l'obligation de réparer le préjudice*. C'est une erreur, cette obligation pouvant être la condition de l'exercice d'un droit; ainsi du droit d'expropriation de l'État. Nous avons montré que l'effet de l'état de nécessité en droit civil était de transformer un droit en son équivalent pécuniaire: ce sera précisément la conséquence civile de l'acte nécessaire du droit pénal. Il n'est pas de raison de dispenser le nécessité de la réparation du dommage; grâce à elle, la situation des deux parties sera égalisée: si le bien sacrifié est très inférieur en valeur au bien sauvé, l'indemnisation du lésé sera considérée par le propriétaire de ce dernier bien comme le prix raisonnable payé pour sa conservation; si les biens sont égaux, celui qui a évité ce que leur perte avait d'irréparable réparera du moins le mal qu'il a fait dans ce qu'il a de réparable. Cette obligation à réparation amènera même le proprié-

taire au sacrifice immédiat de son bien, si cette perte n'a pas de conséquence irréparable pour lui. Une simple chose peut devoir tout son prix aux souvenirs qui s'y rattachent ou à quelque autre intérêt moral et c'est bien plus cet intérêt que l'intérêt purement pécuniaire qui tombera en état de nécessité.

IV. Droit d'intervention des tiers et interdiction de la légitime défense du lésé, ce sont là les seules conséquences du droit de nécessité et ces conséquences sont désirables ; de plus, il est conforme aux principes de déclarer juste l'acte qui sauvegarde un bien par le sacrifice d'un bien de moindre valeur, car le nécessité agit alors dans l'intérêt social. Mais nous savons aussi que de graves considérations pratiques s'opposent à la reconnaissance d'un droit de nécessité. Comment concilier ces exigences opposées ?

Quant à l'intervention, nous verrons (§ 6 ci-dessous) qu'on peut consacrer ici le résultat du droit de nécessité, sans proclamer ce droit. Mais il en est autrement en ce qui concerne la légitime défense. Fût-on même adversaire du droit de défense illimité, on ne peut l'exclure ici par la considération qu'en se défendant l'agent cause la mort d'un homme, mal hors de proportion avec celui qu'il évite. Celui qui repousse le tiers qui veut couper la corde du pendu ne se défend pas contre le pendu, à l'égard duquel son acte est une simple omission de secours, que ne punissent pas nos lois. Et de même partout. Il y aurait bien une autre solution possible : attribuer à tous les actes nécessaires le caractère neutre d'actes juridiquement indifférents, tout en n'admettant la légitime défense que contre les actes injustes — il faut, selon nous, l'admettre contre toute attaque à laquelle la loi n'exige pas que nous nous soumettions —, d'où la conséquence que l'acte nécessaire ne pourrait jamais occasionner chez autrui qu'un état de nécessité, sans jamais l'autoriser à la légitime défense (von Liszt), conséquence à laquelle aboutissent aussi ceux qui, comme Stammler, recon-

naissent un droit de nécessité en cas d'égalité des biens en conflit. Mais notre sentiment de justice en serait révolté : il suffirait d'une légère supériorité du bien que veut sauver l'agresseur sur le bien de l'assailli, pour que celui-ci ne pût se défendre impunément, les conditions de l'état de nécessité n'étant pas présentes pour lui ; « je serais obligé de me laisser complaisamment couper un doigt pour sauver la main d'autrui », dit von Buri critiquant Stammler. En particulier, lorsque l'agresseur est contraint par les menaces d'un tiers, l'assailli devrait laisser commettre sans résistance un crime sur sa personne, car l'instigateur est coupable de l'acte que le nécessité commet innocemment (v. l'exemple donné p. 15-6 ci-dessus). L'injustice de cette solution devient plus éclatante encore si l'on songe à l'incertitude forcée, au moment de l'acte nécessaire, de la réalité du danger couru par le nécessité. On pourrait répondre qu'en pratique l'interdiction absolue de la légitime défense n'aurait pas de sérieux inconvénients, parce que l'assailli se croira le plus souvent injustement attaqué et que son erreur le protègera; mais la non-imputabilité de l'acte illicite faussement cru licite est le sujet de vives controverses (von Liszt lui-même la nie). Seule donc, la proclamation d'un droit de nécessité permet d'interdire la légitime défense, sans dépasser les limites raisonnables.

V. Nous croyons qu'il est des cas où le législateur peut du reste, sans inconvénient, reconnaître ce droit; Janka l'a nié, parce que « la loi, lorsqu'elle accorde un droit, doit déterminer d'une manière précise ses conditions d'existence »; « tout droit — dit-il avec raison — demande à être fixé, la ligne séparative du juste et de l'injuste doit être nettement tracée. »[1] Mais il en est souvent ainsi en cas de nécessité, et c'est pour cela que les législations reconnaissent déjà de véritables droits de nécessité :

[1] Op. cit. p. 169. Cf. Binding, Handbuch, p. 763.

le droit de jet à la mer et celui de passage sur un terrain privé, lorsque la route est impraticable, notamment (v. p. 244 ci-dessus). Mais pourquoi n'en reconnaîtraient-elles pas d'autres? Il est deux groupes de cas que la loi peut désigner d'une manière précise [1] et dans lesquels il est juste d'exiger du lésé le sacrifice de son bien, en lui en interdisant la légitime défense : c'est quand l'acte est nécessaire au salut d'une vie humaine ou qu'il doit détourner un danger d'incendie, d'inondation ou d'autres graves atteintes à la propriété par des fléaux naturels, et que d'ailleurs il n'est que faiblement dommageable. Dans le premier cas, il s'agit d'un bien d'une valeur incomparable; dans le second, le lésé est ordinairement témoin du péril, souvent collectif, qui nécessite la lésion, de sorte que la légitime défense peut à bon droit lui être interdite. Dans tous deux, la loi précise suffisamment les conditions d'exercice du droit en exigeant que l'acte ne cause qu'un faible dommage, car, en pratique, il n'est pas difficile d'apprécier d'un coup d'œil ce que c'est qu'un faible dommage, en comparaison de la mort, dommage suprême, ou de la destruction de la propriété sur une grande échelle. En fait, l'acte ne sera le plus souvent qu'une atteinte à la propriété, mais pas toujours; de même qu'inversément l'atteinte à la propriété peut être trop grave pour qu'on puisse donner le droit de l'infliger :

[1] Von Buri (op. cit. p. 435-6, 454) a proposé ce qu'on pourrait appeler le « critérium de l'agent de police ». Partant de l'idée qu'en prohibant la légitime défense, l'État demande à l'individu un sacrifice dans l'intérêt social, ce qui est vrai, il admet qu'où le représentant de l'État se croirait autorisé à infliger un dommage à l'un pour préserver l'autre — il enfoncera, par exemple, une vitre pour sauver un homme —, tout particulier, en son absence, doit y être autorisé. L'idée est originale; mais le critérium est mauvais, parce qu'il y a agent et agent, que la plupart redoutent de s'immiscer dans les affaires des particuliers, et ne prennent pas souci de conflits d'intérêts qu'ils considèrent comme privés. Puis la difficulté n'est que repoussée : quand l'agent *doit-il* se croire autorisé? Il faut finir par recourir au critérium de disproportion des biens en présence.

c'est pour cela que la loi ne doit point accorder à la vie un droit sur la propriété [1].

De ces considérations sont d'ailleurs exceptés les cas de conflits de devoirs, où il va de soi que le nécessité exerce un droit — en cas d'égalité des biens en conflit — ou accomplit un devoir — en cas d'inégalité —. Les restrictions pratiques précédemment exposées n'ont plus à jouer leur rôle quand l'État lui-même confie à un individu la sauvegarde de certains intérêts. Mais il est inutile que la loi fasse mention de ce droit de nécessité qui découle naturellement de l'existence des devoirs en présence.

VI. Nulle part ailleurs la loi ne peut déclarer juste l'acte nécessaire ; on découvrira sans peine des cas où notre conscience nous dit que c'est à bon droit que le nécessité a triomphé par la violence de la résistance d'autrui, mais ils ne sauraient être groupés en catégories ; c'est tout au plus si la loi pourra parfois, par des dispositions spéciales, reconnaître des droits de nécessité : ainsi au passage sur un terrain privé, — la certitude d'une réparation du préjudice atténue beaucoup alors la portée de l'atteinte à la propriété — ; ainsi à l'embryotomie (v. p. 244), — dont il serait bon d'exiger que la nécessité fût constatée par une consultation de spécialistes —. Quant à accorder un droit de nécessité toutes les fois que le bien en péril est de valeur supérieure au bien à sacrifier, le législateur ne peut songer à conférer un droit dans des termes aussi vagues. Il n'en est pas moins vrai qu'alors il juge l'acte digne d'approbation et d'autant plus digne que cette supériorité de valeur est plus grande ; mais ce jugement, il ne pourrait le porter qu'après la commission de l'acte, à la suite d'un attentif examen des faits. Traçant dans la loi pénale une règle de conduite, il ne peut pas

[1] Comme le voulait Wächter (sächs. Strafr., p. 361). Cf. l'art. 45 du code hessois, admettant dans ce seul cas l'intervention d'un tiers quelconque.

approuver un acte dont les effets sont essentiellement incertains ; il ne peut pas non plus le blâmer, parce que son auteur agit souvent dans l'intérêt social, toujours pour éviter un mal auquel la société n'a pas le droit d'exiger qu'il se soumette. La loi ne peut que déplorer comme un mal nécessaire le sacrifice de biens que protègent ordinairement ses commandements, par un individu qui ne saurait que rarement être certain de la nécessité et de l'efficacité de ce sacrifice.

D'après nous, donc, *l'acte nécessaire est dans la généralité des cas : aux yeux du législateur, un acte ni juste, ni injuste, qu'il ne permet, ni n'interdit ; aux yeux du juge, un acte dont la justice est en raison directe de la supériorité du mal qu'il a écarté sur le mal qu'il a causé.* Nous faisons de l'état de nécessité ce que la science française appelle un **fait justificatif.**

§ 5. L'ACTE NÉCESSAIRE COMME DÉLIT PAR IMPRUDENCE. DEGRÉS DANS LE CARACTÈRE DANGEREUX DE L'ACTE.[1]

I. Un braconnier guette le passage d'un garde-chasse, qu'il déteste, et le tue ; un chasseur tire imprudemment dans la direction d'une haie longeant un chemin et tue le garde-chasse qui passe derrière. Il y a un abîme entre la culpabilité de ces deux actes, l'un dolosif, l'autre simplement fautif. Supposons

[1] Les développements qui suivent nous ont été suggérés par l'article 145 de la Caroline et par le passage suivant du cours de M. le prof. Binding, à Leipzig, qui, dans une conversation particulière, nous fit lui-même remarquer qu'il touchait à la question de l'état de nécessité : il s'agit de l'imprudence ; elle n'est coupable, dicte Binding dans son résumé, que quand « *b*) der Thäter hatte, bei eingesehener Gefährlichkeit der eingetretenen Handlung, dieselbe unterlassen müssen. Nun fragt sich : Verpflichtet schon die erkennbare Möglichkeit eines schädlichen Ausgangs der Handlung zu ihrer Unterlassung ? Dies ist zu verneinen, denn selbst bei eingesehener Möglichkeit des schädlichen Erfolges kann die Handlung sehr häufig nicht

les commis en état de nécessité. Le danger de mort justifiant le plus grave, un danger moindre ne doit-il pas justifier l'autre? En d'autres termes : quel est le rôle justificatif de l'état de nécessité en matière d'imprudence ?

II. Il est nul en ce sens que l'élément caractéristique de l'acte nécessaire est sans relation avec celui de l'acte imprudent. Les criminalistes sont d'accord sur ce point, qu'il y a dol lorsque l'agent s'est représenté comme certaines ou possibles les conséquences illégales de son acte, faute lorsqu'il ne les a pas prévues ou en a cru la survenance impossible, distinction qui correspond à une diversité d'attitude du délinquant en face de la loi : dans le premier cas, il acquiesce à sa violation et rabaisse les droits qu'elle protège au rang de moyens à ses buts ; dans le second, on peut toujours se demander s'il l'aurait violée, eût-il prévu les suites illégales de son acte. Il n'est coupable que d'avoir agi sans songer à sa véritable portée ; nul ne doit agir qu'après examen des conséquences possibles de ses actions, obligation que nous impose la loi civile et dont les législateurs

unterbleiben; lässt sich doch bei der nöthigen Aengstlichkeit der Eintritt solcher Verletzungen infolge der harmlosesten Handlungen befürchten. Die Handlung braucht nicht zu unterbleiben und ist dann nie fahrlässig : *a*) wenn ein besonnener Mann jene Möglichkeit des schädlichen Erfolgs wegen der Ferne der Gefahr unberücksichtigt gelassen haben würde, d. h. wenn er geglaubt hätte die Verletzung träte nicht ein; wie dann, *b*) wenn ein besonnener Mann zwar die Gefahr als eine nahe erkannt hätte, allein *das rechtliche Interesse an der Vornahme der Handlung für bedeutender erachtet haben würde, als das rechtliche Interesse am Unterbleiben des Risiko* (navigare necesse est, vivere non necesse est). Mit dem rechtlichen Bedürfniss zur Vornahme der Handlung steigt das Risiko, das gelaufen werden muss. Der besonnene Mann aber, dessen Verhalten die Beurtheilungsnorm bilden soll, ist nicht der gewöhnliche Durchschnittsmensch, sondern ein Geistesgenosse des zu Beurtheilenden, versetzt gedacht in gleiche Situation, aber ausgestattet mit Besonnenheit. » La vraie place de ce passage — d'une partie au moins — est le chapitre concernant l'état de nécessité; il ne s'agit pas d'imprudence, puisque l'agent a conscience des conséquences possibles de l'acte. — Cf. Binding, Handb. 777-8.

modernes tendent tous les jours davantage à assurer l'exécution par la sanction de la peine.

