

CHAPITRE XXI

LES FONDEMENTS DE LA JUSTICE PÉNALE

Le droit de punir dérive du droit de commander et de l'idée de justice, qui autorise l'application d'une peine à celui qui l'a méritée par la violation d'un devoir social. Deux magistrats très distingués, M. le premier président Girardin et M. Bertauld, ont fait résulter le droit de punir uniquement du droit de commander. Mais le droit de commandement, isolé de l'idée de justice, se ramène à l'idée de défense, de conservation ou d'utilité sociale et doit, à mon avis, être complété par l'idée de justice.

Dès qu'un pouvoir se fonde, dans la famille, dans la tribu, dans une nation, ce pouvoir, qui a la mission de maintenir l'ordre, impose des règles et en assure l'exécution. « Sans une autorité (*imperium*), maison, cité, nation, tout le genre humain ne saurait subsister (1). » Dans la famille, ce droit de commandement est exercé par le père, dans la tribu par le chef, dans les sociétés modernes par l'État.

A l'origine, quand le pouvoir social n'existait pas ou n'était que très imparfaitement organisé, l'autorité paternelle était absolue (2). Le chef de famille était le roi et le prêtre de sa famille; le mot *pater familias* était synonyme de *rex*, βασιλεύς (3). L'autorité paternelle était complétée par une sorte d'autorité sociale et religieuse. Puis, la séparation de ces trois pouvoirs se fit progressivement. Le droit de punir exercé par le père à l'égard de ses enfants a donc été l'origine du droit de punir exercé plus tard par le pouvoir social (4).

(1) Cicéron, *De legibus*, l. III, § 1.

(2) V. Homère, *Odyssée*, IX, 112-114; Platon, *les Lois*, III; *Genèse*, ch. xxxviii, § 24. — Aujourd'hui encore, là où le pouvoir social est très faible, on voit le père exercer une juridiction presque absolue sur les membres de la famille. V. *Journal des savants*, 1887, p. 288.

(3) Fustel de Coulanges, *la Cité antique*, p. 97.

(4) V. Dareste, *Journal des savants*, 1887, p. 289; duc de Broglie, *Ecrits et Discours*, t. I, p. 153. Aujourd'hui encore, aux termes de l'art. 376 du Code

C'est le besoin d'une autorité chargée du maintien de l'ordre qui a groupé les membres d'une même tribu et ensuite les habitants de plusieurs tribus autour d'un chef sage, juste et puissant. C'est le désir d'obtenir justice et protection qui déterminait la formation du pouvoir social. « Je crois, dit Cicéron, que non seulement les Mèdes, comme le dit Hérodote, mais encore nos propres ancêtres, n'instituèrent autrefois la royauté et n'appellèrent au trône des hommes de bien que pour jouir des bienfaits de la justice (1). » « Le gouvernement, disait Confucius, c'est ce qui est juste et droit (2); » en d'autres termes, l'État, c'est surtout la justice; c'est pour faire régner la justice entre les hommes que l'État est institué. Sa mission est de faire respecter la vie, la liberté, l'honneur et la propriété des citoyens. « Les lois, disait Épicure, sont établies pour les sages, non afin qu'ils ne commettent pas d'injustices, mais afin qu'ils n'en subissent pas. » Les vers suivants d'Horace expriment encore très bien cette idée :

Jura inventa metu injusti fœdare necesse est
..... Dehinc abstinere bello
Oppida cœperunt munire et ponere leges
Ne quis fur esset, neu latro, neu quis adulter. (*Satire III.*)

C'est la crainte de l'injustice qui a créé l'État; c'est ce besoin de se soustraire aux violences des méchants, qui a poussé les hommes à organiser un pouvoir chargé de les punir. Pour bien se rendre compte des immenses services que rend l'État en prévenant les crimes par la police et en les punissant par la justice, il faut lire, dans Grégoire de Tours et les chroniqueurs des temps mérovingiens, l'effroyable situation de la société, quand le pouvoir central est impuissant. On comprend alors la vénération des peuples pour les rois qui rendaient la justice. L'administration de la justice est le premier devoir de l'État. Il est fortement exprimé dans le préambule de la constitution des États-Unis : « Nous, le peuple des États-Unis, en vue de former une union plus parfaite, d'établir la justice, d'assurer la tranquillité domes-

civil, si l'enfant est âgé de moins de seize ans, le père peut le faire détenir pendant un mois; sur sa demande, le président doit délivrer l'ordre d'arrestation, sans avoir à examiner les griefs du père.

