



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

### **Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

### **About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



## A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

## Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

- + *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.
- + *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.
- + *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.
- + *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

## À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse <http://books.google.com>



3 2044 103 179 149



HARVARD LAW LIBRARY

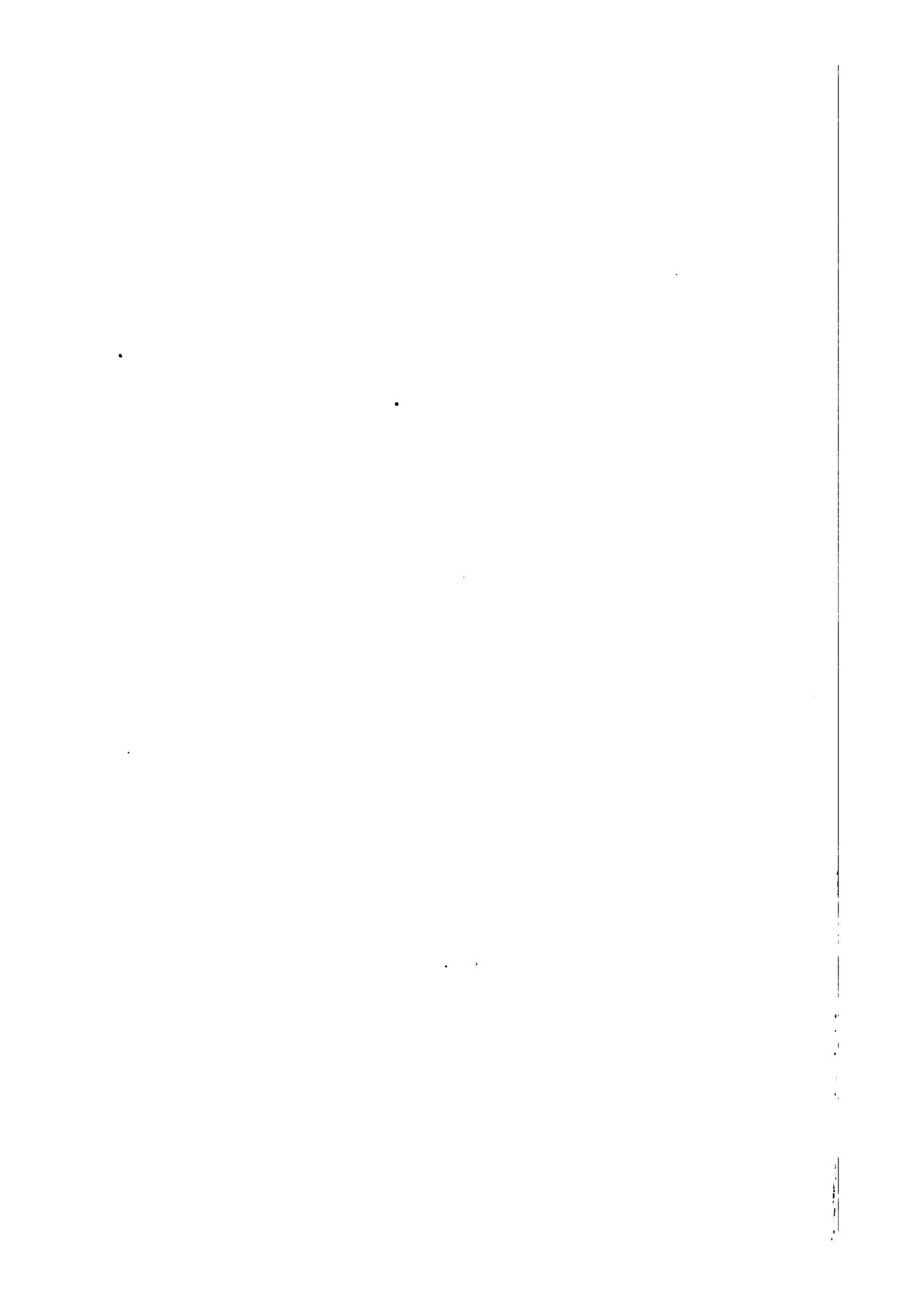
FROM THE LIBRARY

OF

ERNST LANDSBERG

Received July 15, 1932

France



LANDSBERG 9

2239

38

*estg*

DU DÉLIT

DE

# COMMISSION PAR OMISSION

ESSAI DE THÉORIE PÉNALE

PAR

MAURICE GAND

DOCTEUR EN DROIT

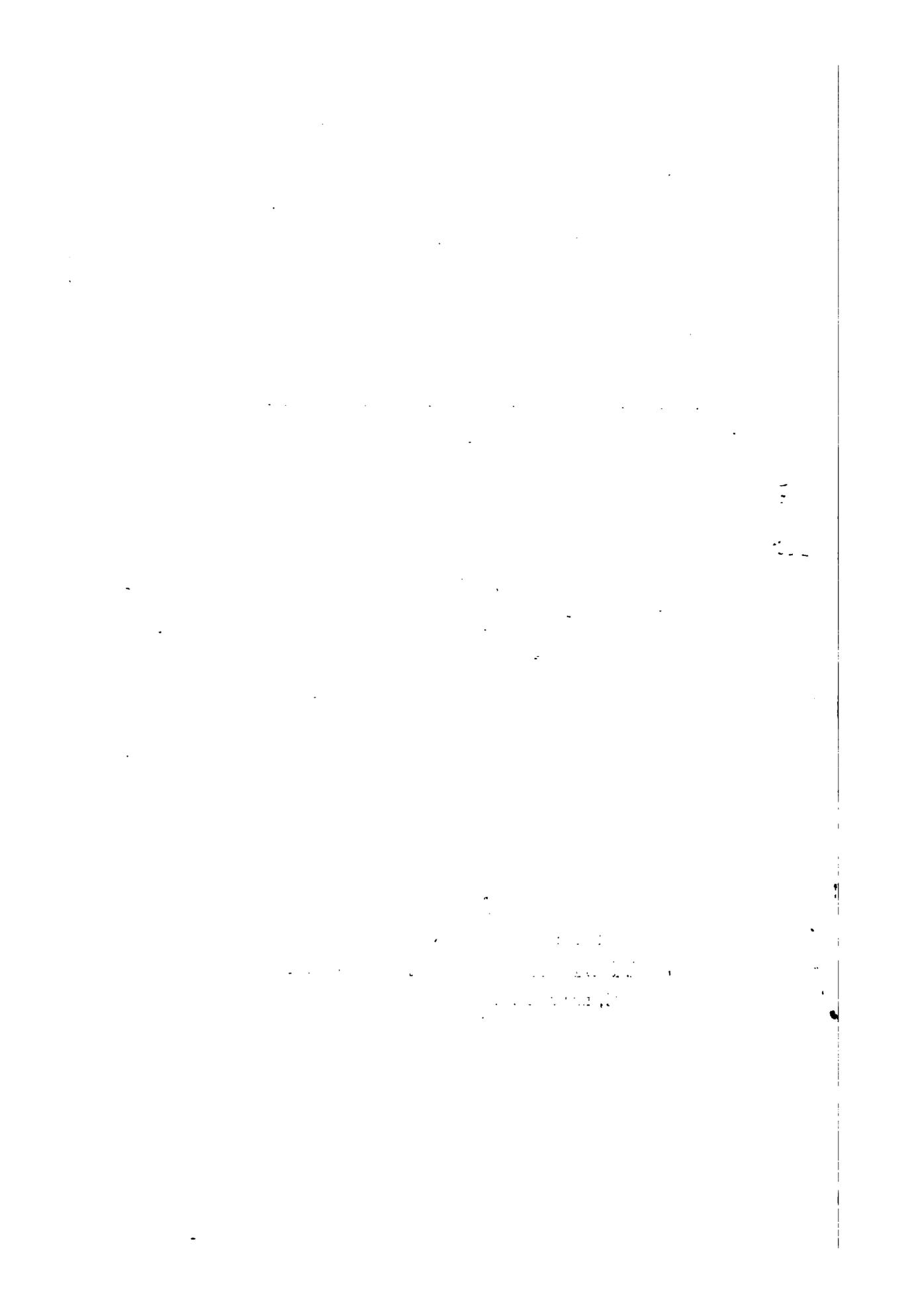
PARIS

Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1900



Monsieur le professeur Vantho.  
Hommage d'un ancien étudiant de  
l'Université de Bonn (Sommersemester 1893)

Vantho

Maurice Gand



DU DÉLIT

DE

**COMMISSION PAR OMISSION**

---

ESSAI DE THÉORIE PÉNALE

firmative, en vertu de quelle formule on doit leur en faire l'application. En d'autres termes, un délit peut-il, indépendamment d'un texte spécial, être commis par omission?

Au premier examen de la question, un scrupule surgit : Une telle étude est-elle utile ? La raison d'en douter est double. Nous verrons, d'une part, que la science allemande a produit, sur ce sujet, une somme énorme de travail, pour n'aboutir, en somme, qu'à un bien mince résultat ; et, à l'inverse, les criminalistes français sont passés à côté de la question sans lui reconnaître aucune importance.

Nous nous exposons donc à la fois au reproche de présomption et à celui de puérile subtilité. Cette crainte nous a préoccupé, mais ne nous a pas découragé. En matière pénale, l'intérêt didactique a une importance au moins égale au côté pratique. Lorsque l'homme s'arroe le droit d'établir une ligne de démarcation entre le juste et l'injuste, lorsqu'empruntant à la divinité le plus élevé de ses attributs, il s'érige en justicier, il faut que la légitimité de son action ne puisse faire l'objet d'aucun doute. Les principes de la loi pénale doivent nous apparaître, non pas à la suite des timides tâtonnements de l'expérience, mais à l'éclatante lueur de l'évidence ; la science pénale est une des sciences qui n'ont pas le droit d'être faillibles ni même soupçonnées de faillibilité. On peut sourire parfois de ces esprits inquiets, travailleurs infatigables, qui trouvent leur satisfaction à se poser à eux-mêmes de subtils problèmes, pour le plaisir de les résoudre, et sans d'ailleurs

y réussir toujours. Mais si leur labeur n'est pas sans grandeur, car la recherche de la vérité mérite toujours d'être honorée, en matière pénale, il n'est pas non plus sans utilité : il est bon que l'on soumette, sur tous les points, les prescriptions des lois répressives au critérium de l'analyse la plus subtile ; il faut que l'on s'assure qu'elles ne présentent aucune lacune injustifiable, aucune prescription inexplicée, et qu'on n'y laisse debout aucun de ces points d'interrogation, qui hérissent à chaque pas la science humaine et qui nous rappellent, sans cesse, la faiblesse de notre esprit. Dans ce domaine, tout problème posé doit être résolu, fût-ce d'une façon négative et en démontrant qu'il ne comporte pas de solution.

Si nous pouvons disculper ainsi notre travail du reproche d'inutilité, pourrons-nous éviter aussi facilement celui de présomption ?

Nous venons de lire les volumes compacts que la science allemande a consacrés à l'étude de la question. Toutes les espèces ont été prévues et analysées, toutes les hypothèses ont été présentées ; des esprits éminents se sont acharnés à la solution du problème ; et il ne semble pas cependant qu'elle ait fait un pas. De ces longues pages, il ne reste que le souvenir de subtilités qui fatiguent l'esprit, sans le satisfaire, et nous n'en pourrons pas retenir un seul principe qui puisse nous servir de guide.

Là où tant de maîtres ont échoué, comment espérer réussir ? Nous essaierons cependant. Nous attribuons en effet leur insuccès à une erreur de méthode. En procédant autrement, peut-être serons-nous plus heureux.

Ceci nous amène à justifier le procédé de raisonnement auquel nous nous proposons de recourir. Deux méthodes se partagent le domaine de la science : l'une, la méthode inductive, collectionne les faits, les analyse, les groupe, les compare, et de leurs similitudes ou de leurs différences s'applique à induire des lois générales. L'autre s'élève d'abord jusqu'à celles-ci, s'efforce de les saisir par la seule puissance de l'esprit, et, ces lois une fois trouvées, elle en déduit les applications aux faits. C'est la méthode déductive.

Des deux, quelle est la meilleure ? Il semble que la mode soit à l'induction. Cependant, comment ne pas comprendre que ces deux méthodes opposées ne sont pas rivales, que chacune a son champ d'action, dans les limites duquel elle peut rendre des services, mais que l'employer dans le champ opposé c'est multiplier les chances d'erreur ? Toutes les fois qu'il s'agit d'objets qui s'offrent à notre scalpel ou tombent dans le champ d'action de notre microscope, la méthode expérimentale est logiquement indiquée. Mais si, au contraire, il s'agit d'un de ces problèmes qui touchent aux fins de l'homme et à son rôle dans la société, seule la méthode déductive est possible.

Vouloir chercher dans l'analyse des faits extérieurs des raisons de décider, se livrer à l'étude et à la comparaison des diverses législations, chercher à combiner les opinions des penseurs qui nous ont précédés, c'est multiplier peut-être, par le nombre d'observations, les probabilités d'erreurs inhérentes à toute opération de l'esprit.

..

L'homme doit porter en lui-même le secret des règles qui gouverneront son existence et détermineront son rôle dans la société.

Ceci apparaît scientifiquement vrai, si l'on se place au point de vue physiologique. Le grand principe qui gouverne le monde, c'est celui de l'unité dans la variété. A tous les degrés de l'échelle organique, on retrouve les mêmes lois s'adaptant aux circonstances et aux milieux, changeant d'aspect, mais demeurant au fond toujours semblables à elles-mêmes. De ces lois, la plus importante est peut-être celle qui veut que chaque molécule tende d'elle-même à prendre la place qu'elle doit occuper dans l'universelle harmonie des choses. C'est ainsi que la goutte d'eau porte en soi la force qui maintiendra le liquide en équilibre dans le vase où il est renfermé. Comment admettre que, dans cette uniformité générale de la nature, l'homme seul constitue une monstrueuse exception ? Pour suppléer à la loi fatale qui arrête ou lance en avant la matière inerte, à l'instinct qui guide l'animal, il a la raison. C'est elle qui lui dictera la loi suivant laquelle il doit collaborer à l'ordre social.

Mais cela paraîtra plus évident encore à ceux qui, comme nous, croient à une volonté créatrice ayant placé l'homme sur la terre, pour y poursuivre un but supra-terrestre. Comment admettre que le Créateur, en faisant à sa créature ce don magnifique et dangereux de la liberté, l'ait

laissée sans guide au milieu des incertitudes de la vie, et n'ait point imprimé en elle l'indication du chemin qu'elle doit suivre, ou tout au moins une faculté merveilleusement apte à le découvrir ?

Donc, toutes les fois qu'il s'agira de poursuivre la solution d'une question de morale individuelle ou sociale, ou de combler quelque lacune, d'interpréter quelque obscurité des lois positives, traduction et développement des lois naturelles, nous devons rentrer en nous-mêmes et écouter, sans nous laisser distraire par les bruits du dehors, les voix de la conscience et de la raison ; ce sont elles qui nous révéleront les règles qui président au développement de la vie de l'individu et à l'harmonie de la société ; et par une série de déductions, nous arriverons avec autant de certitude qu'en comporte le raisonnement humain, à déterminer les principes secondaires tels que celui dont nous poursuivons aujourd'hui la formule.

Est-ce à dire qu'il faille négliger les données de l'expérience ? Non certes. Seulement nous ne les utiliserons que comme moyen de contrôle, et non comme procédé de solution.

Lors donc que nous aurons dégagé les principes, nous en ferons application aux diverses hypothèses que la pratique nous offre, nous les comparerons avec les textes des diverses lois pénales, et si nous obtenons une concordance satisfaisante, nous pourrons espérer avoir atteint la vérité.

\*  
\* \*

Notre plan va donc s'établir ainsi : malgré le peu d'importance des résultats obtenus par les nombreuses théories émises en Allemagne sur notre problème, il pourra être utile d'en esquisser l'historique. Ce sera une intéressante et nécessaire introduction à notre travail.

Bien que seule la science allemande ait donné à la question de la commission par omission une importance considérable ou, pour mieux dire, en ait reconnu l'existence, nous devons également, pour être complet, examiner comment dans le droit ancien et parmi les auteurs modernes on a considéré la commission par omission.

Après avoir terminé ce travail historique qui sera, nous pouvons le dire à l'avance, un peu stérile, nous entrerons dans le cœur même du sujet.

Nous commencerons par analyser les éléments divers de la punissabilité d'après nos lois répressives ; nous déterminerons quels sont ceux de ces éléments qui sont communs aux commissions simples et aux commissions par omission et les points sur lesquels ces deux catégories diffèrent. Cette comparaison devra nous donner la formule de la punissabilité de la commission par omission dans le droit positif.

Pour déterminer la portée générale de cette formule, en même temps que pour la justifier théoriquement, nous devons ensuite, abandonnant pour un instant les contingences de la loi pénale, examiner la question à un point

de vue plus élevé, et empiéter sur le domaine du droit public.

Peut-être estimera-t-on qu'il est nécessaire de nous en excuser. Ainsi que le constatait récemment à l'audience de rentrée de la Cour d'appel de Paris une voix autorisée, les diverses branches des sciences économiques ou juridiques, distinctes dans leur domaine d'application, sont communes quant à leur origine et quant à leur but, puisque leur existence est également basée sur le fondement même de la société et qu'elles sont également destinées à régir les rapports des hommes entre eux.

Le droit pénal, du reste, n'est qu'une des branches du droit public. C'est donc aux principes de ce droit que nous devons remonter, toutes les fois que, pour interpréter une disposition pénale, nous aurons à rechercher l'orientation et l'esprit des lois répressives.

Logiquement, en effet, il ne nous sera possible de nous prononcer sur la punissabilité de la commission par omission, que lorsque nous aurons, au préalable, établi la nature, l'origine et l'étendue du droit de punir. Nous ne pourrons également nous expliquer à nous-mêmes les dispositions applicables à la matière dans les différentes législations, qu'à la condition d'avoir déterminé le concept social qui a inspiré le législateur.

Notre formule ainsi établie en droit public, nous rechercherons si elle est conforme aux principes généraux de nos Codes et quelle application en a faite la jurisprudence.

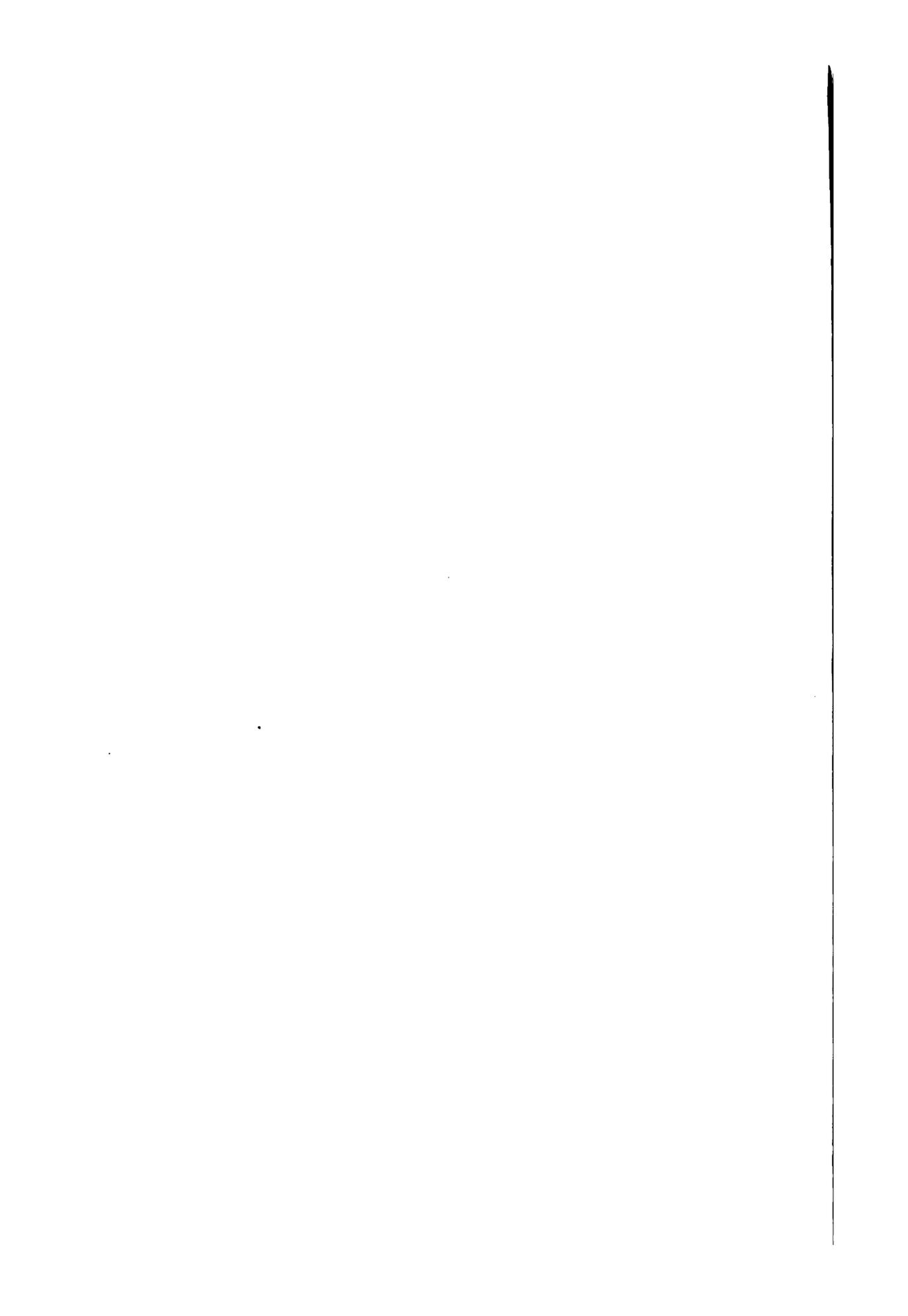
Il ne nous restera plus qu'à examiner les diverses

modalités de la commission par omission ; nous le ferons d'une façon sommaire, ne voulant ni élargir à l'excès les bornes de ce travail, ni passer absolument sous silence des éléments aussi importants de notre étude.

Enfin, dans de rapides conclusions, jetant un regard sur l'avenir, nous nous demanderons si on peut attendre et s'il faut souhaiter une modification de la formule actuelle dans un sens extensif ou restrictif.

Ce cercle parcouru, nous devons peut-être, nous aussi, avouer notre impuissance à fournir au problème une solution nouvelle ; mais nous aurons — nous l'espérons tout au moins — analysé les raisons de cette impuissance, et justifié en droit public la théorie presque négative adoptée par les lois et la jurisprudence actuelle, en matière de punissabilité des délits de commission par omission.

Au surplus, nous ne prétendons pas aux palmes qu'on décerne aux vainqueurs, mais simplement à l'indulgence qu'on ne refuse jamais aux travailleurs de bonne volonté.



## CHAPITRE PREMIER

### PROBLÈME DE LA COMMISSION PAR OMISSION

Le problème de la commission par omission naît de l'opposition de deux principes qui, en eux-mêmes, présentent chacun une part de vérité et qui cependant paraissent difficiles à concilier dans leurs conséquences.

D'une part, il est certain que l'omission d'un acte même indifférent en soi peut entraîner un résultat anti-juridique. On peut tuer aussi bien en omettant qu'en agissant. Il peut y avoir dans l'un et dans l'autre cas une même volonté criminelle. La conscience n'hésite pas à considérer comme également coupables celui qui précipite un homme à l'eau et celui qui pouvant sauver, en lui tendant la main et sans danger pour lui-même, son semblable qui se noie, le laisse mourir avec la pensée de profiter de sa mort.

Faudra-t-il donc transporter cette proposition du domaine de l'éthique dans celui du droit pénal, et assimiler au point de vue de la responsabilité, l'acte criminel résultant d'une omission et celui commis par une action ?

A première vue, ceci paraît inadmissible : ce serait se mettre en opposition avec l'unanimité des législations, étendre démesurément le champ de l'intervention de

l'individu dans les affaires de ses semblables, faire du devoir moral d'assistance une obligation permanente, juridiquement sanctionnée. Cette conception est inconciliable avec notre état social actuel.

Faut-il donc admettre le principe opposé et, partant de cette proposition que la loi pénale peut défendre à l'individu de troubler son semblable, mais ne saurait le contraindre à intervenir en sa faveur, en conclure que l'omettant ne devra jamais être déclaré responsable du résultat, même criminel, même voulu, de son omission ? Le point de départ peut paraître vrai en lui-même, mais il est impossible d'en appliquer avec rigueur les conséquences.

Le bon sens, ce sentiment de justice pratique qui est en nous, affirme qu'il est des commissions par omission qui doivent être réprimées par la loi positive, et c'est en effet ce qu'ont fait toutes les législations.

