

DU DÉLIT DE COMMISSION PAR OMISSION

La division des infractions en délits de commission et en délits d'omission est connue de tous; mais peut-être la portée n'en a-t-elle pas été suffisamment approfondie. Cette distinction n'est pas aussi simple ni aussi facile à appliquer qu'on pourrait le croire au premier abord.

Je pense ici à une catégorie de délits que la doctrine qualifie de délits de commission par omission et dont la notion et l'existence même sont demeurées fort incertaines. Ainsi, une mère, ou plutôt une marâtre, s'abstient de nourrir son enfant parce qu'elle veut le voir mourir de faim; au lieu de manifester sa haine criminelle par des actes positifs coupables, qui attireraient l'attention sur elle, elle se borne à n'accorder aucun soin à l'enfant, sachant très bien qu'abandonné à lui-même il est destiné à mourir. Quoique le Code pénal n'ait point formellement prévu cette façon particulière de provoquer la mort, une telle faute ne peut manquer, semble-t-il, de violer la loi et d'être punissable. Mais dans quelle mesure ou à quel titre le sera-t-elle? A titre de meurtre ou à titre d'homicide par imprudence? Plus généralement, toute personne qui, voyant un dommage près de survenir, le laisse se réaliser parce qu'elle le souhaite, ne sera-t-elle pas punissable au même titre que si elle avait elle-même commis le dommage? N'y a-t-il pas certains cas dans lesquels le témoin d'un accident ou d'un crime doit être responsable?

La difficulté provient, en grande partie, de ce que l'abstention du témoin, ou de la mère, paraît à la fois aboutir à l'accomplissement d'un résultat défendu et violer un devoir d'agir; elle semble constituer en même temps une faute de commission, d'une nature spéciale, et une faute d'omission. Le résultat se produit sans que le témoin le commette, mais pourtant grâce à lui, parce qu'une pensée criminelle l'a dissuadé de le prévenir. Il y a un dommage, qui n'est pas le fait du témoin, mais auquel ce'ui-ci a néanmoins part, puisqu'il a négligé

d'agir. La responsabilité du dommage semble ainsi liée au défaut d'intervention. C'est ce qui justifie l'épithète de délit de commission par omission.

Mais la loi pénale ne mentionne que deux catégories d'infractions, les délits de commission et les délits d'omission; elle ignore cette classe intermédiaire. Il faut donc de toute nécessité ramener celle-ci à l'une des catégories légales. Le fait de consommer un dommage par une abstention constitue-t-il essentiellement une faute d'omission ou une faute de commission? Voilà, selon moi, *à priori* et par la force même des choses, bien que la question ne soit pas d'ordinaire posée en ces termes, le véritable nœud du problème. Ce point tranché, il deviendra facile de comparer la faute du témoin aux délits, soit d'omission, soit de commission du Code pénal et de se rendre compte si elle leur est assimilable.

Mais, avant tout, il faut connaître la notion exacte du délit de commission et du délit d'omission. Le point de départ de la distinction est assurément très clair et il serait à peine besoin de le rappeler. La loi pénale se borne le plus souvent à défendre d'accomplir un résultat coupable: par exemple, elle défend de tuer; mais parfois aussi elle ordonne de prendre certaines précautions, de se conformer à des prescriptions de police et elle réprime alors la négligence ou l'abstention dans l'observation de ses ordres. Faire ce que la loi défend est un délit de commission; ne pas faire ce qu'elle ordonne est un délit d'omission. Mais cette notion reste très superficielle et très insuffisante.

Ainsi, en premier lieu, le délit d'omission est compatible avec l'accomplissement d'un dommage défendu; si cet accomplissement n'est qu'une conséquence secondaire de l'omission. Je fais allusion au délit d'imprudence. Ceci mérite de nous arrêter un instant. En effet, le délit de commission par omission, lui aussi, en même temps qu'il semble violer une obligation d'intervenir, consomme un dommage. Si la violation d'un devoir d'agir constitue la partie essentielle du délit, nous devons dès lors le rapprocher et, autant qu'il se prêtera à l'assimilation, le punir de la peine des délits d'omission du Code pénal. Or, le délit d'imprudence est celui qui se prêterait le mieux au rapprochement.

Donc, quelquefois, la loi punit, indépendamment de toute disposition impérative, une imprudence quelconque, une abstention des précautions élémentaires, lorsqu'elles deviennent l'occasion d'un dommage analogue à celui qui pourrait résulter d'un délit de commission. Ainsi, le fait d'un conducteur de ne pas veiller à maintenir ses chevaux à une allure modérée peut être ou non une contraven-

tion de police; mais, s'il cause la mort d'un passant, il se transforme en homicide par imprudence.

Dans cette hypothèse, l'attitude de l'agent ne semble punie qu'en considération de son résultat. La loi, avant de punir, exige l'accomplissement du fait dommageable qu'elle défendait; elle paraît donc considérer le délit d'imprudence comme un délit de commission. Malgré cette apparence, nous sommes ici en face d'un délit d'omission et, si l'on ne se sert pas en pratique de cette expression pour désigner notre délit, l'idée de négligence, de violation d'un ordre légal n'en est pas moins, à mon avis, au fond de la théorie du délit d'imprudence.

Le délit d'imprudence n'est pas, en effet, un simple délit de commission non intentionnel. Lorsque la loi punit un homicide, un incendie comme délits d'imprudence, ce n'est pas qu'elle ne tienne aucun compte du défaut d'intention de l'auteur du dommage; elle ne punit pas, à proprement parler, l'homicide ou l'incendie; dans l'espèce, elle reproche à l'agent de n'avoir pas prévu le danger de sa conduite, de n'avoir pas pensé que sa négligence l'exposait à commettre un fait défendu par la loi. Se rendre coupable d'un délit d'imprudence, c'est manquer de la prudence que l'on *aurait dû* avoir.

Ainsi, lorsque la loi incrimine l'imprudence, elle *commande* en réalité aux individus de prendre dans leur conduite de vie, dans leurs relations avec les autres hommes, toutes les précautions indiquées par la prudence pour ne pas causer certains accidents, tels que la mort, l'incendie. Le délit suppose la survenance d'un accident, non point que l'accident soit pris en considération en lui-même (il est indifférent, n'étant pas intentionnel), mais parce que seul le dommage fournit la preuve de l'imprudence (1).

Le délit d'imprudence diffère, en effet, des autres délits d'omission, en ce que l'ordre de la loi ne vise ici aucune précaution particulière. C'est un ordre implicite embrassant toutes les précautions rendues

(1) Je ne voudrais pas d'un mot en passant paraître résoudre la question théorique de la tentative du délit d'imprudence. Je crois cependant que, si cette tentative n'est pas punissable, c'est beaucoup par la raison indiquée au texte. La loi punit dans le délit d'imprudence une faute, la violation d'un ordre aboutissant à un résultat dommageable: il semblerait donc au premier abord qu'il devrait y avoir tentative lorsqu'un individu commet la faute, néglige les prescriptions légales, mais que des circonstances fortuites empêchent l'accident de se produire (V. Henri Gallet, *La notion de la tentative punissable*, n° 61 et suiv., p. 95 et suiv.). Il n'en est pas ainsi, précisément parce que l'ordre de la loi est vague et général, *la faute n'est pas définie à l'avance*, de sorte que l'on ne peut pas dire, en dehors de l'accident, que l'individu ait enfreint les précautions légales et soit en état d'imprudence. L'imprudence ne peut être démontrée que par son résultat.

nécessaires par les circonstances (1), mais cela n'empêche pas qu'il ne soit à mes yeux qu'une espèce de délit d'omission consistant essentiellement dans la violation d'un devoir général d'agir, de prendre les mesures de prudence élémentaires.