(1) *De officiis*, l. II, § 12; Hérodote, l. I, § 96.

(2) Trad. Pauthier, p. 142. — « Nous devons, dit Hume, regarder le vaste appareil de notre gouvernement comme n'ayant, en définitive, d'autre objet ou d'autre but que la distribution de la justice, en d'autres termes, le maintien des douze juges. »

tique, de pourvoir à la défense commune, d'accroître le bien-être général et d'assurer à nous-mêmes et à notre postérité les bienfaits de la liberté, ordonnons et établissons la présente constitution. »

C'est par la loi et sa sanction civile ou pénale que l'ordre social est maintenu. Le droit de commander entraîne le droit de contraindre à l'obéissance. *Qui universas provincias regunt, jus gladii habent* (1). C'est un droit inhérent à la puissance publique. « Le droit de gouverner comprend aussi celui de châtier (2). » « Le pouvoir de punir, dit Puffendorf, est une partie du droit de commander (3). » Sur ce point, Bentham et Kant pensent de même : « L'origine du droit de punir, dit Bentham, est la même que celle de tous les autres droits de gouvernement. On ne saurait même concevoir un seul droit ni du gouvernement ni des individus qui pût exister sans le droit de punir. Il est la sanction de tous les autres (4) ». Kant s'exprime en ces termes : « Le droit de punir est le droit qu'a le souverain sur ses sujets de leur infliger une peine, quand ils se sont rendus coupables de quelque crime (5). » *Omnibus magistratibus secundum jus potestatis suæ concessum est jurisdictionem suam defendere pœnali judicio* (*Dig.*, l. II, t. III). *Magistratus qui coercere aliquem possunt et jubere in carcere duci.* (*Dig.*, l. II, t. IV, § 2). Un pouvoir, auquel on pourrait désobéir impunément, serait un pouvoir dérisoire. « De même que l'emploi de la force est la sanction naturelle du droit en général, du droit en tant qu'il n'aspire qu'à se maintenir, qu'à se faire respecter, de même la punition est la sanction propre au droit de commander, lequel est un droit non pas purement négatif, mais actif (6). » Comprendrait-on un pouvoir donnant un ordre et n'en assurant pas l'exécution par une sanction ? Quelle autorité aurait une loi, dont la violation resterait impunie (7) ?

Il n'est pas nécessaire que la sanction de la loi soit toujours la

(1) *Dig.*, l. I, t. XVII, § 6.

(2) Grotius, l. II, ch. v, § 4.

(3) *Droit de la nature et des gens*, l. VIII, ch. III, § 7.

(4) *Théorie des peines*, t. I, p. 7.

(5) *Métaphysique du droit*, trad. Barni, p. 197.

(6) Duc de Broglie, *Écrits et Discours*, t. I, p. 156.

(7) Ce n'est pas seulement la sanction qui donne de la force à la loi : c'est aussi le juge qui applique la loi. Dans un de ses plaidoyers, Eschine disait avec raison que la force et la faiblesse des lois dépendent de la sanction que leur donnent les juges par l'application de la peine. « Punissez les infracteurs, elles seront aussi puissantes que sages ; pardonnez, ces lois désarmées ne seront plus que de belles théories. »

menace et l'application d'une peine. La sanction pénale ne doit être édictée que lorsqu'elle est nécessaire. Si l'obéissance à la loi peut être obtenue par la voie civile, par exemple, par une action en nullité, ou bien par une action en dommages-intérêts, la sanction civile sera seule appliquée. Dans l'Exposé des motifs du livre III du code pénal, Berlier disait : « Vous n'y verrez point figurer beaucoup d'actes, qui simplement contraires à la bonne foi ou à la délicatesse peuvent être quelquefois réprimés par la seule voie civile. » Vous prêtez une somme d'argent à un voisin ; ce voisin de mauvaise foi refuse le remboursement. L'inexécution de son engagement ne constitue pas un délit et donne lieu seulement à une action civile. Avec un peu de prudence vous auriez évité le préjudice que vous cause votre voisin. Mais, si un voleur vient fracturer votre maison et vous dérober une somme d'argent, la prudence ne vous permettrait pas d'éviter ce préjudice ; la sécurité publique est troublée, tous les citoyens sont menacés par cet ennemi public ; ici une sanction civile est insuffisante pour assurer le respect de la propriété ; une sanction pénale est nécessaire. Mais ce n'est que lorsque la sanction civile est manifestement insuffisante que la sanction pénale doit être édictée. « Les lois pénales, dit Livingston, ne doivent pas être multipliées sans une nécessité manifeste ; ainsi tels actes, quoique préjudiciables à des individus ou à des sociétés, ne seront point soumis à la poursuite publique, s'ils peuvent être suffisamment réprimés par l'action civile (1). »