La vérité doit donc se trouver entre les deux principes extrêmes que nous avons énoncés. Il y aura des commissions par omission qui relèveront de la justice humaine, d'autres qui relèveront uniquement du tribunal de la conscience.

Mais quel sera le critérium qui nous permettra de déterminer ces deux catégories ?

Faudra-t-il reconnaître au législateur le droit de faire arbitrairement cette délimitation, en s'inspirant des convenances et de l'opportunité ? Bien que la plupart des criminalistes français n'hésitent pas à l'admettre, nous nous résignerons difficilement à penser que la loi puisse être sa raison à elle-même.

Nous estimons, en effet, que tout texte de droit pénal doit être la traduction, le commentaire et le développement d'un principe de droit naturel. Ce n'est qu'à cette condition que, derrière la lettre de la loi, nous pourrons apercevoir son esprit, et qu'il nous sera facile d'en combler les lacunes et d'en dissiper les obscurités.

Lors donc qu'on déclare que la commission par omission ne sera punissable que si elle constitue la violation légale d'un devoir d'agir, on donne une solution empirique ou, pour mieux dire, on n'en donne pas du tout et on répond à la question par la question elle-même.

Faudra-t-il donc rattacher le problème à celui de la causalité et dire que le résultat criminel de l'omission ne sera puni qu'en tant que celle-ci sera causale ?

Nous allons voir, dans les pages qui suivent, que la science allemande s'est orientée dans ce sens et que ses efforts n'ont abouti qu'à un aveu d'impuissance.

\*  
\* \*

A cette dernière conception se rattache une distinction classique adoptée par un grand nombre d'auteurs. Elle consiste à séparer le cas où l'omettant est étranger à la série causale qui a provoqué le résultat, de celui où il a lui-même mis en mouvement la force nuisible qu'il a omis d'arrêter. L'exemple du passant qui, voyant une allumette près de communiquer le feu à des matières inflammables et à un édifice voisin, passe sans l'éteindre, appartient à la première catégorie. Si, au contraire, nous supposons un fu-

meur qui jette l'allumette dont il vient de se servir et qui, en omettant de l'éteindre, provoque l'incendie, nous rentrons évidemment dans la seconde. M. Saleilles (1) précise très heureusement cette différence en distinguant « la non-intervention en dehors de la *sphère d'activité* de celui qui s'est abstenu », de « l'abstention se référant à une cause matérielle de préjudice qui rentre dans cette sphère ».

Il y a là une opposition facile à laquelle on s'est souvent rattaché pour faire la distinction entre les omissions punissables et celles qui échappent à la loi pénale.

A première vue, la causalité semble apparaître plus nette dans le second cas que dans le premier. Ceux qui se rattachent à cette conception nient, en effet, la causalité de l'omission, en soi, et estiment qu'ici, c'est le fait antérieur qui est causal par rapport au résultat.

Cette théorie, acceptée puis abandonnée par la doctrine allemande, ne nous semble pas résister à l'analyse. En premier lieu, elle aboutit à un résultat choquant, puisqu'elle fait remonter la causalité d'un crime à un fait indifférent, permis ou même commandé. Elle doit en effet arriver à admettre que dans l'hypothèse, par exemple, de l'aiguilleur qui omet de faire son service et dont l'abstention entraîne une catastrophe, ce qui sera causal, ce sera non pas cette omission, mais l'acceptation de la fonction.

Au surplus, elle fait sauter un chaînon de la série causale. Reprenons l'exemple du fumeur. Ce qui est causal

(1) Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris, Rousseau, 1897, n<sup>os</sup> 31 et 32.

par rapport à l'incendie, dit-on, c'est le fait de jeter l'allumette encore embrasée. — En apparence oui, en réalité non. Tous les jours, des milliers de fumeurs accomplissent le même acte, sans qu'il y ait faute de leur part, et sans que leur allumette risque de communiquer le feu. C'est qu'au moment même où l'action dangereuse se produit, il intervient un élément nouveau destiné à neutraliser le danger, à savoir une obligation quasi-contractuelle mise à la charge de l'agent qui doit veiller aux conséquences de son acte. — Voici donc comment la série causale s'enchaîne. L'homme jette son allumette et aussitôt de ce fait naît pour lui l'obligation de l'éteindre. Il manque à ce devoir et cette omission est « cause » de l'incendie. Il n'est donc pas possible d'éliminer l'omission de la construction de la causalité et dans les deux cas cette causalité se présente sous le même aspect.

Aussi ne croyons-nous pas qu'il y ait intérêt à distinguer les deux séries d'hypothèses. Nous estimons en effet, et nous nous efforcerons de le démontrer plus loin, que l'omission, en soi, peut être causale et que c'est ailleurs que dans le lien de causalité qu'il faudra chercher le critérium de punissabilité de la commission par omission.

## CHAPITRE II

### LA COMMISSION PAR OMISSION DANS LA DOCTRINE ALLEMANDE

Dans cette période de fermentation intellectuelle qui signala en Allemagne les premières années de ce siècle, une question nouvelle apparut sur le domaine du droit pénal.

Depuis longtemps, sans doute, les criminalistes avaient constaté que la volonté criminelle peut se manifester, et surtout produire ses effets, aussi bien par un acte négatif que par un acte positif. Mais, jusque-là, la question se posait, à propos de chaque crime, de savoir s'il pouvait être commis par omission. Ce n'est qu'à ce moment que la doctrine se préoccupa d'établir une formule précise et générale de la punissabilité de la commission par omission.

Dans une première période, le problème se présente sous une forme relativement simple. La question de la causalité de l'omission n'est pas soulevée.

Stübel et Feuerbach, qui représentent cette première phase, sont d'accord pour admettre que l'omission peut être causale ou, pour mieux dire, ils n'aperçoivent même pas que la question soit douteuse.

Bien que partant d'un même point, leurs théories sont

cependant divergentes. Stübel (1) admet l'existence à la charge de l'individu d'un devoir général d'empêcher les crimes. Feuerbach (2), au contraire, borne l'obligation d'agir et par suite le délit d'omission commissive, au cas où la personne lésée a droit à une manifestation positive de notre activité, basée sur la loi ou le contrat. Ce qui, pour lui, constitue la punissabilité de l'omission, c'est l'élément « violation d'un devoir », la « Pflichtwidrigkeit ».

Cette période constitue ce que l'on peut appeler la *pré-science* allemande. Elle correspond un peu à l'état actuel de la science française.

Toute violation d'un devoir d'agir, qui a comme conséquence un résultat criminel voulu, est considérée comme criminelle et engage la responsabilité de l'omettant.

Cette proposition apparaît comme naturelle et portant en elle-même sa justification.

\* \*

Mais une conception nouvelle ne tarde pas à se faire jour. Elle naît de scrupules doctrinaux et d'une préoccupation métaphysique.

On ne peut pas admettre, remarque-t-on, que quelque chose naisse de rien. Or l'omission, c'est le néant. Le néant ne peut pas engendrer une responsabilité. Si donc il est vrai que l'on puisse « vouloir » et obtenir un résultat criminel,

(1) *Ueber den Thatbestand der Verbrechen*, 1805, Wittenberg, p. 15.

(2) *Lehrbuch*, p. 24 et 49.

aussi bien par une abstention que par une action, il est également certain que l'omission, en elle-même, ne peut pas être causale, et, dès lors, pour que l'omettant puisse être puni, il faudra trouver ailleurs le lien de causalité. A l'inverse, toutes les fois que nous découvrirons cette causalité, il y aura lieu à châtement, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si l'acte omis correspondait ou non à une obligation légale ou contractuelle.

C'est ainsi que se posa, sous sa première forme, un problème que la science allemande est la seule à avoir aperçu, mais qui, en revanche, a tenu une place énorme dans ses discussions, et qui la préoccupe encore à l'heure qu'il est.

On a proposé de ce problème des solutions multiples, qui peuvent, à des nuances près, se diviser en deux groupes.

Les premières, les plus anciennes en date, correspondent aux préoccupations que nous venons d'indiquer. Elles ont comme caractère commun la recherche de la causalité dans un acte antérieur ou concomitant à l'omission.

Les secondes se rattachent à une orientation toute différente ; sous des formes diverses, elles reconnaissent la causalité de l'omission en soi.

\*  
\*  
\*

C'est Luden qui, le premier, a donné à la question son caractère doctrinal nouveau et qui a soulevé le problème de la causalité.

Il distingue l'omission simple punissable en soi, de la

commission par omission, et il donne de la causalité de cette dernière une explication curieuse (1). « On ne peut concevoir, dit-il, l'homme comme ne faisant rien. Aussi, lorsque pouvant dompter les forces naturelles, il les laisse suivre leur cours, sommes-nous d'abord en présence d'une omission. Mais à côté de cette omission, il y a également une action positive, car pendant qu'il omettait l'acte sauveur, l'homme doit nécessairement avoir fait quelque chose d'autre, cela eût-il consisté à regarder ou à s'éloigner. Cet acte positif sera causal par rapport au résultat. »

Krug (2) a spirituellement raillé le déplacement de la causalité commis par Luden, en faisant observer que dans le cas d'une mère qui laisse volontairement mourir de faim son enfant et qui, pendant que celui-ci se débat contre la mort, tricote des bas, il faudrait admettre que c'est ce dernier fait qui a tué l'enfant.

La théorie de Luden aboutissait à cette conséquence de ne faire, au point de vue de la responsabilité du résultat, aucune différence entre l'action et l'omission. Luden a, du reste, abandonné plus tard ce système, et, dans sa nouvelle édition de 1847 il renonce à formuler une théorie générale et se borne à donner des règles particulières pour déterminer, en certains cas, la causalité.

Comme Luden, Krug (3) refuse à l'omission toute signification causale ; elle ne sera dans un rapport de causalité

(1) *Abhandlungen*, p. 474.

(2) *Abhandlungen*, Leipzig, 1855, p. 30, 31.

(3) *Abhandlungen*, Leipzig, 1855, t. IV, p. 241.

avec le résultat, qu'en tant que se rattachant à des actions positives, à l'égard desquelles ce rapport pourra exister. Ces actes positifs seront ceux par lesquels l'omettant, soit par la prise en charge d'un service public, soit par un engagement privé, exprès ou tacite, se sera obligé à une activité. Il cite l'hypothèse de celui qui, ayant promis à un ami, médiocre nageur, de l'aider en cas de fatigue, omet de le faire et cause ainsi sa mort. L'omission apparaît dans ce cas comme causale, mais elle ne l'est que par son rapport avec l'acte antérieur. De même encore, la femme qui fait croire qu'elle va prendre soin d'un malade, empêchant ainsi que quelqu'un d'autre ne fasse le nécessaire, sera meurtrière si, par la suite, elle le laisse intentionnellement mourir. Ici l'acte positif sera l'engagement tacite pris par elle.

Dans ces divers cas, l'omettant a mis en mouvement, d'une façon au moins médiate, les forces naturelles qui ont entraîné la perte du nageur, qui ont provoqué la mort du malade, en décidant, par sa promesse, le premier à se mettre à l'eau, et en éloignant les personnes qui auraient pu sauver le second. Il doit donc, d'après les règles générales de l'imputation, supporter la responsabilité totale de l'effet de ces forces. C'est le *dolus subsequens* qui apparaît.

De ces divers éléments un peu confus, Glaser (1) a bâti une théorie plus savante. Il estime, lui aussi, que la structure du délit de commission par omission exige de la part

(1) *Abhandlungen aus dem österr. Strafrecht*, Vienne, 1858, p. 289.

du commettant une activité positive, cause du résultat. Son originalité consiste à distinguer deux séries d' « omis-sivdelicte ».

Dans la première, il suppose l'homme mettant en mouvement une force qui, si on ne l'arrête pas, doit produire nécessairement un résultat déterminé. Ainsi, c'est le conducteur d'une voiture qui pousse en avant son attelage et qui, reconnaissant son ennemi couché sur le chemin, omet de retenir ses chevaux. Ou bien encore, c'est un éclusier qui ouvre son écluse et, négligeant de la fermer à temps, provoque intentionnellement une inondation. — Dans ces divers cas, l'omission sera l'occasion, et l'acte antérieur la cause du délit. Ceci semble nous ramener à la théorie du *dolus subsequens*. Mais, pour échapper à ce reproche, Glaser ajoute que celle-ci suppose une action divisée en deux parties, tandis que, dans sa construction, l'action et l'omission sont soudées, de façon à former un tout indivisible et dont la criminalité doit être envisagée en bloc.

La seconde catégorie se rapporte à des résultats produits sans aucune intervention de la part de l'omettant, et qu'il a seulement omis d'empêcher. Il n'y aura également punissabilité dans ce cas que lorsque l'omission aura été précédée d'un acte positif causal. Cet acte pourra être constitué par la prise en charge expresse ou tacite de l'obligation d'empêcher l'événement nuisible. L'attitude d'un homme peut faire naître chez les autres, dit-il, la conviction qu'il interviendra pour détourner un danger, et dès

lors, déterminer les uns à s'y exposer, les autres à ne point le détourner eux-mêmes. On peut citer à ce propos les exemples de la garde qui omet de surveiller l'enfant, du surveillant de prison qui ne nourrit pas son prisonnier, du gardien d'un pont détérioré, qui n'avertit pas ceux qui arrivent. Dans ces divers cas, la garde, le surveillant, le gardien ont « positivement » amené le résultat en détournant les autres de la pensée de l'empêcher.

De même que Glaser avait perfectionné le système de Krug, Merkel (1) reprend et précise sur certains points celui de Glaser. A cette orientation de la doctrine se rattache encore von Bar (2), bien qu'il ne présente nettement aucun principe sur la causalité. Parfois il semble considérer l'omission comme causale, en tant qu'elle a pour effet de troubler le cours des manifestations de la vie humaine, ce qu'il appelle « la règle de vie ». Parfois même, et notamment dans sa théorie de la faute (3), il paraît admettre la conception du devoir créant la causalité. Cependant, d'une façon plus générale, il voit comme Glaser et Merkel, dans l'action antérieure, la cause du résultat produit.

Geyer (4) et Aldosser placent leur construction dans le domaine psychique. Il y aura causalité, d'après eux, dans

(1) Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig, 1867, t. 1, p. 79.

(2) Von Bar, *Die Lehre von dem Causalzusammenhang*, Leipzig, 1871, p. 96.

(3) Von Bar, *Lehre von der Culpa und dem Causalzusammenhang*, dans la *Zeitschrift* de Grünhut, 1877, p. 49.

(4) Geyer, *Grundriss zu Vorlesungen*, Munich, 1884, p. 84.

l'effet psychique produit sur des êtres vivants, « induits par l'omettant à une attitude, cause du résultat. » Cette omission sera donc « concluante » (concludent), lorsque la victime aura compté ou pu compter sur l'action contraire. Ceci se présentera spécialement lorsqu'il y aura à la charge de l'omettant un devoir juridique d'agir. Ainsi dans l'hypothèse du nageur inexpérimenté qui s'abandonne au courant, parce qu'il compte ou peut compter sur le secours d'un ami présent et plus habile, qui le laisse volontairement périr par son abstention, ce qui sera causal, ce sera l'effet psychique produit sur la victime par l'attitude rassurante de l'omettant

Le reproche principal que l'on peut faire à cette théorie est de n'expliquer qu'une partie des délits de commission par omission, et de laisser en dehors tous ceux où manque l'élément d'impression psychique produite sur un être vivant ; par exemple, le cas de quelqu'un qui, marchant sur une allumette enfouie dans la paille, l'enflamme et omet volontairement de l'éteindre.

Pour combler cette lacune, Aldosser (1), qui, du reste, n'a fait qu'adopter les idées de Geyer, admet à côté de l'omission « concludent » de celui-ci, une responsabilité pour le cas d'attitude personnellement passive de l'omettant.

Une mention spéciale est due à Binding (2) qui se rat-

(1) Aldosser, *Inwiefern kann eine Begehung durch Unterlassung bestehen?* Munich.

(2) Binding, *Normen*, p. 48 et 49 ; p. 224, 259, 266.

tache encore au système de l'action antérieure, bien qu'il semble parfois essayer de s'évader de cette théorie. Il divise, lui aussi, les commissions par omission en deux groupes. Il range dans le premier les omissions commises par ceux qu'un devoir professionnel oblige à veiller contre certains dangers : garde-barrière, aiguilleur, garde-malade, etc. Ici, l'omettant par la fonction qu'il a assumée tenait en équilibre les conditions positives antérieures, que son omission a de nouveau rendues actives.

Pour Binding il existe, en effet, à propos de tout résultat un ensemble de conditions, les unes *positives* c'est-à-dire favorisant le résultat, les autres *négatives*, c'est-à-dire l'écartant. Tant qu'elles se tiennent en équilibre, le résultat ne se produit pas.

Voici donc comment va se faire la construction de la causalité, dans l'exemple classique du garde-barrière qui, par son omission consciente, provoque une catastrophe. Binding divise le *processus* causal en deux parties : Premier moment : Le garde-barrière s'engage à assurer le service de la voie, et, ce faisant, il pose une « condition négative » pour l'arrivée de l'accident de chemin de fer. Mais en même temps, et par ce même fait, il empêche que l'on ne choisisse un autre garde-barrière ou que le mécanicien ralentisse sa machine au passage à niveau, et pose ainsi une « condition positive » par rapport au résultat dangereux. Tant qu'il remplit sa fonction, l'équilibre se maintient, l'accident n'arrive pas. Deuxième moment : il omet de le faire, et supprime, dès lors, les conditions négatives ; les condi-

tions positives posées par lui-même reprennent leur effet. L'accident se produit. — C'est toujours, déguisée sous une construction compliquée, la causalité d'un fait antérieur.

Passons maintenant à l'étude du deuxième groupe. Ici, il s'agit d'une activité inoffensive en soi, ou, en tous cas, non punissable, qui a donné lieu à la naissance d'un danger que l'omettant a négligé d'écarter. Nous rencontrons l'exemple classique du cocher qui, allant à une allure permise, et sans intention mauvaise, aperçoit soudain son ennemi couché sur la route et dans une position telle que ses chevaux l'écraseront s'il ne les retient pas ; ou bien encore le détenteur d'un poison jusque-là bien gardé et qui le voit entre les mains d'un enfant dont, pour une raison quelconque, parce qu'il doit en hériter par exemple, il souhaite la mort. L'omission de l'acte sauveur sera causale parce que, dit Binding, « on ne cause qu'à compter du moment où l'on ne peut plus arrêter, ou bien où l'on est décidé à ne pas arrêter les conditions antérieures, que l'on a mises en mouvement ou que l'on dirige ».

En somme, nous voyons encore apparaître ici la causalité de l'action antérieure.

Cette théorie de Binding se trouve reproduite, à quelques détails près, par Haelschner (1). Celui-ci se distingue cependant de Binding en ce qu'il ne considère pas comme importante la distinction entre les deux séries de délits, admise par son prédécesseur. Il estime que, dans

(1) Haelschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bonn, 1881, t. I, p. 233.

l'une comme dans l'autre, l'omettant n'est responsable du résultat que parce que, en mettant de côté l'obstacle qui l'empêchait, il transforme une action antérieure indifférente, en activité causale.

Cette théorie a été défendue aussi par le célèbre criminaliste russe Taganzew et par un de ses compatriotes, Sergejewski (1).

∴

Les divers systèmes qui précèdent ont, en somme, malgré les points de vue variés et auxquels les auteurs se placent, un caractère commun. Ils dénie à l'omission en elle-même tout caractère causal, mais cette omission pourra être précédée d'actes se rattachant par un lien de causalité au résultat antijuridique et ce n'est que dans cette hypothèse que l'omettant sera pénalement responsable du résultat.

On peut faire à tous ces systèmes une double objection.

C'est que, d'abord, ils font remonter la source de la criminalité d'un résultat jusqu'à un moment où la pensée criminelle n'existe pas encore et jusqu'à un fait qui, en lui-même, était parfaitement innocent et peut même être louable. Ainsi, pour reprendre l'exemple classique du garde-malade qui, par une négligence voulue, entraîne

(1) Il faut dire en effet, pour être exact, que certains criminalistes russes, marchant sur les traces de la doctrine allemande, ont fait place dans leurs traités à la question qui nous préoccupe.

intentionnellement la mort de son ennemi, ce qui serait causal, par rapport au crime, ce serait non pas l'omission, mais le fait de s'être engagé à veiller sur le malade. Ceci est évidemment inadmissible. Mais, à part cette première critique théorique, tous ces systèmes sont empiriquement faux, car les résultats auxquels ils arrivent ne concordent pas avec les données de la loi positive, et ils n'expliquent pas tous les cas de commission par omission qui sont et doivent être punis.

\*  
\*\*

L'insuccès des premiers systèmes détermina la science allemande à orienter ses recherches dans une autre direction, qui devait, après une nouvelle étape, la conduire à la reconnaissance de la causalité de l'omission.

Elle n'y arriva point cependant du premier coup, mais après l'essai de plusieurs systèmes intermédiaires.

C'est Buri (1) qui le premier ouvrit la voie aux doctrines nouvelles. Il présenta, pour la première fois, sa théorie en 1869, mais vers 1880 il lui fit subir d'importantes modifications.

Buri se rattache encore à la conception ancienne, en ce sens qu'il refuse à l'omission elle-même toute causalité, mais il s'en distingue en ce que, tandis que Binding et les autres faisaient remonter cette causalité à une action an-

(1) Buri, *Gerichtsaal*, 1869, p. 189 ; *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873, p. 96 ; *Gerichtsaal*, 1875, p. 251 ; 1876, p. 170.

térieure, il transforme l'omission en une action positive cachée sous une inactivité apparente.

Dans son système, tel qu'il l'exposait en 1869, il considère comme causale non seulement l'activité qui pousse directement au résultat, mais encore celle qui y conduit indirectement en écartant de la route les obstacles qui s'opposent à son arrivée. Sera donc causale l'influence exercée sur la volonté de celui qui eût dû empêcher ce résultat. Ainsi est responsable celui qui par corruption détourne un gendarme d'empêcher un crime. Et cela est vrai, que l'on influence une volonté étrangère, ou que l'on agisse sur sa propre volonté, en ne laissant pas naître en soi ou en abandonnant l'intention de détourner : pour reprendre encore l'exemple du garde-barrière, il considère qu'il y a en lui deux forces : l'une, obéissant à l'impulsion du devoir, si rien ne l'arrête, va accomplir l'acte sauveur et fermer la barrière ; mais la volonté criminelle la supprime, la barrière est laissée ouverte et un accident se produit. Par cette activité, dit Buri, la volonté humaine est devenue causale. C'est, on le voit, l'adaptation à une question de psychologie pénale du principe connu de la dualité de l'homme.

Il y a là évidemment une tentative méritoire pour échapper aux anciennes idées, mais au fond cette suppression par la volonté criminelle de la force secourable, rappelle quelque peu la violation de la « règle de vie » de von Bar et la rupture d'équilibre entre les conditions positives et les conditions négatives de Binding.

On peut faire une seconde objection au système. C'est qu'il conduit à admettre que chacun doit répondre du résultat qu'il aurait détourné, s'il avait voulu. Mais Buri ajoute que « l'on irait trop loin, si l'on voulait transporter cette proposition du terrain de l'éthique dans celui du droit pénal ».

Une raison de convenance le conduit donc à restreindre la punissabilité de l'omission au cas où il existe un devoir de détourner le résultat délictueux, basé sur un fait antérieur.

Buri a, du reste, été amené à préciser dans le second état de sa doctrine ce critérium de délimitation. « Celui, dit-il, qui ne remplit pas le devoir légal, qui lui incombe, d'empêcher un résultat menaçant, doit être considéré comme ayant causé ce résultat et en est pénalement responsable. On est ramené ainsi, continue-t-il, à l'opinion de Feuerbach, encore aujourd'hui décisive dans la pratique, et à laquelle on ne peut faire qu'un reproche, celui de ne pas avoir déterminé l'élément causal de l'omission (1). »

Il faut également rattacher à ces doctrines intermédiaires Janka (2) et Liszt (3). Ce dernier fait de la causalité de l'omission une construction curieuse. Soient, dit-il, a, a', a'', a''' les diverses causes d'un résultat B. J'ai  $a + a' + a'' + a''' = B$ . Si la condition a''' vient à manquer, le

(1) *Gerichtsaal*, 1878, *Beilageheft*, p. 111.

(2) *Das österreichische Strafrecht*. Prague, 1884, p. 72.