Cela étant, bien qu'à certains égards le délit de commission par omission se présente dans des circonstances plus graves — la négligence de l'auteur étant consciente, on comprend néanmoins comment il pourra tomber sous le coup de cette disposition, à défaut d'une autre plus sévère, s'il est vrai qu'il réside essentiellement dans l'abstention d'un devoir d'agir.

Mais alors, second point, arrivons à la notion du délit de commission. Qu'est-ce au juste qui constitue ce délit? Est-ce l'*accomplissement* d'un fait défendu?

Oui, s'il fallait croire la terminologie usuelle, qui désigne couramment le délit de commission, sous le nom de délit d'action. Et, en effet, suivant toute apparence, c'est seulement au moyen d'un acte positif, que l'on peut enfreindre une défense de la loi. Violer un ordre de la loi, c'est évidemment garder une attitude négative alors qu'il eût fallu agir, c'est omettre l'acte précis qui devait être accompli; à l'inverse, il semble que violer une défense légale, ce soit toujours agir là où il eût fallu s'abstenir, accomplir l'acte précis qui devait être omis.

Cette antithèse sera généralement vraie, elle sera au moins presque toujours justifiée en fait — et c'est ce qui explique la dénomination habituelle de délit d'action; mais peut-être n'est-elle pas absolue.

Lorsque la loi ordonne de prendre des précautions déterminées, de se conformer à des mesures d'hygiène... elle commande sans doute des actes positifs, parce qu'elle vise un but de police au sens étroit du mot. Elle veut par ce moyen établir un régime, un *ordre matériel* précis. Mais, lorsque la loi devient prohibitive, il n'est plus aussi certain qu'elle envisage et défende toujours exclusivement des faits, des actes positifs.

(1) De là provient que la peine du délit d'imprudence soit plus élevée que celle d'une contravention, d'un délit d'omission ordinaire. La loi n'édicte pas ici des précautions, des mesures arbitraires; elle ordonne de prendre les précautions impérieusement commandées par les circonstances (l'art. 319 prévoit l'inobservation des règlements, mais selon moi il ne rappelle ainsi les mesures réglementaires qu'à titre de précautions naturelles). D'autre part, ces précautions s'imposent d'autant plus à l'individu que ce sont les précautions nécessaires pour éviter un des dommages les plus considérables, comme l'homicide ou l'incendie.

Si la peine est plus élevée, ce n'est donc pas parce que la loi vise dans le délit d'imprudence un résultat défendu, mais parce que les précautions qu'elle ordonne se présentent avec un caractère tout particulier.

Il faut alors, je crois, distinguer deux classes de délits. Dans une première catégorie d'infractions, la moins importante d'ailleurs, celle des délits non intentionnels, la portée de la loi reste la même. La loi a encore en vue l'ordre matériel; elle punit tout individu qui enfreint sa défense par un acte positif, sans se préoccuper de son intention, sans tenir compte de sa bonne foi, car là aussi il s'agit pour elle d'une question de police stricte.

Je crois, au contraire, qu'il est possible d'attribuer à la loi un sens différent, en matière de délits intentionnels. L'existence même d'une catégorie de délits dans lesquels la loi considère l'intention, nous est un avertissement. Ici, la loi ne punit pas le seul fait coupable; elle se préoccupe de l'intention qui a pu l'accompagner. Le rôle du droit pénal s'élargit. C'est bien toujours un rôle de police, de défense sociale, — je n'en reconnais pas d'autre à la loi criminelle; mais il ne se borne plus à l'organisation extérieure de la société. La police ne comprend pas seulement l'ordre matériel, elle doit embrasser aussi la tranquillité, la sécurité sociales. La société doit se préserver contre les troubles de toutes sortes, elle doit veiller même aux atteintes portées à la conscience publique. A ce point de vue, ce qui cause le trouble le plus profond dans la société, ce n'est pas l'accomplissement d'un fait antisocial, c'est la révélation d'une volonté criminelle. On s'accorde presque unanimement aujourd'hui à le reconnaître. En effet, le dommage matériel résultant d'un acte précis est limité, tandis que la volonté criminelle est une source de délits indéfinis. La loi nous défendrait mal si elle attendait, pour réprimer, un empiètement matériel; elle doit combattre et frapper la volonté cause de ces empiètements.

Dès lors, il est permis de conclure que la loi, lorsqu'elle défend un fait, doit viser surtout la volonté dirigée vers le résultat défendu. Si cette conception est exacte, la violation de la loi prohibitive — dans tous les délits intentionnels — ne résulte pas, au fond, de l'accomplissement d'un acte positif, mais de l'existence d'une volonté criminelle consentant à enfreindre la loi.

En partant de cette notion et en admettant que nous puissions négliger, à propos du délit de commission par omission, l'idée d'obligation d'intervenir, ce délit réunirait, semble-t-il, tous les éléments du délit de commission. Peu importerait, dans notre conception, que le délinquant n'eût pas réalisé lui-même le fait défendu par la loi, s'il a voulu le consommer. Ce qui constitue le délit de commission, c'est une volonté contraire à une défense légale.

Les auteurs français, très peu nombreux, qui ont entrevu le problème du délit de commission par omission ne le résolvent pas pour-

tant de cette façon; ils ne le ramènent ni à la notion de délit d'omission, ni à la notion pure et simple de délit de commission. Ils se bornent, en général, à affirmer qu'un individu, se trouvant dans des conditions telles qu'il peut laisser un dommage se réaliser naturellement par son abstention, est responsable du résultat, *lorsque toutefois il avait le devoir juridique de l'empêcher* (1). Cette solution peut être en soi très satisfaisante, mais elle paraît *a priori* créer une catégorie de délits, en dehors du Code pénal.

Voilà quel est, à mes yeux, l'état de la question. Mais, en établissant ces prémisses, je n'ai eu jusqu'ici d'autre but que d'esquisser l'impression vague, imparfaite, qui peut résulter d'un premier coup d'œil sur le problème.

Pour apporter maintenant plus de précision et de relief dans ces lignes incertaines, je ne saurais mieux faire que de suivre d'abord une thèse de doctorat récemment soutenue devant la Faculté de droit de Paris et qui a enfin discuté la question avec le soin qu'elle mérite (2). Cette thèse, déjà remarquable par la nouveauté d'une théorie jusqu'alors à peu près négligée en France, ne l'est pas moins par la façon dont l'auteur, M. Maurice GAND, a traité son sujet. Je suis heureux de le témoigner; mais, d'ailleurs, d'après l'écho qui m'est parvenu, cette appréciation ne dépasse aucunement les éloges décernés à M. Gand par la Faculté. Tout le reste de mon étude ne sera donc qu'un compte rendu de cet ouvrage, sinon l'expression des réflexions qu'il m'a suggérées.

I

L'idée qui domine la thèse de M. Gand et que du reste l'auteur considère comme un postulat évident, c'est que tout délit de commission par omission suppose la violation d'un devoir d'agir. Ce délit diffère des autres délits d'omission, des contraventions, parce qu'il viole indirectement une défense de la loi et aboutit à un résultat défendu. Il se distingue du délit d'imprudence parce que cette violation indirecte est consciente; mais malgré ces nuances, comme ces divers délits, il contrevient essentiellement à un ordre de la loi.

Il peut paraître, en effet, au premier abord naturel et logique que l'on ne puisse reprocher à quelqu'un une omission, sans lui reprocher de n'avoir pas agi. Et n'est-ce pas à cause de son indifférence, de sa

(1) GARRAUD, *Traité de droit pénal*, 2^e édit., t. I, n^o 90, p. 166; t. IV, n^o 1573, p. 515.