Le droit pénal est la sanction la plus efficace du droit civil. « Les lois criminelles, dit Rousseau, sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres (2). » Rousseau s'était inspiré du passage suivant de Hobbes : « Au reste, la justice distributive (civile) et la justice vindicative (pénale) ne sont pas deux espèces de lois, mais deux parties d'une seule loi... A toute loi civile il y a une peine explicitement ou implicitement annexée. En effet, la loi serait nulle si elle pouvait être impunément violée (3). » A son tour, Bentham reproduisant la pensée de Hobbes et de Rousseau, a dit : « Droits, obligations, délits ne sont que la loi civile et pénale considérée sous différents aspects. » Cette idée est trop absolue, car l'exécution de beaucoup

(1) *Rapport sur le projet d'un code pénal pour l'Etat de la Louisiane*, p. 131.

(2) *Contrat social*, l. II, ch. XI.

(3) *Du citoyen*, ch. XIX, § 7.

de dispositions du droit civil est assurée par des sanctions civiles. Mais s'il n'est point exact de dire que la loi criminelle est la sanction de toutes les autres, il est vrai qu'elle est la sanction d'un grand nombre de prescriptions du droit civil (1). Ainsi, les articles 336 et suivants du code pénal, qui punissent l'adultère, sont la sanction de l'article 212 du code civil, qui prescrit aux époux le devoir de fidélité. La défense faite par l'article 146 du code civil de contracter un second mariage avant la dissolution du premier est complétée par l'article 340 du code pénal qui punit la bigamie. Les articles du code pénal qui punissent le vol, l'abus de confiance, le faux, l'escroquerie, etc., ont pour objet d'assurer le respect des articles 544 et suivants sur le droit de propriété. Les articles du code civil, qui placent les mineurs sous l'autorité de leur père et mère ou de leur tuteur, sont sanctionnés par l'article 354 du code pénal qui punit l'enlèvement des mineurs, etc., etc.

Mais, dira-t-on, si la violation d'une prescription législative suffit pour constituer un délit et entraîner l'application d'une peine, le législateur pourra donc créer des délits à volonté. Non, le pouvoir législatif n'est pas absolu; il y a des règles qu'il doit observer dans l'indication des actes qu'il défend, avec une sanction pénale. 1° La loi sociale ne peut réprimer que les actes qui troublent l'ordre social; 2° elle doit respecter les droits des citoyens; 3° elle ne peut se mettre en opposition avec la loi morale.

§ 1. — La loi pénale n'a en vue que le maintien de l'ordre social, elle ne peut atteindre que les actes *externes* qui le troublent. Les pensées coupables ne sont pas de son domaine (2). Celui qui forme le projet de tuer ou de voler est déjà coupable; mais au regard de la justice sociale, ces projets d'homicide et de vol ne seront érigés en crimes que s'ils ont été manifestés par un commencement d'exécution. « Le droit des souverains pouvoirs, dit Spinoza, se rapporte aux *actes seuls* (3). » Même en ce qui concerne les actes, ceux-là seulement peuvent être prohibés et punis qui sont nuisibles à la société. La justice sociale n'est pas chargée de faire régner la vertu, mais de protéger les droits, la liberté, l'honneur, la propriété, la vie des

(1) « La sanction des deux codes principaux de l'Empire devait se trouver dans le code pénal... La seconde classe des lois pénales a pour objet l'infraction des engagements qui résultent du droit civil. » (Rapport sur le livre IV du code pénal.)

(2) *Dig. l. XLVIII, t. XIX, § 18. Cogitationis pœnam nemo patitur.*

(3) *Traité sur la liberté de penser.*

citoyens. L'Etat serait un insupportable tyran, s'il voulait imposer aux citoyens des devoirs purement moraux, punir des fautes qui ne constituent pas un trouble à l'ordre social. « Les vices, disait Berlier, dans l'Exposé des motifs, échappent à l'empire des lois pénales, et il n'appartient qu'à d'autres institutions de prévenir ou de diminuer leurs ravages. » L'article 5 de la *Déclaration des droits de l'homme* définit exactement le but de la loi : « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. »

Assurément, l'observation de toutes les vertus morales est utile à la société; une société composée de citoyens charitables, reconnaissants, modestes et sincères, est autrement forte qu'une société où le mensonge, l'orgueil, l'ingratitude et l'égoïsme régneront. Mais la charité, la reconnaissance, la modestie, la sincérité, quoique très utiles, ne sont pas indispensables au maintien de l'ordre social, qui n'est véritablement compromis que par l'injustice. Tant que les citoyens ne se nuisent pas par des actes injustes, la société peut subsister à la rigueur. Voilà pourquoi au regard de la société, la justice seule est obligatoire, garantie par une sanction pénale, tandis que les autres vertus ne peuvent être commandées que par la morale et la religion.