(3) Liszt, *Lehrbuch*, 2<sup>e</sup> éd. Berlin, 1884, p. 124.

résultat sera autre, C par exemple. J'aurai donc  $a + a' + a'' = C$  et non pas  $a''' = C$ , ce qui revient à dire que ce qui est causal, ce n'est pas l'omission en soi, mais seulement les conditions qui continuent à agir. « C'est ainsi, dit-il, que si le bon nageur ne sauve pas son ami moins habile, celui-ci ne meurt pas de la décision criminelle de l'autre : c'est la pesanteur et non la main retirée de l'ami, qui l'a fait s'enfoncer. »

Il semble ainsi refuser toute causalité à l'omission. Cependant, dans sa troisième édition, celle de 1886, il modifie son opinion sur ce point et ajoute que « cet exemple ne change pas la signification causale de l'omission, la causalité n'étant pas une force, mais une forme spéciale de notre connaissance ». Il admet, au surplus, l'existence d'un *devoir de droit* qui ne crée pas la causalité, mais sert à délimiter les omissions punissables et celles qui choquent seulement la morale. A vrai dire, Liszt ne présente donc pas un système bien précis et, en somme, il en revient à Feuerbach, sans indiquer le critérium théorique que l'on reproche à cet auteur de n'avoir pas donné.

Il faut noter aussi, à propos de ces doctrines intermédiaires, l'essai de quelques auteurs qui, renonçant à découvrir le lien de causalité dans le cas d'omission, se sont efforcés de fonder la responsabilité en dehors de tout lien causal. Ce sont Hertz (1), Lüning (2) et Hrehoro-

(1) *Das Unrecht und die allgemeinen Regeln des Strafrechts*, Hambourg, 1880, t. I, p. 196.

(2) *Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht*, Francfort, 1887, p. 16, 17.

wickz (1). Leur théorie, sans fondement scientifique, n'a été défendue par personne et ne vaut que d'être citée.

∴

Nous arrivons enfin au dernier état de la science allemande, avec une conception nouvelle qui, à l'encontre des précédentes théories, reconnaît à l'omission en soi le caractère de causalité.

Le nombre des auteurs, qui ont adopté ce point de vue, est considérable et va toujours croissant. Nous nous contenterons de citer von Wächter (2), Meyer (3), Schwarze (4), Schütze (5), Ofner (6), qui reconnaissent le principe, mais sans en fournir une véritable théorie. Haupt (7) s'appuie sur ce que partout où un homme a la puissance d'intervenir (eingreifen), et où son attitude peut modifier le résultat, son inactivité sera un élément (Bestimmung) de la causalité, quant à ce résultat.

Cette orientation nouvelle était, quant à son point de départ, philosophique. Elle se fonde sur une conception de la causalité humaine indiquée dans Locke, et qui se retrouve dans Schopenhauer.

(1) *Grundfragen des Strafrechts*, Dorpat, 1880.

(2) *Deutsches Strafrecht*, Leipzig, 1884, p. 195.

(3) *Lehrbuch des Strafrechts*, Erlangen, 1886, p. 241.

(4) *Commentar zum Strafgesetzbuch*, 1884, p. 43.

(5) *Lehrbuch*, 2<sup>e</sup> édit., Leipzig, 1874, p. 102.

(6) *Beitrag zur exacten Rechtswissenschaft*, Vienne, 1883, p. 17.

(7) *Zur Lehre von den Unterlassungsdelicten* dans la *Zeitschrift* de Liszt, t. II, p. 533.

Ce sont surtout les philosophes Sigwart et Windelband qui ont poussé la question assez loin pour permettre de construire la théorie de l'omission causale.

Sigwart (1) distingue la causalité purement mécanique de la causalité dans laquelle intervient la volonté humaine. L'action de l'homme, dit-il, est toujours tendue vers des *buts*. Il utilise les forces naturelles, il les commande par le seul fait qu'il compte sur elles, et ainsi il agit aussi bien par l'omission que par l'action.

Mais à côté des « buts de l'individu » se trouvent des « buts de droit » qui pourront être facilités ou déjoués, tantôt par une action positive, tantôt par une action négative. L'omission sera juridiquement causale quand l'omettant avait la possibilité ou le devoir d'intervenir dans leur réalisation.

Windelband admet, lui aussi, que c'est le but qui donne à la causalité humaine un aspect différent de la causalité mécanique.

Rohland (2) est parti de ces considérations philosophiques pour soutenir la causalité de l'omission en soi, qui seule peut conduire à la vérité. « Ainsi, dit-il, la théorie de la commission par omission doit revenir à son point de départ et prendre, à l'égard de ce problème, la position qu'elle a occupée jusqu'à Feuerbach. Mais le cycle, qu'elle a ainsi parcouru, représente une période de développe-

(1) Sigwart, *Der Begriff des Wollens*, Tübingue, 1870, p. 33.

(2) Rohland, *Die Gefahr im Strafrecht*, Dorpat, 1886, *Die Begehung durch Unterlassung*, 1887.

ments nécessaires. Si la science pénale d'aujourd'hui se décide à rendre à l'omission la place qui lui appartient dans la causalité, elle le fait non pas sous l'influence d'une manière de voir instinctive et qui ne connaît pas le doute, mais avec une conviction solide et épurée dans la discussion. » C'est donc encore le retour à Feuerbach, c'est-à-dire au point de départ !

Nous allons voir que Landsberg (1) aboutit au même résultat négatif. Celui-ci énonce cette proposition simple que « l'omission en soi est cause du résultat, simplement parce que celui-ci ne se serait pas produit sans elle ». Il rappelle l'hypothèse si souvent citée de Berger, qui suppose un être idéal, examinant avec une attention infinie et une infinie puissance d'observation les événements, et démêlant les causes ou plutôt les séries causales dont la combinaison a produit chacun d'eux. L'omission apparaîtra à ses yeux comme n'étant que le résultat, seul saisissable pour nous, des mille événements antérieurs qui ont déterminé l'attitude de l'omettant. On comprend donc, sous la causalité de l'omission, la causalité de tous ces événements qui individuellement se soustraient à notre contrôle.

Sous ces réserves, l'omission est donc pour lui causale. Il en conclut que, si elle a entraîné des conséquences contraires au droit pénal, elle sera punissable lorsque l'omettant aura eu ou aurait pu avoir, avec une attention suffisante, conscience du résultat.

(1) Landsberg, *Die sog. Commissivdelicte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht*, Fribourg, 1890.

Mais, s'apercevant des conséquences extrêmes d'une semblable proposition qui ferait tomber sous le coup de la loi pénale des actes qui n'y tombent pas, et que le bon sens nous dit ne pas pouvoir y tomber, il en restreint aussitôt la portée, en ajoutant que l'État pourra « par d'autres motifs, repousser une aussi grande extension de la punissabilité et établir une mesure différente d'appréciation, suivant que la production responsable d'événements résulte d'une action ou d'une omission ».

Et, poursuivant ses recherches à travers la loi allemande, il est forcé de conclure que « le Code prussien n'entend punir la commission par omission, qu'en tant qu'il y avait un devoir spécial d'action ».

La jurisprudence ne s'est pas non plus laissé influencer par ces tentatives doctrinales. Elle peut se résumer dans deux arrêts du Reichsgericht des 14 février 1884 et 21 mars 1888 qui, tous deux, ne reconnaissent d'autre base à la punissabilité de l'omission que l'existence d'un devoir contractuel ou légal (1).

Landsberg est donc forcé de constater, avec quelque mélancolie, que le législateur n'a fait que consacrer la vieille théorie de Feuerbach. Il l'explique par des considérations historiques tirées des doctrines philosophiques et politiques en honneur au moment où le Code allemand a été formulé.

(1) Les espèces visées par ces arrêts ne constituent pas, à vrai dire, des crimes de commission par omission, l'intention dolosive n'ayant pas été retenue par la Cour : ils n'ont d'intérêt qu'au point de vue de la détermination du devoir d'intervention de l'homme.

Mais, tout en critiquant le critérium de Feuerbach relativement à la distinction entre les commissions par omission contraires à la loi et celles qui sont simplement contraires à la morale, il n'en propose aucun autre pour le remplacer.

C'est du reste le reproche commun que l'on peut adresser à tous ces derniers auteurs. Sous l'influence du courant philosophique que nous avons signalé, ils en sont venus à une conception de la causalité, qui est la nôtre, et que nous défendrons nous-même, bien que par d'autres raisons, dans un des chapitres qui suivent. Mais cette reconnaissance pure et simple de la causalité de l'omission les a nécessairement conduits à cette conséquence que, toutes les fois que l'omission aura eu un résultat contraire aux lois pénales et que l'omettant aura agi avec une volonté criminelle consciente, elle sera punissable. Comme il est de toute évidence, qu'un pareil résultat, qui créerait pour l'homme des devoirs d'agir illimités, ne peut être accepté par personne, ils ajoutent aussitôt que le législateur verra, au surplus, dans quelle mesure il faudra étendre ou restreindre l'application pratique de ce principe, en délimitant les omissions punissables et celles qui ne le seront pas. Ceci est vrai, aussi bien pour les auteurs de la période que nous avons appelée intermédiaire, tels que Buri par exemple, que pour les derniers dont nous avons parlé : Sigwart, Rohland, Landsberg, etc. Or nous avons déjà fait remarquer plus haut que l'utilité du problème étudié consistant précisément à

rechercher un critérium théorique qui permet de faire la classification des *Commissivdelicte* sanctionnés ou non par la loi, s'en remettre à cette loi du soin de faire cette distinction, c'est répondre à la question par la question.

∴

Nous sommes donc conduits à faire cette constatation un peu attristante que tout l'effort du second groupe des auteurs allemands n'a consisté qu'à démontrer l'inanité du travail des premiers et à ramener la question au point précis où elle était au moment où Feuerbach, sans songer à la question de la causalité, déclarait que la loi, se constituant sa raison à elle-même, la commission par omission ne serait punissable que lorsque cette omission en soi se rapporterait à la violation d'un devoir légal.

Tout au plus, est-il resté de cet effort l'adoption par la science pénale de la distinction déjà admise par la philosophie entre la causalité mécanique et la causalité humaine, et par voie de conséquence, la reconnaissance de la causalité de l'omission en soi.

Il en est resté surtout cette inquiétude que laisse à l'esprit la position d'un problème insoluble.

Faut-il donc proclamer sur ce point la faillite de la science pénale ? Nous ne voulons pas nous y résigner encore.

L'échec de la doctrine allemande peut s'expliquer peut-être par la façon dont la discussion a été conduite. Les critiques que l'on peut respectueusement adresser aux

maîtres éminents dont nous venons d'esquisser les théories, sont en somme celles que méritent en général les méthodes et la science allemande.

Les savants allemands sont d'incomparables ouvriers, mais de médiocres architectes. Ils excellent, en général, dans les études où il ne faut qu'un labeur patient, une érudition profonde, une analyse scrupuleuse. Lorsqu'ils s'emparent d'une question, ils la creusent, la fouillent, la retournent avec acharnement, mais l'attention trop grande qu'ils apportent aux détails les empêche de saisir la question dans son ensemble et d'en apercevoir la solution.

Gœthe qui, lui, possédait à un si haut degré, ces qualités de généralisation qui manquent à ses compatriotes, leur reprochait, dans une lettre à Schiller, de « ressembler à ces avares qui amassent sans cesse des richesses dont ils ne sauraient pas se servir ».

Certes, leur labeur scientifique n'est pas infécond, mais leurs procédés méritent tous les reproches que nous avons adressés plus haut à l'emploi erroné de la méthode inductive et à la spécialisation poussée à l'extrême dans les études scientifiques.

Nous les avons vus à l'œuvre dans l'étude de la commission par omission. Ils ont soigneusement délimité le terrain, et, les limites une fois posées, ils se sont interdit de regarder ni plus haut ni plus loin. Mais, en revanche, ils ont fouillé avec acharnement le champ dans lequel ils s'étaient renfermés ; ils ont passé au crible toutes les hypothèses, les ont décomposées et analysées et de ce travail a surgi la question de la causalité de l'omission.

Tout l'intérêt du débat leur a paru se concentrer sur ce point et ils n'ont pas hésité à en faire dépendre la question de la punissabilité de la commission par omission.

Cette façon d'envisager la question suffit, ce nous semble, pour justifier le reproche que nous avons adressé à leur méthode et expliquer l'impuissance de leurs efforts.

Comment ne pas voir, en effet, et par *a priori*, qu'il y a quelque chose de choquant à admettre que de la solution d'une subtile question d'école puisse dépendre celle du redoutable problème que nous étudions ?

N'y a-t-il pas là une flagrante disproportion qui eût dû suffire pour mettre en garde la doctrine allemande ? — Quoi ! Suivant que l'on décidera que l'omission est ou n'est pas causale, faudra-t-il changer l'orientation de la conscience, la notion du devoir, le sens et la portée de nos Codes ?

Les principes du droit pénal doivent être simples. Leur raison d'être, leur champ d'action doivent apparaître avec une évidence et une netteté qui les rendent accessibles aux esprits les moins éclairés et ne laissent pas de place au doute.

Comment admettre un seul instant que l'on doive faire dépendre la condamnation ou l'absolution d'un accusé d'un obscur problème de métaphysique ou de psychologie que cinquante volumes et l'effort de vingt écrivains n'ont réussi qu'à compliquer ?

L'œuvre de la doctrine allemande devait donc aboutir à une faillite scientifique.

Pour réussir, il eût fallu, au lieu de s'enfermer dans la question elle-même, en sortir, l'étudier de plus haut et chercher à la résoudre par l'application des principes généraux en matière pénale. Et cela même n'eût pas été suffisant. La question de la punissabilité de la commission par omission déborde en effet le droit pénal. Elle est intimement liée à l'idée que nous pouvons avoir de la nature de l'homme et de son rôle dans la société.

Nous devons du reste revenir longuement sur cette question et le meilleur moyen de prouver l'exactitude de nos critiques sera de faire, nous-mêmes, sur ce point ce que nous reprochons aux autres de n'avoir point fait.

## CHAPITRE III

### HISTOIRE DOCTRINALE DU PROBLÈME DE LA COMMISSION PAR OMISSION.

Ce n'est pas ce qu'il y a de moins curieux dans notre sujet, de remarquer que, tandis que la science allemande s'est passionnément attachée à l'étude de notre problème, qu'elle l'a considéré comme une des questions les plus ardues du droit pénal, les sciences française, anglaise et italienne paraissent l'avoir ignoré, ou tout au moins ne pas avoir aperçu les difficultés qu'il présente relativement à la causalité.

Les criminalistes de toutes les époques semblent avoir été plus préoccupés de résoudre chaque hypothèse en s'inspirant des circonstances, que de présenter une formule générale.

. . .

En droit romain, un texte de Paul (loi 109, D. *de Reg. jur.*) peut prêter à certaines controverses. *Nullum crimen patitur is qui non prohibet, cum prohibere non potest*. On serait tenté d'en tirer un argument *a contrario* et d'en conclure que celui qui, pouvant empêcher un crime, ne l'a pas fait, sera considéré comme responsable, ce qui reviendrait à dire, qu'au moins dans ce cas spécial, les Romains

punissaient la commission par omission. Mais cette loi étant tirée d'un écrit dans lequel le jurisconsulte examine la responsabilité du père et du maître, quant aux délits commis par l'enfant ou l'esclave, on ne peut la considérer comme concluante.

En dehors de ce texte, le droit romain punissait les omissions dans les quatre cas suivants : L'esclave qui ne défend pas son maître attaqué, le soldat qui ne va pas au secours de son capitaine aux prises avec l'ennemi, le mari qui souffre la prostitution de sa femme, le frère qui ne révèle pas les embûches qu'il sait que son frère tend à leur père commun.

Il existe également des textes qui punissent le juge qui refuse de rendre la justice plus sévèrement que celui qui juge mal. Mais la matière est trop spéciale pour que la disposition puisse être étendue.

On peut aussi citer un épigramme de Martial (L. 2, Ep. 34) où il déclare qu'une femme qui a empoisonné ses enfants n'est pas plus coupable que celle qui les laisse mourir de faim. Mais on doit voir là plutôt une affirmation de morale ou de littérature qu'un principe juridique.

∴

Platon (*Lois*, Livre IX) considérait l'omission comme plus grave que la commission. « Si quelqu'un a commis un vol, il devra simplement rendre le double. L'homme libre qui, connaissant un vol ne l'a pas dénoncé, est infâme et l'esclave sera puni de mort. » De même celui qui n'a

pas révélé un meurtre sera puni plus sévèrement que celui qui l'aura commis. Platon, du reste, s'était inspiré du droit égyptien, qui considérait comme assassin et punissait comme tel, celui qui, pouvant sauver un homme attaqué, ne le faisait pas.

∴

Les auteurs chrétiens avaient adopté cette conception. « Qui succurrere perituro potest, dit Lactance, si non succurrerit, occidit » (*Institut. divinæ*, lib. 6, cap. 2).

Saint Augustin (Livre 15 *contre Faustus*) reproduit presque exactement cette proposition : « Si tu rencontres un malheureux exposé à la mort, et si tu ne le secours pas, tu es déjà homicide. »

Mais, même parmi les théologiens, cette opinion n'a pas prévalu. Saint Thomas, constatant que l'omission est la négation de l'acte de vertu, tandis que la transgression en est le contraire, reconnaît que celle-ci est plus grave que celle-là.

Julius Clarus, dans ses *Sententiæ* reprend la même distinction. Mais, posant comme règle la formule : « *Jure civili, nemo tenetur obviare delicto nec malefactorem indicare* », il restreint le devoir d'intervention à certains cas exceptionnels.

Farinaccius (*Opera criminalia*, t. I) étudie longuement la question. Sans chercher à en donner une solution théorique et examinant spécialement les cas de non-révélation de crimes, il passe en revue une longue série d'hypothèses pour chacune desquelles il reconnaît la criminalité de

l'omission. Ceux qui ont connaissance d'un crime de lèse-majesté (quest. 58) ; la femme qui sait qu'on doit assassiner son mari (quest. 94) ; le serviteur qui sait qu'on doit assassiner son maître ; les sujets ou vassaux qui laissent tuer leur seigneur, sont considérés comme complices, s'ils ne révèlent ou n'empêchent le crime projeté. Il en sera de même lorsque la personne qui laisse le crime se commettre avait la charge et le pouvoir de l'empêcher (quest. 134). Farinaccius va même plus loin, puisqu'il punit le parent ou l'ami qui voit attaquer son parent ou son ami en sa présence, et qui ne le défend pas, lorsqu'il pourrait le faire sans danger pour lui-même.

Tiraqueau (1) discute la question au point de vue théorique, avec quelque ampleur, et, après avoir examiné tous les arguments que l'on peut invoquer pour soutenir que les délits de commission doivent être punis aussi sévèrement que les délits d'omission, il conclut en adoptant l'opinion contraire.

Muyart de Vouglans (*Institutes*, partie I, ch. II) déclare que le consentement au crime peut se présenter sous cinq formes, parmi lesquelles l'approbation expresse ou tacite. Dans les cas d'approbation tacite il range le crime que l'on commet *in omittendo*, c'est-à-dire en n'empêchant pas celui qu'on aurait pu empêcher. Mais il ajoute que cette maxime ne s'applique chez nous que lorsqu'il s'agit d'un crime atroce, tel que celui de lèse-majesté, ou lorsque les

(1) *Tractatus varii*, Lyon, 1615. *De pœnis temperandis*.

personnes qui n'empêchent pas le crime étaient tenues de le faire par les devoirs de leur état. Ainsi les pères, maîtres, magistrats et même les maris, et il cite à ce sujet l'article 612 de la Coutume de la Bretagne qui déclare les maris responsables des fautes de leurs femmes. Au surplus, il ajoute que les peines prononcées contre les omettants sont moins graves que celles prononcées contre les auteurs mêmes du crime, en vertu de la maxime : *Gravior semper reputatur culpa in omittendo quam in omittendo*.

Jousse (*Traité de la justice criminelle*) ne fait que reproduire cette distinction, et quant au détail, il cite des exemples empruntés à Farinaccius.

Citons encore, dans le même ordre d'idées, l'ordonnance de 1670 et l'édit de 1679 sur les duels. L'ordonnance déclare qu'en cas de crime emportant la peine de mort, « ceux qui étaient présents à ce crime ne seront déchargés, que s'ils obtiennent des lettres de pardon ». L'édit sur les duels punit ceux qui, présents au combat, ne l'ont pas empêché.

En somme les préoccupations des jurisconsultes de l'ancien droit se sont surtout tournées vers les omissions de révélation ou d'empêchement de crimes.

Ceci s'explique, étant donné l'époque troublée où ils vivaient et l'insuffisance des moyens de police permettant d'empêcher les crimes ou d'en découvrir les auteurs. Nous nous étonnons même que les cas où l'intervention était obligatoire, n'aient pas été plus fréquents, et ce respect de la liberté humaine nous paraît digne de remarque. Sous

une monarchie absolue, qui n'est pas tendre pour les accusés, alors que les crimes se multiplient d'une façon effroyable, que les pouvoirs publics débordés sont impuissants à en endiguer le flot toujours croissant, l'autorité royale devait être fortement tentée de transformer d'une façon générale les individus en auxiliaires de la justice pour la prévention ou la recherche des délits, de proclamer le devoir d'assistance légale de l'homme à l'homme et de faire à toute personne une loi de l'empêchement ou de la dénonciation du crime. Si cela n'a pas été fait, c'est qu'il faut reconnaître comme existant déjà dans l'âme française ce sentiment d'indépendance de l'homme à l'égard de l'homme, dont plus tard nous nous efforcerons de dégager l'origine, la justification et les conséquences.

Nous voyons même, à l'occasion de ces exceptions, apparaître ici en germe la théorie du devoir légal d'empêcher un crime, qui existe d'une façon absolue, à l'égard de tous les citoyens, quand il s'agit du crime de lèse-majesté, et d'une façon relative, à l'égard des personnes qui ont le devoir et le pouvoir de l'empêcher, soit d'après la loi positive, comme les magistrats, soit d'après la loi naturelle, comme le fils, la femme, le vassal, ou même, s'il faut admettre l'opinion de Farinaccius, le parent ou l'ami.

En réalité, bien que dans cette période on ne se soit jamais préoccupé de poser une formule, nous pouvons presque dégager inductivement celle-ci : « L'omission sera punissable quand le fait omis était commandé par la loi ».

C'est, en somme, la théorie de Feuerbach, point de départ et point d'arrivée du cycle doctrinal allemand.

∴

C'est aussi la théorie de la science moderne française. Nous disons théorie, le mot est peut-être ambitieux, car les jurisconsultes français, aussi bien d'ailleurs que les auteurs anglais, italiens ou belges, ne se sont aucunement occupés de bâtir une théorie quant au sujet qui nous intéresse. Ils ont considéré la proposition comme un truisme portant en lui-même sa démonstration.

Rauter, seul, semble s'être préoccupé de la question de causalité, qu'il pose en quelques lignes, et d'ailleurs sans insister beaucoup. « Dans les délits d'omission, dit-il, où l'acte de délinquer est purement négatif, il doit résulter d'un ensemble de circonstances positives qui excluent le fait dont l'omission est punie par la loi. Sans cela il n'y aurait pas délit, faute d'acte de délinquer (1). »

En somme, c'est la théorie de la causalité du fait antérieure, telle que nous l'avons vue avec ses développements et sous ses formes multiples, dans le premier aspect de la science allemande.

Mais Rauter n'a été suivi sur ce terrain par personne en France, et il ne semble même pas qu'il ait obtenu les honneurs de la discussion.

Prins (2), il est vrai, d'une façon très accessoire et à pro-

(1) Rauter, *Traité*, Paris, 1836, t. I, p. 189.

(2) Prins, *Science pénale et droit positif*, 1899, p. 107.

pos d'un cas particulier, semble aussi se rattacher à cette théorie allemande. « C'est ainsi, dit-il, que, dans le cas où un nageur a entraîné son camarade inexpérimenté en lui promettant de lui apprendre à nager et avec l'intention de ne pas tenir sa promesse et de le laisser mourir, il y a délit d'action. » L'action consiste à avoir entraîné le débutant. Mais dans tous les cas où il y a un texte formel qui impose l'acte que l'on ne fait pas, où quand, en l'absence de texte, celui qui n'agit pas avait un devoir légal d'agir (ex. : les parents qui s'abstiennent à dessein de remplir l'obligation juridique qui leur est imposée par le Code civil et qui laissent leur enfant mourir de faim), « il n'y a aucune différence : l'inaction voulue équivaut au délit d'action, à l'homicide ».

Il semble donc qu'il faille, d'après lui, distinguer si l'acte omis constituera ou non l'accomplissement d'un devoir légal. Dans la première hypothèse, il n'y a point besoin d'établir un lien de causalité, la loi est sa cause à elle-même. Dans l'hypothèse inverse, l'omission la plus funeste et la plus immorale n'est pas, en soi, un délit. Elle pourra le devenir cependant si on peut rattacher le résultat par un lien de causalité à un fait antérieur.