(2) *Du délit de commission par omission, essai de théorie pénale*, par Maurice GAND, à Paris, 1 vol. in 8^o. A. Rousseau, édit. 1900.

négligence à intervenir, que l'on songe à rendre responsable le témoin d'un accident ou d'un crime?

Et alors, le problème du délit de commission par omission consiste, d'après M. Gand, à rechercher dans quel cas il y a, pour un individu en mesure d'empêcher un dommage qui va se produire, obligation d'intervenir, de telle sorte que s'il n'intervient pas on pourra lui reprocher la conséquence de sa faute.

La question étant ainsi posée, on peut affirmer *a priori*, et l'auteur ne manque pas de le faire, qu'un individu ne peut pas être punissable, toutes les fois que, par son abstention, il aura laissé sciemment se commettre le dommage défendu par la loi. On ne peut pas, en effet, ériger, dans tous les cas, le devoir moral d'assistance en obligation légale. On ne peut pas enjoindre aux hommes d'aider, de sauver leurs semblables, chaque fois qu'ils seraient capables de le faire.

Par exemple, une personne assise au bord d'un précipice, voyant un aveugle marcher vers l'abîme, consomme sa chute en ne l'avertissant pas. Je veux bien qu'elle soit tout aussi responsable moralement de la mort de cet homme, que si elle l'avait poussé de ses propres mains, cependant, entre les deux circonstances, il reste une différence : dans un cas elle a négligé de sauver autrui, dans le second cas, elle a lésé autrui. La morale et la loi n'ont pas le même domaine. La loi pénale est faite pour empêcher que les hommes ne se causent un dommage les uns aux autres; elle ne doit pas les obliger à se rendre mutuellement service, à se sauver les uns les autres.

Il en sera ainsi du moins, en général, car on prévoit des cas exceptionnels dans lesquels l'obligation d'agir s'imposera même au point de vue légal. Il suffit de rappeler le cas de la mère; il est évident que la mère est légalement obligée de nourrir ses enfants et qu'elle mérite d'être punie, si elle ne le fait pas.

Le programme de M. Gand est donc de trouver une solution moyenne, un critérium de distinction de ces cas exceptionnels.

Ce critérium, nous dit l'auteur, la science allemande — qui a creusé notre question, pendant que la doctrine française restait indifférente — la science allemande l'a vainement cherché dans l'idée de causalité.

Il faut se rappeler que, vers le milieu du siècle dernier, dominait en Allemagne ce que l'on a appelé la théorie objective : d'après cette théorie, il faut, pour l'existence d'un délit, qu'il y ait un *rapport de causalité objective* entre le dommage visé et l'activité de l'agent. L'individu qui n'est pas objectivement cause du dommage, ne peut être considéré comme auteur. On prétendait, en effet, qu'il n'y a trouble

social qu'autant que le fait de l'auteur est objectivement, en soi, capable de produire le dommage visé. On connaît les conséquences de ce point de vue en matière de tentative et en matière de complicité; il eut également une grande influence en ce qui concerne le délit de commission par omission (1).

Ce délit suppose un individu qui laisse se réaliser un dommage sans intervenir; or, quelle que soit la culpabilité morale de cet individu, il n'en est pas moins vrai qu'à un point de vue objectif le dommage s'est produit en dehors de lui. L'individu peut en avoir la responsabilité morale, il n'en est pas la cause matérielle. En principe, dans cette théorie, le délit de commission par omission ne sera donc pas punissable.

Cette conclusion était bien grave : il est difficilement admissible, pour revenir toujours à notre premier exemple, que la mère qui laisse ses enfants mourir de faim ne soit pas punissable.

Aussi, les auteurs allemands s'ingénierent-ils à distinguer des hypothèses exceptionnelles dans lesquelles l'omission pourrait être considérée comme objectivement causale.

Ils arrivèrent, en définitive, et ici je fais bloc de tous les systèmes, à reconnaître deux cas d'omission causale.

En premier lieu, ils mirent à part d'hypothèse où l'individu qui laisse volontairement se produire un dommage, aurait au début provoqué inconsciemment la force qui va réaliser ce dommage. C'est le cas du voiturier qui lance ses chevaux sans réflexion et qui néglige de les arrêter, au moment où il aperçoit son ennemi devant la voiture. Le délit ne sera pas un délit d'action, puisque la faute ne commence qu'avec l'abstention à lutter contre les conséquences d'un acte licite. L'omission n'en sera pas moins ici punissable, parce qu'il existe, dit-on, un rapport de causalité objective entre la conduite de l'auteur et le dommage (2).

D'autre part, à la même époque, la doctrine allemande admit que l'omission serait encore causale et par suite punissable, lorsque, par ses engagements antérieurs, ou par son attitude, l'individu aurait provoqué la victime à courir le danger dont il s'abtient finalement de la sauver (3). Ainsi, le garde-barrière qui néglige d'enlever l'obstacle placé sur les rails par une main étrangère, est cause de l'accident

(1) M. Gand n'a pas suffisamment aperçu, je crois, le rapport qui existe entre cette conception générale et les solutions de la science allemande. J'ai tenu néanmoins à établir dès le début ce rapprochement qui me paraît essentiel, sauf à en assumer la responsabilité.

(2 et 3) V. notamment GLASER, *Abhandlungen aus dem österr. Strafrecht*, 1858.

qui survient, parce qu'il avait provoqué la circulation des trains en promettant de leur assurer la liberté de la voie. Le crime de la mère, tenue par un devoir légal de nourrir ses enfants, pourrait donner lieu à un raisonnement analogue.

En réalité, comme le remarque fort justement M. Gand, ces deux solutions sont en contradiction avec le principe posé. La cause matérielle du dommage, dans ces hypothèses, réside dans un fait ou dans un devoir antérieur qui n'a aucune valeur pénale. Seule l'abstention est coupable, et l'abstention ne peut jamais être objectivement causale.

Logiquement, la théorie objective doit ainsi conduire à nier dans tous les cas le délit de commission par omission. Ici, comme ailleurs, cette conception a fait faillite.

De 1867 à 1890, von Buri a consacré tous ses efforts à ruiner la théorie objective et à lui substituer une conception subjective. Il a dirigé la science allemande moderne dans une voie nouvelle, en démontrant que la véritable source du trouble social, c'est la volonté criminelle. Peu importe, en effet, la valeur objective de l'attitude d'un individu; ce qui constitue le danger d'un acte, ou d'une attitude, c'est sa valeur subjective, c'est le but, c'est la portée qu'il a dans la pensée de son auteur. Un acte indifférent, en soi, doit faire trembler la société si, dans la pensée de son auteur, cet acte visait un résultat criminel.

Ce point de vue nouveau a eu pour conséquence de faire reconnaître, en principe, par la doctrine allemande, la punissabilité de toute commission par omission. D'après cette conception, en effet, toute omission devient subjectivement causale, pourvu que le délinquant ait eu conscience de consommer le dommage par son abstention. Peu importe, dira-t-on, qu'une attitude négative ne puisse directement réaliser un dommage; elle n'en est pas moins, dans la conscience de celui qui l'observe, cause du résultat, car en définitive le résultat ne se serait pas produit si le délinquant était intervenu (1).

Les auteurs qui admettent ce principe ne manquent pas toutefois de déclarer qu'il ne peut pas pratiquement être appliqué dans toute sa rigueur. Il est impossible de punir tous ceux qui, ayant connaissance d'un dommage, comprenant qu'il ne tient qu'à eux de l'éviter, préfèrent le consommer plutôt que d'intervenir.