Lorsque la violation de la loi morale est érigée en délit par le législateur, c'est parce qu'elle a un caractère antisocial. Si la justice sociale punit l'homicide, le vol, l'incendie, la diffamation, etc., ce n'est point uniquement parce que ces actes sont immoraux, mais parce qu'en portant atteinte aux droits des citoyens ils troublent la société. Au regard de la loi sociale, le délit ne peut être qu'une injustice, la violation d'un devoir social.

C'est parce que la justice sociale a seulement pour objet le maintien de l'ordre social, qu'elle peut atteindre des faits, qui n'impliquent pas une intention criminelle, tels que les blessures involontaires et autres délits non intentionnels, et les contraventions, alors que ces faits sont nuisibles et ne peuvent être prévenus suffisamment par des sanctions civiles. « La marchande d'oranges, dit Macaulay, qui encombre la rue sera punie, tandis qu'un avare qui a amassé un million pourra laisser mourir dans un dépôt de mendicité un vieil ami, sans qu'un tribunal ait le droit de le punir de sa bassesse, parce que l'encombrement de la voie publique est au nombre des maux contre lesquels l'autorité publique doit protéger la société et que la dureté du cœur n'est pas de ce nombre. » Les anciens législateurs, les anciens philo-

sophes n'avaient pas su faire cette distinction de la loi et de la morale. Les anciens codes sont remplis de prescriptions morales et religieuses. Aristote lui-même avait commis cette confusion, quand il disait : « Tout ce qui prépare et produit la vertu entière et parfaite est du domaine de la loi (1). » Grotius est un de ceux qui ont su le mieux distinguer la justice sociale de la loi morale. « Il ne faut point punir, disait-il, les péchés qui ne regardent ni directement ni indirectement la société humaine..., car, puisqu'il ne reviendrait aucune utilité aux hommes de la punition de ces sortes de péchés, il faut en laisser la vengeance à Dieu. » Le progrès de la législation criminelle a consisté en grande partie à laisser en dehors de toute sanction pénale les fautes envers Dieu et les fautes envers les hommes, qui ne troublent pas suffisamment l'ordre social.

§ 2. — La mission de la justice sociale étant de maintenir l'ordre social par la protection des droits individuels, il en résulte que le législateur est tenu de respecter ces droits, « antérieurs et supérieurs aux lois positives (2) ». Car « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression (3) ». Ainsi, sous prétexte que l'intérêt de la société exige l'unité religieuse, le législateur ne pourra jamais violer la liberté de conscience et ériger en crime l'athéisme ou l'hérésie. Ce respect des droits individuels et notamment de la liberté de conscience n'existait pas dans les législations de l'antiquité. On sait qu'à Athènes et à Rome notamment le droit et la religion étaient confondus, et que Socrate fut mis à mort pour offense envers les dieux. Le christianisme est venu séparer ce qui avait été confondu et distinguer le domaine de l'État et le domaine des libertés individuelles, en déclarant qu'il fallait rendre à Dieu ce qui est à Dieu et à César ce qui est à César. M. Laboulaye, qui se plaisait à répéter ces belles paroles, avait bien raison de dire qu'elles avaient changé la face du monde et affranchi la conscience. Mais, cette sage

(1) *Morale à Nicomaque*, l. V, ch. II, § 11.

(2) *Constitution du 4 novembre 1848*, art. 3.

(3) Art. 2 de la *Déclaration des droits de l'homme*. La Constitution de Pennsylvanie, votée en 1776, avait déjà dit : « Les objets de l'institution et du maintien de tout gouvernement doivent être d'assurer l'existence du corps politique de l'État, de le protéger et de donner aux individus qui le composent la faculté de jouir de leurs droits naturels. »

distinction du domaine de l'État et du domaine des droits individuels ne se fit que très lentement ; pendant de longs siècles après l'apparition du christianisme, la confusion persista dans la législation entre la religion et l'État (1).