Cette dernière proposition provoque toutes les objections que nous avons adressées dans le chapitre précédent à la théorie du fait antérieur, aujourd'hui, du reste définitivement abandonnée.

Quant à l'ensemble du système, il est contradictoire. Il faut, en effet, choisir : ou l'omission est causale, ou elle ne

l'est pas. Ou la causalité est nécessaire pour qu'il y ait imputabilité, ou elle est inutile. Mais l'un des deux principes une fois posé, il faut le pousser jusqu'au bout, ou, si l'on fait des distinctions ou des exceptions, en indiquer la cause.

Ce rapport de causalité, les auteurs français l'admettent par *a priori*. Il serait inutile et fastidieux d'énumérer les opinions négatives qui ont été présentées à ce sujet. Nous nous bornerons à citer quelques noms pris au hasard :

Ortolan (t. I, n° 569-579) admet tacitement la causalité. Il en est de même de Haus (*Principes*, 2<sup>e</sup> édit. Gand, 1874, t. I, n° 278). Rossi est muet sur notre question.

Carrara (1) qui traite le sujet en quelques lignes, semble sur certains points admettre la distinction de Prins, mais d'une façon générale, il déclare que le délit de commission par omission « ne peut se concevoir que dans le cas où l'autre personne a un droit exigible à l'action omise. Ainsi, dit-il, la mère qui n'allait pas son enfant, commet un véritable délit d'inaction, l'infanticide, car l'enfant nouveau-né a droit à l'action de l'allaitement. »

Il ajoute que « la catégorie de ces délits s'élargit considérablement dans les législations qui admettent le principe de la solidarité défensive des citoyens ». Cette dernière phrase nous paraît intéressante, car elle reconnaît que la question de la commission par omission se rattache intimement à la conception que l'on peut se faire de la nature du lien social, et elle justifie le procédé que nous em-

(1) Carrara, *Programme*, Partie générale, 1871, § 30.

plioierons en cherchant à résoudre plus loin la question sur le terrain du droit public.

Moriaud (1) adopte également la théorie du devoir légal. « L'homme, dit-il, cause un mal en restant inactif, s'il a le devoir d'agir. »

Telle est encore l'opinion de M. Garraud (*Traité de droit pénal français*, t. IV, n° 1373). « Dans tous les cas, dit-il, où un texte formel ou une obligation juridique quelconque commandent d'agir, l'inaction voulue équivaut au délit d'action... Il sera donc indifférent que l'homicide ait lieu par action ou par omission. » (Dans le même sens, Blanche, t. IV, n° 468.)

On pourrait à l'infini multiplier les citations sans les rendre plus intéressantes ni plus décisives.

\*  
\*.

En somme, les diverses opinions émises par la science moderne, en dehors des sciences allemande et russe, peuvent se résumer en ceci : on ne discute même pas la causalité de l'omission et on proclame cette omission punissable, quand elle sera contraire à un devoir légal ; le tout, sans insister et sans croire que ces propositions ont besoin d'être démontrées.

A quoi attribuer ce dédain de la science française ? Est ce qu'en réalité la question n'existe-pas ? Théoriquement, il nous semble cependant que oui. Il faut bien admettre que l'omission est causale ou qu'elle ne l'est pas. Si l'on

(1) Moriaud, *Du délit nécessaire*, Genève, 1889.

adopte la première hypothèse, et c'est ce que nous ferons, il restera toujours à établir un critérium théorique qui permette de distinguer les omissions punissables de celles qui ne le sont pas. Si l'on pense que l'omission en soi ne peut être cause, comment admettre qu'elle peut le devenir parce qu'il existera une obligation juridique d'intervenir? Je sais bien que l'on peut dire : quand il y a un devoir légal, ce devoir se constitue à lui-même sa propre causalité. Mais je crains qu'il y ait là une confusion. Le principe est évident quand il s'agit d'omission simple : la violation du commandement est en soi punissable. Mais s'il s'agit de conséquences criminelles et indirectes, il est certain qu'on ne pourra les mettre à la charge de l'omettant qu'autant qu'on aura pu établir entre son omission et le résultat anti-juridique de celle-ci un rapport de causalité. En cas de calamité, un individu légalement requis de prêter secours refuse de le faire. Il est punissable. Mais si, en refusant d'obéir, il a la volonté criminelle de laisser mourir son ennemi, il ne pourra être poursuivi pour meurtre qu'en tant qu'on reconnaîtra entre son abstention et le résultat un lien de cause à effet.

La question existe donc théoriquement. Mais il ne semble pas qu'elle ait aucune importance pratique.

La preuve du dol dans l'omission, c'est-à-dire la preuve que l'omettant non seulement pouvait prévoir, mais a prévu en réalité les suites de son abstention, peut bien théoriquement être apportée dans les exemples d'école que nous avons cités. Mais en fait, elle est presque im-

possible. Aussi y a-t-il une tendance à confondre, en jurisprudence, l'omission et l'imprudence. Ainsi, à propos du refus de secours, dans le cas de l'article 475-12° du Code pénal, Chauveau et Hélie disent que « même si c'est un devoir des fonctions de l'agent, en général, il ne peut constituer qu'une simple contravention, ou au plus un homicide involontaire (1) ». Dalloz admet la même opinion (*V° Crimes et délits contre les personnes*, n° 13).

Il est cependant évident que, d'après la théorie généralement admise du devoir légal source de la punissabilité de la commission par omission, il faudrait conclure que, dans le cas où l'omettant aurait eu la volonté consciente de causer la mort, il serait coupable de meurtre. Mais en raison de l'impossibilité de faire cette preuve, ces auteurs ne s'y arrêtent même pas.

La question n'a donc qu'une importance théorique, mais même dans ces conditions il ne sera pas sans utilité de l'étudier. Elle se rapporte à une phase curieuse de l'histoire du droit pénal en Allemagne, et au surplus elle va nous obliger à faire une analyse de la punissabilité en droit pénal et en droit public, qui peut offrir quelque intérêt.

(1) Chauveau et Faustin-Hélie, t. III, p. 422.

## CHAPITRE IV

### ANALYSE DE LA COMMISSION PAR OMISSION COMPARÉE A LA COMMISSION SIMPLE.

Avant d'essayer de construire une théorie personnelle du délit de commission par omission, il nous paraît logique d'en faire l'analyse, et le meilleur moyen d'y procéder, c'est de le comparer à la commission simple, de voir par quels éléments il s'en rapproche et sur quels points il en diffère.

..

D'une façon générale, pour qu'un acte puisse être puni, la loi exige un certain nombre d'éléments qu'on peut ramener à trois :

Causalité ;

Intention ;

Acte contraire au droit.

Il faut que l'acte soit causal, c'est-à-dire de nature à produire un résultat illégitime. S'il n'en était point ainsi, et alors même que les autres éléments seraient réunis, il n'y aurait pas lieu à châtement. Nous faisons allusion à la théorie du crime impossible.

De plus, et c'est là l'élément psychologique de la crimi-

nalité, l'agent doit avoir *prévu* (1) le résultat criminel. Il faut que cette prévision ait existé au moment précis où l'acte passait du domaine de la conception dans celui de la réalisation. Les systèmes relatifs à la tentative punissable s'occupent de déterminer ce point-limite de la culpabilité.

Mais ces deux éléments ne suffisent pas. Il faut encore que l'acte commis soit un de ceux que l'agent n'avait pas le droit d'accomplir. C'est ainsi que, dans le cas de légitime défense, ou dans les divers cas d'excuse indiqués par la loi, le meurtre ne sera pas punissable. Et cela sera vrai, même si l'individu qui tue en défendant sa propre vie, le mari qui abat de la balle de son revolver l'amant de sa femme surpris en flagrant délit d'adultère, avaient d'autres raisons de souhaiter cette mort et de commettre ce meurtre.

Lorsque la loi pénale dit : *Tu ne tueras pas*, elle défend par cela même tous les actes qui sont susceptibles de donner la mort, même sans intention, et l'article 319 du Code pénal n'est qu'un développement et une application de cette défense.

On peut donc poser en principe que le crime sera la juxtaposition d'un acte défendu et d'une intention criminelle.

Bien qu'aux yeux de la conscience, l'intention puisse paraître aussi coupable que le fait lui-même, la justice

(1) Nous disons *prévu* et non *voulu*, adoptant ainsi la théorie généralement admise en France aujourd'hui, qui voit dans l'intention une simple prévision et non un acte de volonté (*Vorstellungstheorie* des Allemands, par opposition à la *Willenstheorie*).

humaine ne peut punir la pensée seule, elle ne peut frapper qu'un acte. La loi agira avec plus ou moins de sévérité, suivant qu'il aura été, ou non, criminellement intentionnel ; elle pourra parfois, dans le simple délit d'imprudence ne pas retenir la tentative, et la châtier, en cas de crime, aussi sévèrement que le crime lui-même, mais il faudra toujours, pour que la justice humaine puisse intervenir, qu'un acte existe et qu'il ait en lui-même le caractère de faute.

Ceci nous paraît de toute évidence, quand il s'agit de crimes ou de délits de commission simple. Retrouverons-nous les mêmes éléments dans les délits de commission par omission ? S'ils s'y trouvent, il sera logique d'admettre qu'il faut appliquer à nos deux catégories de délits les mêmes dispositions pénales ; si, au contraire, notre analyse nous signale des différences, elle nous révélera également la différence des traitements à leur appliquer.

∴

Occupons-nous d'abord de la causalité. L'omission peut-elle être causale ?

Avant tout, une définition : Qu'est-ce que la *cause* ? — C'est, peut-on dire, la force initiale qui produit un résultat. Nous disons : force initiale, car si la force considérée n'est que la résultante d'autres forces, ce seront ces dernières qui seront *cause*.

Notre définition va nous conduire à cette conclusion, que dans le monde physique il n'y a pas de causes proprement dites, mais bien des séries causales, qui vont s'engendrant,

s'enchaînant et se répercutant à l'infini, et dont le point de départ est en un lieu que la foi peut indiquer au croyant, mais que l'état actuel de la science ne permet pas de déterminer rationnellement.

Parmi ces séries causales, les unes sont hors de la sphère de l'activité humaine, les autres rentrent dans le domaine de cette activité. Ces dernières, tantôt l'homme les supprime ou les dévie, tantôt, au contraire, les laissant à elles-mêmes, il les prend comme auxiliaires et exécutrices de sa volonté. Par rapport à elles, ce qui est causal, c'est cette volonté, et cette causalité peut se produire par action ou par omission, soit que le cours ordinaire des choses soit détourné, soit qu'il soit confirmé dans une intention criminelle.

Pour que le lien de causalité existe, il suffira que la force qui a agi, que la série causale qui a provoqué le résultat, ait été en la puissance de l'agent, c'est-à-dire qu'elle ait pu être déviée ou contrariée par lui. Il faudra, en outre, que, par un acte de volition, il l'ait adoptée, il l'ait choisie comme instrument.

Quand il s'agit de la commission simple, quelle est la cause? Est-ce le bras qui frappe? Non. C'est la volonté qui commande. Celle-ci dit au bras : « Tue », et c'est cet ordre qui est cause.

Eh bien, que se passe-t-il quand une omission volontaire se produit? L'homme voit la série causale en mouvement. Il aperçoit le résultat qu'elle va entraîner et en pèse les conséquences. D'autre part, il sait qu'elle est en sa puis-

sance, qu'il peut la détourner. Un sentiment du devoir, dont nous déterminerons en son temps l'étendue, l'incite à agir. D'autres passions le poussent à rester immobile. Devant sa conscience, un débat s'agite. Il décide : « N'agis pas », dit sa volonté.

Cet ordre négatif est cause, autant qu'eût pu l'être l'ordre positif contraire. A l'analyse psychologique, il n'en diffère en rien.

Prenons un exemple : Mon ennemi dort dans ma maison remplie de matières combustibles. Je tiens à la main une allumette enflammée.... Un geste, l'incendie s'allume, ma victime meurt. J'hésite. En ce moment, dans ma conscience une bataille suprême s'engage entre le devoir et la haine. Vais-je le tuer ou le laisser vivre ? « Qu'il meure », dit ma volonté. J'approche la flamme, la maison s'embrase, le crime est accompli.

Déplaçons légèrement l'hypothèse. Ce n'est plus moi qui ai allumé l'allumette : c'est le hasard qui l'a poussée là ; cependant, elle va communiquer le feu. J'ai avancé le pied pour l'éteindre ; que je l'abaisse, mon ennemi est sauvé ; que je demeure immobile, il meurt. Qui ne sent, que le combat qui s'engage en moi est le même que dans le cas précédent ? C'est toujours la même question qui se pose : dois-je le tuer ou le laisser vivre ? et la conclusion est toujours la même : un ordre de ma volonté. La construction de la causalité se présente de façon identique dans cette action et dans cette omission.

La volonté humaine est par elle-même impuissante.

Pour agir, il faut qu'elle s'aide des forces naturelles, qu'elle s'incarne en elles. Elle peut réveiller des forces dormantes, arrêter des forces en activité, ou bien aller à son but, en les laissant librement se développer. Mais, dans tous les cas, une fois cette union de la volonté et de la matière accomplie, la force cesse d'être aveugle, pour devenir une collaboratrice poursuivant un résultat voulu.

Il importera donc peu que la manifestation de la volonté ait été positive ou négative.

C'est ainsi que, lorsqu'un ingénieur canalise un fleuve, le tracé est son œuvre aussi bien dans les parties de son lit qui ont été conservées que dans le cours nouveau. En les laissant subsister, il les a faites siennes, et le bon sens, aussi bien que la logique, nous disent qu'il sera aussi bien « cause » pour les défauts naturels qu'il a omis de corriger, que pour celles qui peuvent exister dans les parties entièrement établies sur ses plans.

Ce qui dans la doctrine allemande a obscurci la question, c'est la confusion qui a persisté jusqu'à Sigwart entre la causalité humaine et la causalité dans la nature inanimée. En dehors de l'homme, l'inertie peut exister. Les forces naturelles peuvent être en marche, ou au repos. Mais chez l'homme, et surtout dans le domaine psychologique, l'inaction ne saurait se concevoir. L'abstention ou la commission sont des manifestations équivalentes d'une volonté toujours active et qui sera toujours causale.

De ce qui précède nous pouvons donc conclure, que l'élément de causalité se présente sous le même aspect dans

la commission simple et dans la commission par omission.

∴

Nous trouvons une égale similitude, en ce qui concerne le second élément de punissabilité : la prévision du résultat. L'intention criminelle revêt le même aspect, que le crime soit commis par action ou par omission.

Il y aura cependant, remarquons-le en passant, une différence considérable, mais qui n'a d'intérêt qu'au point de vue pratique.

Dans les cas de commission simple, la phase d'accomplissement est brève, et en tout cas, il y a un point-limite auquel la criminalité commence : c'est le moment où, si nous pouvons ainsi dire, l'acte échappe à la volonté de l'agent.

Il en sera autrement dans l'hypothèse de commission par omission. La phase incriminée, c'est-à-dire le temps pendant lequel l'omettant s'abstiendra, pouvant agir, sera souvent longue. La volonté consciente pourra sans doute avoir existé pendant toute cette période, mais elle pourra aussi avoir apparu dès le commencement et disparaître par la suite, ou bien encore n'apparaître qu'à la fin.

Il y a là, nous n'hésitons pas à le reconnaître, une question délicate, et en pratique, c'est certainement le point le plus difficile de la matière. Nous l'examinerons du reste, d'une façon plus approfondie, quand nous nous occuperons de la tentative en matière de commission par omission.

Mais c'est là une circonstance de fait qui ne touche en rien au côté doctrinal du résultat.

\*  
\*\*

Nous avons jusqu'ici trouvé une identité parfaite dans la structure des délits de commission simple et de commission par omission. La différence, si différence il y a, va apparaître à propos du troisième élément.

Dans la commission simple, avons-nous dit, l'acte commis doit être celui que l'agent n'avait pas le droit de commettre. Faudra-t-il à propos de la commission par omission admettre la proposition symétrique inverse et l'acte omis devra-t-il être celui que l'agent avait le *devoir* d'accomplir ?

Si nous répondons par l'affirmative, nous adoptons la théorie de Feuerbach.

Notre point d'arrivée serait donc le même que celui de la science allemande.

Dussions-nous nous exposer au reproche d'avoir fait œuvre inutile, il nous paraît impossible de nous refuser à admettre que si une omission est punie, c'est que l'acte contraire était commandé.

Nous avons dit que la causalité de l'acte, même jointe à l'intention criminelle, ne pouvait rendre cet acte délictueux, s'il n'était en soi défendu par la loi. Nous pouvons donc admettre que même causale, même intentionnellement criminelle, la commission par omission ne sera pas punissable si elle ne constitue pas la violation d'un *devoir*.

Nous tenons provisoirement ce postulat pour admis, en tant que résultant de notre construction de la punissabilité, nous engageant, au surplus, à en faire plus loin une preuve complète.

Mais ceci ne résout pas la question : il nous reste à rechercher quelle va être l'étendue du devoir d'agir. Problème délicat, car si la loi positive dégage avec assez de précision les obligations négatives de l'homme envers ses semblables, il n'en est pas de même en ce qui concerne ses obligations actives. Pour en donner une solution satisfaisante, nous devons remonter, ainsi que nous l'avons annoncé, aux principes du droit public ; ce sera là la partie principale de notre travail.

Mais nous pourrions d'ores et déjà obtenir quelques indications confirmatives, en développant le parallélisme que nous avons commencé à établir entre la commission simple et la commission par omission.

C'est ainsi que nous avons admis que la commission criminelle simple serait constituée par une volonté consciente du résultat, jointe à un acte qui, involontairement commis, serait en lui-même contraire au droit et qui, par exemple, en cas de meurtre, constituerait l'homicide par imprudence.

Nous devons donc provisoirement conclure que l'omission intentionnellement commissive ne tombera sous le coup de la loi, que lorsque l'omission non intentionnelle serait elle-même antijuridique ; ce qui revient à dire que l'acte omis aura dû être imposé à l'omettant par une des

causes qui constituent les sources ordinaires des obligations légalement sanctionnées.

En somme, la loi doit protéger l'individu contre tout ce qui est contraire à la marche ordinaire des choses, c'est-à-dire, d'une part, contre les agressions auxquelles il ne devait pas s'attendre, d'autre part, contre les omissions d'actes sur lesquels il était en droit de compter.

En nous restreignant à cette dernière catégorie, nous dirons que pour que la commission par omission puisse être punissable, il faut que l'acte omis soit précisément celui que la société ou la victime pouvaient légitimement espérer de l'omettant.

Cette confiance dans l'action omise pourra être fondée sur la loi ou sur la convention, soit expresse, soit tacite.

La formule se développera donc en trois termes et embrassera :

1° Les actes commandés par la *loi* ou les règlements de l'autorité publique.

2° Les actes devant résulter de l'exécution d'un *contrat* de droit privé ou public.

3° Les actes devant résulter de l'exécution d'un *quasi-contrat* de droit privé ou public.

La première série comprend les omissions contraventionnelles punissables en elles-mêmes.

La seconde visera les omissions commises dans l'exercice de leurs fonctions par les préposés à un service public ou privé, et qui, en l'absence de toute intention criminelle, eussent pu donner lieu soit à des peines discipli-

naires, soit à une action civile, soit, en cas d'imprudence, à l'application de l'article 319 du Code pénal.

La troisième enfin va s'appliquer à l'omission des actes auxquels ne nous astreignent ni la loi ni aucun engagement formulé, mais auxquels nous nous sommes tacitement obligés. C'est ainsi, par exemple, que celui qui sort avec un ami aveugle, s'engage par ce fait même à le guider au milieu des dangers de la rue. S'il l'abandonne par simple négligence et si cet abandon entraîne sa mort, il aura commis un homicide par imprudence, et il sera coupable de meurtre, s'il l'a fait intentionnellement (1).

∴

Nous avons été conduit aux diverses propositions qui précèdent en décomposant les éléments qui constituent les délits de commission par omission et en les comparant entre eux. Mais nous n'hésitons pas à avouer que jusqu'ici nous n'avons fourni aucune explication théorique ni aucune preuve. C'est ce que nous allons nous efforcer de faire dans la seconde partie de ce travail.

(1) Ce nous est un agréable devoir de rendre ici un respectueux hommage à M. le professeur Mentha qui, dans un remarquable discours prononcé le 18 octobre 1897 à l'académie de Neuchâtel (*Mentha, Les délits de commission par omission, Neuchâtel, 1898*), et dans un appendice ajouté à l'impression de ce discours, a brièvement esquissé une théorie voisine de la nôtre. Nous le remercions également bien vivement de la bienveillance qu'il nous a témoignée et des encouragements qu'il a bien voulu nous donner.

## CHAPITRE V

### POSITION DU PROBLÈME DE LA COMMISSION PAR OMISSION EN DROIT PUBLIC.

En procédant par analogie et d'une façon pour ainsi dire empirique, nous avons déterminé dans les chapitres qui précèdent une formule de punissabilité de la commission par omission. Nous allons en faire la critique et rechercher si elle est conforme aux principes du droit public.

\*  
\*\*

Nous procéderons cette fois par déduction. Faisons donc table rase de tout ce que nous avons dit, oublions ce que nous avons appris, et, nous basant simplement sur des principes rationnels de droit public, cherchons à bâtir une théorie dont la conclusion devra être celle que nous avons posée à la fin du précédent chapitre.

Pour rechercher si l'omission doit être punie et dans quels cas elle doit l'être, la logique veut que l'on examine au préalable quel est le fondement théorique du droit de punir. Lorsqu'en effet nous aurons vu en vertu de quels principes la loi châtie, nous verrons s'il est possible d'étendre ces mêmes principes à l'omission et dans quelle mesure on peut le faire.

Le droit de punir, a-t-on dit quelquefois, n'est qu'une des formes du droit de légitime défense : l'homme, être vivant, a le droit et le devoir de conserver sa vie.

Cette conception tend à restreindre dans une large mesure la portée des lois pénales. La peine ne serait plus légitime qu'autant qu'elle pourrait efficacement mettre la société à l'abri d'une nouvelle entreprise de la part du coupable.

On donne, il est vrai, un sens plus large à ce principe : La société se défend, dit-on, non pas par le châtement, mais indirectement par la crainte que la punition inspire, ou mieux encore par l'effet salutaire de la correction.

Même sous cette forme, l'explication ne nous satisfait guère. Car enfin, si le droit de légitime défense, sous sa forme la plus simple, paraît bien appartenir à l'individu, on ne voit pas très nettement en vertu de quel enchaînement ce droit va passer de l'individu au corps social, et comment ce dernier, confisquant, au moins en partie, la liberté naturelle de l'homme, pourra s'arroger, une fois pour toutes, le droit d'établir, d'une façon souveraine, la distinction entre ce qui est défendu et ce qui est permis.

D'autre part, pour pouvoir parler logiquement des droits de la société, il faut, au préalable, expliquer la nature et l'origine de l'être vague et imprécis que l'on dénomme ainsi.

Nous n'insistons pas, mais nous ne pensons pas qu'il soit possible de baser uniquement sur le droit de légitime défense une théorie de répression pénale.

En somme, rechercher le fondement du droit de punir, c'est analyser la formation du lien social et la nature du pouvoir. Nous ne songeons certes pas à étudier, même incidemment, une aussi formidable question : nous nous bornerons à énoncer quelques-unes des solutions que l'on peut en présenter et les conséquences que l'on peut en tirer au point de vue de la commission par omission.

\*  
\* \*

Tous les systèmes proposés peuvent se répartir en deux groupes, suivant leur conception du rôle de l'homme dans la société.

Pour les uns, le monde est la résultante d'une loi immuable, aveugle et fatale ; l'homme n'est qu'une combinaison d'accidents vitaux, une des formes que revêt la vie universelle. Il n'est qu'un anneau dans la chaîne des êtres.

On voit immédiatement que, dans ce système, les règles qui gouvernent la société et les rapports des hommes entre eux vont se rapprocher des lois physiologiques qui régissent la matière.

Correspondant à cet ordre d'idées, il s'est créé, durant ce siècle, deux sciences nouvelles, fort à la mode en ce moment, et qui d'ailleurs procèdent l'une de l'autre : la biologie et la sociologie.

Pour les autres, au contraire, l'univers est l'œuvre d'une volonté intelligente qui coordonne et dirige vers un but connu d'elle seule, les phénomènes qui régissent la matière inerte ou qui agitent le monde inanimé.