Or il est bien évident que l'agent n'est pas libéré de ce devoir parce qu'il est en présence d'un péril. L'état de nécessité ne peut donc justifier ce qui fait l'essence de la culpabilité de l'acte imprudent ; il ne peut qu'excuser cet acte, parce qu'il exige une promptitude d'action souvent exclusive de la réflexion, et que le péril trouble plus ou moins le sang-froid de l'agent, uniquement préoccupé de son salut, — effets qui peuvent être dus à bien d'autres circonstances. Il n'y a donc pas lieu de mettre l'état de nécessité au bénéfice d'une règle spéciale.

III. Mais une chose nous frappe. L'acte imprudent, dont l'essence réside dans la manière d'être de l'agent, présente généralement, objectivé, c'est-à-dire isolé de l'idée que s'en fait son auteur, un autre caractère : c'est un acte dangereux. Un couvreur jette des tuiles d'un toit, sans avoir placé dans la rue aucun écriteau avertisseur ; il assomme un passant. Depuis le toit, il ne voit pas la rue ; s'il avait vu l'homme passer, il n'aurait pas jeté la tuile. C'est généralement parce que les conséquences dommageables de l'acte ne sont pas évidentes, que l'agent n'y songe pas ; et l'acte dangereux est précisément celui dont les conséquences dommageables sont incertaines, lorsque cette incertitude devient une probabilité. Nous sommes donc amenés à nous poser cette question : un dommage ayant été causé par un nécessité, faut-il tenir compte du fait que sa survenance n'était pas certaine, mais seulement plus ou moins probable, improbable même, au moment de l'acte ; du fait que l'acte n'était que dangereux et du degré de ce danger ? Il en pourrait résulter l'impunité de l'acte nécessaire, quoique le mal évité soit moins considérable que le mal causé. Exemple : l'incendiaire d'une maison située loin de tout secours, emporte l'extincteur que possède le propriétaire ; celui-ci, usant de légitime défense, veut l'arrêter d'un coup de fusil, mais atteint et blesse gravement

une personne qui passe et dont il avait constaté la présence. L'incendiaire est du reste arrêté, l'extincteur repris et le feu éteint. — A cette question, il faut répondre oui. Prouvons-le par quelques considérations.

IV. Si l'homme était parfait, la loi ne punirait que les actes dommageables, parce que l'homme connaitrait en agissant toutes les conséquences de ses actes; mais, dans l'imperfection de son savoir, il est incapable d'affirmer de beaucoup d'actes qu'ils n'auront pas de suites dommageables. Ce sont les actes dangereux; la loi, pour protéger efficacement les biens individuels et sociaux, les interdit simplement parce qu'ils *peuvent* causer un dommage et les punit même s'ils n'en ont causé aucun. Nos lois leur consacrent plus d'articles qu'aux autres (v. p. 251). Mais elles ne peuvent pourtant incriminer tous les actes dangereux; la vie deviendrait impossible, car chacune de nos actions, venant troubler le cours des choses, a des milliers de conséquences dont il serait téméraire d'affirmer qu'elles ne seront pas dommageables; le batelier n'est jamais certain qu'on ne se noiera pas dans le bateau qu'il loue, le cafetier, qu'un de ses hôtes, pris de vin, ne fera pas quelque mauvais coup, etc. Toute action humaine est dangereuse et, pour vivre, il faut que l'homme agisse. « Necesse est ut eam, non ut vivam », disait Bacon.

La loi n'incriminera donc que les actes dont le caractère dangereux atteint un certain degré. Et tantôt elle posera comme condition de la criminalité que l'acte ait, dans le cas concret, compromis un bien, c'est-à-dire qu'il ait été probable, lors de sa commission, qu'il en résulterait un certain mal — délaissement d'enfant, duel, entrave à un convoi sur un chemin de fer, etc. — ; tantôt elle le déclarera punissable, si inoffensif soit-il dans le cas particulier : ce sont les contraventions de police. On sait quel développement a pris au XIXe siècle cette partie de la législation pénale. On frappera d'une amende le cocher

qui a parcouru une rue au grand trot, alors même que la rue était déserte (Cass. 2 juin 1854, n° 180), ou qui a négligé d'allumer la lanterne de sa voiture quand la lune éclairait la route (Cass. 4 févr. 1860, n° 32).

Or il est des actes dangereux au plus haut point que la loi n'interdit ni ne punit, et la seule raison qu'on en puisse donner, c'est leur utilité sociale, leur nécessité même. L'État sait que, chaque année, les accidents de chemins de fer emporteront des centaines de vies ; ce serait folie que de le nier. Cela est plus vrai encore de la navigation en mer. Qu'on ne dise pas que chacun connaît le danger auquel il s'expose, lorsqu'il monte en wagon : ce danger est trop vague pour qu'on en tienne compte. De même nous passerons sous la fenêtre à laquelle nous avons vu un pot de fleurs, parce qu'il est infiniment peu probable qu'il tombe au moment exact de notre passage et sur notre tête ; ce n'est cependant que parce qu'il peut blesser un passant, que la loi interdit qu'on le place de la sorte. Si l'État reconnaît à l'homme le droit de se tuer, il le protège contre ses propres imprudences et le punit parfois de compromettre sa vie : il ne se contentera pas, par exemple, d'avertir les promeneurs qu'un chemin est dangereux, en apposant un écriteau à son entrée, il interdira d'y passer sous peine d'amende, et si quelqu'un y passe, sachant qu'il expose sa vie, il le punira. — Nous parlions des nécessités du transport ; ajoutons-y celles de la défense du pays : l'éducation du soldat entraîne des dangers multiples que l'État connaît ; les insolations, les suites de fatigues exagérées, les accidents divers, dans la cavalerie surtout, l'essai d'engins destructifs, de torpilleurs, etc., sont causes de morts nombreuses. Chaque année, un certain nombre de citoyens — la statistique montrerait peut-être la fixité relative de ce chiffre — sont sacrifiés, non pas au salut, mais à l'éventualité du salut de la patrie. De même dans la défense contre les fléaux naturels ; l'État lui-même organise les secours contre l'incendie et sait que,

pour sauver souvent de simples choses — des maisons — ; le pompier exposera sa vie ; il le désire même ; il ordonne des exercices préliminaires dangereux, ici aussi sacrifiant, au besoin, des vies à l'éventualité du salut d'autres vies (celles des incendiés). Et le flottage ! et la construction des clochers, des ponts, des routes de montagne ! Et l'exploitation des mines ! Et toutes les industries insalubres où l'ouvrier abrège sa vie de moitié ! Actes dangereux au premier chef que la loi approuve, qu'elle doit approuver, parce que le dommage qui en résulte est compensé, et au delà, par leur utilité sociale, qui va jusqu'à la nécessité [1].

V. Il est donc conforme aux principes suivis par le législateur de faire exception à la prohibition d'actes dangereux lorsqu'ils sont exigés par quelque nécessité sociale. L'allure rapide des chevaux, généralement interdite dans les villes de peur d'écrasements, c'est-à-dire pour la protection de la vie humaine, doit être permise aux pompiers amenant une pompe à chevaux sur le lieu de l'incendie, pour la même raison qui fait que la loi laisse les pompiers exposer leur vie pour le salut de la propriété. C'est toujours l'importance de l'intérêt en jeu qui motive la permission ; mais, dans le premier cas, l'acte dangereux est du reste interdit parce qu'il est ordinairement accompli dans des buts autres que celui de conservation des biens (allure rapide) ; tandis que dans le second, ce but de conservation y dominant

[1] C'est là la raison d'être des règles spéciales des nouvelles lois allemandes et suisses sur la responsabilité civile des chemins de fer et des entreprises dangereuses en général. Sans leur nécessité sociale, ces entreprises seraient interdites ; il est donc juste que ceux dans l'intérêt desquels elles sont autorisées réparent les maux inévitables qu'elles entraînent : en cas d'accident de chemin de fer, ce n'est pas, au fond, la compagnie qui paie, ce sont, grâce à l'augmentation du prix des transports, ceux qui utilisent le chemin de fer. — Ici aussi, l'état de nécessité a pour effet civil de donner le droit d'infliger un mal irréparable, sous condition de le réparer dans ce qu'il a de réparable.

seul lieu, la loi n'en peut méconnaître le caractère. L'intérêt en jeu dans l'incendie, c'est surtout un intérêt individuel ; nous avons fait observer qu'il n'est pas de biens individuels qui n'aient une valeur sociale, et que, d'autre part, l'intérêt social n'est composé que d'intérêts individuels. L'allure rapide doit donc être également permise toutes les fois qu'un intérêt grave est en jeu : un médecin, par exemple, doit arriver au plus tôt auprès de la victime d'un accident demandant des soins immédiats.

Et chacun n'est-il pas plus intéressé à l'omission d'un acte qui *compromet* la vie (l'allure rapide dans une rue populeuse) qu'à celle d'un acte qui *cause* un simple dommage pécuniaire ? Indubitablement. Autorisant les actes dangereux, la loi doit donc autoriser les lésions réelles, pour autant que leur objet est un bien de moindre valeur que celui dont, dans les mêmes circonstances, elle autoriserait la compromission.

Nous voici encore arrivés, par une voie nouvelle, à la justification de l'acte nécessaire — au moins lorsqu'il sauve le plus grand de deux biens —. C'est que le principe qui est à la base de l'autorisation des actes dangereux n'est autre que celui du conflit d'intérêts ; nouvelle démonstration de la vérité de la théorie que nous défendons.

On voit d'ailleurs que la loi n'assimile pas le danger au dommage ; ce serait ridicule. Pour la conservation d'un bien de rang inférieur, elle admet la compromission de la vie ; ainsi des pompiers. Et inversément, elle approuve le dommage immédiat qui pare à l'éventualité d'un dommage plus grand, c'est-à-dire à un danger (prime d'assurance). Chacun de nous observe ces règles dans la gestion de ses affaires.

VI. L'application de ces principes est facile. L'état de nécessité, tel que l'ont compris tous les auteurs [1], comporte la certi-

[1] Cf. cependant von Buri, insistant sur le fait que la « présence du danger » est une notion relative (l. cit. p. 451). Le mot « présence » est inexact : cf. note suivante.

tude de la perte d'un bien en cas d'inaction, la certitude de la perte du bien d'autrui — et de la violation de la loi — en cas de commission de l'acte nécessaire. Cet état de choses est tout théorique ; dans la vie réelle, cette certitude ne sera jamais qu'une probabilité, dont le degré doit être pris en considération par le juge, parce que tout homme raisonnable, le législateur en particulier, en tient compte dans sa conduite. Ce n'est que lorsqu'un résultat illicite a été voulu pour lui-même que le juge doit faire abstraction du degré de probabilité de sa survenance au moment de l'acte : le délinquant ne s'est alors servi de moyens de l'efficacité desquels il doutait que parce que c'était les seuls dont il disposât et n'aurait que plus volontiers commis l'acte, s'ils eussent été plus efficaces. Lorsqu'au contraire le résultat illicite n'est voulu que comme pis-aller, ce qui est le cas dans l'état de nécessité, il est impossible d'affirmer que l'agent ne se serait pas abstenu de l'acte, si ses conséquences dommageables avaient été plus probables. — De ces considérations ressortent naturellement deux règles :

Les privilèges de la nécessité décroissent — ce qui signifie notamment que, pour qu'il y ait impunité, la valeur du bien de la conservation duquel il s'agit doit s'accroître — :

1° *en même temps que s'accroît la probabilité du résultat illicite de l'acte, lors de sa commission (le danger causé par l'acte) ; et vice versâ.* Exemples dans les cas où l'acte nécessaire a causé la mort (échelle descendante de probabilité) : Mignonnette ; je me fais un bouclier d'un tiers contre un agresseur ; j'échappe à celui-ci en jetant en bas d'un escalier élevé et raide quelqu'un qui barre le passage ; un pêcheur tombé à l'eau s'accroche à une embarcation chargée de promeneurs ; un touriste fuyant une chûte de pierres en fait rouler lui-même sur ses compagnons, placés au-dessous de lui. Si l'agent pourvoit à la conservation d'un bien autre que la vie, il sera condamné lorsqu'il était certain de causer la mort, mais point nécessairement

si l'acte ne faisait courir qu'un danger de mort : tirant sur un voleur qui m'emportait une somme d'argent considérable, j'ai tué un tiers. Dans des temps de troubles civils, des assassins menacent d'incendier ma maison, si je ne leur livre pas un homme qui s'est réfugié chez moi (Rossi) ; le livrer est coupable, certes. Mais si je lui donne des armes, un cheval, et exige de lui, en le menaçant de le livrer, qu'il essaie de la fuite ? — De l'observation de cette règle résulte que l'acte sera généralement d'autant moins justifiable que le délit dont il prend la forme est plus sévèrement puni, parce que la loi tient compte, dans l'évaluation de la peine, de l'importance du danger que cause un acte ; c'est pour cela qu'une contravention sera facilement excusable, même si elle compromet la vie — d'autre part, dans les contraventions, le danger de l'exception à la loi (v. p. 269) est plus grand que partout ailleurs, ce qui est un motif de sévérité — ;

2° *en même temps que décroît la probabilité du mal à éviter*[1] ; *et vice versâ*. On pourrait établir une échelle analogue à la précédente ; dans les cas de menaces surtout, cette probabilité sera très variable, car l'instigateur n'a pas intérêt à leur exécution, du moment qu'elles ont manqué leur effet ; tout dépend de son caractère.