C'est aux Etats-Unis d'Amérique (2) qu'appartient l'honneur d'avoir placé pour la première fois les questions religieuses en dehors du pouvoir législatif. Ce principe de la séparation de la religion et du droit est aujourd'hui reconnu par la plupart des législations modernes. Toutefois, dans son application, il reste encore des progrès à réaliser. Même en France, sommes-nous bien sûrs de posséder une législation qui respecte complètement les libertés de conscience et d'association et qui ne transforme pas en délit l'exercice de ces droits naturels ? A ce point de vue, n'est-il pas encore utile de rappeler cette belle parole de Bossuet : « Tout gouvernement étant établi pour affranchir les hommes de toute oppression et de toute violence, la liberté des personnes est un droit sacré de la nature et de la société ? »

§ 3. — La justice sociale est distincte de la loi morale et religieuse. Mais il ne faut pas en conclure que la loi sociale peut prescrire ce que défend la loi morale et défendre ce qu'elle prescrit. La société, en effet, n'existe que pour permettre à l'homme d'exercer ses droits et de remplir ses devoirs ; elle ne peut rien faire pour l'empêcher d'accomplir la loi morale, qui est la règle de ses actions. La loi positive ne doit donc jamais être contraire à la loi morale.

C'est pour assurer l'exécution de la loi morale, en tant qu'elle est exigée par l'intérêt social, que l'article 6 du code civil défend aux citoyens de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent les bonnes mœurs ; que l'article 900 du

(1) On sait que sous l'ancien régime le droit français punissait l'hérésie, l'athéisme, le sacrilège, le blasphème. Par arrêt du 13 mars 1724, le nommé Charles l'Herbée fut encore condamné pour blasphème à avoir la langue coupée ; « ce fait à être conduit en place de Grève pour y être brûlé vif, ses cendres jetées au vent et son procès brûlé, tous et un chacun de ses biens acquis et confisqués au roi ». Quelques années après eut lieu le supplice du chevalier de la Barre.

(2) L'article 1^{er} des articles additionnels de la Constitution des Etats-Unis d'Amérique porte que « le Congrès ne pourra établir une religion d'État, ni défendre le libre exercice d'une religion. » L'article 2 de la *Déclaration des droits des Habitants de l'Etat de Pennsylvanie*, votée en 1776, est ainsi conçu : « Tous les hommes ont le droit naturel et inaliénable d'adorer le Dieu Tout-puissant de la manière qui leur est dictée par leur conscience et leurs lumières... Aucune puissance dans l'Etat ne peut ni ne doit s'arroger l'exercice d'une autorité qui puisse, dans aucun cas, lui permettre de troubler ou de gêner le droit de la conscience dans le libre exercice du culte religieux. »

même code réputé non écrites, dans toutes dispositions entrevifs ou testamentaires, les clauses contraires aux bonnes mœurs; que les articles 1131, 1133 déclarent sans effet les conventions contraires aux bonnes mœurs.

Les crimes, les délits les plus graves, punis par le code pénal, sont des violations de la loi morale. Il est vrai que la société peut aussi défendre avec une sanction pénale des actes nuisibles non intentionnels, et que M. Cousin s'est trompé en disant qu'il n'y a pas de peines pour les délits involontaires (1). La loi, en effet, punit l'homicide et les blessures involontaires et un grand nombre de délits non intentionnels. M. Guizot a commis la même erreur que M. Cousin en disant que la société n'a droit que sur le crime (2). Si le législateur ne punissait que le crime, il devrait laisser impunis un très grand nombre de faits, qui ne constituent pas des crimes et qui sont à bon droit frappés de peines, soit comme délits, soit comme contraventions; mais ces délits non intentionnels, ces contraventions supposent toujours une *faute*.

Il est souvent difficile de distinguer les cas dans lesquels il faut frapper d'une sanction pénale les actes nuisibles à la société. Dans cet ordre d'idées, j'estime que le législateur doit être sobre d'incriminations nouvelles, que la sanction pénale ne doit être édictée que lorsque l'intérêt social à sauvegarder est important, et qu'il ne peut pas être suffisamment protégé par la sanction civile. Trop souvent, en semblable matière, le législateur a édicté des peines excessives, oubliant que la sévérité de la loi peut être remplacée par la vigilance de la police et par de sages mesures préventives.