L'homme ne se confond plus avec le reste de la nature. Il s'en distingue par des attributs que lui seul possède et qui en font un être différent et supérieur. Sa vie n'est pas seulement le développement et l'enchaînement d'actes organiques : elle est la poursuite, à travers les contingences vitales, d'un but supra-terrestre.

Comme conséquence, nous allons avoir une conception nouvelle du *devoir*.

Ce devoir pourra se concevoir, soit dans les rapports de l'homme avec son Créateur, soit dans les rapports de l'homme avec ses semblables, et à chacun de ces aspects correspondront des sanctions différentes.

Bien que nous n'hésitions pas à affirmer nos convictions et que nous nous prononcions nettement pour les doctrines spiritualistes, préoccupé, avant toutes choses, de faire œuvre complète et impartiale, nous chercherons la construction de la punissabilité de la commission par omission, à chacun de ces deux points de vue.

Ce travail aura en outre l'avantage de nous permettre de vérifier une fois de plus, par la comparaison des résultats obtenus, la vérité de notre formule.

## CHAPITRE VI

### DOCTRINES MATÉRIALISTES.

#### I. — La commission par omission dans l'hypothèse du contrat ou du quasi-contrat social.

Les doctrines matérialistes relatives à l'origine de la société se présentent sous un double aspect :

« La théorie du contrat social.

« La théorie socio-biologique de l'évolutionnisme.

Nous étudierons la première dans ce chapitre.

••

Elle évoque le nom de J. J. Rousseau, bien qu'elle appartienne à tous les philosophes des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles et notamment à Locke et à Hobbes qui avant lui, avec moins de brillant, mais peut-être plus de solidité, l'ont présentée et défendue.

Les systèmes de ces écrivains diffèrent sur des points importants, mais ils reposent sur des données communes.

Ils sont d'accord pour supposer, antérieurement à l'état social, un état primitif de nature où l'homme n'obéissait qu'à son instinct, et n'était limité dans les manifestations de sa liberté que par sa faiblesse et la force d'autrui. Puis

pour expliquer la substitution à l'état ancien d'un état nouveau, ils admettent tous un contrat. Ils ne diffèrent que quant à ses clauses et à ses effets. C'est donc de celui-ci qu'est né le droit social de punir. Par lui, l'individu aliéna tout ou partie de sa liberté et, en échange d'un engagement réciproque de la part de ses semblables, s'engagea à faire ou à ne pas faire certains actes ; d'un libre consentement il se soumit à la loi, et en cas de violation, au châtiement.

Ce système, ramené à son idée maîtresse, a le mérite de fournir un concept social précis et de donner à la société humaine une base juridique, mais en revanche, si l'on voulait le prendre rigoureusement à la lettre, il apparaîtrait comme invraisemblable et en opposition avec ce que nous savons de l'état de l'homme à l'époque primitive.

Aussi, ne peut-on l'accepter que comme une pure hypothèse de raisonnement.

Une école toute récente, qui a fait ses débuts dans le monde économique sous le patronage d'un des professeurs éminents de la Faculté de Paris, le *solidarisme*, nous fournit une conception voisine de celle-là, mais avec un caractère plus pratique.

Elle consiste à substituer à l'idée de contrat celle de quasi-contrat. « Le quasi-contrat, dit-on, n'est autre chose qu'un contrat tacitement consenti et rétroactivement formulé. » Partout où la nécessité des choses met les hommes en rapport, avant qu'ils aient pu établir des conventions, la

loi cherche à déterminer et constate celles qu'ils eussent vraisemblablement établies, s'ils avaient eu le temps de manifester leurs intentions. Il n'y a là, en somme, qu'une interprétation de volonté, une présomption de consentement. C'est de cette manière que le droit civil règle les situations quasi-contractuelles.

Or, cette situation est exactement celle des individus groupés sous la forme sociale. De fait, les hommes sont en société ; c'est un quasi-contrat qui déterminera les clauses de cette société. « Au lieu d'un quasi-contrat de droit privé nous avons un quasi-contrat de droit public. »

Ceci nous paraît contenir une part de vérité, et nous verrons que les doctrines spiritualistes, auxquelles nous nous rallions, admettent un système voisin de celui que nous venons d'exposer.

Ce sont les clauses de ce quasi-contrat, continue-t-on, qui constituent la loi, et, c'est afin d'assurer sa propre exécution qu'il comporte des peines pour ceux qui le violent. La loi pénale n'en est que le développement, et le droit de punir est basé sur la soumission de chacun de nous au châtement, par le seul fait de notre naissance et de notre entrée dans la société.

\*.

Ces divers points acquis, tirons-en des conséquences au point de vue de l'étude de la commission par omission.

La loi pénale n'étant que la sanction du quasi-contrat social, il est de toute évidence, que l'on peut également

s'engager à faire ou à ne pas faire quelque chose et qu'en principe, elle pourra punir aussi bien les omissions que les commissions.

Mais il est également certain, que nul ne sera tenu que dans les limites de son engagement. Le principe, en effet, c'est l'indépendance de l'homme vis-à-vis de l'homme. Et si chacun peut avoir des devoirs, personne, à l'état de nature, n'a le droit de demander compte à son semblable de leur accomplissement.

Ce droit de contrôle n'existera donc qu'en tant qu'il y aura contrat, et rigoureusement dans les limites de ce contrat ou quasi-contrat.

De là une double conséquence :

Celui-là sera puni, qui aura volontairement lésé autrui par une action qu'il s'était engagé à ne pas faire, c'est-à-dire, défendue par la loi.

Celui-là sera châtié, qui aura volontairement lésé autrui par l'omission d'un acte qu'il s'était engagé à accomplir, c'est-à-dire ordonné par la loi.

Nous ne nous plaçons, bien entendu, qu'à ce second point de vue qui est le nôtre. En ce qui le concerne, le raisonnement ne s'arrête pas là. La loi pénale étant le minimum des obligations nécessaires au fonctionnement de la vie sociale, la société, elle-même, ne saurait affranchir l'individu d'aucune d'entre elles, mais rien n'empêche l'individu de consentir à ce qu'il soit ajouté à ces devoirs ; cette obligation nouvelle et accessoire aura le même fondement juridique que l'obligation originaire et principale imposée par la loi et sera sanctionnée comme elle.

C'est ainsi, pour prendre un exemple classique, que l'aiguilleur qui, volontairement et consciemment, omet de faire le geste qui doit lancer le train sur la voie libre, et par son abstention, dans un but de haine ou d'intérêt, provoque une catastrophe et la mort des voyageurs, commet le crime d'assassinat.

Ce n'est cependant pas la loi qui lui prescrivait l'acte sauveur ; mais le quasi-contrat primitif avait été modifié par rapport à lui, et dans un sens extensif, par un contrat administratif qui, étendant le champ de ses devoirs, étendait aussi le cercle de sa responsabilité pénale.

Mais nous avons encore un pas à faire. Ce n'est pas seulement par le contrat que l'individu pourra augmenter le nombre des devoirs positifs et l'étendue de sa responsabilité, ce sera encore, et en vertu d'un raisonnement identique à celui que nous venons de faire, par les quasi-contrats. Ceux-ci, résultant des incidents de la vie journalière, pourront se multiplier à l'infini. Toutes les fois qu'expressément ou tacitement l'homme aura pris en charge un devoir nouveau, il aura, en ce qui le concerne, élargi le champ des commissions par omission punissables. Un nageur va à l'eau avec un enfant qui s'exerce à nager : il s'engage par ce fait à veiller sur lui, et si, avec la volonté de causer sa mort, il omet de lui porter secours, il sera coupable de meurtre.

En somme, en entrant dans la société, l'homme accepte d'y jouer un rôle. Ce rôle peut être simple, c'est celui fixé par le quasi-contrat social originaire. Il peut être rendu

complexe par l'adjonction volontairement consentie de nouvelles obligations.

Nous aurons ainsi des devoirs primaires et généraux imposés à tous par la loi pénale, et des devoirs secondaires et individuels s'imposant seulement à certaines personnes, en vertu de contrats ou de quasi-contrats particuliers.

Les uns et les autres peuvent consister tantôt à faire, tantôt à ne pas faire, mais, positifs ou négatifs, ils ont le même fondement juridique. Leur violation a également pour effet de fausser l'organisme social. Lors donc qu'elle aura entraîné des conséquences criminelles, l'agent ou l'omettant auront encouru la même responsabilité pénale.

Ces devoirs, quant à leur origine, correspondent à une triple division : la *loi*, le *contrat*, le *quasi-contrat*.

Nous revenons ainsi précisément à la formule que nous avons établie dans un des précédents chapitres, comme résultant de l'analyse de la commission par omission rapprochée de la commission simple.

∴

Ce système nous paraît présenter une part de vérité, soit dans la logique de son développement, soit dans ses conclusions pratiques, mais il est impossible d'accepter sa conception du devoir et d'admettre que l'homme n'a d'obligations actives ou passives, que celles résultant d'un consentement exprès ou tacite, originaire ou postérieur, général ou particulier.

Nous en présenterons, au surplus, la réfutation en exposant plus loin une autre doctrine qui donne au devoir son véritable caractère, en lui attribuant une origine supra-humaine.

## CHAPITRE VII

### DOCTRINES MATÉRIALISTES.

#### II. — La commission par omission et les doctrines basées sur la biologie.

Vers le milieu de ce siècle, une doctrine nouvelle, dont l'initiateur est Auguste Comte, proposa de résoudre les problèmes qui hérissent l'étude du droit public, en assimilant les doctrines sociales aux sciences physiologiques.

Ce mouvement donna naissance à deux sciences nouvelles dont nous avons déjà parlé, la biologie et la sociologie.

Ces deux sciences reposent sur une assimilation à établir entre l'organisme humain et le corps social. La conception semblait devoir conduire et a conduit, en effet, au socialisme. Cependant il s'en est détaché une branche qui a abouti à l'individualisme féroce d'Herbert Spencer dont nous dirons un mot à la fin de ce chapitre.

Les sociologues considèrent la théorie de Comte comme le pendant, ou pour mieux dire, le complément de l'hypothèse de Laplace.

Le monde est constitué par une gigantesque échelle, le long de laquelle s'échelonnent des combinaisons toujours semblables. Depuis les organismes qui échappent au

microscope par leur petitesse, jusqu'à ceux qui débordent notre imagination par leur immensité, tout être est composé de cellules, qui sont elles-mêmes des êtres, et est lui-même cellule dans une combinaison supérieure.

L'homme n'échappe pas à cette loi : c'est une cellule du corps social. A ce titre, il a une double existence : individuelle, en tant qu'il est unité, collective, en tant qu'il fait partie de la société. Il a des droits et des devoirs, comme être distinct, il en a d'autres correspondant à sa vie sociale. Entre ces deux catégories d'obligations, il existe d'ailleurs une étroite solidarité.

Cette conception semblerait devoir nous conduire bien loin dans la voie du socialisme et étendre démesurément le domaine des délits de commission par omission. Mais le système se combine avec une loi d'évolution en vertu de laquelle les cellules tendent à se rapprocher en un groupement de plus en plus compact.

Cette évolution, considérée au point de vue de la société humaine, comprendrait trois phases :

Apparition de la monade humaine ; vie indépendante avec une simple tendance au rapprochement. Ceci correspond à l'état de nature des théoriciens du contrat social. — Constitution de la société, établie dans l'intérêt de l'individu. Le caractère individualiste et égoïste l'emporte sur le caractère collectif. — Enfin, l'état idéal : la cellule s'absorbe de plus en plus dans l'unité sociale ; l'égoïsme disparaît. La préoccupation dominante de l'individu devient l'intérêt de la chose publique et par suite de ses semblables.

\*  
\*  
\*

Cette première théorie ne pourra donc pas nous fournir une conception absolue des devoirs de l'homme envers l'homme. Ceux-ci varieront suivant la phase de l'évolution que l'on considère. Or, les partisans du système admettent assez généralement que nous sommes parvenus aujourd'hui à la fin de la seconde phase et quelques-uns affirment que l'on voit déjà se dessiner le mouvement qui nous fera passer dans la troisième. Donc, surtout si l'on se reporte à la période historique qui a vu naître les codes français et, d'une façon générale, les principes de notre droit pénal moderne, il est hors de doute que c'est la seconde phase, celle que nous avons appelée la période d'égoïsme, que nous devons considérer ; c'est une théorie individualiste que nous devons trouver à la base de l'œuvre du législateur de 1810. L'homme ne sera obligé que dans la mesure de son intérêt.

Insister nous mènerait trop avant dans ces systèmes que nous n'indiquons que pour mémoire. Bornons-nous à constater que, quant aux conclusions qu'on peut en tirer relativement à la commission par omission, ils concordent avec les précédentes théories et avec la formule que nous avons donnée.

\*  
\*  
\*

De l'union de la biologie et des doctrines sociales est née, nous venons de le voir, une forme nouvelle et très

accentuée du socialisme. L'union de la biologie et des théories individualistes a également exacerbé la cruauté de celles-ci.

Ici aussi, on entend résoudre les questions relatives à l'organisation de la société par l'application d'une loi générale vitale. Cette loi, c'est celle de l'amélioration des espèces par la sélection des êtres. La lutte pour la vie en est la base. Il est nécessaire qu'elle soit sans merci et que les faibles disparaissent. Grâce à cette élimination, l'espèce qui ne comptera plus que des êtres forts et éprouvés par le combat, progressera. L'assistance, dès lors, n'apparaît pas comme un devoir, mais elle est une violation véritable des lois naturelles.

L'homme n'a vis-à-vis de l'homme aucunes autres obligations que celles qui pourraient lui être dictées par son propre intérêt. *Do ut des*, telle va être la formule de la morale, qui ne se distinguera pas, du reste, de la loi pénale. Il n'y a pas de devoirs dans le sens large du mot ; il n'en existe qu'autant qu'il y a ordre du législateur, ou obligation découlant d'une cause consensuelle : contrat ou quasi-contrat.

∴

Bien qu'il nous soit impossible de reconnaître quelque exactitude à ces théories, nous ne contesterons pas qu'elles sont intéressantes, car elles constituent l'introduction d'un élément nouveau dans le droit public.

L'aperçu sommaire que nous venons d'en donner ne correspond pas à l'importance qu'elles ont acquise dans

la science sociale contemporaine. Mais nous ne nous sommes proposé que de les effleurer, en vue de compléter la démonstration de l'exactitude de notre formule relative à la punissabilité de la commission par omission, à laquelle nous aboutissons pour la troisième fois.

## CHAPITRE VIII

### LES DOCTRINES SPIRITUALISTES. — LA COMMISSION PAR OMISSION ET LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ HUMAINE.

Nous n'avons pas à discuter ici le fond même des doctrines que nous venons de résumer, mais nous devons d'un mot indiquer les raisons pour lesquelles ces deux théories nous paraissent inadmissibles.

N'est-ce pas donner à la société une base bien fragile, que la faire reposer sur le seul consentement humain ? N'est-ce pas reconnaître qu'il dépendait de l'homme de vouloir et d'admettre comme possible un état naturel basé sur l'indépendance absolue de l'individu ? Or ceci n'est-il pas contraire à la réalité ? L'homme, aux yeux de tout observateur, présente un ensemble d'instincts, de qualités à la fois intellectuelles et physiques, qui nécessairement devaient le conduire au groupement, et qui justifient ce nom d'*animal sociable* que lui donne le plus grand philosophe de l'antiquité.

Les conséquences de ce système par rapport à la loi pénale nous paraissent plus critiquables encore. Il tend en effet à faire découler la force obligatoire de cette loi d'une adhésion préalable de l'individu, ce qui serait porter atteinte à l'autorité de la justice répressive.

Nous repoussons également de toutes nos forces les doctrines socio-biologiques qui veulent considérer le devoir comme une des formes des lois physiologiques. Ces théories ont une apparence scientifique qui peut séduire certains esprits au premier abord. Mais, si on les serre de près, on voit que cette savante construction repose sur le néant. Son point de départ est une assimilation entre les phénomènes sociaux et les phénomènes de l'ordre physique, qui non seulement n'est point établie, mais contre laquelle protestent l'instinct, la raison et la science elle-même.

La comparaison entre le rôle de l'individu dans la société et celui de la cellule dans l'organisme, et les conséquences que l'on veut en tirer au point de vue de la double série des devoirs et des droits de l'homme sont ingénieuses, mais elles sont fausses.

Nous ne pouvons pas concevoir la cellule vivant en dehors de l'organisme, tandis que l'homme a une vie propre qui persisterait, même si on le séparait de la société. Tous les raisonnements qui ont été basés sur cette prétendue identité de rapports, la construction des devoirs subjectifs et objectifs de l'homme, et l'application que l'on peut en faire à la théorie de la commission par omission, tout croule donc.

Nous n'insisterons pas sur ces critiques, et nous nous bornerons à les confirmer en développant notre théorie personnelle relative à la formation de la société, à la nature du devoir social et par voie de conséquence à la commission par omission.

∴

L'être humain, considéré individuellement, nous apparaît, aussi bien au point de vue physique, qu'au point de vue moral, comme destiné à vivre en société. Les nécessités de la vie, l'instinct naturel, la voix de la conscience, la raison le proclament et la révélation religieuse le confirme. C'est donc en vertu d'un ordre de la Providence créatrice que virtuellement la société apparaît en même temps que l'homme lui-même. Cette théorie, qui est d'ailleurs celle de tous les écrivains spiritualistes, a été présentée, sous une forme nouvelle, par M. de Vareilles-Sommières, auquel nous emprunterons plusieurs de ses formules, d'où se dégage avec une saisissante netteté la formation du lien social (1).

« L'état primitif de l'homme, dit-il, peut s'appeler la société universelle ou la société humaine, car il n'est pas un homme qui soit dégagé de ses liens ou exclu de ses profits.... Mais pour faire produire à la société humaine tous ses fruits, il faut que les familles se groupent ou restent groupées en bon nombre dans une même région. Ce contact est impérieusement réclamé par la nature de l'homme. » Au sein de la société universelle, par les circonstances ou par la volonté de chacun, vont donc se former différents groupes plus étroits, « corollaire et développement de la société universelle ». C'est la société civile qui apparaît.

(1) De Vareilles-Sommières, *Principes fondamentaux du droit*, Pichon, 1889, p. 57 et s.

Par application de cette loi primordiale, « les hommes que les circonstances ont groupés, se trouvent tout de suite, indépendamment de toute délibération et de tout assentiment, au point où, quand il s'agit d'une société volontaire, les contractants se trouvent après la convention. Le but est fixé, les apports sont déterminés ou déterminables, les engagements sont inéluctables, la société est formée, il ne manque plus que l'exécution et la mise en train. »

C'est une « société nécessaire ».

Cette conception présente, en fait, quelque analogie avec celle du quasi-contrat. Dans l'un et l'autre cas, nous sommes en présence d'obligations résultant du fait même de la réunion de plusieurs individus en société, mais ici ces obligations ont leur fondement juridique dans une présomption de consentement, là elles découlent de la nature même de l'homme, de la fin qu'il poursuit conformément aux desseins de la volonté créatrice.

L'origine des règles à interpréter sera donc différente ; la nécessité d'une interprétation sera la même.

Cette interprétation sera l'œuvre du législateur. Ayant pour mission de traduire la volonté de la puissance créatrice, telle qu'elle se manifeste dans son œuvre, il étudiera l'homme et le but assigné à sa vie.

..

De cet examen se dégage aussitôt la constatation suivante : ce qui caractérise l'homme, ce qui le distingue

du reste de la nature, c'est sa liberté. Tandis que le corps inerte obéit aveuglément à la force qui l'entraîne, que l'animal va où son instinct le pousse, seul l'homme *veut* ; entre les diverses voies qui le sollicitent il peut choisir.

Quel est le caractère de cette liberté ? Est-elle absolue ? L'homme peut-il à sa guise disposer de ses actes et de sa vie ? non certes. Il est aussi des lois qui s'appliquent à la volonté humaine, laquelle matériellement peut bien s'insurger contre elles, mais sans avoir jamais le droit de s'y soustraire. L'homme reste toujours libre en fait, mais en droit sa conduite est tracée avec autant de certitude que la marche des astres à travers l'espace et, pour n'être point jalonnée, la route qu'il doit suivre n'en existe pas moins. Par une insigne faveur, la volonté qui préside à l'harmonie de l'univers et qui a plié à une soumission aveugle les forces de la nature, a voulu que l'obéissance de l'homme fût due à une adhésion libre de sa volonté.

Donc le caractère essentiel de l'homme, sa marque de noblesse, pourrions-nous dire, est constituée par cette faculté de vouloir et de faire le bien ou le mal à son gré.

Cette prérogative d'un ordre supérieur, le législateur devra se garder d'y porter atteinte. Dans la société l'homme restera donc libre de faire le bien, sans y être contraint ; il ne sera responsable de sa conduite qu'envers celui qui seul a le droit de lui en demander compte. La loi s'attachera non pas à porter atteinte à la liberté, mais à la conserver.



Mais pour protéger la liberté de l'un, il faut, dans une certaine mesure limiter la liberté des autres. Nous revenons ainsi à la formule vieille, mais toujours vraie : « La liberté de chacun s'étend jusqu'au point précis où celle d'autrui commence ».

Ajoutons d'ailleurs que cette formule devra être interprétée dans un sens large, et que notre principe ne se rattache en rien à la conception de l'Etat-Gendarme.

La liberté, telle que nous la concevons, n'est pas celle des purs individualistes qui, à part un minimum de restrictions, laissent le champ libre aux combattants acharnés de « la lutte pour la vie » et permettent au fort d'écraser le faible. La liberté pour nous, c'est, avons-nous dit, la faculté réservée à l'homme de faire son devoir, sans y être contraint par la force et sous la seule impulsion de sa conscience et de sa raison ; c'est, dès lors, le droit d'épanouir librement ses initiatives vitales sans être troublé par autrui, et, comme corollaire, c'est l'obligation de respecter ce droit dans ses semblables.

Pour sanctionner cette obligation et ce droit, la loi devra s'efforcer de maintenir l'équilibre entre les forces sociales et les activités humaines, elle interviendra pour empêcher le fort d'abuser de sa force et le faible de succomber sous sa faiblesse. En assurant à l'homme sa liberté, elle assurera sa sécurité sous toutes ses formes.

Ses interventions dans les rapports humains seront donc

fréquentes, mais les obligations multiples qu'elle pourra imposer ne pourront avoir pour but que de protéger la liberté de l'individu contre les empiétements de ses semblables, et jamais de la violenter, fût-ce dans une pensée de morale sociale.

Cette proposition va déterminer la nature des seules obligations que puisse imposer la loi humaine.

Nous aurons une double série de devoirs : devoirs supérieurs, comprenant tous ceux que la conscience commande à l'homme et dont l'accomplissement constitue la vertu — ceux-là, et c'est ce qui fait leur mérite, leur grandeur, ne seront point sanctionnés par la loi, — devoirs inférieurs, sanctionnés par la loi, et qui consistent essentiellement dans le respect de la liberté d'autrui.

Telle est la délimitation qu'il faut faire entre les domaines respectifs de la justice humaine et de la justice divine, de la morale et de la loi pénale. L'universel consentement ratifie d'ailleurs la justesse de cette distinction. Ce ne sont point seulement les préceptes religieux qui nous enseignent que sont surtout méritoires les actes que la loi n'impose pas. C'est l'instinct de la conscience. C'est l'opinion de la foule. Citons-en un exemple pris dans un domaine bien éloigné de la religion ou de la morale. Pourquoi les hommes qui se piquent d'honneur, iront-ils payer une dette de jeu, de préférence à une dette garantie par tout l'arsenal des lois de procédure, si ce n'est parce que dans un cas le paiement est libre, et que dans l'autre il est contraint ? Préjugé, dira-t-on. Bien souvent les préjugés

ne sont que la voix de la conscience se faisant jour à travers les arguties de l'égoïsme et de l'intérêt.

Nous tenons donc le principe pour certain, et nous allons en faire application à la théorie de la Commission par omission.

∴

La loi, avons-nous dit, et spécialement la loi pénale, a pour but de maintenir l'équilibre entre les libertés des individus. D'une façon générale, elle doit empêcher l'homme d'empiéter sur la liberté d'un homme. Or ces empiètements ne peuvent résulter que d'actes positifs.

En revanche elle ne pourra contraindre personne à venir en aide à son semblable, quelque facile que cela soit, quelque monstrueuses que puissent être les conséquences de l'abstention.

Aux yeux de la loi, mais seulement de la loi humaine, remarquons-le bien, chaque individu apparaît enfermé dans son « moi » ainsi qu'en une forteresse inviolable, d'où il ne doit sortir pour molester personne et où nul ne peut aller le troubler. Si le cri d'appel d'un de ses semblables arrive jusqu'à lui, aucun ordre humain ne lui commande d'intervenir. Il pourra souhaiter le malheur d'autrui, s'en réjouir, en profiter.