On ne saurait poser des règles plus précises. Seul le juge peut décider, en présence du cas particulier, si l'agent a sagement mis en balance mal et mal, danger et mal ou danger et danger. Mais la loi doit lui faire connaître le principe à appliquer, en lui recommandant d'apprécier l'acte d'après ses conséquences probables lors de sa commission et non d'après ses conséquences ultérieures. Il serait injuste qu'il comparât simplement le mal causé au mal évité.

[1] Il ne s'agit pas de présence du danger. Il se peut que le mal soit très improbable, mais que le danger soit présent, en ce sens que, s'il survient, ce sera immédiatement (Exemple du lion, p. 17).

VII. En cas d'imprudence — pour en revenir à notre point de départ —, avant d'examiner si l'agent pouvait prévoir les suites dommageables de son acte, le juge doit se demander s'il aurait dû l'omettre, en eût-il reconnu le caractère dangereux. L'ancienne doctrine semble l'avoir compris : dans l'appréciation de l'imprudence, elle fait jouer un rôle capital au fait que l'agent s'est trouvé dans la *nécessité d'agir,* qu'il était occupé à un *opus necessarium,* comme le dit déjà le droit canon (decr. Grat. dist. 4, c. 4) ; elle entend par là l'obligation de commettre un acte dont, à cause du mal qu'il peut causer, on devrait autrement s'abstenir, considération dont la valeur est la même qu'il s'agisse ou non d'un délit par imprudence. C'est sans doute en se plaçant à ce point de vue que Schwarzenberg, et après lui la Caroline, excusent l'homicide d'un tiers en cas de légitime défense (v. p. 120) ; décision dont on peut rapprocher ce passage de Jousse [1] : « Si une personne — dit-il —, voulant jeter une pierre contre un chien attrape un passant, il faut distinguer si cette personne avait été obligée de jeter cette pierre pour se défendre contre le chien et pour se sauver de ses morsures ou si elle ne s'était point trouvée dans cette nécessité. Dans le premier cas, c'est un homicide casuel, mais, dans le second, il devient punissable. » — Généralement, l'acte imprudent sera accompagné d'un danger moindre encore que les actes dolosifs dont nous avons parlé, pour cette raison que lorsqu'un individu ne songe pas au dommage que peut entraîner son action, c'est que la survenance en est peu probable. Aussi sera-t-il plus facilement justifiable.

On voit que la signification de l'état de nécessité en matière d'imprudence ne concerne que ce que l'acte imprudent a de commun avec beaucoup d'actes dolosifs — la plupart de ceux qui sont commis en état de nécessité —, son caractère d'acte

[1] Traité de la justice crim. 1771, III, partie IV, tit. 21, art. VII. 6°.

dangereux. Cette signification est tout objective; ce n'est pas simplement la culpabilité de *l'agent* qui est atténuée ou effacée, c'est la nature intrinsèque de *l'acte* même qui se trouve modifiée.

§ 6. INTERVENTION DE TIERS [1]

I. L'individu en danger a été supposé jusqu'ici auteur de l'acte nécessaire; la loi peut-elle admettre que d'autres interviennent dans le conflit de biens constitutif de l'état de nécessité? En d'autres termes: qui d'autre peut-on considérer comme nécessité?

Nulle part, la fantaisie individuelle ne s'est pareillement donnée carrière; ce ne serait pas exagérer qu'évaluer à une centaine le nombre des opinions émises. Entre le refus absolu du droit d'intervention et sa concession absolue, à tous les tiers, en passant par cette grave déclaration de Tiraqueau que « la crainte excuse jusqu'au septième degré de parenté », et cette autre analogue du code allemand, que l'intervention est admise en faveur des « parents et alliés en ligne ascendante et descendante, des père, mère et enfants adoptifs ou nourriciers, des fiancés, des frères et sœurs et des époux des frères et sœurs » — mais pas des frères et sœurs des époux! — on comprend qu'il y ait place pour bien des opinions. L'énumération en serait fastidieuse. Il suffira de montrer les conséquences des diverses théories.

II. Il n'y a que celle de Fichte qui ne puisse admettre l'impunité d'autres que l'individu en danger; lui seul est en dehors du droit (Wächter). Celle du droit de nécessité, au contraire, met tous les tiers sur le même pied que lui; ils exercent son droit. Ce serait aussi la conséquence de la théorie qui baserait

[1] V. surtout Janka, 256-63; Binding, Handb. 784-7, 766; Wächter, sächs. Strafr. 368-72, 389; Wessely, 26-34; Berner, Impun. 13-5, 19; Gillichewski, 24, 35-9; Breidenbach, 524-5, 529, 570, 575-7; Luden, Handb. 327-9, 305, Abhandl. 512.

l'impunité de l'acte nécessaire sur l'absence de dommage. Mais peut-on laisser impuni celui qui, voyant de la terre deux inconnus se disputer la planche fameuse, en tuerait un, par amusement (Schwarze) ? On ne peut permettre qu'un individu dispose à son gré de l'existence d'inconnus, sans motif; en interdisant son intervention, l'État ne protège pas l'un aux dépens de l'autre. — D'une manière générale, ceux qui argumentent de la nature intrinsèque de l'acte nécessaire n'ont pas à prendre en considération la personne de l'agent. Ce sont les partisans du conflit de biens, même adversaires du droit de nécessité, pour les cas où le bien sauvé est supérieur au bien sacrifié; ainsi Janka, von Buri, Hälschner, etc. — il faut excepter cependant Binding qui, illogique, repousse cette solution.

Tout autre est le résultat auquel conduisent les théories qui trouvent la signification de l'état de nécessité dans la pression que la crainte d'un mal exerce sur la volonté ou dans la nature du mobile qui guide l'agent, — théories de contrainte, de faiblesse humaine, de conservation, d'inutilité de la loi pénale, et théories doubles, en cas d'égalité des termes du conflit. Le péril qui menace un être cher est redouté à l'égal du danger personnel. Mais quels sont les êtres chers? Les codes en ont dressé des listes arbitraires, pensant avec Wächter, qu'ils ne pouvaient simplement accorder l'impunité aux *proches* de l'individu en danger, parce que ce terme est trop vague: « quand il s'agit de savoir dans quels cas on peut ou ne peut pas faire une chose impunément, il faut que celui qui veut agir légalement puisse connaître les limites tracées par la loi ; » à quoi Berner répond en se moquant de ces « subtiles catalogi, quos in summa necessitate nemo evolvere potest ». Janka trouve une base plus solide dans son principe de conservation: il est d'autres que nous qui font pour ainsi dire partie de nous-mêmes, de sorte qu'on peut mettre leur conservation sur le même pied que notre conservation propre. Il y a là une idée

juste. Janka ne croit pouvoir admettre cette unité de personne qu'entre ascendants et descendants, frères et sœurs, époux ou fiancés ; appréciation discutable.

III. Les conséquences de nos principes sont faciles à tirer. Lorsque le tiers ne fait qu'assister le nécessité, son acte revêt le caractère de justice de l'acte de l'auteur principal, suivant les règles de la complicité. Lorsqu'il agit seul, la loi doit considérer son acte du même œil que celui de l'intéressé, si les biens en conflit sont inégaux, le motif d'exception à la loi résidant alors dans la nature du conflit, abstraction faite de l'agent ; en sacrifiant le bien inférieur, le tiers agit conformément à la justice et à l'intérêt social. En cas d'égalité des biens en présence, au contraire, comme c'est la considération du droit individuel de l'agent qui fait pencher la balance en sa faveur, on ne peut admettre l'intervention d'un tiers quelconque. Il faut l'identité de personne dont parlait Janka ; identité qu'on peut admettre lorsque l'agent serait prêt à se sacrifier lui-même à celui auquel il sacrifie une tierce-personne, entre amis intimes, entre ceux qu'attachent les liens de la reconnaissance, comme entre ascendants et descendants.

Enfin, la loi elle-même charge quelquefois l'individu de la sauvegarde d'intérêts — sociaux ou individuels — qui lui sont étrangers. L'intervention est alors un devoir pour lui s'ils peuvent être sauvegardés par le sacrifice d'autres intérêts dont la protection lui est également confiée : ainsi dans le jet à la mer, où le capitaine de vaisseau sacrifie la partie au tout ; ainsi le médecin, dans l'opération chirurgicale [1]. Si, au contraire, ils ne

[1] Même dans le cas d'embryotomie (v. p. 28), où il doit agir dans l'intérêt de l'enfant comme dans celui de la mère. Il se peut que, si l'opération césarienne offre de sérieuses chances de réussite, il doive la tenter. — Sur ce cas très discuté, v. Rotering, Goltdammer's Archiv XXX, 1882, S. 179-89, Binding, Handb. 803, Geib, 222, 225, Köstlin, Revision, 602-6, qui indiquent la bibliographie. Adde : Grotius, II, 2 § 6, n. 3, note, sur les anciens et Thomasius, l. c. n. 162.

peuvent l'être que par le sacrifice d'intérêts dont la sauvegarde ne lui est pas confiée, son acte revêt le caractère de l'acte nécessaire ordinaire, le plus souvent ni juste, ni injuste ; il est simplement mis sur le même pied qu'un intéressé : ainsi dans les cas cités p. 28 ci-dessus ; ainsi lorsqu'un délit est commis pour le salut d'une personne à la sûreté de laquelle l'agent doit veiller : il est gardien d'un fou, précepteur d'un enfant, ou gendarme chargé du transport d'un criminel, etc. On voit que le devoir résulte souvent de la fonction ou de la profession.

IV. La loi n'a pas à faire d'énumération limitative ; elle serait injuste, et dangereuse aussi, parce qu'il se peut que la personne sauvée soit même un père, un fils ou un frère et que, dans le cas particulier, le motif législatif d'impunité soit absent. Il est préférable que quand il n'y a pas disproportion entre le mal évité et le mal causé, cas où un simple sentiment d'humanité poussera le premier venu à intervenir, le juge s'assure lui-même de la présence du motif législatif par l'examen du mobile qui a guidé l'agent. Le simple bon sens l'empêchera d'absoudre quand il ne trouvera pas à l'acte une raison suffisante ; et il ne pourra pas plus la trouver dans le caprice que dans l'intention de nuire. Il suffit donc que la loi lui recommande de rechercher si c'est bien uniquement dans le but de sauver autrui qu'un mal, considéré comme un mal regrettable, mais nécessaire, a été infligé à un tiers.

§ 7. FACTEUR CONSTITUTIF DU DANGER ET CAUSE DE L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ (FAUTE DE L'AGENT)

I. Par facteur constitutif du danger, nous entendons désigner ce qui doit causer le mal que fuit le nécessité ; c'est tantôt l'acte d'un homme, tantôt une force naturelle, d'autres fois un animal, ou même une simple chose (v. p. 37-41). Y a-t-il lieu de soumettre les cas de nécessité à des règles différentes suivant la nature de ce facteur ?

La plupart des législations ont expressément distingué les cas où le danger réside dans les menaces d'un homme cherchant à contraindre l'agent à un délit. La raison d'être de cette distinction est purement historique. C'est surtout dans le cas de menaces, de l'examen duquel elle est du reste née, que la théorie de contrainte morale est plausible (v. p. 112 et 225); aussi les premiers codes de notre siècle, la théorie de contrainte étant alors en vogue, ne mentionnèrent-ils que ce cas. Plus tard, la lacune fut comblée, mais, par routine, on conserva l'article spécial qui concernait les menaces, assimilées à la contrainte physique; tantôt c'était l'un, et tantôt l'autre des groupes de cas de nécessité qui était soumis aux prescriptions les plus sévères, ce qui suffirait à montrer l'arbitraire de la distinction. Un certain nombre d'auteurs l'adoptèrent cependant, entraînés par l'exemple des législations et cherchèrent à la justifier, opinion universellement abandonnée aujourd'hui, en France comme en Allemagne. Et avec raison, les caractères spéciaux du cas de menaces étant sans relation avec le motif et les conditions d'impunité de l'acte nécessaire: qu'importe, par exemple, que, comme le dit Geib, l'instigateur indique au nécessité son moyen de salut, tandis qu'ailleurs il le trouve de lui-même? Sa part de responsabilité n'en est pas modifiée, la nécessité du moyen qu'il emploie étant toujours une condition d'impunité. Dira-t-on que, dans le cas de menaces, le nécessité se rend complice d'un délit? mais on peut y voir un motif d'indulgence aussi bien qu'un motif de sévérité: il y a au moins un coupable à punir; et si le nécessité ne se soumet pas, il y aura un délit commis sur sa personne. Que l'exécution des menaces est très incertaine parce que l'instigateur n'a pas d'intérêt à leur exécution? mais le juge tient toujours compte dans l'appréciation de l'acte nécessaire, du degré de certitude du mal que l'agent évite. Ce ne sont là que des considérations de détail. L'acte à juger est celui du nécessité; la source de son impunité,

quelle que soit la théorie adoptée, c'est l'imminence d'un mal injuste. Ce qui importe donc, c'est la nature de ce mal, non celle du facteur qui doit le causer.