(1) Ici encore, je dois remarquer que je me place à un point de vue un peu exclusif, celui de la pure conception subjective, pour dégager les conclusions qui, à mon avis, ressortent de la science allemande contemporaine. On trouvera dans la thèse de M. Gand, qui suit une autre méthode, l'indication des systèmes individuels, parmi lesquels beaucoup reposent sur d'autres considérations philosophiques. J'estime ces considérations accessoires; je crois que, consciemment ou non, c'est surtout la tendance subjective qui a inspiré et dirigé les auteurs.

Nous verrons bientôt que la théorie subjective ne conduit pas du tout à cette conclusion exagérée. Toujours est-il que la doctrine allemande contemporaine limite, pratiquement, la punissabilité du délit de commission par omission aux hypothèses dans lesquelles l'auteur était tenu d'un devoir spécial d'action.

M. Gand conclut aussitôt à l'échec de son critérium. Et, en effet, pour lui le problème du délit de commission par omission consiste à déterminer dans quel cas un individu a l'obligation d'intervenir, de telle sorte que s'il n'agit pas il sera punissable.

Etant donné ce point de vue, la méthode même des Allemands ne pouvait pas d'ailleurs conduire à une solution. Lorsque la doctrine allemande se préoccupe de l'idée de causalité, elle recherche, en définitive, si l'on peut reprocher au délinquant d'avoir commis le dommage; elle tend, en d'autres termes, à ramener le délit de commission par omission au délit de commission simple. M. Gand s'attachant surtout, au contraire, à l'absence d'intervention de la part du délinquant, doit chercher ailleurs la solution, dans l'ordre d'idée de l'obligation d'agir. — J'ai voulu rendre compte, en passant, à cause de leur intérêt propre, des développements de M. Gand sur la science allemande, mais ces développements n'en sont pas moins tout à fait en dehors de la conception générale de l'auteur.

Voyons alors quelle théorie juridique M. Gand va personnellement construire.

Il prend pour point de départ, ce qui me surprend et me semble en contradiction avec le point de vue auquel il se place, la notion même de délit de commission. D'après lui, ce délit suppose, en général, trois éléments qui sont l'intention, la causalité et un acte contraire au droit.

Le délit de commission par omission supposera d'abord une omission intentionnelle. M. Gand nous avertit que, pour lui, la prévision vaut intention. Cet élément existera toutes les fois qu'un individu aura conscience qu'un dommage va se produire s'il n'intervient pas!

L'omission devra, en second lieu, être causale; mais, dans l'opinion de l'auteur, ce caractère accompagne toujours l'intention. L'agent ayant conscience qu'il pouvait empêcher le dommage aura, par là même, conscience que les forces qui menacent la victime sont en la puissance de sa volonté. M. Gand démontre très bien que le droit pénal ne peut se préoccuper que de ce point de vue psychologique et que toute causalité réside dans la volonté humaine se servant des forces extérieures.

Reste le troisième élément. De même que l'on exige, en général, un

acte contraire au droit, l'auteur va exiger une omission contraire au devoir. En effet, dit-il, si l'omission n'est pas contraire à un devoir, elle est conforme au droit et, dès lors, elle ne saurait être punissable. Tout le problème se ramène ainsi, comme l'avait toujours supposé M. Gand, à déterminer ce qu'il faut entendre ici par devoir d'agir. C'est la question que la doctrine française aboutissant à la même conclusion que M. Gand a négligé de préciser; — ou plutôt, la doctrine s'est jusqu'à présent bornée à affirmer que le devoir n'est pas ici différent des devoirs qui découlent des sources ordinaires d'obligations légalement sanctionnées, mais elle ne le justifie pas.

M. Gand aboutit finalement à la même solution, mais après l'avoir discutée et vérifiée. Pour cela, l'auteur remonte jusqu'au fondement du droit de punir, qui, suivant lui, réside dans une atteinte au lien social. Partant de là, il prouve que l'omission ne porte atteinte à l'ordre social (quelque conception que l'on s'en fasse) que si elle viole une obligation soit légale, soit contractuelle, ou quasi-contractuelle. En effet, l'ordre social consiste dans l'équilibre des libertés des individus. La société doit assurer la liberté de chaque homme, sous réserve de la liberté d'autrui. L'homme doit donc être libre de ne pas agir, de ne pas intervenir pour empêcher un dommage, à moins que, en n'intervenant pas, il ne lèse la liberté d'autrui. Or, il n'en sera ainsi qu'autant que la victime avait le droit légal ou contractuel de compter sur son intervention. L'homme ne peut compter sur une intervention que si une aide lui a été promise. Dans ce cas, mais dans ce cas seul, si l'assistance due n'est pas fournie, sa liberté est lésée, puisqu'elle n'a pas rencontré la garantie sur laquelle elle comptait légitimement s'appuyer.

Telle est, en résumé, la théorie intéressante de M. Gand. Je ne rapporterai pas les arguments accessoires, pas plus que je ne suivrai l'auteur dans ses déductions secondaires (applications pratiques, modalités). Il est temps d'apprécier cette théorie et d'y opposer, s'il y a lieu, une conception différente.

II

Le système de la doctrine française, auquel M. Gand s'est finalement rattaché, après lui avoir trouvé une base rationnelle, soulève selon moi une double critique; il appelle des observations à deux points de vue différents.

D'abord, j'estime que la construction proposée est tout à fait en dehors de notre droit positif français et même des théories législa-

tives admises. Il ne dépasse pas seulement le texte ou l'esprit de la loi, il sort des cadres du Code pénal.

Le système aboutit à punir le délit de commission par omission de la peine des délits de commission simple et cependant, au fond, il le considère comme un délit d'omission. Ce que l'on reproche essentiellement au délinquant, dans ce système, c'est, en effet, de n'avoir pas agi. M. Gand ne s'aperçoit pas qu'en substituant, parmi les éléments du délit de commission, le devoir d'agir à la défense de commettre un acte contraire au droit, il transforme complètement le caractère de ce délit, il sort de la notion qui lui convient, pour empiéter sur le délit d'omission. M. Gand combine les deux catégories de délits. Il crée une troisième catégorie, anormale, de délits, en réunissant les éléments des deux autres.

J'admets que, en équité et en législation, il pourrait convenir de sanctionner, par une disposition pénale, l'obligation d'agir qui pèse sur certains témoins d'un accident. Je comprendrais à la rigueur, mais non sans réserves, que toute personne tenue juridiquement d'assister ou de préserver autrui et qui laisse néanmoins se réaliser un accident sans intervenir fût punie d'une peine égale à celle qu'elle eût encourue en commettant le dommage. Ce serait un délit d'omission proprement dit et il n'y aurait plus notamment à faire état de l'idée de causalité. M. Gand a démontré de façon très intéressante comment cette omission troublait l'ordre social en privant les individus de la garantie sur laquelle ils comptaient dans l'exercice de leur liberté. Mais notre Code pénal ne fait rien de semblable. Le délit d'omission le plus grave qu'il établisse est le délit d'imprudence.

La doctrine française refuse de punir le délit de commission par omission, lorsque l'auteur n'était pas juridiquement obligé d'agir, sous prétexte qu'une omission ne peut être reprochée à son auteur, que si l'acte contraire était *commandé* (1). Mais sur quoi fonde-t-elle alors la punissabilité de ce délit, dans le cas où l'agent était juridiquement tenu d'intervenir? Où trouve-t-elle, dans le Code pénal, un commandement en ce sens? En réalité, elle transporte arbitrairement une sanction du Code pénal d'une hypothèse à une autre. Elle applique la peine du délit de commission à la violation d'un devoir civil, d'un devoir naturel si l'on veut, mais enfin d'un devoir qui n'est pas relevé et commandé par le Code pénal. Un devoir juridique d'agir ne peut donner lieu qu'à une sanction civile, aussi longtemps qu'il n'a pas été consacré par le Code pénal. Ainsi le veut ce prin-

(1) V. Gand, p. 59.

cipe essentiel de notre droit public: *Nullum crimen, nulla poena sine lege*.

