

malgré ses conséquences nuisibles au tiers et ses apparences criminelles,

De l'ignorance ou de l'erreur,

De la contrainte.

Dans le premier cas, l'acte est justifié, quoiqu'il y ait eu plein concours de la volonté et de l'intelligence de l'agent. Aussi, rigoureusement parlant, cette première cause de justification dépend de la moralité de l'acte et non de celle de l'agent. Il n'y a pas délit en soi ; si nous en parlons en traitant le sujet de l'imputabilité, c'est dans le but de réunir en un seul groupe les diverses causes de justification, et aussi parce que l'appréciation de la moralité de l'acte, dans ces cas plus que dans tous les autres, ne peut guère être faite que par le juge, le législateur devant se borner à des indications tout à fait générales, comme pour ce qui concerne la moralité de l'agent.

L'ignorance est l'absence de toute idée relativement à l'objet dont il s'agit.

L'erreur est la conséquence du désaccord qui existe entre les qualités réelles des objets et les idées que l'agent s'en est formées.

L'ignorant ne sait rien. Celui qui est dans l'erreur pense savoir et croit, sur la matière, autre chose que la vérité.

On peut se tromper sur le fait et sur le droit ; on peut se tromper sur les qualités essentielles des choses, ou sur des circonstances purement accessoires.

L'ignorance peut être générale, absolue ou restreinte à certains objets particuliers.

La contrainte peut être physique ou morale.

CHAPITRE XIII.

LÉGITIMITÉ INTRINSÈQUE DU FAIT, MALGRÉ LES CONSÉ-
QUENCES NUISIBLES AU TIERS, OU SES APPARENCES
CRIMINELLES.

Le mal fait à autrui n'est pas imputable, comme délit, à l'agent, lorsque c'est un mal mérité par le patient et autorisé par la loi, ou lorsque le mal a été fait dans un but légitime d'utilité, pour celui qui l'a souffert.

Le voyageur qui repousse à main armée un agresseur ;

Le soldat qui, par ordre de son supérieur, réprime une insurrection ;

Le chirurgien dont le malade succombe dans une opération dangereuse, font des actes pleinement justifiés aux yeux de la raison et de la loi.

Seulement l'homme attaqué doit contenir la défense dans ses bornes légitimes ; nous avons eu occasion de les indiquer dans le chap. VIII du livre I^{er}.

Le chirurgien aussi peut, dans certains cas, ne pas consulter la volonté du malade, mais il doit cependant se conformer à toutes les règles prescrites pour l'exercice légitime de son art.

On ne parlerait pas correctement en disant que le chirurgien, et celui qui se défend contre une injuste

agression, agissent par contrainte physique ou morale.

Au surplus, ce n'est là qu'une question de mots, sans importance réelle.

De même, le soldat, le gendarme, le geôlier, etc., qui obéissent aux ordres légaux de leurs supérieurs, remplissent un devoir. Leurs actes sont des actes irréprochables.

Mais le sont-ils dans tous les cas, sans exception, toutes les fois qu'ils ont été commandés par un supérieur ? C'est demander, en d'autres termes, si l'obéissance qu'on appelle passive est un devoir absolu.

La question de l'obéissance passive est une de celles dont l'esprit de parti et les passions politiques ont le plus abusé ; les uns pour relâcher tous liens d'ordre, de subordination, de hiérarchie militaire et politique, les autres pour faire du soldat une machine au service de la tyrannie.

Un soldat, un gendarme, un geôlier, ou tout autre fonctionnaire, ou agent de la force publique, n'en demeure pas moins un homme, c'est-à-dire un être moral et responsable.

Qu'un chef militaire, en traversant avec sa troupe les rues d'une ville paisible, ordonne tout à coup à ses soldats de fusiller les passants, ce chef, s'il n'est pas atteint de folie, est sans doute un assassin. Les soldats qui lui auraient obéi seraient-ils innocents ? Pourraient-ils se justifier par l'ordre reçu ? Certes, ils ne le pourraient pas aux yeux de la morale. Il faudrait pour cela que l'habit militaire privât l'homme qui l'endosse de toute raison et de tout sens moral.