A première vue, il ne semble pas que cette conception diffère de la théorie féroce d'Herbert Spencer et des individualistes, et cependant elles sont en réalité toutes deux opposées.

Pour nous, l'homme se présente sous un double aspect, et celui que nous venons de voir est son aspect légal, celui de ses obligations par rapport à la loi pénale. Mais à côté et au-dessus de ces obligations, se placent, nous l'avons vu, ses obligations morales, et le domaine de celles-ci sera d'autant plus étendu qu'aux yeux de la loi humaine elles resteront facultatives. A ce second point de vue, l'homme a des devoirs d'assistance envers ses semblables et sera tenu de leur sacrifier son égoïsme et son repos.

Ceci bien précisé, nous pourrions, sans qu'il en coûte à l'instinct de justice qui parle au fond de notre conscience, pousser jusqu'au bout les conséquences à tirer du caractère de la loi pénale et en dégager la formule de punissabilité de la commission par omission.

Ce serait porter atteinte à la liberté de l'homme, que de l'obliger à une action sous prétexte que l'omission contraire peut léser autrui, et la proposition restera vraie même dans le cas où l'omettant aurait prévu et voulu le résultat de son attitude.

Le principe sera donc que l'homme ne sera jamais pénalement tenu à une action et que la commission par omission ne sera pas punissable.

Cette règle comporte, disons-le bien vite, des séries de dérogations, mais qui ne sont que la conséquence et le développement de nos principes.

La liberté, et par suite la sûreté et la commodité de chacun, sont garanties par l'organisme social. Grâce à lui le cours ordinaire des choses se poursuit d'une façon régu-

lière. Tout trouble apporté à son fonctionnement est une entrave à la liberté des membres du corps social. Or ce trouble pourra résulter soit de la commission d'un acte défendu, soit de l'omission d'un acte sur lequel on avait le droit de compter.

Cette confiance en l'accomplissement de l'acte pourra être basée sur une disposition légale. L'omission de l'acte commandé aura le même caractère que l'acte défendu. Elle sera punissable en soi, en tant que violation simple de la loi, mais si elle a entraîné des conséquences criminelles voulues, il y aura crime, exactement comme si le résultat eût été atteint par une action. Nous avons ainsi une première série de commissions par omission punissables.

Mais l'ordre social n'est pas réglé seulement par les prescriptions de la loi pénale applicables à tous, il peut l'être aussi, à l'égard de plusieurs individus ou d'un seul, par des contrats administratifs ou de droit privé, par des contrats tacites ou même des quasi-contrats. Nous avons déjà indiqué les hypothèses correspondant à cette proposition.

Nous sommes donc ramené encore à la formule que nous avons trouvée au bout de tous nos raisonnements et en vertu de laquelle la commission par omission sera punissable, toutes les fois que l'acte omis était imposé par la loi, le contrat, le quasi-contrat.

\*  
..

Notre doctrine nous a donc conduit à des conclusions semblables à celles formulées par les systèmes opposés. Mais elle s'en distingue en ceci, qu'elle concilie la logique implacable qui nous dit que ce n'est point le rôle de la loi pénale de contraindre l'individu à l'accomplissement de purs devoirs de bienveillance, avec la voix de la conscience qui proclame que nous devons nous dévouer à nos semblables. La générosité, le dévouement, la vertu ne sont pas des obligations légales, parce qu'il est conforme au dessein de la volonté qui a créé le monde, de leur donner une source plus haute que la crainte de la loi. Le législateur n'a pas à imposer les devoirs d'assistance, afin que ceux-ci restent la manifestation de cet instinct sacré vivant au cœur de l'homme : la Charité !

## CHAPITRE IX

### LA COMMISSION PAR OMISSION ET LES PRINCIPES DU DROIT FRANÇAIS.

Nous avons, en examinant en droit public l'origine de la société, vu que, quel que soit le concept social adopté, nous arrivons à la même formule de punissabilité des délits de commission par omission.

Cette constatation constitue en faveur de celle-ci une forte présomption d'exactitude. Mais pour corroborer par l'induction les résultats obtenus par la déduction, nous allons comparer cette formule avec les principes généraux qui régissent notre droit positif.

La commission par omission, avons-nous dit, sera punissable toutes les fois que la victime avait le droit de compter sur l'acte omis.

Le droit de libre initiative réservé à l'homme a ses avantages, mais aussi ses dangers. Il l'exerce à ses risques et périls ; mais pour que cette proposition soit vraie, pour qu'il puisse en toute liberté régler sa conduite au mieux de ses intérêts, il faut qu'il soit fixé sur sa situation. Quand il agit, il a à compter avec les forces naturelles tantôt laissées à leur libre cours, que son expérience lui fait connaître, tantôt modifiées par l'action et la volonté de ses

semblables. Il faut que sur ce dernier point il soit également renseigné.

Or il sait qu'il ne doit point par des actions positives troubler les autres hommes et que, dans la même limite, ceux-ci ne peuvent point le léser. Il sait que, d'une façon générale, il n'est tenu à aucun acte d'intervention en faveur des autres, et que dès lors il n'a rien à attendre d'eux. Mais il sait également que, dans certains cas spéciaux, certaines personnes sont tenues à son égard d'actions, résultant tantôt de dispositions générales de la loi, tantôt de contrats, tantôt de quasi-contrats.

Tout ceci constitue à son égard le cours ordinaire des choses. Et quand, usant de sa liberté, il décidera de sa conduite, il devra en tenir compte. Tant que ce cours ordinaire ne sera pas troublé vis-à-vis de lui, c'est-à-dire, tant que les actes, qu'il sait ne pas devoir se produire, ne se produiront pas, tant que les services auxquels il aura le droit de s'attendre lui seront fournis, il ne doit pas se plaindre, quelque mal qu'il souffre. Il n'a pas à faire appel à la protection ou à la vengeance de la loi. Le préjudice subi est la conséquence, et si je puis ainsi dire, la rançon de sa liberté.

Mais si au contraire une action ou abstention a faussé à son égard le mécanisme social, sa liberté de décision n'a plus été entière, puisqu'il a raisonné en vue d'une situation qui a été modifiée en de hors de lui. Dès lors, il ne doit plus conserver à sa charge exclusive le préjudice souffert. La loi doit intervenir en sa faveur, il doit être vengé.

Dans la première série d'hypothèses on rangera le cas du nageur inexpérimenté qui se met à l'eau, sans s'assurer qu'il y a, à portée, quelqu'un qui, en cas d'accident, soit obligé de lui prêter secours ; le cas de celui qui possède des matières inflammables et qui ne prend pas de précaution, comptant sur la bonne volonté spontanée des passants, etc.

Si la mort survient, si l'incendie dévore la maison, les victimes n'auront à s'en prendre qu'à elles-mêmes de leur imprudence.

Il en sera tout autrement, si le nageur avait à proximité quelqu'un qui, par ses fonctions, ou par une promesse expresse ou tacite, fût obligé à lui venir en aide et si, avec une intention criminelle, celui-ci s'abstient de le secourir.

Le cours ordinaire des choses, ce que Von Bar appelait *la Règle de vie*, est troublé à l'égard du nageur ; la loi doit intervenir préventivement pour le protéger et après coup pour punir le coupable.

C'est qu'ici la victime n'a rien à se reprocher, puisqu'elle a fait preuve de prudence.

Prudence, imprudence de la part des victimes : tel est en effet le critérium de punissabilité dans ce nouvel aspect de notre système.

Mais cette proposition que nous venons de déduire de notre théorie se rencontre avec un principe que l'on peut induire de tous les textes de nos lois positives.

Nos codes se sont en effet inspirés en le modifiant, du vieux proverbe : « Aide-toi, la loi t'aidera », telle est leur formule.

Pour en avoir la preuve, il n'est pas besoin de se livrer à une longue compilation, il suffit de feuilleter au hasard nos codes.

En matière pénale, la théorie des vols simples et qualifiés est entièrement basée sur cette préoccupation. Celui auquel on soustrait un objet qu'il n'avait pris aucune précaution spéciale pour garder est protégé par la loi. Mais il le sera davantage encore et le coupable sera puni de peine plus forte, s'il a été prudent, s'il a enfermé son trésor sous clef, s'il l'a conservé dans la maison où il habitait lui-même (art. 384, C. p.) et s'il n'a cessé de veiller sur lui, qu'au moment où la nature et la nuit le condamnaient au sommeil (art. 385, C. p.).

De même en matière d'escroquerie, celui qui a commis l'imprudence de croire à une simple affirmation et qui en a subi un préjudice pécuniaire n'est pas protégé, et l'extorsion de la fortune d'autrui par mensonge n'est pas pénalement réprimée. Si la victime s'est laissée, au contraire, déterminer par des manœuvres, elle n'a plus été imprudente et la loi intervient en sa faveur ; le coupable sera puni de peines portées à l'article 405 du Code pénal.

Mais si elle a été plus prudente encore, si elle a exigé, pour croire et pour ouvrir sa caisse, ce qui dans notre droit constitue la preuve par excellence, un écrit, et si on lui a présenté un écrit faux, la protection légale augmente et le coupable sera puni de peines criminelles (150, C. p.), qui suivront une échelle ascendante, si la victime toujours plus défiante a exigé un acte authentique ou s'est adressée à un officier public.

Ces exemples, que l'on pourrait multiplier à l'infini, ne sont pas limités au domaine du droit pénal, on les retrouve presque à chaque texte du Code civil.

Nos lois ne sont pas tendres pour les imprudents, même quand leur imprudence ne préjudicie qu'à eux-mêmes. Il semble que la législation ait vu là comme une sorte de délit civil.

On pourrait en citer comme nouveaux exemples, la théorie des prescriptions, celle des déchéances, celle des preuves, la situation faite à ceux qui ont omis de faire les inventaires, dont la loi leur impose l'obligation, etc.

Tout ceci revient à dire que la loi impose à l'homme un devoir général de prudence, ce qui est parfaitement en harmonie avec le principe dont nous sommes parti : à savoir qu'il n'a rien à attendre que de lui-même, et qu'il ne doit compter sur les autres que dans les cas exclusivement où une disposition spéciale de la loi, d'un contrat ou d'un quasi-contrat leur en impose à titre exceptionnel l'obligation. Il ne pourra donc se plaindre des résultats d'une omission qu'autant que l'acte omis rentrera dans cette catégorie.

\*  
\*  
\*

Poursuivons d'un autre côté ce même travail de comparaison entre les résultats déduits et les résultats induits, et revenons à notre point de départ.

L'homme, hors des cas exceptionnels que nous avons maintes fois précisés, n'a rien à attendre de l'homme. Ceci revient à dire que le devoir social de protéger la

liberté et la sécurité des citoyens, ne sera pas remis à l'initiative des particuliers, mais sera concentré entre les mains de l'Etat.

Cette proposition est-elle en harmonie avec les principes du Code? Avant même que nous examinions les textes, un argument historique nous permet de nous prononcer hardiment pour l'affirmative. Si, en effet, nous nous reportons à la naissance du XIX<sup>e</sup> siècle, au moment où nos Codes ont été rédigés, nous y rencontrons deux principes qui dominent notre droit public et qui, bien qu'en apparence contradictoires, se sont combinés pour donner son orientation à notre droit pénal. L'un est un principe de liberté, l'autre un principe d'autorité. Quand nous parlons de liberté, c'est, bien entendu, de liberté économique qu'il s'agit. Dans le monde économique en effet, les idées d'Adam Smith règnent sans partage. Le Code pénal est à peu près contemporain de l'apparition des œuvres de J.-B. Say. L'intérêt individuel est considéré comme le moteur indispensable de la machine sociale. Le Code sera donc dominé par des préoccupations individualistes.

Mais, d'autre part, pendant que le Conseil d'Etat prépare le Code pénal, la main puissante de l'empereur s'appesantit sur le monde. A ce moment, l'Etat c'est Napoléon, c'est-à-dire c'est tout. Le rôle de l'individu sera donc réduit à bien peu de chose et nous devons nous attendre à voir les lois pénales dominées par un principe d'autorité.

Ainsi, nous pouvons le dire d'avance, le Code consacrera, d'une part, les doctrines individualistes, en ne met-

tant qu'à titre exceptionnel des obligations actives à la charge de l'individu, et de l'autre les principes autoritaires, en donnant à l'Etat le monopole des interventions socialement nécessaires.

∴

Cette conception sera, du reste, confirmée par l'examen des textes et de notre organisation juridique tout entière. Citons-en, comme exemple, cette institution tout particulièrement française du ministère public. Le soin de veiller à l'application des lois n'est point, chez nous, comme en certains pays, remis à l'initiative des particuliers. C'est l'État lui-même qui, par l'intermédiaire d'un de ses organes, veille à ce que la liberté et la sûreté de l'individu ne soient point troublées, et à ce qu'en tous cas les troubles commis soient réprimés par la peine. C'est lui qui intervient dans les conflits entre particuliers, toutes les fois que l'intérêt général semble en jeu. Il est le défenseur des faibles : enfants, femmes ou incapables ; et si nous voulions sortir du domaine juridique, pour jeter un coup d'œil sur notre organisation administrative, nous le verrions continuer partout ce même rôle, et revendiquer avec jalousie, et comme un monopole, son droit à une exclusive intervention.

∴

Aussi, n'est-ce que dans des cas extrêmement rares, que la loi fait appel au concours de l'individu en lui imposant une action déterminée ; encore cette exception au principe

général sera-t-elle toujours justifiée par des considérations particulières.

Les cas les plus importants sont relatifs à la constatation de l'état civil et à la protection de l'existence de l'enfant. L'article 346 du Code pénal impose à certaines personnes, témoins d'un accouchement, l'obligation d'en faire la déclaration à l'officier de l'état civil. L'article 347 du même Code oblige celui qui a trouvé un enfant nouveau-né, à le remettre à l'officier de l'état civil. A vrai dire, il y a plutôt là une défense de garder l'enfant, qu'un ordre de l'apporter.

On pourrait faire la même observation à propos du crime d'abandon d'enfant (art. 349, 350, 351, 352 du Code pénal, modifiés par la loi du 19 avril 1898) dans lequel on peut, en certaines circonstances, être tenté de voir une omission.

Une seconde catégorie se rapporte à des prescriptions relatives à des mesures d'hygiène, de salubrité, de voirie, ordonnées tantôt par la loi (art. 471, 1<sup>o</sup> C.pén.), tantôt par des règlements pris par diverses autorités pour l'exécution de la loi.

Ces diverses exceptions au principe de l'abstention facultative portent en elles-mêmes leur justification. Les premières sont commandées par l'intérêt supérieur de l'enfance et de la société ; les secondes (obligation de balayer son trottoir, de ramoner ses cheminées, etc.) sont imposées à l'individu pour l'empêcher de compromettre

par ses négligences la santé de ses semblables. Nous ne nous y arrêterons donc pas.

Mais il est une troisième catégorie d'actes prescrits par la loi pénale qui, prenant très nettement le caractère d'actes d'assistance, semblent devoir compromettre la construction que nous avons tentée du lien et des devoirs sociaux, tels que les comprend le Code pénal. En réalité, ils la confirment. Il s'agit des actes visés à l'article 475, 12° du Code pénal, c'est-à-dire d'hypothèses où l'individu peut être requis de prêter secours et assistance, soit pour le rétablissement de l'ordre, soit pour l'exécution d'un jugement, soit même pour venir en aide à autrui. Ce sont les cas de calamité publique, brigandage, pillage, flagrant délit, exécution judiciaire. Le péril est imminent ; il est soudain ; il doit être immédiatement conjuré. La force publique étant insuffisante, l'autorité fait appel aux citoyens.

Cette disposition du Code peut s'expliquer empiriquement par l'urgence et l'intérêt du salut public. Mais nous pensons que, même théoriquement, elle peut être justifiée. L'État seul, avons-nous dit, a le droit et le devoir de garantir la liberté et la sécurité des citoyens. Il le fait par divers organes, et pour sanctionner ses décisions, il a constitué une force publique, toujours à sa disposition : c'est la police, pour la sûreté intérieure ; pour la sûreté extérieure, c'est l'armée. Si le péril augmente, il peut accroître indéfiniment ces organes. En cas de guerre, il fera des levées en masse. C'est, sur une échelle bien restreinte, une

mesure de la même nature qui est prise ici. Tout homme, peut-on dire, fait en tant que citoyen éventuellement partie de la force publique. Les réquisitions permises par l'article dont il s'agit ne sont donc pas une restriction à la liberté civile de l'homme, car elles s'adressent non pas à l'individu, mais au citoyen.

C'est par un raisonnement semblable que l'on peut expliquer l'obligation d'assistance en mer. Ici aussi, l'action de l'Etat réduit à ses organes ordinaires serait impuissante, et c'est pourquoi, dans ce cas exceptionnel, les devoirs qui normalement incombent à l'Etat, passent à la charge des citoyens.

Toutes les dispositions dont nous venons de parler, ne font donc en aucune façon échec à notre formule, que l'Etat seul peut et doit fournir à l'individu protection et assistance, mais bien au contraire, elles la confirment.

Nous pouvons donc conclure que les principes qui ont présidé à la construction du Code sont, pour ce qui concerne les devoirs actifs de l'homme, les mêmes que ceux auxquels nous avons abouti dans nos précédentes déductions de droit public.

## CHAPITRE X

### APPLICATION PRATIQUE DE LA FORMULE DE LA PUNISSABILITÉ DE LA COMMISSION PAR OMISSION.

Nous avons obtenu une formule générale, nous l'avons vérifiée ; il va nous rester à la développer en pratique.

Mais d'abord y a-t-il réellement une application pratique à en faire ?

Les exemples de commission par omission que nous avons cités sont nombreux, et ceux que nous aurions pu imaginer encore sont innombrables ; mais ils ont tous quelque chose de faux, en ce qu'ils supposent parfaitement connus l'intention et les changements d'intention de l'omettant. Pour que nous puissions dire que le garde-barrière, qui nous a tant servi, a commis un crime par omission, en n'enlevant pas la pierre qui se trouvait sur la voie, il faut que nous ayons la preuve qu'en omettant cet acte de service, il prévoyait qu'il ferait dérailler le train et que, ce faisant, il entraînerait la mort d'une ou de plusieurs personnes. Bien que l'hypothèse se présente un peu comme une hypothèse de roman, en somme, elle peut virtuellement exister dans la réalité. Mais une preuve absolue, telle qu'un tribunal puisse l'admettre pour y baser une condamnation, paraît difficile à concevoir.

Plus difficile encore, serait cette preuve dans l'hypothèse classique du maître-nageur qui omet de sauver le baigneur qui se débat dans les flots, et dans lequel il a reconnu son ennemi. Les raisons qui motivent son abstention peuvent être complexes : l'apathie, la peur de la mort peuvent se combiner avec la haine. Peut-on admettre qu'un juge humain puisse essayer de se reconnaître dans cet enchevêtrement de mobiles, et tenter de démêler l'intention dominante de l'omettant ?

Or ceci va s'appliquer à toutes les espèces que nous avons imaginées, comme à toutes celles que nous pourrions combiner. La question va donc, nous l'avouons avec un peu de désappointement, se réduire presque entièrement à un exercice de casuistique pénale. Merkel, un des auteurs allemands, qui ont le plus écrit sur la question, avouait du reste qu'il n'existait pas, à sa connaissance, un seul exemple d'omission dans laquelle les tribunaux, constatant l'existence d'une intention criminelle, aient pu reconnaître une véritable commission par omission. Nous ferons tout à l'heure la même constatation pour la jurisprudence française.

Malgré cette observation qu'il était nécessaire de faire, notre étude, à défaut d'utilité pratique bien démontrée, conserve une part d'intérêt didactique suffisante, pour qu'elle vaille la peine d'être continuée.

\* .

Quelques observations préliminaires vont nous per-

mettre de délimiter les crimes ou délits, qui peuvent être commis par omission. Elles nous serviront à distinguer la commission, de la complicité par omission, dont nous aurons à nous occuper plus loin.

Pour qu'il y ait commission par omission il faut que l'omettant ait par son abstention laissé agir les forces naturelles, qui ont provoqué le résultat ; ce n'est qu'à cette condition que l'omission sera causale. Si, au contraire, les forces agissantes étaient des forces humaines, c'est à celles-ci que s'attacherait le lien de causalité, et l'omettant ne pourrait être que complice, sous la réserve de ce que nous verrons au chapitre suivant. Nous n'insisterons pas sur cette distinction qui résulte de celle que nous avons établie dans notre théorie de la cause, entre la causalité physique et la causalité humaine.

Exemple : Je laisse noyer quelqu'un qui comptait sur mon secours et que mon devoir était de sauver : mon abstention est causale et je suis auteur principal ; mais au contraire je laisse commettre un vol dans une maison que je suis chargé de garder : c'est l'acte du voleur qui est causal ; c'est lui qui est auteur. Je ne serai que complice, sauf, encore une fois, le point de savoir si l'on peut être complice par abstention.

Nous n'avons donc à retenir que les résultats produits par le jeu de forces naturelles, et par conséquent seulement les crimes et délits contre les personnes. — Nous y ajouterons, pour être complet, les dégradations aux propriétés privées et aux édifices publics, mais ces der-

nières constituant soit des contraventions régies par des règlements particuliers, soit des quasi-délits qui relèvent du droit civil, nous pouvons donc les laisser de côté.

Si maintenant nous comparons les résultats anti-juridiques susceptibles de constituer des commissions par omission et ce que nous savons du caractère de celles-ci, avec les dispositions de l'article 319 du Code pénal, nous nous apercevrons que les omissions punissables, quand elles sont inspirées par une intention criminelle sont celles qui, si cette intention faisait défaut, formeraient les délits d'homicide ou de blessure par imprudence.

C'est ce que remarque M. le recteur Mentha dans l'intéressante brochure que nous avons déjà signalée.

\*  
\*

Nous avons établi d'autre part qu'il y aurait commission par omission punissable, toutes les fois que l'acte omis serait celui que la victime avait juridiquement le droit d'exiger, c'est-à-dire celui correspondant à une obligation légale.

Ces obligations peuvent être imposées par : la loi et les règlements, le contrat et le quasi-contrat.

Nous allons dire un mot de chacune de ces sources, en nous aidant, pour déterminer les obligations qui en découlent, des dispositions de l'article 319 du Code pénal et, pour les cas douteux, de l'interprétation qui a été donnée de cet article par la jurisprudence.

∴

Au premier rang des obligations légales imposées à l'homme par ce texte, il faut placer un devoir général d'attention. En faisant les actes permis, l'individu doit veiller à ce que leur accomplissement n'ait pas comme conséquence de léser autrui. C'est ainsi que le maçon qui construit un mur doit prendre garde de ne pas blesser les passants en laissant choir ses matériaux.

Si nous nous reportons aux méthodes de classification allemande, ce groupe d'obligations correspond à la première série des *Omissivdelicte* dans Glaser, à la seconde dans Binding.

Nous supposons l'homme mettant en mouvement une force qui, si on ne l'arrête pas, doit produire nécessairement un résultat déterminé ; il a le devoir de surveiller son expansion et de la comprimer si elle devient dangereuse pour quelqu'un. Si par négligence, il ne le fait pas, il commet le délit de l'article 319 du Code pénal. Mais si, en s'abstenant, il a eu en vue de provoquer la mort ou la blessure de quelqu'un, il y a crime par omission. Nous retrouvons ici l'exemple de Glaser, du conducteur d'une voiture qui pousse en avant son attelage et, reconnaissant son ennemi étendu au travers de la route, omet d'arrêter ses chevaux, prévoyant qu'il va ainsi causer sa mort.

La loi pénale prescrit aussi dans certains cas des actes positifs : ainsi l'article 474-1° du Code pénal commande

de réparer les fours, cheminées ou usines où l'on fait usage du feu.

La violation de cette prescription pourra comprendre trois degrés : violation simple qui sera punie d'une peine contraventionnelle, violation entraînant un incendie avec mort ou blessures qui sera punie des peines de l'article 319 du Code pénal, violation faite dans une intention criminelle, et précisément en vue de causer cet incendie, qui constituera le crime d'incendie par omission.

Il faudra faire les mêmes distinctions à l'occasion des obligations d'éclairage et de balayage imposées par l'alinéa 3 du même article. Si quelqu'un laisse volontairement des ordures dans un endroit qu'un règlement l'obligeait à balayer, avec la pensée qu'un vieillard, dont il guette la venue, pourra faire une chute mortelle, il y aurait meurtre par omission, dans le cas où un accident se produirait ; sans cette pensée criminelle, il y aurait simplement homicide par imprudence.