II. Mais si le facteur qui doit causer le mal évité est indifférent, il n'en est pas de même de la *cause de l'état de nécessité* lui-même ; sauf de rares exceptions, criminalistes et codes sont d'accord pour donner une signification spéciale à la *faute de l'auteur de l'acte nécessaire* ou même, dans les cas d'intervention, à la faute de l'individu en danger : l'agent serait alors coupable. Mais les opinions divergent sur la question de savoir quand il y a faute et quel est le degré de culpabilité de l'agent.

III. A notre avis, la question a été généralement mal posée et toujours mal résolue [1]. On a suivi deux voies différentes.

Les uns [2] ont cru qu'en vertu des principes généraux de l'imputation, l'acte nécessaire pouvait être puni, en raison de la faute antérieure de l'agent. Voici l'exemple très clair que donne *Göb* : La scène se passe dans la cour intérieure d'une maison ; la seule issue en est une porte qui donne accès à un escalier élevé descendant dans un jardin ; la porte est ouverte et un enfant joue sur le seuil. Dans la cour est attaché un dogue énorme que je m'amuse à exciter, me rendant très bien compte que si, furieux, il brise sa chaîne et se jette sur moi, je ne pourrai échapper qu'en jetant en bas de l'escalier l'enfant qui barrera le passage, afin de fermer la porte derrière moi. C'est ce qui arrive ; l'enfant s'assomme. D'après nos auteurs, je suis coupable de dol ; je ne le serai que d'homicide par imprudence, si, en excitant le chien, je n'avais pas songé à ce qui pouvait en

[1] Sauf peut-être par le droit romain ; v. p. 76. Elle est bien posée par Luden, Gillichewski, Binding, Meyer, von Liszt.

[2] Wächter, Berner, Stammler, Janka et Göb, dans sa dissertation sur cette question, qu'il a mal comprise, selon nous ; dans la partie historique, erreurs p. 7 et 9 (v. p. 95 et 99 ci-dessus), 13 (répondant à Koch, Böhmer se place à son point de vue, sans l'adopter), 17 (Stryk ne distingue pas le dol et la faute).

résulter, et que j'eusse pu y songer (question de fait, que résoudra le juge). — Mais, ce qu'il s'agit de savoir, c'est si l'auteur est coupable d'avoir sacrifié l'enfant à son propre salut ; sa faute antérieure ne modifie pas la nature de l'acte nécessaire lui-même. C'est un principe élémentaire que la faute doit exister au moment même de la commission du délit (Binding, Normen, 202) ; que je sois punissable d'avoir excité le chien, c'est certain, si la loi fait de cet acte un délit ; que je sois responsable d'avoir imprudemment causé la mort de l'enfant, c'est encore une autre question, qui se poserait tout aussi bien si je réussissais à me dérober au chien sans faire de mal à personne, laissant exposé à sa dent l'enfant qu'il mettrait en pièces, ou un tiers, qui lui échapperait par le procédé qui a été décrit ; la question n'a donc rien à faire avec celle de l'appréciation de l'acte nécessaire. A supposer même que j'aie excité le chien dans le but de pouvoir, à la faveur de l'état de nécessité, tuer impunement l'enfant, si, au moment critique, je pourvois de bonne foi à mon salut, commettant, non un délit auquel le danger que je cours ne sert que de prétexte, mais un véritable acte nécessaire, cet acte est exactement ce qu'il serait sans ma faute.

Mais la plupart se placent sur un autre terrain : ils partent de l'idée que chacun doit supporter les conséquences de sa faute et ne pas en faire souffrir autrui. Les anciens auteurs déjà condamnaient celui que sa paresse ou sa prodigalité avaient réduit au vol ; autrement, dit Pufendorf, on donnerait « le droit à un vaurien de prendre aux autres de vive force les biens qu'ils ont acquis par leur industrie. » Pufendorf peut écrire ces mots : basant le droit de nécessité sur l'obligation du propriétaire de secourir le nécessité, il peut admettre que la faute de ce dernier libère le premier, qui doit lui répondre « ce que répond à la Cigale la Fourmi de la fable ». Mais les autres, et avec eux la plupart des écrivains et législateurs de notre siècle,

tombent dans d'insolubles contradictions : la faute première donne à l'individu le devoir de se sacrifier ; mais la violation de ce devoir par la commission de l'acte nécessaire doit être impunie pour la même raison que la violation du devoir qu'impose déjà la loi pénale : contrainte morale, faiblesse humaine, etc. Que si on admet un droit de nécessité, on oublie qu'il prend sa source dans des circonstances indépendantes de l'agent et que ne modifie pas sa faute : le droit absolu de la vie dont parlent les hégéliens, par exemple, ne perd rien de sa valeur absolue. Aussi Böhmer est-il logique au siècle dernier en refusant à la faute toute signification [1] « quum ergo naturam humanam exuisse dici nequeat qui deglutiendo patrimonium egestate premitur ; » il n'a pas été réfuté. Seuls, les partisans du conflit de biens pourraient soutenir que la faute antérieure fait disparaître le motif d'impunité, mais ils ne savent pas tirer à cet égard les conséquences de leur principe, — Binding cependant approche de la solution —; nous les tirerons plus loin.

Puis, que doit être cette faute ? Dans l'impossibilité d'en tirer la signification de la théorie d'impunité adoptée — qui commanderait de n'en tenir aucun compte —, on en est réduit à des déterminations arbitraires : on déclare sans hésiter que celui qui a amené l'état de nécessité pour pouvoir y commettre impunément un crime est punissable ; pourquoi, on ne le dit pas. Evident quand la présence du danger n'influe point sur les déterminations de l'agent, ce ne l'est pas quand il pourvoit de bonne foi à son salut, malgré l'intention coupable passée. Dans les autres cas, divergence de vues : on comprend que si l'on exigeait que l'agent ne fût pas pour la moindre partie responsable de la survenance de l'état de nécessité, il serait toujours punissable. Aussi les codes exigent-ils le plus souvent que la faute

[1] De même Quistorp, Simon, Walch ; de nos jours Schröter (?), Temme, Geyer, Köstlin, Meyer, Liszt. Les codes que nous ne citons pas sont muets.

consiste en un délit [1] (Hesse, Bade, Hambourg ; projet autrichien ; Saxe) : l'incendiaire, par exemple, ne pourrait échapper aux flammes en arrachant l'échelle de sauvetage à autrui. Mais, comme le fait observer Geyer (Nothstand, 82), « il mérite une peine pour l'incendie, et non pour tout ce qu'il fait, tandis que *in re illicita versatur* ; il faudrait punir celui qui, devenu fou des suites d'un crime, tue un homme. » D'autres codes se contentent d'exiger que l'état de nécessité ne soit « pas fautif » (Hanovre, Brunswick, Allemagne, Suisse 1851, Thurgovie, Berne, Zurich) ; les commentateurs entendent par là que l'agent ne doit pas l'avoir prévu ni avoir pu le prévoir ; c'est la solution des partisans du premier point de vue, sauf qu'ici le nécessité est puni d'après la nature de sa faute au moment de l'acte nécessaire, non d'après celle de la faute antérieure. La solution peut sembler raisonnable, mais la contradiction avec la théorie d'impunité n'est pas écartée.

III. Il y a dans cette question de la faute deux questions absolument distinctes :

a. L'acte nécessaire doit-il être puni lorsque l'état de nécessité est dû à la faute de l'agent ou de l'individu en danger ? Il faut se rappeler qu'on ne punit que les actes interdits. Or, en cas d'inégalité des biens en conflit, la loi ne peut, en raison de la faute de qui que ce soit, interdire l'acte nécessaire : ce n'est pas l'intérêt de l'agent, en effet, c'est l'intérêt social qui le commande alors. Quelles que soient les circonstances qui le nécessitent, sa raison d'être est la même ; la loi ne peut, ici plus qu'ailleurs, vouloir qu'une vie, par exemple, soit sacrifiée à un objet de faible valeur ou à l'exécution d'un devoir de peu d'importance. Doit-il être interdit à celui qui a imprudemment mis le feu à sa maison, de l'éteindre au prix d'un léger dommage à la propriété d'autrui ? C'est surtout dans les cas d'intervention que l'absur-

[1] Idée analogue chez von Buri, 452, et Rotering, 264-5, dont les distinctions sont du reste arbitraires.

dité d'une interdiction semblable saute aux yeux : j'ai étourdiment laissé du poison sur une table, dans un endroit où il y a des enfants ; doit-il m'être défendu de causer quelque dommage ou de commettre un délit d'inaction, si je ne puis autrement aller l'ôter de là ? Ne puis-je pas secourir un homme en détresse dans un chemin dangereux en violant le règlement qui en interdit le passage, parce qu'il l'a violé lui-même, sachant à quoi il s'exposait ? — Même solution [1] lorsque, les biens en présence étant égaux, l'agent a le devoir d'en sauvegarder un, ou tous les deux ; ici aussi ce n'est pas de son intérêt qu'il s'agit, et lui interdire l'acte en raison de sa faute serait ajouter un second mal au premier. Le devoir des pompiers est-il modifié par le fait que leur chef, qui a négligé de faire réparer une pompe en mauvais état, est cause qu'il n'en reste qu'une pour éteindre deux incendies ? Qu'importe que ce soit par la faute du gendarme qui conduit un voleur que celui-ci s'est échappé, s'il faut enfoncer une porte pour le rattraper !

Ce n'est que lorsque l'intérêt individuel de l'agent est seul en jeu, c'est-à-dire en cas d'égalité des biens en conflit — sauf les cas de devoir — que la faute doit être prise en considération. La loi peut alors exiger que l'individu se soumette au mal qu'il a amené par sa faute ; le motif de justification disparaît : ce n'est que parce que le mal qui le menace a été pour lui inévitable, que la loi ne demande pas qu'il s'y résigne plutôt que de causer à autrui un mal égal ; elle ne veut pas protéger l'un aux dépens de l'autre. En cas de faute de l'un, au contraire, elle ne peut plus les mettre sur le même pied. La vérité de cette solution apparaît surtout en cas de danger commun : des deux hommes qui luttent pour la planche, l'un a fait imprudemment chavirer l'embarcation qu'ils montaient ; ne doit-il pas lui être interdit de faire subir à l'autre, innocent, les conséquences de sa propre

[1] Ceci explique les contradictions de Binding, Handb. 778-9, 785 d, 788.

faute? — Ce n'est jamais que la faute de l'agent qui est prise en considération; ce n'est pas, en cas d'intervention en faveur d'un proche, celle de l'individu en danger, parce que la loi considère l'intervenant lui-même comme indirectement nécessité.

En quoi consiste cette faute? C'est un acte qui n'est fautif que parce qu'il a rendu nécessaire un mal que n'approuve point l'État. Il faut donc que l'auteur ait pu trouver une raison de s'en abstenir dans ses conséquences dommageables, c'est-à-dire qu'il ait prévu ou pu prévoir qu'il s'exposait à un mal inévitable ou qui ne pouvait être évité que par l'infliction à autrui d'un mal de même importance. Il n'est pas besoin qu'il ait pu prévoir l'acte nécessaire lui-même: le mauvais nageur qui s'aventure loin du bord, malgré des avertissements répétés est punissable si, à bout de forces, il s'accroche à une embarcation chargée de promeneurs et la fait chavirer, et que ceux qui la montaient se noient, bien qu'il ait simplement pu prévoir qu'il se noierait lui-même, et non qu'il trouverait un si extraordinaire moyen de salut; il n'est pas punissable si l'eau où il se baignait était sillonnée d'embarcations sur le secours desquels il pouvait compter.

b) L'individu par la faute duquel est survenu l'état de nécessité doit-il être puni pour ce fait? En réalité, les partisans du premier des points de vue combattus plus haut ne répondent qu'à cette question. Leur solution doit être acceptée de tous ceux qui déclarent l'acte nécessaire non-imputable, comme résultat d'une contrainte morale: instrument irresponsable d'une force extérieure, le nécessité est son propre instrument s'il a lui-même mis cette force en mouvement; il est responsable au même titre que celui qui se contraint physiquement à un délit d'inaction en s'enfermant dans une chambre dont il jette la clef par la fenêtre; c'est le principe de l'« actio ad libertatem relata ». Quant aux autres, ils ne peuvent l'accepter qu'en soutenant — point controversé — que le lien de causalité entre un acte et un résultat

extérieur n'est point interrompu par l'acte indépendant d'une volonté libre causant ce résultat. Puis, s'ils voient dans l'acte nécessaire l'exercice d'un droit, ils reconnaissent que ses effets dommageables sont licites, de sorte que personne ne peut être puni pour les avoir causés — l'objection s'adresse à Berner, Stammler et Göb —! Celui-là même est innocent qui contraint à un délit par des menaces! Ajoutons enfin que, tous, ils ne peuvent punir que celui qui a pu prévoir l'acte nécessaire lui-même — que ce soit, du reste, le nécessité ou une autre personne, ce qu'ils ne disent pas — ; si donc le baigneur de tout à l'heure était un promeneur, qu'un autre par imprudence eût fait tomber à l'eau, ce dernier ne pourrait pas être condamné pour homicide par imprudence. Il doit l'être, selon nous : il devrait l'être de l'avis de tous si la loi interdisait l'acte nécessaire et que le nécessité, agissant légalement, se résignât au mal qui le menace; peut-on admettre qu'il soit libéré parce que ce mal est évité, quand c'est par un autre mal qu'il est évité et que la loi ne permet qu'il le soit que parce qu'il est autrement inévitable? Certes non! Mais il ne doit être puni qu'en raison du mal qui était la suite vraiment inévitable du danger qu'il a fautivement amené, c'est-à-dire comme s'il avait causé le mal qui est la conséquence légale de l'état de nécessité ; il ne serait donc pas punissable, si celui qui se croit nécessité ne l'était point réellement ; et si le nécessité n'avait pas recouru au moins dommageable des moyens de salut, il ne serait punissable qu'en raison du mal que ce dernier avait le droit de causer. C'est donc d'avoir nécessité la perte d'un bien qu'il est puni. — Responsabilité que la loi doit expressément stipuler, parce qu'elle ne résulte pas des principes généraux en matière d'imputation.