Ce même soldat doit-il être à l'abri de toute responsabilité légale ?

C'est la seule question qu'on puisse élever.

« Le soldat ne doit pas raisonner. » Tel est l'aphorisme banal par lequel on prétend décider la question d'une manière absolue.

Le soldat ne doit pas raisonner ; vis-à-vis de qui ? de tout supérieur ? de son caporal ? de son capitaine ? de son colonel ? Doit-il réprimer sa raison en toutes choses, ou en quelques-unes seulement ?

S'il doit se faire machine vis-à-vis de tout supérieur et en toutes choses, il faudra donc l'absoudre lorsque, par ordre de son supérieur, il aura tué son roi.

S'il doit distinguer entre supérieur et supérieur, entre ordre et ordre, il faut qu'il raisonne. Que la distinction à faire soit facile ou difficile, peu importe ; toujours est-il qu'il a l'obligation légale de faire usage de son intelligence ; toujours est-il que, dans un cas donné, il doit dire : Je n'obéirai pas ; toujours est-il que la doctrine absolue de l'obéissance passive, incompréhensible en morale, n'est pas moins absurde en politique.

Essayons de ramener la question à ses véritables principes, pour ce qui concerne l'imputabilité légale. Les autres questions relatives à l'obéissance passive n'appartiennent pas au sujet que nous traitons.

L'homme ne saurait être un instrument matériel. Il ne peut abdiquer sa conscience ; nul n'a le droit de lui en commander le sacrifice, nul ne peut lui expédier une dispense de la loi morale et lui enlever

toute responsabilité. Aussi l'obéissance due par l'inférieur à son supérieur, suppose-t-elle la légitimité de l'ordre donné. C'est là le principe moral, éternel, immuable.

Mais qu'est-ce qu'un supérieur ? ou du moins que devrait-il être ? Investi du pouvoir de commander, d'appliquer la raison aux affaires humaines, par cela seul il est censé la connaître, et avoir le désir de l'appliquer ; il est censé juge compétent des mesures à prendre, appréciateur légitime des actes à exécuter. Aussi la présomption est-elle en faveur de l'ordre qu'il donne. La légitimité en doit être présumée : et cette présomption est rationnelle. En thèse générale donc, l'inférieur qui obéit n'est point responsable du fait qu'il a exécuté.

Telle est, telle doit être la règle, du moins partout où il existe un gouvernement que la raison puisse avouer.

Mais présomption n'est pas certitude. Quelles que soient les garanties données par l'organisation politique de l'État, les hommes investis du droit de commander peuvent en abuser. Les ordres qu'ils donnent peuvent être illégitimes.

La question est de savoir si, par des considérations d'ordre public, la présomption dont nous avons parlé peut être transformée en présomption *juris et de jure*, qui n'admet point la preuve du contraire.

Distinguons trois ordres de faits :

Ceux qui sont de nature à pouvoir être réglés par le commandement direct de la loi ;

Ceux que la loi ne peut pas régler elle-même, mais

dont cependant elle peut assurer, presque, l'accomplissement légitime, au moyen de formes et de garanties spéciales ;

Enfin ceux qui par la nature des choses doivent être abandonnés au libre jugement, à la libre action des hommes du pouvoir.

La loi humaine est aussi l'œuvre des hommes. Le commandement du législateur peut être inique. Cependant, imposée sous forme générale, pour des faits à venir, sans connaissance des personnes, toutes les présomptions se réunissent en faveur de la loi, surtout dans les pays où elle n'est pas l'œuvre d'un seul. D'ailleurs il faut un point d'arrêt matériel et sensible dans l'ordre politique. Mettre, pour ainsi dire, la loi en jugement, ce serait uniquement déplacer le pouvoir législatif, et le dépouiller de toutes ses formes tutélaires. Ainsi, désobéir à la loi peut être, en certains cas, un acte de vertu, mais il ne saurait y avoir d'imputabilité politique pour celui qui l'exécute, quelle qu'elle soit.