On ne peut pas sérieusement soutenir qu'en défendant le meurtre ou tout autre dommage, la loi pénale ordonne implicitement d'empêcher, le cas échéant, ce meurtre ou ce dommage. Ce serait alors le devoir d'intervention indéfini.

Si le délit de commission par omission viole un devoir d'agir, il ne peut tomber sous les dispositions qui défendent d'agir; on doit le rapprocher des textes qui ordonnent une intervention active. Dans notre Code pénal, il n'y aura d'applicable que la théorie du délit d'imprudence.

Cela est si vrai, que, de l'aveu de M. Gand lui-même, tel serait, en effet, le point de vue de la jurisprudence.

J'ai peine à croire que, si une mère était traduite devant le jury, pour avoir laissé son enfant mourir de faim, nos jurés ne lui infligeraient pas la peine du meurtre et je ne serais pas étonné que cela se fût produit déjà.

Mais enfin, la pratique tend à faire intervenir la théorie de l'imprudence (1). M. Gand en rejette la responsabilité sur la difficulté de prouver l'intention criminelle du délinquant, qui néglige de prévenir un dommage. Sans méconnaître la difficulté de preuve, je trouve que l'état de la doctrine justifie suffisamment la jurisprudence.

La conception de la doctrine conduit au délit d'imprudence (2). Elle y conduit, parce qu'il n'est pas possible de combiner les éléments du délit de commission et du délit d'omission, pour former le délit de commission par omission. Il faut nécessairement s'en tenir à l'une des deux notions reconnues par le Code pénal. Or, d'après l'analyse qui nous est présentée, la faute du témoin consiste surtout à n'avoir pas agi. La jurisprudence est donc logique, en rapprochant, sur la

foi de cette analyse, le délit de commission par omission du délit d'omission.

Nous ne sommes pas, pour cela, satisfaits de cette conclusion. La peine du délit d'imprudence est trop légère, elle ne convient pas à la faute que nous envisageons et qui est une faute intentionnelle. D'autre part, il nous est difficile d'admettre que le témoin d'un accident ne soit jamais responsable, en dehors des hypothèses où il se trouve juridiquement obligé d'intervenir.

Toutefois, j'ai annoncé que le système de la doctrine donnait lieu à une double observation; ici se place ma seconde critique.

Suivant moi, la doctrine n'a pas seulement tort de combiner, d'une manière arbitraire, les éléments du délit de commission et du délit d'omission; elle se trompe encore en reprochant, avant tout, au témoin d'un accident, sa négligence à intervenir. Cette négligence est un point secondaire. La faute du témoin, lorsque le délit existe, est beaucoup plus grave, elle est assimilable à une faute de commission ordinaire, car elle enfreint une défense légale.

Le problème du délit de commission par omission ne consiste pas du tout à déterminer dans quel cas le témoin d'un accident est tenu d'agir. Cette difficulté n'existe pas. La théorie restreinte du délit d'imprudence (à défaut de prescriptions de police particulières) impose seule, en diverses circonstances, une certaine activité. Hors de là, tout individu a le droit strict de rester indifférent en présence du malheur ou du dommage d'autrui. Il en a le droit, au regard de la loi pénale, fût-il obligé juridiquement d'assister la victime, parce qu'une obligation civile ne suffit pas à fonder une responsabilité pénale.

Mais, l'idée d'omission étant ainsi rejetée au second plan, je conçois néanmoins que le délit puisse exister, en tant que délit de commission proprement dit, toutes les fois qu'il révélera une volonté criminelle.

L'inaction est permise, en général, parce que l'indifférence est un droit rigoureux. Dans tous les cas, la négligence à agir n'est jamais une faute bien grave, en droit pénal. Cela ne veut pas dire que la volonté criminelle qui inspirerait cette inaction aurait le même caractère.

L'individu qui voit se produire un accident qu'un mot, un signe de sa part, suffiraient à empêcher, peut demeurer indifférent; néanmoins, il me semble qu'il doit enfreindre la loi pénale, lorsqu'il a le désir de perdre la victime et que, en s'abstenant, il prend conscience de consommer le dommage par sa volonté!

(1) V. CHAUVEAU et HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, 6^e édit., par M. Villey, III, n^o 1188, p. 422.

(2) Et, sur ce terrain, remarquons-le au passage, les auteurs ont raison de limiter l'existence de l'infraction aux hypothèses dans lesquelles le témoin avait l'obligation juridique d'agir. Ainsi, par exemple, l'art. 319 du Code pénal punit l'imprudence de « quiconque aura involontairement commis un homicide ou en aura involontairement été la cause ». La loi n'oblige à intervenir et à prévenir l'accident que ceux qui pourraient, soit le commettre eux-mêmes, soit en être la cause indirecte. N'oublions pas qu'il s'agit ici d'un délit d'omission, c'est-à-dire d'une question de police stricte: ceux qui, objectivement, sont tout à fait étrangers au dommage ne sont pas tenus d'agir. Le commandement s'applique, au contraire, à ceux qui doivent à autrui leur assistance ou leur intervention, parce que la garantie promise est de nature à provoquer l'activité de la victime et à causer ainsi l'accident d'une manière indirecte.

Le véritable problème du délit de commission par omission consiste donc à rechercher si le témoin d'un accident n'est pas parfois directement responsable du dommage, quoiqu'il n'en soit à aucun degré la cause matérielle et qu'il ne fût pas tenu de le prévenir.

Est-il besoin, pour tomber sous les dispositions de la loi pénale prohibitive, d'accomplir un acte positif? Le délit de commission consistait-il à commettre matériellement un dommage? Je le disais au début de cette étude, *a priori* il est permis de penser que, lorsque la loi défend un acte, elle se préoccupe beaucoup moins du fait en lui-même que de la volonté qu'il suppose. L'acte positif ne trouble jamais que momentanément l'ordre matériel de la société; la volonté criminelle trouble pour longtemps dans l'avenir la tranquillité et la conscience publiques. S'il en est ainsi, si la loi prohibe essentiellement dans le délit de commission la volonté criminelle, le délit de commission par omission sera assimilable au délit de commission, toutes les fois que le témoin de l'accident aura éprouvé en face du dommage une satisfaction criminelle. La volonté, en effet, peut aussi bien exister, que l'agent intervienne ou non, que le délinquant réalise lui-même son but pervers, ou que ce but soit naturellement satisfait par les événements, par les forces de la nature.

Mais cette conception subjective du délit de commission, qui est, à mes yeux, la plus exacte, est-elle celle de notre droit positif français? Ou du moins peut-elle être admise sous notre Code pénal?

La question est fort embarrassante. Il est certain qu'en 1810 le point de vue qui dominait n'était pas celui des facteurs psychiques et que la théorie régnante était, au contraire, exclusivement objective. Pourtant, cette considération n'est peut-être pas décisive.

