à qui rien n'est caché du caractère des pupilles dont ils acceptent la garde ; renseignements précis sur les mesures à prendre si le mineur vient à prendre la fuite (tout patron reçoit une note signée du président de l'œuvre et du procureur de la République contenant la photographie et le signalement anthropométrique du mineur, avec indication des mesures à prendre en cas d'évasion); visites fréquentes des pupilles en vue de contrôler leur conduite et la manière dont ils sont traités; propagande active initiant les habitants des moindres communes sur les résultats obtenus, rien n'est négligé. Faut-il s'étonner, quand on a constaté cette intelligente et féconde activité, que l'œuvre possède, en dehors de son comité central, des comités spéciaux à Bourgoin, la Tour du Pin, Grand Lemps. Apprieu, Bizonnes et Châlons, que plus de 300 conseils municipaux lui accordent une subvention et que le nombre de ses adhérents dépasse 6.000 ?

CHONIQUE DE PATRONACE DISTINCTIONS HONORIFIQUES. — M. LE CHANOINE ROUSSET. — Par décret du 9 juillet rendu sur la proposition de M. le Garde des Sceaux, ministre de la Justice, M. le chanoine Rousset, directeur de l'asile de Saint-Léonard au Mont-d'Or a été nommé chevalier de la Légion d'honneur, digne récompense du dévouement avec lequel, à l'exemple de son ancien prédecesseur, le chanoine Villion, M. le chanoine Rousset depuis trente-neuf années se dévoue, et avec quels succès, à l'œuvre du relèvement des délinquants. Tous les amis du patronage se réjouiront de cette distinction si méritée.

LES ÉCOLES DE BIENFAISANCE BELGES. — Un arrêté royal du 31 mars 1921 a modifié la dénomination des écoles de bienfaisance de Ruysselde et de Saint-Hubert: elles porteront désormais le nom d'*Établissement d'éducation de l'Etat à Ruysselde*.....et *à Saint-Hubert*.

QUESTIONS PÉNITENTIAIRES ET PÉNALES

STATISTIQUE

des arrestations de mineurs à Paris en 1920.

M. Harduin, chef de la 1re division à la préfecture de police, a communiqué, au nom de M. le Préfet de police, la statistique suivante des arrestations des mineurs des deux sexes auxquelles il a été procédé à Paris en 1920.

A. — Arrestations pour délits de droit commun.

TABLEAU I. — *Nombre de mineurs arrêtés pour délits de droit commun.*

SEXE	TOTAUX	ANNÉE 1919
Garçons	4.752	5.517
Filles	1.146	1.414
TOTAL GÉNÉRAL.....	5.898 (1)	6.931 (2)

(1) Ces 5.898 mineurs ont donné lieu à 6.236 arrestations.
(2) Ces 6.931 mineurs ont donné lieu à 7.270 arrestations.

TABLEAU. II --- *Nombre et motifs des arrestations.*

CAUSES DES ARRESTATIONS	GARÇONS				FILLES				TOTAL général.	ANNÉE 1919
	Jusqu'à 16 ans.	De 16 à 18 ans.	De 18 à 21 ans.	TOTAL	Jusqu'à 16 ans.	De 16 à 18 ans.	De 18 à 21 ans.	TOTAL		
1° Contre l'ordre public.										
Suspects	»	2	55	57	»	»	1	1	58	97
Propos et cris séditieux	»	2	7	9	»	»	»	»	9	4
Grèves, rassemblements	»	5	17	22	»	1	1	2	24	27
Corruption de fonctionnaires	»	»	1	1	»	»	1	1	2	1
Exercice illégal de la pharmacie	1	4	6	11	»	»	»	»	11	5
Délits de chasse et de pêche	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Usurpation de titres ou de fonctions	»	2	9	11	»	»	3	3	14	54
Jeux de hasard	1	6	45	52	»	»	1	1	53	95
Rébellion, outrages aux agents	2	14	72	88	2	2	23	27	115	116
Port d'armes prohibées	5	57	172	234	»	»	1	1	235	184
Scandale, tapage, ivresse	1	5	16	22	»	»	»	»	22	27
Vagabondage. Arrêtés	82	228	446	756	32	119	97	248	1.004	1.272
Vagabondage. Constitués	1	»	5	6	»	1	»	1	7	4
Mendicité	5	3	11	19	3	2	1	6	25	14
Association de malfaiteurs	»	2	13	15	»	1	»	1	16	20
Exercice du métier de souteneur	»	2	22	24	»	»	1	1	25	26
A reporter	98	332	897	1.327	37	126	130	293	1.620	1.946