Les jugements, et en général tous les actes de justice, sont les faits les plus saillants parmi ceux dont la loi entoure l'accomplissement de formes et de garanties spéciales propres à rassurer sur la conformité de ces faits avec les principes du juste. Il en est de ces actes comme des actes législatifs. Celui qui obéit au commandement, qui l'exécute, doit être exempt de toute responsabilité : on ne saurait admettre d'exception, sans bouleverser l'économie du système social.

Reste le troisième ordre de faits, ceux qui doivent

être abandonnés, pour le fond et pour la forme, au libre jugement des hommes investis du pouvoir de commander. C'est pour l'accomplissement de ces faits que le supérieur exige de l'inférieur l'obéissance hiérarchique. Elle est exigée formellement des militaires : elle est aussi imposée à tout fonctionnaire vis-à-vis d'un supérieur donnant un ordre sur un objet de son ressort. Seulement les conséquences du refus d'obéir ne sont pas les mêmes pour les employés civils que pour les militaires.

Le délit du militaire résistant à son supérieur est moralement et politiquement beaucoup plus grave que celui d'un employé civil, par les conséquences désastreuses que peut entraîner la désobéissance militaire, conséquences que le coupable n'a pas dû ignorer.

Jusqu'ici tout est bien. L'obéissance hiérarchique est un devoir, car la présomption est en faveur de la légitimité du commandement. Cependant ce n'est plus la présomption résultant d'un mandat d'arrêt délivré dans les formes légales, d'une chose jugée *quæ pro veritate habetur*, de la lecture réitérée de la loi martiale et de l'interprétation d'un magistrat civil. La présomption n'est fondée que sur le choix fait par le gouvernement, du supérieur qui donne l'ordre. La loi n'a pris aucune précaution ultérieure.

Or, ne considérant même que la loi positive, est-ce à dire qu'elle ait voulu faire de tous les subordonnés autant d'instruments purement matériels?

Le contraire est évident, puisqu'elle ne leur prescrit que l'obéissance hiérarchique et dans les objets

qui sont du ressort de leurs supérieurs. Elle fait un appel au libre jugement des subordonnés pour la vérification de ces deux conditions. Les lois militaires elles-mêmes reconnaissent ce principe. Ainsi toute sentinelle qui se laisserait relever par d'autres que par les sergents ou caporaux de la garde dont elle fait partie, serait punie d'une peine grave. Ainsi les membres d'un conseil de guerre auxquels leur général ordonnerait de ne pas suivre les formes de la loi, se rendraient coupables en exécutant cet ordre.

L'obéissance hiérarchique n'est donc pas une obéissance absolument aveugle et passive, même en droit positif.

Or, si un officier chargé de la police d'une promenade publique, d'un théâtre, ordonnait aux soldats de son détachement de faire feu sur une population paisible, d'égorger femmes et enfants, le soldat qui refuserait d'obéir à l'ordre de son chef devra-t-il être déclaré coupable d'insubordination? Celui qui au contraire s'empresserait de l'exécuter, pourrait-il ne pas être déclaré coupable de meurtre? Sa raison, qui doit lui faire reconnaître si l'officier est un officier de son arme, de son corps, s'il a le droit de lui donner des ordres, doit-elle demeurer absolument inactive sur la nature de l'ordre donné, fermer les yeux à l'évidence et ne pas apercevoir le crime, lors même qu'il apparaît sous des formes que l'être le plus grossier ne saurait méconnaître?

Quelle peut être l'excuse d'un subordonné qui, par obéissance hiérarchique, exécute un ordre inique? Alléguera-t-il une loi qui lui prescrit l'obéis-

sance, textuellement, même dans le cas où l'ordre donné serait évidemment criminel? Non; les apôtres les plus ardents de l'obéissance passive n'ont pas cependant osé écrire de telles paroles dans la loi, et si l'on proposait une semblable rédaction de leur pensée, ils n'oseraient l'adopter.