Bien que le législateur s'inspirât d'une conception objective, il aurait pu, tout d'abord, faire abstraction, en rédigeant le texte de la loi, de cette conception doctrinale. Ainsi, la doctrine et même la jurisprudence interprètent aujourd'hui les termes de l'art. 2 du Code pénal, de manière à en dégager une théorie subjective de la tentative. Partant de là, on pourrait chercher à soutenir que le législateur n'a pas voulu introduire dans le texte de la loi son point de vue théorique; de sorte que nous serions libres de rattacher les solutions légales à une conception nouvelle. Nous pourrions prétendre que la prohibition de l'homicide doit se comprendre dans le sens d'une prohibition de la volonté de tuer. La loi, sans doute, vise l'homicide et non pas la volonté de tuer; mais, si l'on consentait à écarter tout argument tiré des tendances théoriques du législateur, pour s'en tenir au texte seul, *la formule légale pourrait se concilier avec la*

conception subjective. La volonté criminelle n'est, en effet, punissable normalement que si elle persiste jusqu'à la réalisation du dommage poursuivi. Cela justifierait la loi d'avoir, *brevitatis causa*, visé la réalisation du dommage et non pas la volonté qui en est la cause.

Ce raisonnement, toutefois, est fort subtil; je l'indique, en passant, sans y insister davantage.

Peut-être, d'un autre côté, y aurait-il possibilité de prétendre que nous ne sommes liés en aucune matière par une *conception doctrinale* du législateur et que nous sommes libres d'interpréter la lettre des textes à la lumière d'idées nouvelles. Dans le domaine du droit pénal, cela serait bien hardi! Quoi qu'il en soit, c'est là un point que je ne saurais discuter, ne pouvant songer à approfondir ici la question des limites de l'interprétation en matière criminelle.

Le mieux, finalement, pour ne pas trop allonger cette étude, est de passer outre la difficulté de droit positif. Je me bornerai à faire précéder, dès maintenant, ma conclusion des réserves nécessaires.

Je dirai que la doctrine et la jurisprudence doivent faire évoluer, autant qu'elles le peuvent, l'interprétation du droit français, dans le sens de la conception subjective. Et, si elles n'ont pas la possibilité d'effectuer cette évolution, la conception subjective doit au moins constituer notre tendance législative.

Ceci dit, je reviens à mon point de départ et j'affirme à nouveau qu'au point de vue de la conception subjective le délit de commission par omission rentre dans la notion du délit de commission. L'assimilation est commandée par la logique et j'ajoute aussi qu'elle est sans inconvénients. Je vais maintenant m'attacher à le démontrer.

Et d'abord, on ne manquera pas d'objecter contre l'incrimination de la volonté criminelle du témoin d'un dommage, que la loi ne punit pas la résolution criminelle, qu'elle ne se fait point juge des pensées mauvaises. Même dans la théorie subjective, la loi ne réprime pas la volonté coupable dès qu'elle se manifeste.

Cela est vrai; mais, pour ne point exagérer la portée de cette objection, il en faut bien comprendre le motif.

La résolution criminelle n'est pas punissable, parce qu'il y a un abîme entre résoudre et agir. Tel, qui croit arrêter définitivement dans sa conscience un projet coupable, sentira se réveiller en lui, au moment de l'exécution, un reste de vertu, ou bien il se trouvera retenu par la peur. La volonté criminelle ne devient dangereuse, elle ne trouble l'ordre social, qu'à l'instant où le délinquant se montre capable de persister dans son intention jusqu'à la réalisation du but.

Dans l'hypothèse du délit de commission par omission, l'agent

assiste au dommage d'autrui sans intervenir, parce que, je le suppose, il désire ce dommage; il est le témoin impassible d'un accident naturel. Peut-on dire que sa volonté, toute coupable qu'elle soit, n'est pas punissable, parce qu'elle reste à l'état de résolution, de pensée interne ?

Deux exemples serviront de réponse.

La mère qui néglige volontairement de nourrir son enfant n'accomplit à proprement parler aucun acte homicide, et cependant, qui songerait à nier qu'elle a dépassé la phase de la résolution criminelle et que, par son abstention même, elle consomme sa volonté ?

L'individu qui voit son ennemi se noyer au bord de la rivière, qui pourrait le sauver rien qu'en lui tendant la main, mais qui ne le fait pas, parce qu'il veut sa mort, a franchi, lui aussi, l'étape des projets et des résolutions; sa volonté qui le retient de faire le geste libérateur est vraiment devenue active.

Le dessein qui pousse cette mère ou cet individu à poursuivre la mort de leur victime, au moyen d'un refus d'assistance, est punissable indépendamment de tout acte positif, parce qu'en raison des circonstances il n'y a pas besoin d'un acte positif pour le rendre *irrévocable* et *efficace*. D'ordinaire, ai-je dit, il y a loin de la résolution à l'action. Dans l'hypothèse du délit de commission par omission, la résolution vaut un acte. La victime est sous la menace d'un accident, elle a faim ou bien elle se noie; vouloir que la faim l'épuise, que le courant l'emporte, c'est perdre la victime.

D'ailleurs, pour apprécier à quel moment la résolution criminelle sort du domaine de la conscience et commence à se réaliser, il faut toujours se placer à un point de vue subjectif. Ainsi la tentative, la consommation du délit ne sont pas constitués nécessairement par les mêmes faits pour l'auteur principal et pour le complice. De même, dans notre hypothèse, il faut interroger la conscience du délinquant pour savoir qu'elle est la valeur de sa volonté, pour décider à quelle étape elle est parvenue.

Le garde-barrière qui constate la présence d'un obstacle sur la voie et s'en réjouit parce qu'il hait le mécanicien du train qui va passer et souhaite le voir mourir dans un accident, conçoit une pensée criminelle. En décidant, contrairement au devoir de sa charge, de ne pas déranger l'obstacle et de laisser le train s'approcher, afin de satisfaire sa passion, il arrête une résolution criminelle. Survient le train, prêt à heurter l'obstacle; c'est l'instant décisif. Le garde-barrière a nécessairement conscience qu'il n'est plus temps de s'en tenir à une résolution criminelle, mais qu'il faut revenir immédiatement sur son

dessein ou le consommer en laissant faire le hasard. Le garde-barrière qui se décide au silence comprend certainement qu'il se sert de l'occasion et qu'il devient l'auteur de l'accident.

Au surplus, toutes ces considérations ont été déjà dégagées par la doctrine allemande qui a très bien démontré l'existence du lien de causalité subjective entre le dommage et l'attitude du délinquant, dans le délit de commission par omission. Qu'est-ce, en effet, que cet élément de causalité requis dans les infractions, sinon la mise en œuvre de la volonté? La volonté criminelle suffit à constituer le délit intentionnel; mais cette volonté doit être parvenue à une certaine étape, elle doit avoir fait tout ce qui dépendait d'elle pour produire le dommage défendu (1). C'est ce caractère de la volonté que l'on appelle la causalité. Et ce caractère se rencontre après qu'un individu a laissé survenir un dommage, parce qu'il voulait la perte de la victime.

Ainsi, dès lors que l'abstention du témoin d'un accident ne s'explique pas par son indifférence, je vois réunis tous les éléments du délit de commission: l'intention mauvaise du témoin est devenue causale au cours de l'accident et c'est nécessairement une intention illicite, car, en dehors de quelques rares hypothèses — telles que la légitime défense — on n'a jamais le droit de vouloir, ni de poursuivre le dommage d'autrui (2). Aucun autre élément n'est exigé dans la conception subjective, pour la punissabilité du délit de commission.

Voilà quelle est, suivant moi, la conclusion rationnelle et logique. Reste à savoir si elle est satisfaisante au point de vue pratique, ou si elle n'est pas de nature à éveiller des inquiétudes et à paraître exagérée ?

Je n'hésiterais pas à déclarer la solution exagérée, en fait, si je devais admettre sans examen que « prévoir, c'est vouloir ».