Les lois devraient être fondées « sur la première de toutes les lois, qui est celle de la nature, c'est-à-dire sur la droite raison et l'équité naturelle » (Bossuet). Mais, dans tous les temps et dans tous les pays, il y a eu des lois qui ont violé le droit naturel. Que de lois barbares, que de lois injustes ont été édictées ! « Que de décrets pernicious, empoisonnés, qui ne méritent pas plus le titre de lois que les conventions d'une assemblée de brigands (3) ! » Quelle difficulté a éprouvée la raison des législateurs à reconnaître ce qu'il faut permettre et ce qu'il faut dé-

(1) *Du vrai, du beau et du bien*, 14^e leçon, p. 339.

(2) *De la peine de mort*.

(3) Cicéron, *De Legibus*, l. II, n^o 5.

fendre ! Il semble qu'il n'y a rien de plus facile que l'application du droit naturel et pourtant rien n'est plus difficile, quand on sort des généralités; tant la raison est sujette à l'erreur, quand le législateur se laisse dominer par des considérations exclusives d'utilité, par des préoccupations politiques ! Que de fois la loi, qui ne devrait être que la raison écrite, n'a été qu'un acte de déraison !

DÉFINITION DU DÉLIT. — Les règles que nous avons posées vont nous conduire à la définition de l'acte punissable. Bentham a défini le délit « une action à laquelle le législateur attache une peine ». D'après le code du 3 brumaire an IV, « faire ce que défend, ne pas faire ce qu'ordonnent les lois, qui ont pour objet le maintien de l'ordre social et la tranquillité publique, est un délit ». Ces deux définitions, en ne rattachant pas la loi positive à la loi morale, semblent donner au législateur le pouvoir de créer arbitrairement les délits. Il est nécessaire d'ajouter que la prescription légale, dont la violation constitue le délit, est un devoir social. En effet, si on n'exige pas que le pouvoir législatif soit limité par la justice, si on ne rattache pas les prescriptions législatives à la protection du droit ou à l'observation d'un devoir social, ces prescriptions seront arbitraires; l'inobservation de la loi sera un délit, même quand la loi sera inique; le droit ne résultera plus que de la volonté du législateur.

Dans son beau traité de *Philosophie du droit pénal*, M. Franck définit le délit « la violation non pas d'un devoir, mais d'un droit individuel ou collectif fondé sur la loi morale » (1). Cette définition, beaucoup plus philosophique que les deux précédentes, a le mérite de rattacher la loi positive à la loi morale. Cependant, elle soulève plusieurs objections: toute violation d'un droit ne donne pas lieu à l'application d'une peine; le droit peut être protégé par une sanction pénale ou par une sanction civile. Dans bien des cas, la sanction civile suffit; elle se produit sous la forme d'une action en dommages-intérêts, ou en nullité d'actes frauduleux, etc. — En outre, il est des cas où le délit consiste, non dans la violation d'un droit, mais dans la violation d'un devoir. Ainsi, le refus d'un service dû légalement, le vagabondage, la mendicité, la rébellion, l'ivresse publique,

(1) P. 133.

les mauvais traitements envers les animaux constituent la violation d'un devoir social et non la violation d'un droit. — Il y a, en outre, des délits d'inaction qui sont punis, bien qu'ils ne violent aucun droit (1). Ainsi, aux termes des articles 346, 347, la personne qui, ayant trouvé un enfant nouveau-né, ne le remet pas à l'officier de l'état civil, ou celle qui, ayant assisté à un accouchement, n'en fait pas la déclaration, sont punies pour un fait d'inaction. De même, les témoins et les jurés qui refusent de comparaître en justice sans excuse légitime (2).

Je crois que le délit peut être plus exactement défini : la violation d'un devoir social exigé pour le maintien de la société. « Le délit, dit Rossi, c'est la violation d'un devoir envers la société ou les individus exigible en soi et utile. » Cette définition fait bien ressortir le caractère antisocial du délit. Je crois qu'on pourrait l'accentuer encore en disant que le délit n'est que la violation d'un devoir social (3). En effet, la violation d'un devoir envers les individus n'est punissable que lorsqu'elle offense la société en même temps que le citoyen qui est directement lésé ; « il n'est aucuns crimes, ni délits qui n'altèrent la tranquillité publique à un degré quelconque » (4). Voilà pourquoi la société, par l'organe du ministère public, poursuit tous les crimes et délits au nom de l'ordre public, sans que le désistement de la partie lésée puisse, en règle générale, arrêter l'action publique. En effet, même quand la victime d'un vol est désintéressée, la sécurité publique exige la punition du coupable ; la présence d'un voleur dans la société est une cause d'inquiétude pour tous les citoyens ; ce voleur, s'il restait impuni, serait encouragé à recommencer, et ferait naître des imitateurs (5). Le meurtrier d'un homme, dit Mahomet, doit être considéré comme un ennemi du genre humain (6). Celui qui attente aux lois de la société, quand

(1) « Bien souvent on se rend coupable en négligeant d'agir et non pas seulement en agissant. » (Marc Aurèle, l. IX, § 5.)