§ 8. LA LÉGITIME DÉFENSE

On sait que la théorie de la légitime défense dépend de celle de l'état de nécessité, parce que l'état de légitime défense n'est

qu'un état de nécessité privilégié, conférant les mêmes prérogatives que tout état de nécessité et d'autres en outre. Il convient donc de tirer les conséquences de notre théorie de la nécessité en matière de légitime défense.

I. Notre distinction de la légitime défense et de l'état de nécessité doit d'abord être justifiée [1]; elle est seule possible si l'on reconnait que l'acte de légitime défense a pour essence d'être un acte de défense du droit, ce qui est l'opinion commune et nous paraît d'une incontestable évidence. Ceux qui n'admettent de légitime défense que contre l'agresseur conscient de ses actes doivent : ou bien ne trouver la justification du mal infligé à l'agresseur que dans sa faute, qui le rend punissable (Geyer), et alors mille objections se présentent, dont la principale est la disproportion fréquente entre la peine dont la loi frappe la tentative de délit dont se rend coupable l'agresseur et le mal que lui inflige l'assailli ; ou bien soutenir que les commandements du droit ne s'adressent qu'aux volontés capables de les respecter, et que ce qui est l'œuvre d'une volonté humaine est seul contraire au droit (Janka), opinion généralement abandonnée aujourd'hui, parce qu'il est évident qu'en lui-même, indépendamment de ses causes, un état de choses peut être conforme ou contraire à la volonté de la loi ; ou bien, enfin, que la défense du droit ne présente qu'alors une signification, parce qu'alors seulement la société a intérêt à empêcher l'atteinte au droit par la lésion de ce qui va la causer : mais le droit doit lutter contre

[1] V. p. 35-43. Elle ne peut être déduite que des bases mêmes du droit de légitime défense. Aussi n'est-ce pas une solution que celle de *Sommerlad*, dans le long article qu'il consacre à cette question (Goltd. Archiv, 1886) ; il ne s'appuie que sur le texte du code allemand ! Du reste, il ne soupçonne pas (p. 358-9) le critérium très simple que nous proposons. Outre cet article, voir surtout Hälschner, System, p. 263-4 ; Janka, 33-9 ; von Buri, 470-2 ; Binding, Handb. 730-40, 760. — La distinction proposée par von Buri n'a aucune raison d'être juridique, si l'on n'exige pas que le danger ait été causé fautivement.

tous les facteurs qui tendent à troubler l'ordre de choses qu'il a pour objet d'établir. D'autres se contentent d'exiger que l'attaque soit l'œuvre d'une volonté (Binding); c'est donner une signification juridique à ce qui n'en a pas, la volonté de l'animal — il importe peu que, dans ses actes, l'animal poursuive des buts (Sommerlad), du moment que la loi ne se base pas là-dessus pour lui reconnaître des droits! — Quant à distinguer l'attaque du fou de celle de l'animal, il n'est pas de raison de le faire, étant donnée leur irresponsabilité à tous deux. On en vient donc nécessairement à admettre la légitime défense contre les choses; le dommage ainsi infligé à leur propriétaire peut du reste se justifier par cette idée, qui est à la base de la *pauperies* du droit romain, que chacun est responsable du dommage injuste causé par ses choses jusqu'à concurrence de leur perte. Aussi ne doit-il pas avoir droit à la réparation du préjudice, à la différence de celui que lèse l'acte nécessaire proprement dit. — Quant à la lésion de l'individu par la faute duquel est survenu l'état de nécessité, en cas d'égalité des biens en conflit, nous l'assimilons à la légitime défense parce qu'elle présente comme cette dernière un caractère de justice auquel l'acte nécessaire proprement dit ne peut prétendre en pareil cas; le bien de l'individu fautif devant être sacrifié au bien égal de l'innocent (v. p. 296), celui-ci ne fait, en lésant cet individu, que le contraindre à se soumettre à la volonté de la loi. C'est le cas dans toute légitime défense, lorsque l'agresseur est un homme. Il est d'ailleurs inutile que la loi proclame ce droit, qui découle de l'obligation qu'elle impose au lésé de se sacrifier.

II. Quelle doit être l'étendue des prérogatives que confère l'attaque injuste? Sauf en pays français, la science actuelle admet que l'attaque du moindre des biens justifie les mesures les plus graves contre l'agresseur. D'où des conséquences absurdes: j'aurais le droit de tuer le maraudeur qui m'emporte une pomme. L'absurdité est plus criante encore si l'on assimile l'at-

taque d'un incapable — fou, enfant ou victime d'une erreur[1] — à celle d'un homme conscient de l'injustice de son acte, ce qui est l'opinion commune aujourd'hui : on pourrait tuer le fou qui veut jeter un objet d'art par la fenêtre, l'enfant, heureux possesseur d'une allumette, qui va mettre le feu à une meule de foin, le somnambule qui, dans sa promenade nocturne dont le bruit a réveillé le propriétaire, va marcher sur une corbeille de fleurs : nous pourrions multiplier les exemples. En pratique, cette reconnaissance d'un droit aussi exorbitant n'aurait peut-être pas de suites fâcheuses, aucun homme raisonnable ne se décidant à tuer pour si peu ; mais une théorie est-elle juste, qu'aucun homme raisonnable ne met en pratique ?

Elle ne l'est pas, parce qu'elle contredit au principe même de la légitime défense. Le droit de défense dérivant, comme le droit de punir, de la nécessité sociale du droit, ne peut pas plus être illimité que le droit de punir. Nous avons vu que la peine étant un mal social, il n'y doit être recouru que lorsque l'impunité serait un mal plus grand encore, mal qui se mesure à l'intérêt social à la répression. De même, le mal fait à l'agresseur — que sa faute ne met pas hors la loi — ne doit être approuvé que s'il est moindre que celui qui résulterait d'une renonciation à la défense du droit : l'intérêt social à cette défense est plus grand lorsque l'agresseur est un criminel que lorsque c'est un fou, lorsque le mal qu'il doit causer est la mort que lorsque c'est la perte d'une pomme. Il y a donc dans la légitime défense conflit entre le bien individuel de l'agresseur et l'intérêt social à la défense du droit ; nous avons dit combien est délicate l'appréciation des conflits de cette nature. Aussi est-il impossible de tracer *a priori* des règles précises ; seul, le juge peut dire si l'assailli n'a pas dépassé les limites d'une défense raisonnable. Ces décisions varieront dans chaque pays ; un peuple de mœurs

[1] Binding, reculant devant les conséquences de son principe, voudrait que l'assailli essayât alors de la fuite ; concession significative (Handb. 749).

sévères et respectueux des formes établies reconnaîtra un droit de défense plus étendu qu'un peuple de mœurs faciles et de caractère indulgent. De là, en partie, la profonde divergence qui sépare les criminalistes français et allemands : les premiers n'autorisent guère le meurtre de l'agresseur que pour la défense de la vie ; les seconds pour celle du bien le plus insignifiant ; les quelques voix qui se sont élevées contre cette « morale du meurtre » (Geyer, von Buri) sont restées sans écho.

Est-il donc impossible de délimiter l'étendue du droit de légitime défense ? Ce le serait, si l'état de légitime défense n'était un état de nécessité ; nous trouvons dans la théorie de l'état de nécessité la solution du problème. Si le mal fait à l'agresseur est moins grave ou de même gravité que le mal dont il menaçait l'assailli, il est inutile de recourir à l'argument de légitime défense, sinon pour expliquer le caractère particulier de justice que présente alors l'acte nécessaire ; si ce mal est plus considérable, ce n'est que l'excédent qui doit être compensé par l'intérêt social à la défense du droit. On peut dire que le point de vue du conflit de biens joue un rôle inverse dans l'état de nécessité et dans la légitime défense : dans l'état de nécessité, c'est la source même du droit ; dans la légitime défense, c'est le facteur restrictif qui tempère l'application rigoureuse du principe que tout droit attaqué peut et doit se défendre. Voici donc, selon nous, en quels termes la loi devrait reconnaître le droit de légitime défense :

« Il n'y a pas infraction lorsque l'acte a été commis en état de légitime défense et que le mal fait à l'agresseur n'est pas hors de toute proportion avec celui dont il allait se rendre auteur. »

§ 9. CONDITIONS D'IMPUNITÉ

Il nous faut préciser les conditions d'impunité de l'acte nécessaire, dont il n'a été jusqu'ici parlé que vaguement.

A. Injustice du mal évité. Il n'y a pas, aux yeux de la loi, conflit de biens, ni par conséquent état de nécessité, lorsqu'elle veut le sacrifice d'un des biens en présence. C'est le cas :

1° *Lorsqu'un mal est infligé par la volonté de la loi.* Ainsi le mal infligé à l'agresseur injuste, l'arrestation du délinquant, la peine ; seront donc punissables, par exemple : le détenu évadé qui vole des habits pour ne pas être reconnu dans sa casaque ; le voleur qui, sur le point d'être atteint, jette le corps du délit par-dessus le mur d'un enclos (475. 8°, C. P.) ; le délinquant qui désignerait au fonctionnaire qui va l'arrêter un parent comme visé par le mandat d'arrêt. Nos lois voient même une circonstance aggravante dans le fait que le meurtre a été commis pour assurer l'impunité d'un premier crime (304, C. P.) ; c'en doit être une atténuante aux yeux des partisans de la théorie de contrainte morale !

2° *Lorsque l'individu est astreint au devoir de se sacrifier* [1]. Ç'a toujours été le cas du *soldat ;* le salut de la patrie est l'intérêt suprême ; — disons en passant que tous les devoirs du soldat présentent une importance majeure et doivent l'emporter en cas de conflit avec d'autres —. C'est aussi le cas du *marin,* qui n'est là que pour le passager. Un jugement l'a formellement déclaré en Amérique, dans le célèbre procès Holmes, en 1841 : tout en reconnaissant que « la nécessité n'a pas de loi » et que l'homicide nécessaire d'un innocent n'est « pas même immoral », le juge condamna le matelot qui avait jeté à la mer quelques passagers, pour décharger une embarcation sur le point d'être engloutie ; les matelots — ils étaient 10 sur 42 personnes — devaient être sacrifiés de préférence, tant qu'il en restait assez pour la manœuvre. De même, l'article 5 du règlement de navi-

[1] V. surtout Marquardsen, l. cit. (sur le cas Holmes) ; Binding, Handb. 780-2, 784 b ; Rotering, 257-8, 261-2 ; Hälschner, deutsch. Strafr. 501-2 ; Janka, 254-6 ; Stammler, 71-3 ; Breidenbach, 536-8 ; déjà Stryk, cap. III, §§ 9-11. Sur le droit romain, v. p. 77. — Cf. p. 174, 186-7.

gation sur le lac Léman de 1887 dit que « le personnel du bateau ne doit chercher à se sauver que lorsqu'il a fait son possible pour mettre en sûreté les passagers. » En Allemagne, la loi (Seemannsordnung, § 30) est moins catégorique. — Le devoir du *guide* dans les montagnes est analogue à celui du marin.

L'individu peut-il être tenu de sacrifier sa vie au devoir que lui impose sa fonction, en l'absence de déclaration expresse de la loi ? Il est certain que tous ceux auxquels la loi confie la sauvegarde des intérêts d'autrui doivent quelque sacrifice à leur devoir et que plus est grand l'intérêt en jeu, plus doit s'élever ce sacrifice. Il semble donc que lorsque cet intérêt est un intérêt social majeur, l'individu doit aller jusqu'à sacrifier sa vie : ainsi le geôlier quand il s'agit d'empêcher l'évasion des détenus. Mais il faut ajouter que nul n'est tenu à un sacrifice inutile : le geôlier peut donc livrer les clefs si ceux qui lui mettent le pistolet sur la gorge doivent s'en emparer après l'avoir tué [1], non si elles sont en lieu sûr.

Lorsque l'intérêt en jeu est moins considérable, il y a, sinon obligation de se résigner à une perte certaine, du moins *devoir de s'exposer au danger*, dans des mesures variables : le gendarme chargé de l'arrestation d'un assassin doit plus que le pompier ; le conducteur de locomotive que le cocher, qui sera plus facilement excusé s'il saute de sa voiture en cas de danger.