Il serait inadmissible que tout témoin d'un accident, se trouvant en mesure de l'empêcher, en pût être déclaré responsable, sous prétexte que, l'ayant prévu, il est censé l'avoir voulu. La séparation que j'ai prétendu établir entre le droit et la morale disparaîtrait, il n'y aurait plus de place pour l'indifférence.

Mais je n'accepte pas, à la différence de M. Gand, d'appliquer indistinctement au délit de commission par omission la règle que prévoir, c'est vouloir.

(1) Henri GALLET, *La notion de la tentative*, chap. III, § 2.

(2) Et je répète encore une fois qu'en qualifiant cette intention d'illicite, je n'impose nullement au témoin un devoir d'agir dont il n'est pas question dans la loi. Dire que le témoin de l'accident ne doit pas *vouloir* la perte de la victime, cela ne signifie pas qu'il est obligé d'intervenir, car il peut rester *indifférent*. Ce n'est point l'abstention qui est illicite, c'est une certaine intention du témoin.

Quel est, en effet, le fondement de cette assimilation enseignée aujourd'hui par un grand nombre de criminalistes et qui répond d'ailleurs aux tendances nouvelles du droit pénal? C'est que tout individu accepte nécessairement les conséquences prévues *de ses actes* (1). Le pharmacien qui vend du poison en vue d'un crime ne désire pas du tout la mort d'une victime qui lui est restée peut-être inconnue : à ce point de vue, on pourrait dire qu'il ne veut pas cette mort. Mais le pharmacien, vendant le poison, n'en connaît pas moins l'usage auquel celui-ci est destiné; il accepte donc l'éventualité de cet usage et préfère faciliter un crime plutôt que de manquer l'occasion de se faire payer une prime importante. Finalement, il est vrai de dire que le pharmacien veut la mort d'autrui, dans la mesure où celle-ci lui rapporte de l'argent. Mais, pour que la prévision constitue ainsi une volonté éventuelle, il faut qu'elle se relie à un acte accompli par le délinquant. Si le dommage prévu par un individu ne se rapporte à aucun de ses actes, on ne peut plus dire qu'il suffise à celui-ci d'en avoir conscience pour le vouloir. En d'autres termes, lorsqu'on établit la règle que prévoir c'est vouloir, on entend dire qu'il est impossible de vouloir un acte sans vouloir toutes les conséquences prévues de cet acte, mais on ne prétend nullement qu'un individu soit responsable de tous les dommages dont il a conscience. La responsabilité ne commence, pour l'individu qui ne désire pas le dommage, qu'au moment où intervient chez lui la *volonté d'un acte* capable de devenir la cause plus ou moins lointaine (mais certaine) du dommage.

Or l'hypothèse normale du délit de commission par omission nous met le plus souvent en présence d'un simple témoin d'un dommage, qui ne procède lui-même à aucun acte matériel. Pour ce témoin, en principe, la prévision ne vaudra pas volonté. Ce témoin, étant étranger à l'accident, peut rester indifférent; il peut avoir conscience du dommage sans être censé pour cela l'accepter et le vouloir, puisqu'il ne l'a provoqué à aucun degré.

Je suppose, par exemple, qu'un homme se noie, — je reviens toujours à cette situation qui est l'une des plus pratiques; — un promeneur est attiré par ses cris; ce promeneur est étranger et à la victime et à l'accident : pourra-t-on dire, par cela seul qu'il ne se précipitera pas au secours du baigneur, alors qu'il le pourrait faire,

(1) V. notamment sur le dol éventuel, le rapport de M. le professeur von Liszt au Congrès des juristes allemands de 1897.

Pour éviter toute exagération, il faudrait d'ailleurs distinguer la prévision certaine et la prévision éventuelle. Je n'admets pas, en principe, la responsabilité des conséquences prévues très éventuellement, comme peu probables.

qu'il aura voulu la mort de ce baigneur? Non pas; le promeneur a pu obéir au sentiment égoïste de l'ennui, de la crainte d'un refroidissement... Chacun l'accusera de lâcheté; personne ne songera *a priori* à lui reprocher la pensée d'un crime.

En matière de délit de commission par omission, la prévision ne vaudra donc volonté que dans des circonstances particulières.

Je n'aperçois que deux circonstances semblables. La première nous est bien connue, elle se rencontrera dans l'hypothèse d'une obligation juridique d'agir incombant au « témoin ».

J'ai sans doute refusé de considérer cette obligation d'agir comme un élément du délit; ce n'est point à dire qu'elle ne puisse avoir une importance de fait. Cette obligation pèse sur la volonté du « témoin »; à ce titre, elle a une valeur psychologique.

Ainsi personne ne contestera que l'abstention des parents qui laissent mourir de faim leur enfant implique nécessairement une intention criminelle. De même, la négligence d'un garde-barrière à dégager la voie d'un obstacle, à prévenir un accident, doit, il me semble, faire présumer chez cet employé une volonté criminelle, — à la condition du moins qu'il eût la *prévision certaine* de la catastrophe. — En effet, ces personnes étant tenues d'intervenir, par leur fonction même, il est inadmissible qu'elles obéissent à un sentiment d'indifférence. Dès lors qu'elles ont la notion claire du danger qu'elles s'étaient engagées à combattre, si elles gardent une attitude négative, c'est qu'elles désirent la survenance du dommage. A un autre point de vue, il y a eu de la part de ces personnes un fait antérieur (paternité, promesse de sécurité) qui a provoqué, dans une mesure plus ou moins considérable, la situation des victimes. La naissance d'enfants incapables de subvenir eux-mêmes à leurs besoins, la circulation des trains sur la voie, sont dus respectivement aux parents et au contrat de garantie assumé par le garde-barrière. Dans ces conditions, lorsque les auteurs de ces faits viennent à prévoir une conséquence dommageable d'un acte dont ils sont responsables, ils doivent évidemment se sentir responsables aussi de cette conséquence, de sorte que, s'ils ne font rien pour l'empêcher, nous avons le droit de dire qu'ils acceptent cette responsabilité.

Ce raisonnement peut-il être généralisé? Je n'oserais l'affirmer *a priori*. Mais, du moins, il me semble qu'en général la violation d'un devoir d'agir est de nature à faire présumer une volonté criminelle, toutes les fois que son auteur avait la prévision exacte et certaine du danger.

La seconde circonstance qui me paraît devoir permettre une sem-

blable présomption est celle d'une complicité par abstention intéressée, ou plus exactement achetée.

La doctrine française admet unanimement, il est vrai, qu'il n'y a pas de complicité par abstention (1). La jurisprudence est tout aussi constante sur ce point. Je suis bien d'accord, avec elle, qu'en principe le témoin d'un crime pas plus que le témoin d'un accident n'est punissable, parce que lui aussi a le droit d'être indifférent. Étant étranger au crime, il a le droit de ne pas s'en inquiéter et de ne rien faire pour le prévenir. Mais, néanmoins, je considère que sa responsabilité est exceptionnellement encourue à l'instant où, désirant et voulant le crime, il prend conscience de satisfaire son intention criminelle, en se servant du crime des autres. Et j'estime alors que la prévision équivaudra à la volonté dans l'hypothèse d'une complicité achetée.

Une garde-malade, cachée derrière une tenture, entend la conversation criminelle de parents qui projettent l'empoisonnement du malade. Ces parents découvrent sa présence et ils la paient pour qu'elle consente à s'éloigner quelques heures, le temps nécessaire à la perpétration de leur dessein. La femme ne promet donc pas son aide, elle promet seulement de s'absenter, pour laisser la place libre aux empoisonneurs, ou bien, elle promet de laisser servir le breuvage mortel au malade sans rien dévoiler. Dans ces conditions, je me refuse à admettre que la femme soit étrangère à l'empoisonnement; le contrat qu'elle conclut sera en définitive la cause indirecte de la mort du malade. Dès lors, j'estime que cette femme est responsable, bien qu'elle n'ait pas rigoureusement voulu l'empoisonnement, car elle a voulu un contrat dont il était la conséquence prévue (2).