(2) Article 236.

(3) C'est la définition qui vient d'être donnée par le projet du code pénal du canton de Neuchâtel ; « le délit, dit l'art. 1^{er}, est une violation des devoirs imposés par la loi dans l'intérêt de l'ordre social. » (*Bulletin de la Société générale des prisons*, janvier 1890.)

(4) *Motifs du code pénal*, l. III, t. 1^{er}, ch. III.

(5) « Quiconque a tué Laïus, dit Œdipe, voudrait peut-être d'une main aussi hardie attenter à mes jours ; en le vengeant, c'est moi-même que je sers... Tous les mortels vont imiter son forfait, si la cause d'un scélérat, d'un parricide triomphe, si l'impunité leur est assurée. Ah ! bien des attentats menacent désormais les pères : la main de leurs enfants est levée sur eux. » (Eschyle, *les Euménides*.)

(6) *Le Koran*, V, 35.

même il ne ferait tort qu'à un individu, est devenu coupable envers tout le corps social (1). Si la cour de cassation considère comme coupable le complice du suicidé, « c'est parce que les lois qui protègent la vie des hommes sont d'ordre public, que les crimes et délits contre les personnes ne blessent pas moins l'intérêt général de la société que la sûreté individuelle des citoyens ».

Il n'y a pas un délit qui ne soit la violation d'un devoir social. Le vagabond, le mendiant, l'homme ivre sur la voie publique, celui qui brutalise un animal sur la voie publique, celui qui refuse un service public, celui qui, ayant trouvé un enfant nouveau-né, ne le présente pas à l'officier de l'état-civil, tous ces délinquants ne lèsent les droits de personne, mais ils violent un devoir social.

D'après M. Garofalo, le délit naturel ne serait plus la violation d'un droit individuel ou d'un devoir social, mais la violation du sentiment moyen de pitié ou de probité. Cette définition me paraît incomplète et arbitraire ; elle ne comprend pas un grand nombre d'actes nuisibles et coupables qui violent des devoirs et des sentiments de famille. Ainsi, l'adultère n'étant que la violation d'un devoir ne doit pas, d'après M. Garofalo, être considéré comme un délit (2). La pudeur étant aux yeux du magistrat italien un sentiment artificiel qui n'est pas éprouvé par tout le monde, l'acte qui viole ce sentiment n'est pas davantage, selon lui, un délit naturel. Il écarte de même un certain nombre d'actes dirigés contre l'État, le patriotisme « n'étant plus, de notre temps, absolument nécessaire à la moralité de l'individu » (3), M. Garofalo convient que la désertion, la trahison, l'espionnage sont, il est vrai, des crimes en temps de guerre, mais il prétend qu'ils cessent d'être des délits naturels en temps de paix. Pourquoi cela ? Est-ce que celui qui trahit sa patrie, en temps de paix, n'est pas un misérable ? Est-ce que sa conduite n'offense pas la conscience publique ?

Je ne vois pas pourquoi M. Garofalo restreint ainsi le délit naturel à la violation du sentiment moyen de pitié et de probité ? A ce point de vue sa définition est incomplète. Elle est, en outre, arbitraire. En effet, est-ce que le manque de pitié suffit pour constituer un délit ? Est-ce que l'absence de pitié n'existe pas

(1) Franck, p. 120.

(2) *Criminologie*, p. 83.

(3) *Ibid.*, p. 15.

chez l'homme qui tue un animal ? Donc, ainsi que le fait observer M. Beaussire, ce n'est pas pour l'unique raison qu'ils attestent un manque de pitié, que les meurtres et les coups et blessures sont condamnés par l'opinion. Il faut arriver au respect de la personne humaine, à l'inviolabilité de la vie humaine, à l'idée du droit et du devoir pour trouver un délit dans la violation de ce devoir. En outre, le manque de pitié, même à l'égard d'une personne, peut constituer une grave faute morale mais non un délit. Ainsi, le citoyen qui, rencontrant un blessé, un malade étendu sur un chemin, ne veut pas les assister, un fils ingrat qui, devenu riche, sans égard pour le grand âge et les infirmités de son père, refuse de le secourir, sont des êtres sans cœur et sans pitié ; mais, pendant qu'ils tombent sous le mépris public, ils échappent à la répression sociale (1).