TABLEAU II. — *Nombre et motifs des arrestations* (suite).

CAUSES DES ARRESTATIONS	GARÇONS				FILLES				TOTAL général.	ANNÉE 1919
	Jusqu'à 16 ans.	De 16 à 18 ans.	De 18 à 21 ans.	TOTAL	Jusqu'à 16 ans.	De 16 à 18 ans.	De 18 à 21 ans.	TOTAL		
Reports	98	332	897	1.327	37	126	130	293	1.620	1.946
1° Contre l'ordre public (*suite*).										
Évasions de prisons ou de colonies pénitentiaires.	»	8	29	37	»	1	8	9	46	33
Infractions à interdiction de séjour	»	»	15	15	»	»	1	1	16	25
Infractions à expulsion	»	4	19	23	»	»	1	1	24	3
Désertion, insoumission	»	»	55	55	»	»	»	»	55	34
2° Contre les personnes.										
Assassinats, meurtres, parricides	5	22	73	100	»	1	7	8	108	97
Infanticides, avortements, abandon d'enfants	»	»	»	»	»	5	10	15	15	12
Attaques nocturnes, vol avec violences la nuit.	11	36	114	161	»	2	10	12	173	248
Coups, menaces, violations de domicile	6	44	199	249	»	1	10	11	260	324
3° Contre les mœurs.										
Attentats à la pudeur	1	9	7	17	»	»	1	1	18	17
Excitation de mineurs à la débauche	»	»	2	2	»	1	2	3	5	2
Outrages à la pudeur et aux mœurs	2	12	17	31	»	»	4	4	35	26
Pédérastie	12	55	92	159	»	»	»	»	159	59
A reporter	135	522	1.519	2.176	37	137	184	358	2.534	2.826

TABLEAU II. — *Nombre et motifs des arrestations* (suite et fin).

CAUSES DES ARRESTATIONS	GARÇONS				FILLES				TOTAL général.	ANNÉE 1919
	Jusqu'à 16 ans.	De 16 à 18 ans.	De 18 à 21 ans.	TOTAL	Jusqu'à 16 ans.	De 16 à 18 ans.	De 18 à 21 ans.	TOTAL		
Reports.....	135	522	1.519	2.176	37	137	184	358	2.534	2.826
4° Contre les propriétés.										
Fabrication et émission de fausse monnaie.....	»	»	»	»	»	»	»	»	»	4
Faux en écritures.....	»	»	6	6	»	1	1	2	8	18
Escroquerie, abus de confiance.....	20	74	151	245	»	6	21	27	272	236
Fraudes, tromperies.....	1	»	3	4	1	»	1	2	6	18
Filouteries.....	1	15	30	46	»	3	6	9	55	37
Filouteries (chemins de fer).....	36	111	257	404	1	6	10	17	421	455
Incendies.....	»	2	3	5	»	1	»	1	6	1
Vols.....	199	536	1.247	1.982	44	152	465	661	2.643	3.298
Mauvais traitements envers les animaux.....	»	»	»	»	»	»	»	»	»	3
Autres motifs.										
Frais de justice non acquittés.....	»	»	2	2	»	1	1	2	4	1
Corrections paternelles, etc.....	28	68	77	173	17	37	60	114	287	373
TOTAUX.....	420	1.328	3.295	5.043	100	344	749	1.193	6.236	7.270
ANNÉE 1919.....	674	1.866	3.230	5.770	125	421	954	1.500	7.270	»