Il en sera de même pour toutes les prescriptions ordonnées par le Code pénal aux articles 471, 475 et spécialement pour celles imposées par le paragraphe 12 de ce dernier article, dont nous avons parlé dans le chapitre IX. Il s'agit des réquisitions de secours faites en cas de calamités. Nous avons dit que contrairement à l'opinion de Faustin-Hélie et de Dalloz, nous pensions que si l'omettant a eu spécialement pour but de provoquer la mort de la victime, qu'il a refusé de secourir, il sera coupable du crime de meurtre par omission.

Parmi les textes impératifs du Code, il en existe un, qui, à l'inverse de ceux dont nous venons de parler, n'a aucun rapport avec l'article 319 du Code pénal.

C'est l'article 346 du Code pénal qui impose sous sanction pénale, à toute personne ayant assisté à un accouchement, l'obligation de faire la déclaration prescrite par l'article 56 du Code civil dans les délais indiqués par l'article 55 du même Code.

Lorsque ce défaut de déclaration aura été fait dans une intention criminelle et dans le but de permettre une suppression d'enfant (art. 345, C. pén.), pourrait-il constituer un crime de commission par omission ?

Une controverse s'est élevée sur ce point entre Carnot et Faustin-Hélie.

Le premier pense « que celui qui, contrairement à ces articles, a omis de déclarer un accouchement auquel il était présent pourrait, lors même qu'il n'aurait pas coopéré activement à l'enlèvement ou à la suppression de cet enfant, être passible des peines portées par l'article 345 du Code pénal, s'il était constaté qu'il eût sérieusement favorisé par son silence l'accomplissement du crime ». Faustin-Hélie (n° 370) combat cette opinion. Il ne pourrait, dit cet auteur, y avoir jamais que complicité ; or, la complicité ne saurait se produire par abstention.

Il nous apparaît que Carnot se trompe, faute de faire une distinction. Si le défaut de déclaration émane de celui-là même qui se propose de commettre le crime, du père par exemple, elle pourra évidemment, par application de notre

théorie, constituer une commission par omission. Mais, dans l'hypothèse même choisie par l'auteur, et en vertu de la distinction que nous avons faite, au début même de ce chapitre, entre l'auteur principal et le complice, nous ne pouvons que nous ranger à l'opinion de M. Faustin-Hélie.

\* \*

L'obligation juridique mise à la charge de l'individu peut encore résulter du contrat. Ce contrat peut être, nous l'avons dit, soit un contrat administratif, soit un contrat de droit privé.

Les contrats administratifs sont ceux en vertu desquels un individu prend en charge un service et s'oblige à accomplir certains actes. C'est à ce propos que *Binding* imaginait un équilibre entre les conditions positives et négatives de l'arrivée du résultat, et que *Von Buri* supposait que l'omettant supprimait la force secourable qui était en lui prête à agir. Dans cette catégorie se range l'exemple, dont nous avons peut-être un peu abusé, du garde-barrière qui omet d'enlever la pierre se trouvant sur la voie. Il est hors de doute, que, dans le cas où cette omission entraîne une mort ou des blessures, il y a homicide par imprudence; une longue série de jugements est intervenue dans ce sens, et leur unanimité rend toute citation inutile. En continuant à appliquer notre proposition, nous dirons que toutes les fois qu'il s'y joindra une prévision consentante du résultat, il y aura commission criminelle.

Nous devons dire la même chose des obligations purement contractuelles du droit privé.

Lorsque leur violation aura entraîné mort ou blessures, il y aura homicide par imprudence. Ceci est également consacré par de nombreux arrêts, dont l'un nous paraît devoir être cité à cause de la précision de ses termes. Il s'agissait d'un voyageur qui, privé de soins, était mort à la suite de l'abandon dont il avait été l'objet, après son admission dans une hôtellerie : En ce cas, dit l'arrêt, le maître du lieu est tenu d'une véritable obligation contractuelle qui le rend passible à la fois de la répression civile de l'article 1382 du Code civil et de la peine édictée par l'article 319 du Code pénal (Lyon, 10 nov. 1858 et Crim. rej., 7 janvier 1859).

De nombreux arrêts ont également prononcé les peines de ce dernier article dans le cas de refus de soins, ou de soins donnés à la légère, par des médecins, des gardes, des nourrices.

Il est donc certain que toutes les fois qu'en vertu d'un contrat, de quelque nature qu'il soit, quelqu'un se sera refusé à accomplir un acte, et que, par suite de l'omission de cet acte, une mort s'en suit, il y a homicide par imprudence.

Aucune controverse ne s'élève sur ce point, et nous n'avons qu'à en tirer les mêmes conclusions que précédemment, relatives à la commission par omission.

\*  
\* \*

Au point de vue de la naissance des obligations, le Code civil assimile le quasi-contrat au contrat. Nous devons donc répéter à l'occasion de celui-ci tout ce que nous venons de dire dans le paragraphe qui précède.

Qu'est-ce que le quasi-contrat ? « C'est, dit le Code civil, le fait, purement volontaire de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers » (art. 1371, Civ.). C'est, si nous voulons nous reporter aux théories allemandes, ce que Glaser entend quand il parle de « l'attitude d'un homme qui peut faire naître chez les autres la conviction qu'il interviendra pour détourner un danger ». L'hypothèse est celle-ci : un nageur expérimenté va au bain avec un ami plus novice ; un homme mûr sort avec un enfant en bas-âge ; un individu valide conduit un infirme. Dans tous ces cas l'attitude du fort permet au faible de compter à bon droit qu'il sera secouru, et met à la charge du premier une obligation. S'il la viole, si cette violation entraîne les conséquences prévues par l'article 319 du Code pénal, celui-ci sera applicable.

Citons à ce sujet un arrêt rendu par la Cour d'Aix, le 29 juin 1871 (D. P. 72.2.190), qui déclare que le fait d'avoir, « par un froid rigoureux, emporté sans précaution un enfant », constitue, si l'enfant meurt, un homicide par imprudence.

Dans ces différents cas s'il y avait eu intention de faire

périr les victimes, il y aurait évidemment commission par omission.

..

Nous avons ainsi terminé le développement pratique de notre formule de la punissabilité de la commission par omission.

Il nous resterait, pour être complet, à indiquer les décisions de jurisprudence qui appuient ou combattent notre système.

Comme Merkel, dans le passage auquel nous faisons allusion au début de ce chapitre, nous devons avouer qu'il n'en existe pas.

Cet aveu n'a point découragé l'auteur allemand et n'a point arrêté ceux qui sont venus après lui.

Notre foi est peut-être moins robuste, car cette constatation nous désappointe quelque peu.

Peut-être pourrait-on souhaiter que la Cour suprême trouvât l'occasion de trancher le principe de la commission par omission, de telle sorte que les juges puissent, dans les cas où l'intention ne saurait être douteuse, si très exceptionnellement il s'en présente, prononcer des peines supérieures à celles de l'article 319 du Code pénal, par l'application de la théorie de la commission par omission.

Rappelons, à ce sujet, certains cas d'enfants martyrisés par des parents, dont l'intention criminelle apparaissait évidente, que notre théorie eût permis, au moins, de qualifier de tentative de meurtre et qui cependant n'ont pu, malgré les protestations de la conscience publique, être punis que de peines correctionnelles.

## CHAPITRE XI

### MODALITÉS DE LA COMMISSION PAR OMISSION.

Nous avons admis que le délit de commission par omission serait punissable toutes les fois que l'on rencontrerait en lui les trois éléments qui constituent la punissabilité de la commission simple : c'est-à-dire causalité, volonté consciente, omission d'un acte commandé.

Mais ces éléments peuvent ne pas coexister ; la disparition de chacun d'eux modifiera l'aspect et la punissabilité de l'acte et constituera « les modalités de la commission par omission ». — Chacune de celles-ci pourrait donner matière à un travail plus considérable que le nôtre, aussi nous bornerons-nous à faire une énonciation rapide de diverses hypothèses. Dans certains cas cependant la différence de construction entre le délit de commission simple et celui de commission par omission sera de nature à modifier, pour ces derniers, la physionomie de la causalité ; nous devons alors insister un peu davantage.

Occupons-nous d'abord de l'absence de causalité. Il s'agit bien entendu ici de la causalité de fait et non de la causalité de droit de l'omission, que nous avons définitivement admise. Nous supposons que l'omission ne pouvait pas produire le résultat criminel. Une garde a, avec

une intention criminelle, omis de donner des soins à un malade, mais ces soins n'auraient pu ni prolonger ni conserver ses jours. Un père a, dans le but d'entraîner sa mort, omis d'enlever des mains de son enfant une matière qu'il croyait vénéneuse et qui était inoffensive.

Ceci correspond à ce qu'on appelle, en matière de commission, le crime impossible. La jurisprudence admet, d'une façon générale, qu'il n'est pas punissable, sous réserve de distinctions entre l'*impossibilité absolue* et l'*impossibilité relative*. Mais une doctrine moderne, représentée par des maîtres éminents, pour lesquels « en droit pénal c'est de plus en plus le point de vue subjectif qui doit l'emporter, et l'agent, dans sa nature morale, qui doit être jugé et apprécié » (1), tend à restreindre de plus en plus le cercle de l'impunité. Nous n'avons pas à prendre parti dans cette controverse, mais quelles qu'en soient les conclusions, elles devront être également appliquées à notre matière de la commission par omission.

\* \*

Mais il peut arriver que l'omission, causale en fait de sa nature, n'ait pas, par suite d'une circonstance indépendante de la volonté de l'omettant, produit le résultat que celui-ci en attendait. Ainsi dans les divers exemples que nous avons cités plus haut, une autre garde a soigné

(1) Saleilles, *Les accidents du travail*, Rousseau, 1897, n° 3. — Sur la question de la tentative irréalisable, cf. Saleilles : *Essai sur la tentative*, *Revue pénitentiaire*, 1897, p. 53.

le malade, l'enfant a jeté le poison ou un tiers le lui a arraché des mains. C'est la théorie de la tentative : sans creuser la question jusqu'au fond, nous devons cependant nous y arrêter un peu davantage.

Les raisons de punir la tentative en matière d'omission ou en matière de commission sont à peu près les mêmes, et les règles à appliquer seront identiques. En général, la tentative est punissable, lorsqu'elle est manifestée par un commencement d'exécution, ce qui à propos de l'omission, n'a pas grande importance, et lorsqu'elle n'a manqué son effet que contre la volonté de son auteur(1). Mais en matière d'omission, la façon dont le délit est commis multiplie et complique quelque peu les hypothèses. La phase d'accomplissement va durer aussi longtemps que l'omettant aurait pu agir pour empêcher le résultat.

A quel moment l'intention va-t-elle se transformer en tentative punissable? En appliquant les principes généraux, nous répondrons : en principe, à partir de l'instant où il sera trop tard pour intervenir. Voici un maître-nageur qui suit du rivage les ébats d'un baigneur, qu'il voit se fatiguer. Celui-ci l'appelle à l'aide, sans qu'il réponde d'abord ; mais il a l'intention d'agir plus tard et il agit en effet. Il n'y a, bien entendu, ni omission délictuelle ni tentative, malgré son abstention première.

Mais la situation serait plus délicate, si dans l'hypothèse qui précède, le maître-nageur, croyant avoir le temps d'in-

(1) Sur la tentative, cf. la très intéressante thèse de M. Gallet, Rousseau, 1899.

tervenir, s'était en effet jeté à l'eau trop tard. On admet généralement que, bien qu'objectivement le résultat ait été produit par son omission voulue, il n'y aura ni crime ni tentative. Il pourra y avoir imprudence, si dans ses calculs sur une possibilité postérieure d'intervention, il s'était grossièrement trompé. En revanche, si l'omettant s'abstient avec la pensée que, plus tard, il sera trop tard pour intervenir ou la ferme résolution de ne pas le faire, alors même que par l'effet d'un hasard heureux, la victime ait été réellement sauvée, il y aura tentative punissable, à partir du moment où les possibilités premières d'intervention auront disparu.

Mais si le fait sauveur devient de nouveau possible, et si l'omettant profitant de cette circonstance et changeant de volonté empêche le résultat, la punissabilité antérieure sera effacée par les effets de ce repentir. Le nageur avait été emporté par les flots hors de tout secours humain, le crime de l'omettant semblait accompli, ou tout au moins il y avait à sa charge une tentative punissable. Mais voilà qu'une vague ramène la victime à portée du rivage, le maître-baigneur saute à l'eau et la sauve.

La tentative primitive reste acquise, puisqu'elle n'a manqué son effet que par une circonstance indépendante de la volonté de son auteur ; mais la punissabilité disparaîtra par suite de l'application de la théorie du repentir actif. Nous savons que celui-ci n'efface la faute qu'en tant qu'il intervient d'une façon assez efficace pour en faire disparaître les conséquences. Je jette un homme à l'eau ;

à peine est-il tombé que je me précipite pour le sauver ; si j'arrive à temps et si je le sauve en effet, je ne serai pas puni, si au contraire mon acte de dévouement postérieur est inutile, je suis coupable de meurtre.

Nous n'avons pas à discuter le principe même de cette théorie, nous n'avons qu'à en considérer l'application. Elle nous conduit à admettre que, dans le cas d'omission, si le résultat n'a pas été empêché, l'omettant sera meurtrier malgré son dévouement tardif. Cette solution est peut-être rigoureuse, elle consisterait à mettre sur le même pied celui dont la volonté permanente a condamné par une omission prolongée, et sans regret, sa victime à la mort, et celui qui par un mouvement de repentir a cherché, quoique en vain, à effacer sa faute, en exposant sa vie.

Pour justifier cette solution, au reste logique, Landsberg fait observer que la même objection se présente, quand il s'agit de la commission simple et dans l'hypothèse que nous avons citée plus haut. C'est la solution contraire qui choquerait l'équité. On tire, dit-il, à quelqu'un, une balle dans le cœur, ou on le pousse à l'eau avec la faculté de le retirer, mais avec la conviction ferme qu'on ne le retirera pas pendant les minutes où cette intervention est possible. C'est la même chose au point de vue de la causalité ou de la criminalité. Pourquoi donc faire une faveur au dernier criminel, et lui permettre d'effacer sa faute par un acte demeuré inutile ?

Je sais bien que l'on va aboutir à ce résultat choquant de faire dépendre la criminalité ou la punissabilité d'un

acte positif ou négatif, d'un résultat indépendant de la volonté de l'agent. Oui, mais la faute en est à la théorie du repentir actif, que nous n'avons ni à défendre ni à critiquer, et qui en réalité s'explique plutôt par des considérations empiriques que par des déductions de logique pénale.

On peut synthétiser les solutions de ces diverses hypothèses dans les deux propositions suivantes.

Celui qui s'abstient, pensant sans imprudence avoir encore le temps de sauver, ne commet ni faute ni tentative, quel que puisse être le résultat de son inaction.

Celui, au contraire, qui s'abstient sans intention mauvaise et qui persiste dans cette attitude, jusqu'au moment où la possibilité primitive d'agir a disparu, a, dès ce moment, commis au moins une tentative punissable; cela serait vrai, même si des circonstances favorables d'intervention se présentaient dans la suite, s'il en profitait pour agir et s'il sauvait la victime, sous réserve de l'application, en pareil cas, des principes du repentir actif (1).

(1) Landsberg semble admettre une solution plus rigoureuse encore et qui nous paraît contraire aux principes généraux sur la matière. Il déclare qu'il y a tentative punissable acquise, dès que celui qui omet de sauver, le fait avec l'intention de ne pas intervenir dans la suite, même si la phase d'intervention n'est pas close, s'il y a encore possibilité d'agir et si, par un changement d'attitude, il en profite. Il donne l'exemple suivant : « Je suis gardien de bains, dit-il, et je veux sauver quelqu'un que je vois au loin flottant sur les vagues, seulement quand il aura nagé un peu plus près du bord, alors qu'en me donnant un peu de peine, je pourrais déjà le sauver; je le sais, je sais aussi que jusque là il ne sera pas noyé. 1<sup>er</sup> stade innocent. — Je reconnais en lui mon ennemi; je décide d'omettre de le sauver et je me propose sa

Ces principes permettront de résoudre les diverses complications résultant de l'enchevêtrement des changements d'attitude de l'omettant avec la survenance de nouveaux moyens de secours.

Ces questions au surplus ne présentent d'autre intérêt que leur curieuse subtilité, car il est impossible de les imaginer se posant dans la pratique. Elles supposent en effet l'appréciation non pas d'une attitude, mais d'un changement d'intention qui rarement se manifestera au dehors avec assez de netteté pour que les juges puissent le retenir comme élément de leurs décisions.

\*  
\*\*

Le second des éléments qui constituent la punissabilité d'un acte positif ou négatif, c'est la prévision du résultat.

Lorsqu'une action ou une omission a produit un résultat nuisible, sans vouloir conscient de la part de l'agent, il n'y a pas crime, mais la loi retient cependant, quand les conséquences en sont graves, un délit d'ordre inférieur, quand il y a eu imprudence, négligence ou violation des règlements publics ou privés.

Ici il n'y a point de difficulté à assimiler les commissions simples aux commissions par omission, puisque cette assimilation résulte non seulement de la démonstration

mort : 2<sup>e</sup> stade. 1<sup>er</sup> changement, tentative de meurtre. — Je le vois se débattre. Un sentiment d'humanité l'emporte en moi, je tente de le sauver : 3<sup>e</sup> stade. 2<sup>e</sup> changement et selon que le sauveteur réussit ou non, exclusion ou arrivée de la pénalité. » Landsberg, *loc. cit.*

que nous avons fournie dans les chapitres qui précèdent, mais encore d'un texte formel de la loi à propos de l'homicide par imprudence. L'article 319 met sur la même ligne l'action et l'omission (cf. le chapitre précédent). On sera plus souvent encore imprudent en omettant qu'en agissant, et au surplus, on peut dire que la maladresse, l'imprudence et l'inattention sont en réalité l'omission de l'attention qui constitue un devoir juridique imposé par la loi.

Nous avons fait du reste observer ailleurs que c'est précisément la facilité que les tribunaux ont rencontrée à appliquer à l'omission, qui leur paraissait punissable, les dispositions de l'article 319, qui a détourné la doctrine et la jurisprudence française de la construction d'une théorie spéciale de la commission par omission. Comme en matière d'abstention, l'intention criminelle ne pourra en fait être jamais démontrée, il paraissait suffisant d'avoir un texte qui permit de punir le résultat antijuridique. De tout ceci, il résulte donc que les principes généraux qui régissent les délits commissifs d'imprudence doivent s'appliquer également aux délits omissifs et que nous n'avons pas à nous livrer à un examen spécial à leur propos (1).

\* \*

Ainsi que nous l'avons établi plus haut, il ne suffit pas, pour qu'un fait soit punissable, qu'il y ait causalité, c'est-à-dire résultat produit, qu'il y ait même de la part de

(1) Sur le délit d'imprudence, cf. Sauvard, Rousseau, 1899.

l'agent prévoyance criminelle de ce résultat, il faut encore que l'acte accompli soit défendu ou l'acte omis, commandé.

Pour ne parler que de l'omission, ce travail entier a eu pour but de démontrer que si cet « acte omis » ne constitue pas une obligation légale, quelque graves qu'en puissent être les résultats, quelque criminelle qu'ait pu être l'intention de l'omettant, il y aura assurément une violation d'un devoir de conscience, mais la commission par omission ne tombera pas sous le coup de la loi pénale.

Nous avons également déterminé en théorie et en pratique quel était le critérium qui permettait de distinguer les actes d'intervention imposés à l'homme en morale pure, de ceux qui constituaient l'accomplissement d'un devoir juridique. Nous n'avons donc pas à revenir une seconde fois sur ce sujet.

..

Il nous reste un dernier point à considérer, c'est la complicité en matière de commission par omission.

Cette question peut elle-même se dédoubler.

On peut se préoccuper, soit de la complicité par abstention, soit de la participation à une commission par omission.

Dans le premier cas, nous supposons quelqu'un assistant à un crime qu'il n'empêche pas, quand il pourrait le faire, ou qu'il ne dénonce pas, quand il le connaît.

Le second comprendra, par exemple, l'hypothèse de

quelqu'un promettant de l'argent à une garde pour la déterminer à ne pas donner à son malade le médicament qui doit le sauver.

Le premier point a été discuté dans l'ancien droit. Nous avons vu que c'était surtout à son propos que les anciens auteurs avaient étudié le problème de la commission par omission. Ils avaient admis que le non-empêchement et la non-révélation d'un délit n'étaient punissables que dans le cas où celui qui s'était abstenu avait le devoir légal de l'empêcher.

La doctrine et la jurisprudence moderne sont absolument fixées à ce sujet. « La coopération », dit Garraud (t. II, p. 387), doit se manifester par un acte positif, de telle sorte qu'on ne peut être incriminé comme se rattachant à une infraction par cela seul qu'on s'est abstenu de l'empêcher. »

Dès lors, il ne saurait y avoir de complicité ni par suite de non-révélation, ni par suite de non-empêchement. Carrara (*Programme*, 463) se prononce dans le même sens et déclare qu'il n'y a pas « complicité véritable là où il n'y a ni concours d'action ni concours de volonté ».

C'est, du reste, une application du principe que nous avons théoriquement dégagé soit du droit public, soit de notre législation et d'après lequel l'Etat se réservant le monopole de la protection et de la sûreté de l'individu n'a à commander à personne d'intervenir, en cas de crime ou de délit et dégage même de toute obligation à ce sujet ceux à qui incombe d'une façon générale un devoir de protection, tels que les père ou tuteur.

Cette proposition est adoptée par la plupart des législations modernes.

Pendant, divers codes, tout en admettant le principe de non-complicité, font de la non-révélation ou du non-empêchement d'un crime un délit spécial *d'adhérence* (Code autrichien, art. 54-55 ; Code napolitain, art. 144 ; Code du Tessin, art. 108 ; Code portugais, art. 8).

Cette doctrine fort ancienne, dont le principe remonte, nous l'avons mentionné, à Platon et aux écrivains chrétiens des premiers siècles, combattue par Montesquieu et Beccaria, a trouvé des défenseurs modernes: Hencke, Ersted, Kœnigwater, Bonneville (1).

Ces décisions et ces opinions sont fondées parfois sur des considérations de pratique pure, parfois sur une idée de « *solidarité défensive des membres de la société* » dont la discussion se rattache à l'étude du concept social que nous avons faite plus haut.

..

Nous arrivons maintenant à la complicité proprement dite, c'est-à-dire à la participation d'un tiers à un crime de commission par omission.

En principe, la situation sera la même que dans la commission simple.

Il y aura à faire les mêmes distinctions entre les co-auteurs et les complices. Seront coauteurs, deux gardes-bar-

(1) *De l'amélioration de la loi criminelle*, t. II, p. 670.

rières, qui, avec une volonté criminelle, s'entendront pour ne pas enlever la pierre qui se trouve sur la voie. Sera complice celui qui, dans la même hypothèse et pour faciliter le résultat criminel, aura détourné l'attention d'un autre employé qui aurait pu apercevoir l'obstacle.

Il faudra bien entendu qu'il y ait entente criminelle, non seulement en vue de l'omission mais encore en vue du résultat. C'est-à-dire que celui qui, par exemple, aide un aiguilleur à s'absenter au moment du passage du train, doit non pas avoir simplement en vue de faciliter une faute de service, mais encore prévoir et accepter la catastrophe et la mort qui pourra être la conséquence du défaut d'aiguillage.

Remarquons bien qu'il faut qu'il y ait entente et non pas seulement pensée identique. Deux maîtres-nageurs qui regardent un malheureux tombé à l'eau se débattre et qui sont individuellement décidés à le laisser mourir, ne sont pas complices et ne sont même pas co-auteurs s'ils ignorent respectivement leur présence. Ils se rendent coupables de crimes ou de délits tout à fait distincts. Mais s'ils se savent l'un et l'autre présents, il pourra très bien se faire que, malgré la résolution de chacun de ne pas sauver la victime, ils ne soient criminels ni l'un ni l'autre, si chacun comptait sur l'intervention de son collègue.

La complicité dans la commission par omission peut également se présenter par aide et assistance, par recel ou par provocation.

Sur ce dernier mode, il y a une observation curieuse

à faire. L'hypothèse est simple. Quelqu'un détourne à prix d'or notre maître-nageur de sauver un homme qui se noie. Pour nous l'auteur du crime est le maître-nageur, le corrupteur n'apparaît que comme complice. Mais si nous appliquons les théories allemandes de la première période, celles qui font remonter la causalité au fait antérieur, nous devrions renverser les rôles. Le corrupteur sera auteur principal et le corrompu complice, c'est ce qui résulte très nettement d'un passage de Buri (*loc. cit.*).