On se demande aussi pourquoi M. Garofalo propose de ne punir que la violation du sentiment *moyen* de probité. N'est-il pas à craindre qu'en prenant la moyenne de ce sentiment, la justice se contente de peu, et qu'elle laisse impunis des actes de tromperie pour lesquels la moyenne des esprits, surtout dans les villes de commerce, est très indulgente ?

M. Tarde, trouvant insuffisante la définition du délit par M. Garofalo, a essayé de la compléter ; il estime qu'un acte n'est pas délictueux par le seul fait qu'il offense le sentiment moyen de pitié et de probité et propose d'ajouter que cet acte doit être jugé délictueux par l'opinion (2). Cette définition ne diffère point en réalité de celle de M. Garofalo. En effet, le sentiment moyen de pitié et de probité n'est au fond que l'opinion publique. Les deux définitions de M. Garofalo et de M. Tarde me paraissent, en outre, présenter l'inconvénient de ne pas rattacher le délit à la violation de la loi morale ; en admettant que le délit résulte de l'opinion, ils supposent qu'il est conventionnel, et que l'acte cesserait d'être délictueux si l'opinion venait à changer.

Dans la définition qu'il a donnée du délit, M. Beaussire fait justement ressortir le caractère *intentionnel* que doit présenter

(1) On ne peut, en outre, apprécier toujours la bonté d'un homme par sa sensibilité ; un homme froid, bourru, peut avoir un cœur excellent, et un autre sensible, plein de pitié, peut être égoïste. On sait qu'au XVIII^e siècle il y avait beaucoup plus d'âmes sensibles qu'au XVII^e siècle ; y avait-il autant de nobles âmes et de consciences rigides ? La pitié n'implique pas toujours le sentiment et la pratique du devoir ; elle tient beaucoup aux nerfs et à l'imagination. On constate souvent une extrême sensibilité chez les débauchés contre nature.

(2) *Criminalité comparée*, p. 187.

l'acte punissable : « Le délit, dit-il, est une atteinte intentionnelle et volontaire à l'un des droits que les lois ont consacrés et dont la société a le devoir de réprimer la violation (1). » Il est exact que, lorsqu'il s'agit de crimes ou de délits de droit commun, l'acte n'est punissable que s'il a été commis avec intention. Ce principe a été proclamé par tous les législateurs. Ainsi, l'ancienne législation des Hébreux distingue avec soin l'homicide involontaire de l'homicide intentionnel. « Si quelqu'un frappe un homme *avec le dessein de le tuer*, qu'il soit puni de mort (2). » On lit de même dans les *Lois* de Manou « L'homme qui s'est précipité impétueusement sur un brahmane avec *l'intention* de le tuer demeurera cent années en enfer (3). » Platon a mis aussi en lumière la nécessité d'une intention méchante pour constituer un crime : « Ce n'est pas précisément sur ce que quelqu'un aura donné ou pris une chose à un autre qu'il faut prononcer qu'une action est juste ou injuste, mais le législateur doit examiner si *l'intention de celui qui fait le bien ou le mal à autrui est droite et juste*, et jeter en même temps les yeux sur ces deux choses, l'injustice et le tort causé (4). »

Pour savoir si une action est injuste, Aristote recommande aussi de rechercher dans quelle intention elle a été faite, « car, dit-il, la méchanceté et l'injustice consistent principalement dans le but qu'on se propose. Les mots dont on se sert désignent *l'intention* de celui qui agit. Tels sont injure et vol ; car tout homme qui en frappe un autre ne lui fait pas une injure. La fin qu'il se propose le rend seul coupable... De même on ne doit pas qualifier de voleur tout homme qui prend une chose à la dérobée, à moins qu'il n'ait la volonté de nuire et de se l'approprier (5). « S'il est question d'un acte, il faut regarder à *l'intention*..., il importe d'apprécier le but que l'agent poursuivait (6). » En effet, « l'intention juge nos actions », suivant le mot de Montaigne, emprunté par lui à Raymond Sebon, qui avait déjà dit : « Nos actions se jugent par notre volonté ou intention. » (*Essais* de Montaigne, l. I, ch. VII ; *Théologie naturelle* de Raymond Sebon, trad. Montaigne, ch. LXXXIV.)

(1) *Principes du droit*, p. 145.

(2) *Exode*, XXI, 12.

(3) l. II, § 206.

(4) *Les lois*, IX, p. 144.

(5) *Rhétorique*, I, ch. XIII, § 1.

(6) Marc Aurèle, VII, § 4.