B. Nécessité de l'acte. C'est cette nécessité qui met le bien sacrifié dans la dépendance du bien sauvé ; sans elle, pas de conflit. Pour que l'acte soit nécessaire, il faut :

[1] Un guide peut donc couper la corde à laquelle sont suspendus des touristes, s'il est incapable de les retenir et qu'il soit sur le point d'être entraîné lui-même. Dans l'accident survenu au Cervin, le 14 juillet 1865, lors de la 1re ascension, la corde ne fut pas coupée (v. Whymper, Escalades dans les Alpes, Paris, 1875, p. 395-404) ; mais peut-être avait-elle été choisie par le guide Pierre Taugwalder à cause de sa faiblesse, afin qu'elle se rompît en cas d'accident et qu'il ne fût pas entraîné, acte que rien ne peut justifier.

1° *Que le mal à éviter doive certainement survenir en cas d'inaction* (d'action, s'il s'agit d'un délit d'inaction). Mais nous avons vu qu'une certitude complète est presque impossible; aussi la loi, qui confère un droit à un individu, ne doit pas soumettre son exercice à des conditions auxquelles cet individu ne saurait satisfaire. Il appartient au juge de décider si l'agent s'est conduit raisonnablement. D'ailleurs, il peut être préférable de ne pas attendre que la survenance du mal soit certaine, parce qu'alors il serait impossible de le détourner — cas fréquent dans l'incendie —. Nous renvoyons le lecteur au § 6 ci-dessus.

2° *Qu'il n'y ait pas de moyen moins dommageable de l'éviter (absence d'excès dans la lésion).* L'affamé ne doit pas voler de quoi se nourrir une semaine. En cas d'attaque injuste, l'agresseur doit être lésé de préférence à un tiers, à moins qu'il n'y ait grande disproportion entre le mal à infliger à celui-ci et le mal qu'il faudrait infliger à l'agresseur. — Ce qui détermine le degré dommageable du moyen employé ce n'est d'ailleurs pas seulement le dommage matériel qui en résulte, c'est aussi la gravité du délit dont il prend la forme; c'est pourquoi, par exemple, les naufragés devront, si tous y consentent, recourir au tirage au sort: le meurtre d'un consentant est moins grave que celui d'un non-consentant. — Faisons observer enfin que, lorsqu'il existe plusieurs moyens d'éloigner un danger, il y a conflit entre le bien à sauvegarder et le moindre des biens à sacrifier; ainsi, si l'un de deux voyageurs traversant le désert possède seul des vivres et n'en veut vendre à l'autre qu'au prix de tout l'argent qu'il porte sur lui, ce sont leurs propriétés qui sont en conflit. Lorsqu'un affamé vole, alors qu'il n'aurait qu'à mendier, c'est sa fierté, non sa vie, qui était tombée en état de nécessité. Ces modifications du conflit sont fréquentes.

Les codes ont ordinairement exprimé cette condition en exigeant que l'acte soit commis « pour écarter un danger présent

(mieux : pressant) et autrement inévitable ». Il suffit de dire qu'il doit être l'*unique moyen* d'éviter le mal imminent.

C. Proportion du bien sauvegardé au bien sacrifié[1]. Il doit lui être au moins égal ; mais comment déterminer leur valeur relative ?

Il est certain que la société et les individus attachent une importance très diverse à la conservation des divers biens. « La loi pénale en est le prix courant », a justement dit Ihering ; l'élévation de la peine dont la loi frappe la lésion d'un bien est un indice certain de sa valeur aux yeux des hommes d'une époque et d'un pays donnés. Le meurtre est plus sévèrement puni que l'avortement ; celui-ci que la lésion corporelle ; celle-ci que l'injure ; le vol l'est d'autant plus qu'il est plus considérable. N'eussions-nous pas d'ailleurs à notre disposition le tarif des peines que notre sentiment nous serait un guide sûr, quand il s'agit de biens individuels ; mais il en est autrement quand il s'agit de biens sociaux, comme ceux que lèsent les délits qu'on dit dirigés contre l'État, contre l'ordre ou la foi publics, biens qui figureront surtout comme biens sacrifiés dans le conflit de la nécessité. Il semble donc que la loi pourrait donner au juge comme critérium de la valeur des biens l'élévation de la peine dont est frappée leur lésion.

Mais tout autre est la valeur générique d'un bien, fixée par la loi pénale, et sa valeur individuelle. Il est d'abord certains biens dont la valeur dépend essentiellement de l'idée que s'en fait l'individu ; ainsi l'honneur. Suivant la femme menacée de viol, le danger couru sera bagatelle ou danger suprême, au point que même le meurtre d'un innocent doive en être excusé ; l'État, qui par la reconnaissance du droit de nécessité respecte l'égoïsme en une juste mesure, ne peut ordonner à l'individu le sacrifice d'un bien qui pour lui, et personne ici ne l'en blâmera,

[1] V. surtout Binding, Handb. 761, 767-8, 783 ; von Buri, 447-50 ; Rotering, 256-7, 259-63 ; Garraud, Traité, 398-400.

est le premier de tous. D'ailleurs, en dehors de ces cas rares, le juge ne peut approuver ce qui n'est que fantaisie individuelle : l'avare n'a pas le droit de mettre ses écus au-dessus de la vie d'autrui. — Puis la valeur de tout bien dépend de sa relation avec son possesseur. Suivant la fortune d'un individu et les circonstances où il se trouve, dix francs peuvent être tout ou rien ; le petit doigt de la main gauche vaut plus pour un violoniste que la main entière pour bien des autres, etc. Cela est dans la nature des choses, et la loi qui autorise l'individu à se conserver ne peut en faire abstraction.

Ensuite, il faut tenir compte de la quantité de biens en présence ; bien que la loi pénale, par exemple, ne frappe pas d'une peine plus sévère l'assassinat de plusieurs personnes que celui d'une seule, ce dernier peut seul, en vertu de nos principes, être excusé par la conservation d'une seule vie; — les partisans de la théorie de contrainte ou de faiblesse humaine en décideraient autrement.

Enfin, ce qui enlève presque toute portée pratique à une échelle des biens telle qu'avaient tenté de l'établir les premiers partisans de la théorie du conflit (v. p. 209), c'est le fait qu'à part la vie, qui ne peut qu' « être ou ne pas être » — et aussi l'honneur de la jeune fille —, tous les biens peuvent être lésés dans une mesure très diverse. Compare-t-on une égratignure à la perte d'un bras ? ce sont deux atteintes à l'intégrité corporelle. Le vol d'un million à celui d'un franc ? ce sont deux atteintes à la propriété. On comparerait plutôt le bras au million, et l'égratignure à la perte du franc. Le *degré dans la lésion du bien* doit donc être pris en considération.

Il ressort naturellement de ces observations que le seul critérium pour un juge de la proportion du **bien** sauvé au bien sacrifié est la proportion du **mal** évité au mal causé. C'est l'importance du mal résultant de la lésion d'un bien qui détermine sa valeur individuelle par opposition à sa valeur générique ; de

plus, le mot « mal » n'a rien d'absolu comme les termes désignant tel ou tel bien : il permet de comparer les divers biens et de considérer l'un de deux biens donnés tantôt comme inférieur, tantôt comme supérieur à l'autre ; et aussi de tenir compte du fait que plusieurs biens peuvent être à la fois menacés. Si le vent emporte mon chapeau dans un champ de blé, je songerai au refroidissement auquel sa perte m'expose, à la visite que je ne pourrai pas faire, aussi bien qu'au dommage pécuniaire.

Un indice de l'importance d'un mal est son irréparabilité ; la doctrine française actuelle y attache cependant trop d'importance — de même autrefois en Allemagne —. Il n'est pas de mal qui n'ait quelque chose d'irréparable, même l'atteinte à la propriété (v, p. 205, 272) et il se peut que l'irréparabilité d'un mal le fasse moins vivement sentir, parce que le lésé en prend son parti. D'ailleurs elle ne peut guère être établie qu'en présence du cas particulier, quand il ne s'agit pas de la mort ou de la perte d'un membre.

Rappelons enfin que, souvent, l'acte nécessaire ne cause pas un mal, mais un danger, c'est-à-dire qu'il rend plus ou moins probable la survenance d'un mal et que le juge doit tenir compte de cette circonstance (v. p. 284-5). On voit que la loi lui confie une appréciation délicate ; elle sera facilitée par le fait qu'il ne doit constater que l'égalité des termes du conflit, qu'il devra donc absoudre l'agent lorsqu'il jugera que le *mal causé n'est pas plus grand que le mal évité*, détermination négative bien autrement facile que la détermination positive à laquelle il serait contraint si la loi exigeait la supériorité du bien sauvé sur le bien sacrifié.[1]

[1] Y a-t-il supériorité en cas de danger commun (Mignonnette)? Plusieurs vies sont sauvées aux dépens d'une seule ; mais, tous les individus devant être mis sur le même pied, il y a conflit de biens égaux quand il s'agit de savoir qui sera sacrifié. Il n'y a conflit de biens inégaux que si le sacrifice est décidé en commun, comme mesure d'intérêt général et que chacun approuve le tirage au sort. Nos affirmations, p. 239, sont trop catégoriques.

D. Prétexte. Nous ne croyons pas que l'acte nécessaire doive rester impuni lorsque le danger couru par l'agent, quoique réel, n'a pas été le motif de l'acte, mais une simple occasion saisie avec empressement d'infliger un mal à autrui [1]. Le cas ne s'en présentera que lorsque le danger menace un bien de faible valeur — chacun tient trop à sa vie pour ne pas la sauver de bon cœur — et la société ne peut placer ce bien plus haut que son possesseur, qui le dédaigne, puisque sa conservation n'est pas le mobile qui le pousse. Nous avons vu que cette considération du mobile est décisive en matière d'intervention.

E. Effets de l'erreur [2]. Pour que l'acte nécessaire revête le caractère de justice que nous lui avons attribué, il faut la présence réelle des conditions énumérées. Qu'elles soient présentes et il importe peu que l'agent croie l'acte punissable ; la volonté d'un individu ne peut rendre interdit ce qui est permis. Il n'y a pas plus délit qu'il n'y a vol lorsqu'un homme soustrait sa propre chose. Le cas est tout autre que celui du prétexte, où l'agent sait que l'acte est permis.

S'il croit les conditions présentes sans qu'elles le soient réellement — il se figure que de vaines menaces seront exécutées, qu'il ne peut échapper à une attaque qu'aux dépens d'un tiers innocent, oubliant qu'il a un pistolet chargé dans sa poche, etc. —, l'acte reste injuste, mais l'agent est excusé par son erreur : complètement si elle était inévitable, étant donnés les circonstances spéciales du cas, l'individualité de l'agent, le trouble forcément causé par le danger, etc., du dol s'il pouvait l'éviter, et alors il sera puni pour imprudence, si dans le cas particulier le délit par imprudence est punissable. C'est la simple application des principes généraux en matière d'er-

[1] Cf. droit romain, p. 79 ; Hälschner, deutsches Strafrecht, p. 501.

[2] V. surtout *von Buri*, Ueber Irrthum in Hinsicht auf Nothwehr, Archiv für prakt. Rechtswiss., VIII, 1860, p. 441-74. — Théorie spéciale dans *Hertz*, Unrecht, p. 102-4.

reur, sur lesquels les criminalistes sont d'accord — sauf quelques exceptions (ainsi von Liszt) — ; principes dérivant, selon nous, de cette considération que lorsqu'un acte est cru juste, l'auteur n'en peut être détourné par la principale raison qui lui commanderait de s'en abstenir, son illégalité. — Mais si, commettant une double erreur, il croit les conditions présentes et, malgré cela, l'acte injuste, il n'est point excusé; en pratique, la seconde de ces erreurs sera difficile à établir.

Il ne faut pas confondre la question d'erreur avec la question de savoir comment doit être établie la présence des conditions d'impunité. Nous avons vu, d'un côté, que l'importance de certains biens ne pouvait être évaluée que par leur possesseur, de l'autre, que la nécessité de l'acte ne devait être déterminée que d'après l'état des choses au moment de l'acte; il n'en résulte pas que l'agent puisse apprécier les choses à sa guise.

F. Il peut arriver que les **conditions d'impunité** soient **imparfaitement remplies**; comme ce peut être le cas dans une mesure très diverse, il convient que la loi donne alors au juge le droit d'atténuer librement la peine. Dans la pratique, l'état de nécessité jouera très fréquemment le rôle d'une **circonstance atténuante.** Citons deux cas entre mille: un ouvrier sans ouvrage en obtient à la condition d'apporter des outils; il les vole dans un chantier et travaille du reste comme le meilleur des ouvriers. L'abbé L., dans la misère, obtient une place de professeur à l'aide d'un diplôme prêté par un ami, dont il s'attribue le nom légèrement modifié. Le mal à éviter, c'étaient les privations de la misère; mais c'est un mal très relatif, qui n'est guère que l'absence d'un bien, à laquelle tout homme s'habitue; puis il est difficile de croire qu'un individu ne puisse trouver d'autre moyen de se procurer du travail que le faux ou le vol.