Pour le surplus, toutes les théories et toutes les controverses relatives à la complicité en général s'appliquent en matière de commission par omission et il nous suffit d'y renvoyer (1).

(1) Pour toutes les théories générales relatives à la complicité, que nous avons volontairement laissées de côté, comme ne rentrant pas dans notre sujet, cf. la thèse de Thibierge. Rousseau, 1898.



## CONCLUSIONS

Les conclusions auxquelles nous avons abouti ont pu paraître dures à quelques-uns et on peut leur faire une objection de morale pratique, qui n'est pas sans une part de vérité.

« Votre système, peut-on nous dire, repose sur la reconnaissance d'une double série d'obligations, les unes sanctionnées par la loi positive, les autres par la loi naturelle ou divine. »

« Il suppose, dès lors, un état social où tout le monde accepte l'existence de ces deux aspects du devoir humain. Alors rien de mieux. Au-dessus de la loi obéie, nous voyons la vertu pratiquée. Le devoir d'assistance sera d'autant mieux rempli, qu'il le sera librement. Mais c'est là une conception idéale qui s'éloigne de plus en plus de la réalité. Ils sont déjà nombreux les hommes en qui la conscience est muette, qui en fait de devoirs ne connaissent que ceux que la loi impose ; et leur nombre va toujours grandissant. Du reste, qu'il soit majorité ou minorité, peu importe ! « Vous n'en arrivez pas moins à mettre dans le combat de la vie votre homme idéal, votre *vir bonus*, dans une situation d'infériorité, vis-à-vis de l'homme légal. Les hommes ne sont pas liés les uns aux autres d'une manière égale. Le contrat social devient un contrat léonin. »

Voilà l'argument. Dans ce système il faudrait donc que la loi pénale imposât à tous ce que la voix de la conscience n'obtient plus que de quelques-uns, et il semble d'ailleurs qu'un mouvement législatif tende à se produire dans ce sens.

Nous avons déjà dans le chapitre sur les modalités de la commission par omission fait allusion à un ensemble de dispositions législatives qui, mettant à la charge de chaque individu un devoir civique d'empêcher les crimes, semblait faire un pas en avant dans la voie de l'assistance légalement obligatoire. Le rapport de la commission chargée d'élaborer le projet de Code portugais se rattache très nettement à cette idée de « solidarité défensive des membres de la société (1) ».

Le projet de Code pénal norvégien assimile au point de vue de la commission des crimes, l'action et l'omission et fait un délit spécial de la violation de certaines obligations naturelles (2).

(1) Rapport de la commission, chap. VII.

(2) Projet de Code pénal norvégien (*Bulletin de l'Union de droit pénal*, 1898, appendice).

« § 4. Le mot *Handlung*, dans le sens de ce Code, comprend aussi l'omission, à moins que le contraire ne soit formellement exprimé ou ne résulte du contexte.

§ 40. 2° Une contravention qui consiste dans une omission est punie, même si elle est commise par négligence, à moins que le contraire ne soit formellement exprimé ou supposé indubitablement :

§ 139. Est puni d'amende ou de prison jusqu'à 1 an, celui qui omet de dénoncer certains crimes projetés, punis par les § 83, 84, 86, 98, 99, 100 etc. ou leurs suites, quoiqu'il ait eu connaissance du projet ou du crime commis, à une époque où il pouvait empêcher le crime ou détour-

Le Code de Livingstone admet très nettement l'existence du devoir d'assistance (1).

Quoi qu'il en soit, il n'y a là qu'un mouvement embryonnaire ; est-il destiné à se généraliser et faut-il souhaiter qu'il se généralise ? Telle est la question que nous voulons étudier en terminant.

\*  
\* \*

Si toutes les doctrines sont en général unanimes à reconnaître que l'humanité va se modifiant, sans cesse, à travers les âges, elles sont loin d'être d'accord sur le sens dans lequel s'opère cette évolution.

Les individualistes estiment que des liens sociaux étroits sont comme des lisières nécessaires pour protéger les pas incertains de l'enfance d'une société, mais qu'ils deviennent inutiles et gênants pour l'humanité arrivée à une période de développement plus élevé. Dès lors le progrès va consister dans l'affranchissement progressif et indéfini de l'individu. Ce qu'il faut, c'est que l'homme puisse librement exercer son initiative, épanouir ses forces, et que dans la société humaine, comme dans le reste de l'univers animé, rien ne vienne gêner l'application de la loi naturelle de la lutte pour la vie.

ner ses suites.

§ 240. Est puni de prison ou d'amende le père qui refuse ses soins à la mère naturelle et est cause que celle-ci, par dénuement, commet un crime contre l'enfant. »

(1) Est punissable : celui qui voit un aveugle aller à un précipice, un enfant prendre une coupe de poison ou sur le point d'être écrasé par une voiture et qui ne les empêche pas (art. 484-485).

Avec un semblable idéal il est évident que les individualistes ne doivent pas songer à augmenter le nombre des devoirs actifs légalement sanctionnés, et à étendre le cercle des commissions par omission punissables.

Ces doctrines, apparues à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, régnaient sans partage au commencement du nôtre. Si leur triomphe a été rapide, il a été éphémère ; aujourd'hui elles croulent de toute part et ce sont les idées opposées qui semblent triompher.

Il semble que l'avenir appartienne à des théories, différant à l'infini, quant à leur forme ou à leur programme, mais ayant toutes, comme marque commune, une idée de solidarité sociale.

C'est cette idée qui constitue pour elles, la loi de l'évolution humaine ; le lien qui unit l'homme à l'homme doit devenir de jour en jour plus étroit, et à chaque étape de l'humanité dans la voie du progrès social doit correspondre une augmentation des devoirs de chacun envers ses semblables.

Est-ce que cette évolution doit avoir comme corollaire, une modification parallèle en droit pénal dans le sens d'une extension du cercle des commissions par omission punissables ?

Peut-être, si se plaçant au point de vue du matérialisme pur, on ne voit dans le progrès humain que l'application d'une loi physique qui tend à faire des cellules humaines un agglomérat de plus en plus compact, et si le devoir n'a d'autre expression et d'autre sanction que la loi. Mais si,

comme nous, on se refuse à admettre que les manifestations de la raison et de la conscience ne correspondent qu'à des combinaisons physiques ou chimiques ; si l'on veut voir dans l'homme un être privilégié et distinct du reste de l'univers, si l'on considère que de tous ses attributs le plus précieux c'est la liberté, c'est-à-dire le droit de faire spontanément le bien, c'est autrement que le problème se pose et c'est à ce point de vue que nous allons l'envisager.

Certes, nous croyons, nous aussi, l'humanité indéfiniment perfectible et poursuivant à travers les siècles, sans savoir si elle l'atteindra jamais, un état idéal où la loi de fraternité proclamée par une voix divine, deviendra une vérité sociale.

Mais nous n'estimons pas que ce soit à la loi pénale de marquer les étapes de cette marche en avant et de stimuler les retardataires.

Nous nous sommes efforcé de démontrer que cette loi ne devait avoir pour but, que de maintenir la liberté humaine, et l'équilibre entre les expansions individuelles. Les obligations qu'elle impose constituent, au moins dans leur principe, un minimum intangible.

Nous avons dit également qu'au-dessus de ce minimum, se plaçait un ensemble d'obligations indéfiniment extensibles, à propos desquelles l'initiative humaine conservait sa spontanéité.

C'est dans cette sphère que le progrès social fait sentir son action. C'est la seule loi de la conscience qui dicte à

l'homme la mesure dans laquelle existent et augmentent ses devoirs envers ses semblables.

Tout cela, nous l'avons déjà établi, ou tout au moins nous sommes-nous efforcé de le faire. Il ne nous reste donc qu'à répondre à l'objection, que nous nous posions à nous-même en commençant ce chapitre.

Est-il vrai que nous en soyons arrivé à un tel état de dépression morale, qu'il ne faille absolument compter que sur la loi pénale pour contraindre l'homme à faire le bien ?

Nous croyons qu'il n'en est rien. Peut-être, à ne considérer qu'une certaine heure et un certain pays, pourrait-on noter quelques signes alarmants. Mais, quand on veut mesurer la marche d'une idée à travers les siècles, il ne faut point se borner à considérer quelques années.

Le progrès ressemble à un de ces fleuves capricieux qui, tantôt bondissent comme des torrents dévastant tout sur leur passage, tantôt s'étalent paresseusement dans la plaine, tantôt se contournant en replis sinueux semblent, regrettant leur source, revenir sur leurs pas, mais qui, d'une façon directe ou détournée, rapide ou lente, mais toujours constante, coulent vers l'océan lointain.

Donc regardons de haut, embrassons par la pensée les siècles, et mesurons l'espace parcouru par l'idée de solidarité, depuis le jour où, au milieu du monstrueux épanouissement de la civilisation romaine, le christianisme naissait, et ne désespérons pas de la conscience humaine.

Et du reste, le spectacle même de ces dernières années

ne confirme-t-il pas nos affirmations et nos espérances ?

Est-ce que l'idée d'assistance ne triomphe pas partout, et n'est-ce pas aux manifestations spontanées de l'initiative individuelle que ce triomphe est dû ? Voici qu'un irrésistible mouvement multiplie partout les associations coopératives et de prévoyance qui groupent les intérêts, les associations intellectuelles qui groupent les esprits et les cœurs.

Et au moment où nous écrivons ces dernières lignes, l'enthousiasme populaire gronde autour de nous et des acclamations vont, non pas à un triomphateur de la « lutte pour la vie », mais à un vieillard vaincu, revêtu du seul prestige de sa faiblesse, de son courage et du double deuil où il confond ses enfants morts et sa patrie mourante.

Donc, quand on va au fond du cœur humain, on y trouve toujours le sentiment de la justice et du devoir. Fions-nous-en à lui pour indiquer à l'homme l'étendue de ses devoirs d'assistance, et ne demandons à la loi pénale que la garantie de sécurité qu'elle doit nous fournir.

\*  
\*\*

La formule de punissabilité de la commission par omission, telle qu'elle nous a paru résulter des textes de nos Codes, est donc justifiée en droit public, justifiée aussi en pratique, elle correspond à une juste appréciation du rôle de l'homme dans la société et de ses devoirs envers ses semblables, elle ne semble donc pas devoir être modifiée.



Ce n'est pas sans un sentiment de mélancolique déconvenue, qu'arrivé à la fin de ce travail, mesurant de l'œil les feuillets de ce mince opuscule, et songeant à tout ce qu'il contient cependant d'inutile, nous comparons les résultats obtenus avec ceux que nous avions rêvés. Il nous avait semblé, constatant l'oubli dans lequel nos maîtres en droit pénal avaient laissé cette question, découvrir un point inexploré du droit; nous nous étions bercé de la joie de faire profiter la science juridique française des énormes matériaux réunis par les auteurs allemands. Il y avait là une forte part de présomption, il était juste que nous en fussions puni.

Notre peu de succès s'explique peut-être par le caractère de pure casuistique de la question. Notre esprit, habitué au raisonnement limpide, précis et pratique des maîtres de la science juridique française, s'est un peu perdu dans les subtilités poussées à l'extrême de la science allemande, et nous n'avons peut-être pas tiré de celle-ci tout le parti que nous eussions dû (1).

Nous espérons toutefois que même notre échec ne sera pas inutile : s'il tient à la question elle-même, il détour-

(1) Peut-être trouvera-t-on que tout ce que nous avons gagné à son contact, c'est un peu de l'obscurité et de la lourdeur de son style, surtout dans les chapitres consacrés à l'étude de ces doctrines. Nous tenions à nous en excuser.

nera peut-être quelqu'un d'autre de la même tentative ; s'il tient, au contraire, à la façon dont le sujet a été traité, il déterminera, sans doute, un chercheur plus heureux à faire un plus fructueux effort.

---

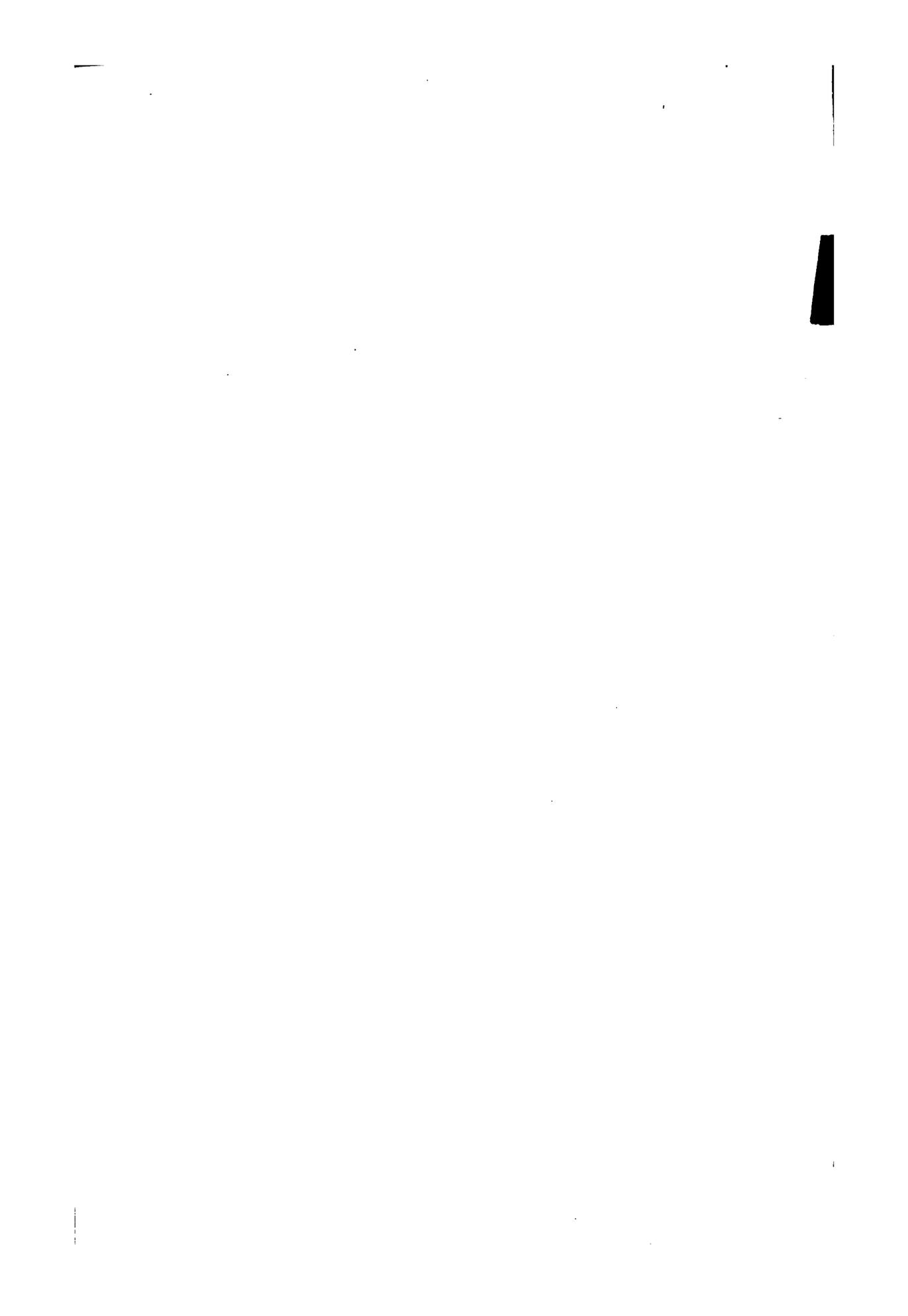


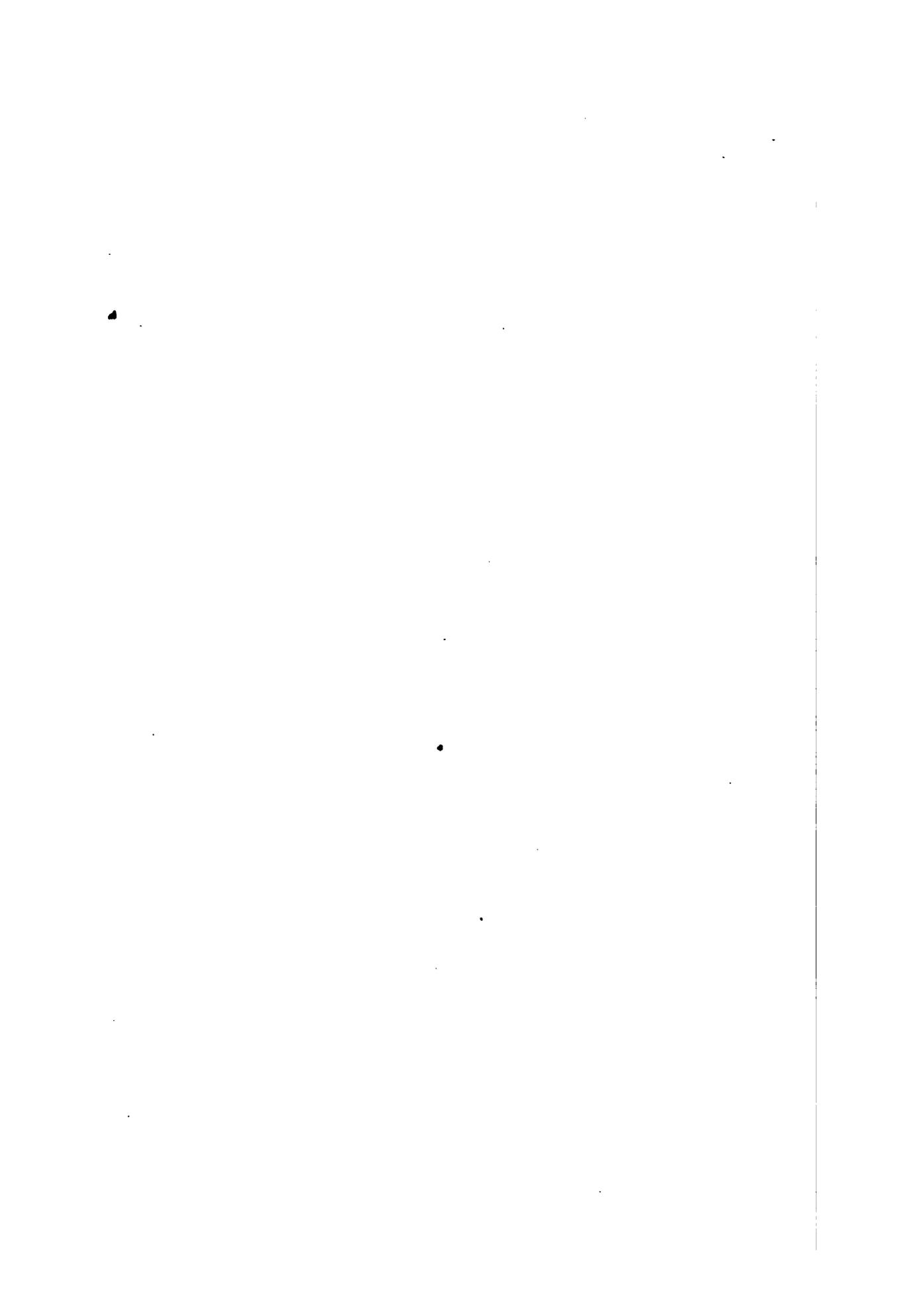
## TABLE DES MATIÈRES

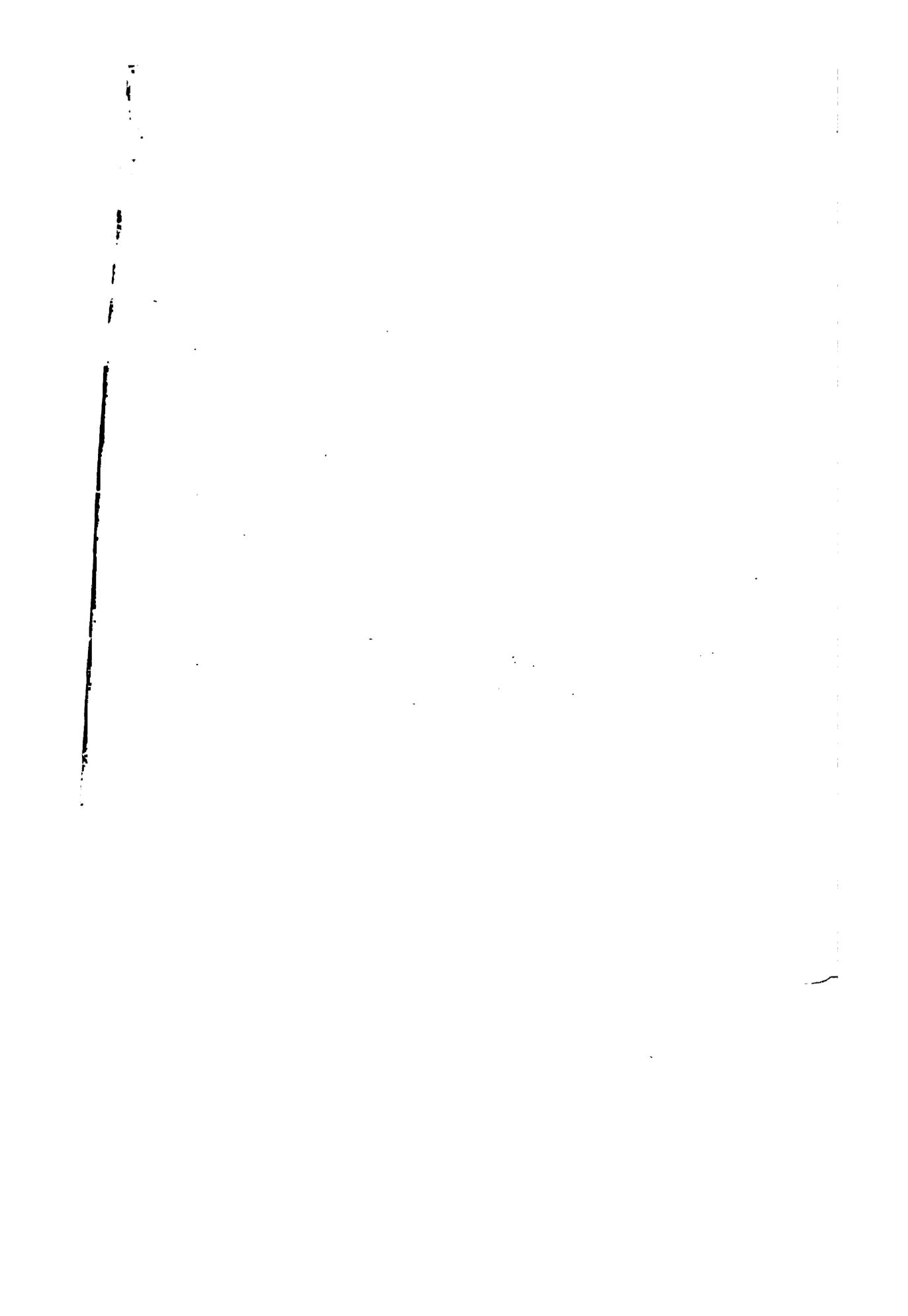
---

|   | Pages |
|---|-------|
| INTRODUCTION . . . . .  | 1     |
| CHAPITRE I. — Problème de la commission par omission . .  | 11    |
| CHAPITRE II. — La commission par omission dans la doctrine<br>allemande. . . . .  | 16    |
| CHAPITRE III. — Histoire doctrinale du problème de la commis-<br>sion par omission . . . . .  | 40    |
| CHAPITRE IV. — Analyse de la commission par omission com-<br>parée à la commission simple . . . . .   | 52    |
| CHAPITRE V. — Position du problème de la commission par<br>omission en droit public . . . . .   | 63    |
| CHAPITRE VI. — Doctrines matérialistes. I. La commission par<br>omission dans l'hypothèse du contrat ou du<br>quasi-contrat social. . . . . | 67    |
| CHAPITRE VII. — Doctrines matérialistes. II. La commission par<br>omission et les doctrines basées sur la biolo-<br>gie. . . . .            | 74    |
| CHAPITRE VIII. — Doctrines spiritualistes : La commission par<br>omission et le principe de la liberté hu-<br>maine . . . . .               | 79    |
| CHAPITRE IX. — La commission par omission et les principes du<br>droit français . . . . .   | 90    |
| CHAPITRE X. — Application pratique de la formule de la punis-<br>sabilité de la commission par omission . . .                               | 100   |
| CHAPITRE XI. — Modalités de la commission par omission . . .  | 111   |
| CONCLUSIONS. . . . .  | 125   |









---

Imp. J. Thesnot, Saint-Dizier (Haute-Marne).

---