L'exécuteur d'un ordre injuste peut dire pour sa justification : J'ai cru que l'ordre était légitime; l'ayant reçu de mon supérieur, je n'ai pas imaginé, quelque sévère qu'il me parût, qu'il fût donné sans raison. J'ai pu douter de sa convenance; mais je n'ai pas cru me rendre l'instrument d'un crime. Cette défense doit être valable dans le plus grand nombre de cas. Elle est l'expression de la vérité; ou du moins elle énonce un fait tellement probable que la preuve du contraire doit retomber à la charge de l'accusation. Il faut reconnaître aussi que l'ordre politique réclame l'impunité du subordonné, toutes les fois que l'excuse alléguée a l'apparence de la vérité.

Mais si cette apparence elle-même n'existe pas, si le crime est évident, s'il n'est pas possible qu'un être doué de raison puisse interpréter l'ordre de deux manières différentes, si le chef d'une patrouille, s'arrêtant tout à coup à la vue d'un enfant, ordonne aux soldats de l'égorger, le fait n'a plus d'excuse : toute présomption de légitimité disparaît, l'exécuteur de l'ordre n'est plus que le mandataire d'un criminel, et il doit être responsable de l'exécution. Personne n'oserait affirmer le contraire. Cependant le soldat aurait obéi aux ordres de son chef, de son

chef en état de service et dont il ne connaissait pas les instructions secrètes. Mais le fait ordonné était évidemment criminel, tel que le soldat a dû nécessairement se dire : Il est impossible que cet ordre soit légitime. Il a dû se le dire avec la même certitude qu'il se dit à lui-même : Ce sergent est bien le sergent de ma compagnie; ce n'est pas un homme qui lui ressemble et qui en a endossé l'uniforme et imité le langage.

En un mot, l'obéissance hiérarchique cesse d'être une excuse pour l'agent, lorsque la criminalité de l'ordre donné est tellement évidente, qu'elle détruit la présomption de la légitimité du commandement.

Ainsi, il est nécessaire de distinguer entre les ordres divers que le supérieur peut donner à l'inférieur. Lorsque l'ordre est du nombre de ceux pour lesquels la loi a prescrit des formes spéciales, si ces formes n'ont pas été observées, l'inférieur doit refuser l'obéissance; s'il exécute l'ordre, le fait lui est imputable.

Toutefois, comme l'imputation suppose que l'inférieur a dû connaître de l'observation des formes prescrites, la responsabilité ne pèse que sur le fonctionnaire auquel l'ordre est adressé, et non sur les agents subalternes appelés pour coopérer matériellement à l'exécution.

Lorsque l'ordre n'est pas de ceux pour lesquels des formes spéciales ont été prescrites, et qu'il renferme un crime ou un délit prévu par la loi, il faut distinguer.

Si le fait ordonné est semblable ou analogue par

sa forme extérieure à ceux que le supérieur peut ordonner légitimement sur tous les objets de son ressort, l'inférieur qui exécute doit être exempt de responsabilité pénale.

Cette règle doit être appliquée avec une grande latitude aux militaires qui exécutent les ordres de leurs chefs, sur des objets de service militaire, surtout en temps de guerre, et plus encore en présence de l'ennemi. Car, d'un côté, l'état d'hostilité légitime des actes qui seraient criminels en temps de paix ou sur le sol de la patrie, et de l'autre, l'inférieur n'a pas les moyens de juger les combinaisons militaires, ni d'apprécier les exigences, souvent bien sévères, du service et les terribles nécessités de la guerre.

Si au contraire le fait ordonné est dépourvu de tout caractère extérieur qui puisse laisser croire à l'agent subalterne que le supérieur agissait légitimement et sur un objet de son ressort, l'imputabilité existe ; il y a de la part de l'inférieur participation plus ou moins coupable au crime.

Les fonctionnaires subalternes ne doivent pourtant pas être considérés comme des êtres plus matériels, comme des instruments plus aveugles que l'esclave d'un Romain : la servitude et la terreur ne paralysent pas leur intelligence, n'enchaînent pas leur libre arbitre. Or les Romains appliquaient la distinction même aux esclaves. *Servus non in omnibus rebus sine pœna domini dicto audiens esse solet : sicuti si dominus hominem occidere... servum jussisset.* L. 20, D. de oblig. et act. (XLIV, 7). — *Ad ea quæ non habent atrocitatem facinoris vel sceleris ignoscitur servis*

si dominis... obtemperaverint. L. 157, D. de reg. jur.