§ 10. CONCLUSION

Nous ne pouvons mieux conclure qu'en présentant sous forme d'*article de loi* le résultat de nos recherches ; cet article prendrait place dans le code pénal à la suite de celui qui consacre le droit de légitime défense :

« Il n'y a pas infraction lorsque l'agent s'est trouvé en état de nécessité, c'est-à-dire lorsque l'acte était l'unique moyen et a été commis dans le but [1] d'éviter un mal plus grave que celui qu'il causait, ou un mal de même gravité ; à condition, dans ce dernier cas, si l'acte n'a pas été commis en exécution d'un devoir, que l'état de nécessité n'ait pas été dû à la faute de l'agent[2]. »

« Le juge appréciera l'acte d'après ses conséquences probables lors de sa commission et non d'après ses conséquences ultérieures[3] ; lorsque les conditions d'impunité ne seront qu'imparfaitement remplies, il atténuera librement la peine[4]. »

« Est illégitime, la défense contre un acte nécessaire à la conservation d'une vie humaine ou sans lequel une propriété ne peut être préservée d'un incendie, d'une inondation ou d'autres calamités, lorsque cet acte ne cause qu'un faible dommage[5]. »

« Celui par la faute duquel est survenu l'état de nécessité est punissable, en raison de cette faute, comme s'il était l'auteur du mal que cette situation rendait inévitable[6]. »

[1] V. p. 290, 309.
[2] V. p. 295-6.
[3] V. p. 284-5.
[4] V. p. 310.
[5] V. p. 275-6.
[6] V. p. 297-8.

LISTE BIBLIOGRAPHIQUE

Les astérisques désignent les ouvrages les plus importants pour notre sujet ; nous n'avons pas eu en main ceux dont le nom d'auteur n'est pas en italique.

* *Abegg*. Untersuchungen aus... der Strafrechtswissenschaft, Breslau, 1830, S. 107-20, 89 ff., 340 ff. — Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, Neustadt, 1836, S. 166-9, 145 u. §§ 352-3.

Angelus Aretinus. De maleficiis, gl. et dictus Titius, Atholus, vestem celestem.

Bauer, A. Lehrbuch des Strafrechts, Göttingen, 1827, §§ 119,121 ; 2. A. 1833, §§ 127, 129. — Entwurf eines Strafgesetzb. f. Hannover u. Anmerkung. Gött. I, 1826, S. 538-40 ; II, 1828, S. 230-3.

Baumeister. Bemerkungen zur Strafgesetzgebung, Leipz., 1847, S. 87-100.

Bekker, Imm. Theorie des heutigen deutschen Strafrechts, Leipzig, 1859, I, § 34, S. 552-5.

Belvisio. Aurea practica criminalis, l. I c. 8 n. 47-8.

* *Bentham*. Traités de législation civile et pénale, 2e éd. Paris, 1820, II, p. 40, 49-51, 139-40.

Berlich. Conclusionum practicabilium pars V, 1628, co. 48 num 40-7, co. 39 n. 10 ; pars IV, co. 18 n. 50.

** *Berner*. De Impunitate propter summam necessitatem proposita, Berol. 1861, 24 p. 4o. — Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig, 1857, § 85 ; 14. A. 1886, §§ 57, 58 in pr. — Nothwehrtheorie (Archiv des Crim.-Rechts, 1848), S. 552-4.

Bertauld. Cours de Code pénal, 2e éd. 1859, p. 325-6, 316-7, 599.

Beseke. Versuch eines Entwurfs.... Dessau, 1783, S. 82-3, 116 (contrainte).

** *Binding*. Die Normen und ihre Uebertretung, II, 1878, S. 73, 83, 194, 201-4, 225, 259, 282 ff. ; I, 1872, S. 51 ff. — Grundriss zur Vorlesung über Strafrecht, 3. Aufl. 1884, § 81. — **Handbuch des Strafrechts, I, Leipzig, 1885, S. 754-88, 802-3, 732, 666-7, 312.

Blanche, A. Études pratiques sur le Code pénal, 2e Étude, Paris, 1864, nos 202-14, 3, 166-73.

* *Böhmer*. Meditationes in Carolinam, Halæ, 1770, art. 166, 175 § 2, 133 § 2. — Elementa, 1756, § 165. — Observat. ad Carpzov. qu. 28 obs. 2.

Boitard. Leçons sur le Code pénal, 2e éd. Paris, 1842, nos 174, 173 in f., 182.

Bonifacius de Vitalinis. De Maleficiis, tit. de fur. n. 29, de insultu 48, quid sit accus. 102, de damno 55, 70.

Bossius, Aeg. Practica et tractatus varii, tit. de fur., n. 52, de homic. n. 95.
Braun, J. Theorieen vom Nothstande, Diss. Jena, 1877.
' *Breidenbach.* Commentar über das hess. Strafgesetzbuch, I, Darmstadt, 1842, S. 522-38, 569-81.
" *von Buri.* Notstand und Notwehr, Gerichtssaal, XXX, 1878, S. 434-76 (trad. dans la Rivista penale, XIII, 1881).
Burlamaqui. Principes du droit naturel, Genève, 1747, ch. II § 12, XI 6, IV 9.
Cagnolus. De regulis juris, reg. quæ propter necessitatem, reg. velle non creditur.
Camerling. Conr. P. De vi et effectu necessitatis in jure, 1779.
Carmignani. Juris criminalis elementa, II, p. 130.
Carrara. Programme du cours de droit crim. trad. Baret, Paris, 1876, §§ 272-89, 295.
Carnot. Commentaire sur le Code pénal, nouv. éd. Brux. 1835, art. 64.
Carpzov. Practica nova imper. Saxon. rerum crim., Viteb. 1638, pars II, qu. 83 n. 38-52; I, 29 n. 54, 17 n. 50, 91 n. 48.
Chauveau et Hélie. Théorie du Code pénal, 6e éd. annot. par *Villey*, Paris, 1887, p. 497-9, 548-51, 593-608; cf. éd. 1843, VI, p. 45 sv., 572 sv.
Clarus. Practica criminalis, § final. qu. 60 vers. solet dubitari, Quæro modo, § homic. vers. Adde quod, § furt. v. Quandoque etiam.
' *Covarruvias.* Tom. I relect cap. peccatum, de reg. jur. pars II § 1 n. 3-5; in 4 libr. Decretal. pars II, c. 3 § 4 n. 4-6.
Cremani. De jure criminali, Ticini, 1791, l. I, pars. I, c. 4; l. II c. 7 art. 1 § 4.
Damhouder. Praxis rerum criminalium, c. CX de furto, n. 37.
Decius. De regulis juris, reg. quæ propter necessitatem, reg. ejus vero nulla culpa est.
Dicastillo. De justitia et jure, l. II, tract. I disp. 10 dub. 11 n. 127-33, tr. II disp. 9 dub. 9 n. 247.
Dollmann. Strafgesetzbuch f. Bayern, Erlangen, 1862, S. 437 ff.
Engau. Elementa juris crim. ed. 6a, Ienæ, 1767, §§ 39, 166.
Farinacius. Praxis et theoricæ crimin. qu. 97 cáus. 1 n. 11 sqq.
Feuerbach. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1801, §§ 92-8, 361; 14. Aufl. von *Mittermaier*, 1847, §§ 84-91, 321.
' *Fichte.* Grundlage des Naturrechts, Jena u. Leipz., II, 1797, S. 85-7.
' *Filangieri.* La science de la législation, trad., Paris an VII, t. IV, l. IV ch. 13, p. 156-66.
Forsman. Pakkotilasta kriminaali-oikeudessa, Helsingissä, 1874. 107 p.
Fritsch. Telum necessitatis, sive de præsidio necessitatis contra legem, 1661. Opusc. varia, t. II, pars III tract. 21, p. 386-400.
Gaill. Practicarum observationum lib. 1, obs. 142 n. 8, 102 n. 8, 12-3.
Gandino. De Maleficiis, tit. de pœnis reorum, n. 60.
' *Garraud.* Précis de droit crim. Paris, 1881, nos 232-3, 275-9. — ' Traité

théorique et pratique de droit pénal français, I, Paris, 1888, p. 321-3, 369-73, 393.

Geib. Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I, Leipzig, 1861, § 90, S. 220-6.

* *Geyer.* * Zur Lehre vom Nothstand, Krit. Vierteljahrschrift, V, München, 1863, S. 63-83. — Erörterungen über den allgem. Thatbestand, Innsbruck, 1862, S. 113-6, 9-10. — Die Lehre von der Nothwehr, Jena, 1857, S. 4-8. — * Grundriss zu Vorlesungen über Strafrecht, I, München, 1884, S. 99-107. — Holtzendorff's Handbuch, IV, 1877, S. 91-4. — Holtzendorff's Rechtslexikon. II, 3. Aufl. 1881, v. Nothstand. — Holtzendorff's Encyklopädie, 2. Aufl. 1873, S. 670.

Gillichewski. Ueber Nothstand und Nothrecht, Diss. Greifswald, 1873. 51 S.

* *Glaser.* Abhandlungen aus dem österreich. Strafrecht, I, Wien, 1858, S. 109-24.

Globig u. Huster. Abhandlung von der Krim.-Gesetzgebung, Zürich, 1783, S. 137, 122, 132-3.

* *Göb.* Bemerkungen zur Lehre vom Nothstand, Diss. Erlangen, 1878, 37 S. (Goltdammer, Archiv, XXVIII, S. 183-93, unt. d. Titel: Die Behandlung des Nothstandes und insbes. die Verschuldung in Herbeiführung dess.).

* *Goltdammer.* Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten, I, Berlin, 1851, S. 370-5.

Grolman. Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, Giessen, 1798, §§ 256, 73, 75, 153. — 3. Aufl. 1818, 4. Aufl. 1825, §§ 21-3, 41, 138.

von Gros. Lehrbuch der philosoph. Rechtswissenschaft, 1802, §§ 41-2, 167; 6. Aufl. 1841, §§ 39-40.

* *Grotius.* De jure belli ac pacis, 1625. Voir p. 128 ci-dessus.

* *Hälschner.* Das preussische Strafrecht, II, System, Bonn, 1858, S. 271-80, 290, 263. — * Das gemeine deutsche Strafrecht, I, Bonn, 1881; S. 485-503, 520-1, 479-80.

* *Haus.* Principes généraux du droit pénal belge, 3e éd. I, Paris, 1885, nos 688-99, 614.

Heffter. Lehrbuch des gem. deutschen Strafrechts, 6. Aufl. Brunswick, 1857, §§ 40, 35 b.

* *Hegel.* Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin, 1833 (2. A.), § 127.

Hélie, Faustin. Pratique criminelle, II, Paris, 1877, p. 70, 74-8.

Henke. Handbuch des Criminalrechts, I, Berl. 1823, S. 205-6, 335-8, 291 ff.

Herrmann. Zur Beurtheilung des Entwurfs eines CrGB f. Sachsen, Leipzig, 1836, S. 144 ff.

* *Hertz.* Das Unrecht, I, Hamb. 1880, § 9, S. 94-105.

Hufnagel. Commentar über das Strafgesetzb. f. Würtemberg, 1840, S. 226-8.

Hye. Das österreich. Strafgesetzbuch, I, 1855, S. 192 ff.

* *Ihering.* Der Zweck im Recht, I, Leipzig, 1877, S. 424-31, 512-32, 16-8.

** *Janka.* ** Der strafrechtliche Notstand, Erlangen, 1878, VIII u. 264 S. — Das österreichische Strafrecht, Prag, 1884, S. 122-7, 109.

Jarcke. Handbuch des deutschen Strafrechts, I, Berl. 1827, §§ 25, 20.
Jenull. Das österreich. Criminalrecht, 2. Aufl. Grätz, 1820, S. 130-3, 146-8.
Jousse. Traité de la justice criminelle, Paris, 1771, tome IV, p. 256-7; III, 504, 507-8 et, plus loin, art. VII. 6°; III, 840.
* *Kant.* Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, (sämmtl. Werke hgg. v. Rosenkranz, IX), S. 37-40.
Klein. Grundsätze des peinlichen Rechts, Halle, 1796, §§ 124-5, 40, 435.
Kleinschrod. Systematische Entwickelung der Grundbegriffe des peinl. Rechts, 2. Aufl. Erlangen, 1799, S. 271-4, 119.
Koch. Institutiones juris criminalis, ed. 5a, Ienæ, 1779, §§ 174, 36-7.
* *Köstlin.* Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, Tübingen, 1845, § 154. — System des deutschen Strafrechts, Tüb. 1855, §§ 37, 32 c, 61, Anm. 2.
* *Kress.* Commentatio succincta in C. C. C. V, Hanov. 1721, art. 166, 145.
Krug. Ideen zu einer... Strafgesetzgebung, Erlangen, 1857, S. 44 ff. 61.
Laîné. Traité élémentaire de droit criminel, Paris, 1881, p. 138-40, 145-9, 159-60.
Lasserre. Étude sur les cas de non-culpabilité, Paris, 1877.
* *Lehmann.* Ueber die civilrechtlichen Wirkungen des Nothstandes, Ihering's Jahrbücher, XIII, S. 215-50.
Leonhardt. Commentar zum Hannov. Strafgesetzbuch, 1, 1846, S. 362 ff.
Levita. Das Recht der Nothwehr, Giessen, 1856, S. 1-19, 185 ff.
* *Leyser.* Meditationes ad Pandectas, ed. 3a, Lips. 1746, v. VII, spec. 537.
Liszt. Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 3. Aufl. Berl. u. Leipz. 1888, S. 140-4, 132, 136 Z. 9, 337 Z. 11. — Cf. 2. Aufl. 1884, S. 134-5.
Löning. Grundriss zu Vorlesungen üb. Strafrecht, Frankf. am M. 1885, §§ 25[4], 28[3] c, 29 b.
* *Luden.* Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht, Göttingen, 1840, S. 411, 500-12, 566-7. — Handbuch des teutschen Strafrechts, Jena, 1847, I, S. 304-10, 327-9.
Maichel. De Jure necessitatis, Tüb. 1742.
Marezoll. Das gemeine deutsche Criminalrecht, 3. Aufl. Leipz. 1856, S. 85, 92-4, 102. n° 3.
* *Marquardsen.* Die Lehre vom Nothstande, Archiv des Crim.-Rechts, 1857, S. 396-421.
Martin. Lehrbuch des teutschen gem. Criminalrechts, Heidelb. 1825 (2. A. 1829), §§ 32, 36, 40, 56.
Matthäus. De criminibus ad lib. XLVII et XLVIII Dig. commentarius, 1644, ed. 5a, Antwerpiæ, 1711, Proleg. cap. I num. 12-3; lib. 48 tit. 18 c. 4 n. 14; l. 47 t. 1 c. 1 n. 7; l. 47 t. 3 c. 1 n. 4.
Menochius. De arbitriis judicum quæstionib. et causis, lib. II, cent. II, cas. 182, n. 27.
Merkel, Jul. In Weiske's Rechtslexikon, XII, Leipz. 1858, S. 128-9.