TABLEAU III. — *Mesures prises par la Préfecture de Police à l'égard des mineurs arrêtés.*

SEXE ET AGE	MINEURS NON TRADUITS — Indication des mesures prises.										DÉFÉRÉS AU PARQUET	TOTAL GÉNÉRAL	ANNÉE 1919
	Relaxés.	Réquisition de transport.	Envoyés à Nanterre.	Autorité militaire.	Correction paternelle.	Moralement abandonnés.	Placés pendant détention des parents.	Remis à des patronages.	Remis aux jeunes détenus.	Total des non traduits.			
Garçons... Jusqu'à 16 ans.....	»	»	»	»	15	»	»	»	»	15	405	420	674
Garçons... De 16 à 18 ans.....	»	»	»	»	27	»	»	»	8	35	1.293	1.328	1.866
Garçons... De 18 à 21 ans.....	1	1	2	55	6	»	»	»	29	94	3.201	3.295	3.230
Filles... Jusqu'à 16 ans.....	»	»	»	»	11	»	»	»	»	11	89	100	125
Filles... De 16 à 18 ans.....	»	»	»	»	19	»	»	»	1	20	324	344	421
Filles... De 18 à 21 ans,.....	»	»	»	»	12	»	»	»	8	20	729	749	954
TOTAUX.....	1	1	2	55	90	»	»	»	46	195	6.041	6.236	7.270

TABLEAU IV. — *Mesures prises à l'égard des mineurs remis, après traduction en justice, à la disposition de la Préfecture de Police.*

SEXE ET AGE	Indication des mesures prises. Relaxés.	Relaxés avec réquisition de transport.	Envoyés à Nanterre.	Correction paternelle.	Autorité militaire.	Moralement abandonnés.	Placés pendant détention des parents.	Envoyés aux patronages.	Éloignés de Paris.	TOTAUX	ANNÉE 1919
Garçons... Jusqu'à 16 ans	9	25	»	1	»	4	»	17	»	56	85
Garçons... De 16 à 18 ans	30	20	»	»	»	1	1	31	2	85	143
Garçons... De 18 à 21 ans	195	4	5	»	1	»	»	16	8	229	291
Filles..... Jusqu'à 16 ans	18	3	»	3	»	»	»	46	»	70	78
Filles..... De 16 à 18 ans	39	3	»	»	»	»	»	111	»	153	185
Filles..... De 18 à 21 ans	25	1	2	1	»	»	1	12	»	42	51
TOTAUX	316	56	7	5	1	5	2	233	10	635	833
ANNÉE 1919	204	90	7	»	1	28	1	253	249	833	»

B. — Arrestations pour faits de prostitution.

TABLEAU V. — *Nombre de mineures arrêtées pour faits de prostitution et nombre de leurs arrestations.*

ANNÉE 1920	ARRÊTÉES 1 fois.	2 fois.	3 fois.	4 fois.	5 fois.	6 fois.	TOTAUX	OBSERVATIONS
Jusqu'à 16 ans	18	2	2	»	»	»	22	
De 16 à 18 ans	128	27	4	1	1	1	162	
De 18 à 21 ans	739	189	82	19	»	»	1.029	Ces 1.213 mineures ont donné lieu à 1.676 arrestations.
TOTAUX	885	218	88	20	1	1	1.213	
ANNÉE 1919	1.167	348	134	42	2	1	1.694	Ces 1.694 mineures ont donné lieu à 2.449 arrestations.