Voilà donc deux circonstances dans lesquelles l'intention criminelle du « témoin » pourra être présumée. Comment alors résoudre-t-on la question de volonté dans toute autre hypothèse?

Cette question sera, je dois le reconnaître, le plus souvent insoluble, à moins que le « témoin » n'ait manifesté sa volonté à l'extérieur par un acte non équivoque.

En somme, en dehors des deux catégories d'hypothèses que je viens de prévoir, l'attitude négative du témoin peut s'expliquer soit par l'indifférence, soit par un sentiment mauvais, soit par une volonté criminelle. Or, tant que ces sentiments demeurent un phénomène de

(1) V. M. GARRAUD, *Traité de droit pénal*, 2^e édit., II, n° 649, p. 611.

(2) Bien entendu, l'individu qui se ferait payer son silence après la perpétration du crime, ne serait pas, selon moi, punissable, car le crime n'est plus ici la conséquence du contrat.

conscience purement interne, il est impossible d'en chercher et d'en prouver la nature. Dans ces hypothèses, la punissabilité du délit de commission par omission restera exclusivement théorique.

Remarquons bien qu'elle se heurtera non pas à une simple difficulté d'application, mais à une impossibilité absolue. Car, à aucun degré, je ne saurais admettre que l'on puisse prétendre sonder et saisir la volonté humaine indépendamment de toute manifestation extérieure. Et par là, je ne vise pas la conduite générale, l'attitude de l'agent, ses conversations, ni même ses aveux. La volonté criminelle, dans notre hypothèse, a besoin d'être prouvée par quelque circonstance ou quelque acte ayant une *signification objective*. S'il n'en était pas ainsi, la théorie du délit de commission par omission constituerait un danger permanent pour notre liberté; aucun de nous ne pourrait échapper aux soupçons, aux incriminations les plus arbitraires. Sans doute, le Code pénal défend et punit la volonté criminelle subjective; mais cela ne veut point dire que cette volonté puisse être prouvée en dehors d'une circonstance ou d'un acte qui la révèle d'une façon certaine, à raison de sa portée objective.

J'ai signalé, jusqu'à présent, deux circonstances qui me paraissent avoir une valeur objective telle qu'elles permettent de *présumer* l'intention criminelle; je dois réserver encore une troisième hypothèse, celle où le délinquant manifesterait, directement cette fois, sa volonté par un *acte* non équivoque. Voici, par exemple, un individu, qui assiste à la réalisation naturelle d'un dommage qui satisfait sa passion criminelle; il peut se trouver amené à traduire son intention s'il survient d'autres témoins, tout disposés pour leur part à intervenir et à prévenir le dommage. Ainsi, pendant qu'un individu voit son ennemi se noyer sous ses yeux, un nageur arrive qui s'apprête à sauver la victime. Le délinquant va se dévoiler alors, en offrant de l'argent au nageur pour l'empêcher d'agir. Cette offre d'argent constitue un acte qui a une signification objective, et qui révèle, de la façon la plus certaine, la volonté criminelle. A la suite de cette offre, le témoin pourrait donc, suivant moi, être incriminé pour délit de commission par omission et le nageur qui aurait accepté l'argent devait être poursuivi pour complicité de ce délit.

III

Et maintenant je dois conclure.

Les solutions pratiques vers lesquelles je me suis trouvé entraîné au cours de cette étude ne paraissent pas différer beaucoup, en fait,

de celles de M. Gand et elles ne dépassent pas non plus, en apparence, de façon bien sensible les solutions de la doctrine française. Si je déclare l'abstention toujours punissable, lorsqu'elle cache une volonté criminelle, je ne permets du moins de prouver cette volonté que dans des circonstances limitées, capables de la révéler d'une manière certaine, à raison de leur valeur objective. J'ai cru qu'il existait trois circonstances semblables. Au contraire, M. Gand réserve la pénalité au seul cas où le délinquant était tenu d'une obligation juridique d'agir et la doctrine française désavoue, d'une manière absolue, la complicité par abstention achetée. Quoi qu'il en soit, je ne prétends même pas avoir dégagé des solutions très fermes. Je n'en considère pas moins que ma conclusion aurait, même en pratique, une portée très différente de celle de M. Gand ou de la doctrine française, par l'esprit et la tendance qu'elle révèle.

Le problème du délit de commission par omission avait été jusqu'ici éludé plutôt que discuté par les auteurs français. Il m'a paru surtout indispensable de rechercher d'abord le véritable terrain de la discussion.

Je ne crois pas que la difficulté essentielle réside dans une question d'obligation d'agir, comme l'a soutenu M. Gand dans son très intéressant travail. J'estime, au contraire, que le délit de commission par omission nous met en présence d'une question fort délicate d'intention. Il est destiné, selon moi, à être résolu par le seul raisonnement de la théorie subjective. C'est même là ce qui fait en grande partie, à mes yeux, son intérêt. Le droit criminel contemporain tend de plus en plus à suivre la conception subjective. L'extension du délit de commission par omission me paraît être la conséquence naturelle du point de vue nouveau; mais cette application est la plus délicate et la plus embarrassante, peut-être, de la théorie.

La méthode subjective a déjà été appliquée en France à la solution des problèmes de la tentative (1) et de la complicité; tout mon but a été de prouver qu'il restait encore d'autres applications à prévoir.

Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE.

(1) SALEILLES, *Revue*, 1897. L'étude remarquable sur la tentative, publiée par mon savant maître M. Saleilles, est d'ailleurs trop présente à toutes les mémoires pour qu'il m'ait paru nécessaire d'y renvoyer expressément au cours de ce travail.

REVUE DU PATRONAGE ET DES INSTITUTIONS PRÉVENTIVES

FRANCE

I

Bureau central.

Congrès de Marseille. — Chronique. — Congrès de Paris.

Le Bureau central s'est réuni le 22 mars, sous la présidence successive de MM. le conseiller Petit et Cheysson.

M. LE SECRÉTAIRE GÉNÉRAL donne lecture d'une lettre de M. le professeur Georges Vidal, élu vice-président à la dernière séance, qui adresse au Bureau central l'expression de ses remerciements.

M. PETIT rend hommage à l'esprit d'initiative, au dévouement et à la modestie de M. G. Vidal; il le félicite de la féconde propagande faite par lui, au moyen de son enseignement, de ses conférences et de ses excursions pénitenciaires, parmi toute une génération dans laquelle se recruteront magistrats et avocats et d'où sortiront nombre de nouveaux apôtres.

V^e Congrès national. — M. LOUCHE-DESFONTAINES communique une lettre de M. Vidal-Naquet et une lettre de M. Conte: la date fixée en 1903 pour le Congrès est acceptée à Marseille. — Le concours de M. Conte, pour présider la Commission d'organisation locale, et celui de M. Vidal-Naquet, pour remplir les fonctions de secrétaire général, sont assurés.

Le Bureau central se préoccupera, dans l'une de ses prochaines séances, du choix d'un président pour le futur Congrès.

Médailles de l'Exposition. — M. LOUCHE-DESFONTAINES donne quelques indications relatives aux récompenses de l'Exposition.

Les Sociétés intéressées qui désirent faire frapper des médailles d'or ou d'argent doivent demander l'autorisation nécessaire au Commissariat général de l'Exposition. Il faut, pour obtenir cette autorisation, être préalablement muni du diplôme et de la médaille de bronze.