Au surplus, nous reconnaissons que la loi ne saurait tirer une ligne exacte de démarcation entre l'obéissance imputable et l'obéissance non imputable de l'inférieur envers le supérieur.

Elle peut, pour certaines catégories de faits et par des considérations de politique, mettre les inférieurs à l'abri de toute responsabilité. Mais aussi est-il aisé de comprendre que si le principe de l'irresponsabilité de l'inférieur prenait une grande extension, la liberté et la justice en souffriraient également. Le silence du législateur est souvent un acte de sagesse : en fait d'obéissance passive, en voulant tout dire, on dit trop ou trop peu.

Le subordonné doit agir moralement et rationnellement, à ses risques et périls. Il doit obéir à son chef et présumer la légitimité de l'ordre reçu, toutes les fois que le contraire ne lui apparaît pas d'une manière évidente. Sa conscience et sa raison ne doivent pas lui être inutiles. Les tribunaux qui, seuls, sont juges compétents et libres appréciateurs de l'imputabilité, décideront s'il en a fait l'usage convenable, les tribunaux auxquels le devoir commande de le punir s'il a désobéi à tort, de le punir s'il est devenu sciemment l'instrument d'un crime, de l'acquitter s'il a refusé d'obéir à un ordre criminel.

Parmi les causes de justification nous n'avons pas énuméré le consentement de la partie lésée par le délit. En effet, il n'y aurait là qu'un abus de mots. La partie a ou n'a pas le droit de disposer du bien enlevé par le fait imputé. Dans le premier cas, si elle y a con-

senti, il n'y a pas même l'apparence d'un délit : dans le second cas, son consentement ne peut effacer la culpabilité de l'acte en soi.

La justice sociale peut trouver à la vérité, soit dans le consentement préalable, soit dans la ratification postérieure, soit dans l'absence de plainte ou de poursuites de la part des personnes lésées, un motif de ne pas déployer son action contre certains délits, ou d'appliquer aux coupables une peine inférieure à celle qu'ils auraient dû subir sans l'une ou l'autre des circonstances indiquées. Ce sont là des appréciations politiques qui appartiennent au libre jugement du pouvoir social ; mais ce ne sont pas des causes de justification. L'agent peut demeurer impuni ; il n'est pas innocent.

Celui qui consent à un délit, lors même qu'il en serait le sujet passif, loin d'enlever à l'acte sa qualité criminelle, peut, dans certains cas, en être complice, quelquefois aussi un des principaux coupables. On peut élever à ce sujet de graves et curieuses questions de détail. Ce n'est pas le moment de les résoudre.

Remarquons, en finissant, combien de discussions aussi vaines que dangereuses on évite, lorsque, en remontant à la nature morale des choses, on reconnaît que le délit en soi n'est que la *violation d'un devoir*, et que c'est là la définition dont on part. C'est l'expression de *violation d'un droit* qui a été la source de plus d'une équivoque relativement à l'effet du consentement de la personne lésée par le délit.

CHAPITRE XIV.

DE L'IGNORANCE ET DE L'ERREUR.

L'ignorance et l'erreur peuvent dériver de causes indépendantes de la volonté de l'agent et de causes qui lui sont plus ou moins imputables.

Dans le premier cas, l'ignorance et l'erreur étant involontaires, on ne saurait les reprocher à l'homme, ni pour mettre à sa charge les faits qui en sont résultés, ni pour le rendre responsable de la cause de ces faits, de son état d'ignorance ou d'erreur.

L'ignorance imputable ou, comme on l'appelle, *volontaire*, est au contraire le résultat d'un fait négatif, d'une omission dont on peut demander compte à celui qui aurait dû se procurer les connaissances dont il a manqué.

Parlons d'abord des causes principales d'ignorance ou d'erreur involontaires.