Meyer. Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 3. A. Erlangen 1882, S. 305-14, 293-4, 240-1, 34. Cf. 4 A. 1888.

Mittermaier. Zu Feuerbach's Lehrbuch, 14. Aufl. 1847, §§ 91, 84, 36, 321.

Morstadt. Ausführlicher Commentar zu Feuerbach's Lehrbuch, Schaffh. 1855, §§ 91, 37.

Muyart de Vouglans, Institutes au droit criminel, Paris, 1757, p. 553, 555, 591 ; 393. 4°. 19° ; 11.

* Nettelbladt, Dan. De necessitate ejusque effectu in jure, Halæ, 1752.

* *Oersted*. Ueber das Nothrecht als ein einflussreiches Prinzip in der Strafrechtspflege, Neues Archiv des Crim.-Rechts, V, 1822, S. 345-74, 625-77.

* *Olshausen*. Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 2. A. Berl. 1886, §§ 52, 54.

Oppenhoff. Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 10. Aufl. Berl. 1885, §§ 52, 54, 53. 9°, 303. 3°, 305. 9°, 361 n. 4. 27°.

* *Ortolan*. Eléments de droit pénal, 4e éd. Paris, 1875, I, p. 145-53.

* *Pufendorf*. De jure naturæ et gentium (1672), lib. II, cap. VI, de jure et favore necessitatis, (cf. II, 4 § 14); I 5 § 9, III 1 § 6.

Püttmann. Elementa juris criminalis, Lips. 1779, §§ 325, 450.

Quistorp. Grundsätze des peinl. Rechts, 3. Aufl. Rostock u. Leipz. 1783, §§ 374-6, 239.

Rauter. Traité du droit criminel, Paris, 1836, I, p. 150.

Renazzi. Elementa juris criminalis, Romæ, 1773, lib. I, cap. 8 § 7; II, 5 § 5; I, 3 § 10.

Rosshirt. Lehrbuch des Criminalrechts, Heidelb. 1821, §§ 16, 25-6. — Entwickelung der Grundsätze des Strafrechts, Heid. 1828, S. 202, 190.

* *Rossi*. Traité de droit pénal, 1829, livre II, chap. 23.

** *Rotering*. Die eigene Gefahr als Schuldausschliessungsgrund, Goltdammer's Archiv, XXXI, Berl. 1883, S. 247-65.

Rousseau de la Combe. Traité des matières criminelles, 4e éd. 1751, p. 81.

Salchow. Lehrbuch des peinl. Rechts, 3. Aufl. Halle, 1823, §§ 77-81.

Sarrau de Boynet. Des excuses légales en droit pénal, Paris, 1875, p. 60-1, 9.

* *Schaper*. Holtzendorff's Handbuch, II, Berlin, 1871, S. 132-6, 138, 144, 169 ff.

Schott, Aug. L. De furto ex necessitate commisso, Tüb. 1772.

Schröder. Elementa juris natur. soc. et gentium, Groningæ, 1775, §§ 128-42.

Schröter. Handbuch des peinl. Rechts, I, Leipzig, 1818, §§ 103-6.

* *Schütze*. Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen, Leipz. 1869, S. 294-9. — Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. A. Leipz. 1874, §§ 38, 80.

Schwarze. Kommentar zum Reichsstrafgesetzb., 5. A. Leipz. 1884, §§ 52, 54.

Simon. De ablatione rei alienæ in casu necessitatis, Ienæ, 1675.

Simonson. Der « Mignonette » Fall in England, Zeitschr. für die ges. Strafrechtswissenschaft, V, 1885, S. 367-88.

** *Stammler, Rud*. Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes, gekrönte Preisschrift, Erlangen, 1878. VIII, 82 S.

Struven, G. Ad. De facultate utendi rebus alterius in casu necessitatis, 1764.
* *Stryk.* De Jure necessitatis, vom Noth-Recht (1712). Operum vol. XII.
* *Temme.* Handbuch des preussischen Criminalrechts, Leipz. 1837, § 7 (contrainte).— * Lehrbuch des preussischen Strafrechts, Berl. 1853, S. 220-2, 154, 204-8, 212-3. — Lehrbuch des schweizerischen Strafr., Aarau, 1855, §§ 47, 50. — Lehrbuch des gem. deut. Strafr., Stuttg. 1876, §§ 51, 53.
Theodoric. Criminale collegium, Ienæ, 1618, disp. II, th. 8 h, III 1 f, X 4 l.
Thibaut. Beyträge zur Kritik der Feuerbach. Theorie, Hamb. 1802, S. 40-9.
Thilo. Strafgesetzbuch für Baden, Karlsruhe, 1845, §§ 81-2.
* *Thomasius.* Institutiones jurisprudentiæ divinæ (1688), ed. 3a, Halæ, 1702, lib. II, cap. II, §§ 123-68.
* *Tiraquellus.* De pœnis temperandis aut etiam remittendis (Operum tom. VII, 1516), caus. XXXIII-XXXVI, LI n. 71.
Tittel. De eo quod licet secundum legem naturæ summa necessitate urgente, Ienæ, 1763.
Tittmann. Handbuch des gem. deutschen peinl. Rechts, I, Halle, 1806, § 97.
Trébutien. Cours élémentaire de droit criminel, Paris, 1854, I, p. 137 suiv.
Unger, Jos. Fr. De jure necessitatis, Wirceb. 1752.
Van der Veen. De jure, quod dicitur supremæ necessit., Groningæ, 1834.
Venema. De casu extremæ necessitatis (Carrara, § 284).
Wach. Der Widerstreit der Pflichten, Leipzig. Sans date. 24 p. 8°.
** *Wächter (K. G. von).* Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts, I, Stuttg. 1825, §§ 55-6, 68.—** Das sächsische und das thüring. Strafrecht, Stuttg. 1857, S. 356-91, 326-7, 321. — Deutsches Strafrecht, Leipz. 1881, §§ 56, 107. 6°.
Wagner, P. Tractatus juris qua regula: necessitas non habet legem — explicatur, Francof. et Lipsiæ, 1725.
Walch. De furto fame dominante facto (Opuscula, tom. III, Halæ, 1793, p. 280-305).
Weigand. Erörterungen der wichtigsten Lehren des Krim.-Rechts, Stuttg. 1836, S. 395-402.
* *Wenckebach.* Necessitas exlex, Ienæ, 1675. — Dissertation faussement attribuée à Pet. Homfeldt (v. p. 135 ci-dessus, à la note).
* *Wessely.* Die Befugnisse des Nothstandes und der Nothwehr, Prag, 1862, S. 1-34, 45-6, 51 ff.
Wildvogel. De furtis impropriis, 1714.
Wolff. Jus naturæ, VI, Halæ, 1746, §§ 521-626.
Zeiller. In welcher Art entschuldigt ein Nothfall, Wagner's Zeitschrift f. österr. Rechtsgelehrsamkeit, 1825, Wien, I, S. 103-10.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

AVANT-PROPOS. 1

INTRODUCTION

I. Les Exceptions à la loi pénale 5
II. Notion de l'état de nécessité 7
III. Le caractère propre de l'acte de légitime défense 31
IV. Source commune et distinction de la légitime défense et de l'état de nécessité 34
V. Le terme « état de nécessité » ; la nécessité dans la vie de tous les jours 43

PREMIÈRE PARTIE

LÉGISLATIONS ET DOCTRINE DE L'ANTIQUITÉ AU XIXe SIÈCLE

Chap. I. Peuples anciens 51
» II. Droit romain. 55
» III. Droit germanique 81
» IV. Droit canon 88
§ 1. Les pénitentiels. 88
§ 2. Le corpus juris canonici. 92
» V. La doctrine au moyen âge 100
§ 1. Les canonistes et le vol nécessaire. La Bible. . . 101
§ 2. Genèse de la théorie de contrainte basée sur le droit romain. 111
» VI. La Caroline et le droit commun 117
§ 1. Les articles 166 et 175. 118
§ 2. L'article 145 120
§ 3. Le vol nécessaire dans le droit commun allemand. 123

Pages

Chap. VII. Philosophes et jurisconsultes au XVIIe et au XVIIIe siècle. 127
§ 1. Grotius : théorie d'équité et de retour à l'état de nature 128
§ 2. Théories de conservation propre (Pufendorf, Thomasius, Wolff, etc). 132
§ 3. La théorie de contrainte morale ; Matthäus . . . 139
Conclusion. Coup d'œil sur le XIXe siècle 143

DEUXIÈME PARTIE

EXPOSÉ HISTORIQUE ET CRITIQUE DES THÉORIES ET DE LA LÉGISLATION AU XIXe SIÈCLE

Chap. I. Théories subjectives ou de non-imputabilité 144
§ 1. Kant 144
§ 2. Feuerbach et sa théorie de non-imputabilité . . . 149
§ 3. La théorie des actions mixtes ; contrainte et faiblesse humaine (école de Filangieri) 156
§ 4. Hegel et la liberté absolue ; Herbart et la liberté relative 168
§ 5. Conclusion 172
II. Théories mixtes. 176
§ 1. Faiblesse humaine 178
§ 2. Instinct de conservation. 189
III. Théories objectives. 193
§ 1. Fichte et l'irrelevance juridique 193
§ 2. Théories du droit de nécessité. Hegel ; la vie, droit absolu, et le conflit de droits. 197
§ 3. Suite. L'acte nécessaire, délit civil. 204
§ 4. Suite. Le droit de nécessité basé sur l'utilité et le conflit de biens 207
§ 5. Conclusion. 212
IV. Théories d'inutilité de la loi pénale 213
§ 1. Impossibilité de l'intimidation. 214
§ 2. Inutilité de la prévention 216
§ 3. Insignifiance de l'acte nécessaire. 218
§ 4. Esquisse d'une théorie pénale. 221

Pages

Chap. V. Législations 224
§ 1. France, Autriche, Italie, Belgique, Pays-Bas, Russie. 226
§ 2. Angleterre, États-Unis 231
§ 3. Allemagne, Hongrie. Projets autrichien et russe. . 235
§ 4. Suisse 239
§ 5. Espagne 242
§ 6. Dispositions spéciales des diverses législations. . 243

TROISIÈME PARTIE

THÉORIE DE L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ

§ 1. La question. 248
§ 2. Les principes 252
§ 3. Restrictions pratiques 267
§ 4. La solution. Nature juridique de l'acte nécessaire 269
§ 5. L'acte nécessaire comme délit par imprudence. Degrés dans le caractère dangereux de l'acte 277
§ 6. Intervention de tiers 287
§ 7. Facteur constitutif du danger et cause de l'état de nécessité (faute de l'agent). 290
§ 8. La légitime défense 298
§ 9. Conditions d'impunité 302
§ 10. Conclusion. 311

Liste bibliographique 313

ERRATA

P. 12, l. 12, supprimez « Mais ».
P. 16, l. 10, lisez : « Des parents délaissent leurs enfants ».
P. 19, l. 2 d'en bas. Reportez « Code belge, art. 231 » en note au mot « fonctionnaire », ligne 4 d'en bas, au texte.
P. 24, avant-dernière ligne du texte, lisez : « ... § 4 ci-dessous ».
P. 29, l. 11 d'en bas, lisez : « les pompiers inonderont ».
P. 42, l. 9 d'en bas, lisez : « a fait » au lieu de « fait ».
P. 43, note 2, l. 4, lisez : « 4e éd. »
P. 54, dernière ligne du texte, lisez : « *ἀναγκαίων πλέον* ».
P. 55, l. 1, lisez : « la science ».
Ad p. 63-4, cf. Reichsgerichtsentscheidungen in Civilsachen, V, 1882, p. 160 sv.
P. 81, l. 1, lisez : « Chapitre III ».
P. 122, note 2, lisez : « num. 54 ».
P. 178, l. 16, lisez : « 122 », au lieu de « 124 ».
P. 212, l. 1, lisez : « § 5. Conclusion ».