TABLEAU VI. — *Mesures prises par la Préfecture de Police à l'égard des mineures arrêtées pour faits de prostitution.*

INDICATION DES MESURES PRISES	TOTAUX	ANNÉE 1919
Traduites en justice par application de l'art. 66 du Code pénal (mineures de 18 ans)	85	92
Mises en correction paternelle	11	6
Rendues à leurs parents	66	115
Renvoyées en province dans leur famille	6	12
Placées dans les refuges	51	45
Relaxées non réclamées	1.107	1.687
Inscrites sur les contrôles (mineures de 18 à 21 ans)	350	492
TOTAUX	1.676	2.449

L'examen de ces 6 tableaux permet de faire les constatations suivantes :

I. — *Délits de droit commun.*

Les mineurs arrêtés en 1920 pour délits de droit commun ont été au nombre de 5.898, soit 1.033 de moins qu'en 1919 (6.931).

Des 5.898 mineurs arrêtés, 4.752 étaient du sexe masculin et 1.146 du sexe féminin. Les proportions 81 % et 19 % sont équivalentes à celles de l'année précédente.

Certains mineurs ayant fait l'objet de plusieurs arrestations dans le courant de l'année, le nombre des arrestations s'est élevé à 6.236, en diminution de 1.034 unités sur le nombre des arrestations de 1919 (7.270).

Par rapport à l'année précédente, les causes d'arrestation présentent les différences ci-après :

Crimes et délits contre l'ordre public, 1.761 arrestations, au lieu de 2.041 en 1919, soit 280 de moins;

Crimes et délits contre les personnes, 556 arrestations, au lieu de 681 en 1919, soit 125 de moins;

Crimes et délits contre les mœurs, 217 arrestations, au lieu de 104 en 1919, soit 113 de plus;

Crimes et délits contre les propriétés, 3.411 arrestations, au lieu de 4.070 en 1919, soit 659 de moins;

Motifs divers, 291 arrestations, au lieu de 374 en 1919, soit 83 de moins.

Dans le groupe des crimes et délits commis contre l'ordre public, on peut signaler des diminutions sensibles dans les arrestations pour vagabondage (265 de moins), tenue jeux de hasard (42 de moins) et usurpation de titres ou de fonctions (40 de moins). Il y a, par contre, des augmentatious dans les arrestations pour port d'armes prohibées (51 de plus), pour infraction à un arrêté d'expulsion et pour désertion ou insoumission (21 de plus).

Dans le groupe des délits contre les personnes, diminutions importantes des arrestations pour attaques nocturnes et vol avec violences la nuit (75 de moins) et pour coups, menaces et violation de domicile (64 de moins).

Dans le groupe des délits contre les mœurs, forte augmentation du nombre des arrestations pour pédérastie (159 au lieu de 59).

Dans le gronpé des crimes et délits contre les propriétés, à mentionner, d'une part, les diminutions pour les vols (655 de moins) et les filouteries en matière de chemin de fer (34 de moins) et, d'autre part, des augmentations pour les escroqueries et abus de confiance (36 de plus) et les filouteries (18 de plus).

II. — *Prostitution*

Le nombre des insoumises mineures arrêtées en 1920 s'est élevé à 1.213, soit 481 de moins qu'en 1919 (1.694).

Des insoumises arrêtées, 22 étaient âgées de moins de 16 ans (au lieu de 30 en 1919), et 162 étaient âgées de 16 à 18 ans (au lieu de 201 l'année précédente), soit au total *184 mineures de 18 ans*, ayant donné lieu à 237 arrestations :

Voici quelles ont été les mesures prises à la suite de ces arrestations :

85 mineures ont été déférées à la justice sous l'inculpation de vagabondage, pour application éventuelle des dispositions de l'art. 66 du C. pén.

11 mineures ont été envoyées en correction paternelle;

72 mineures ont été rendues à leurs parents;

51 mineures ont été placées dans les refuges;

18 mineures ont été relaxées purement et simplement, soit parce qu'elles avaient déjà contracté mariage, soit parce qu'arrêtées pour la première fois pour fait de prostitution, elles allaient atteindre prochainement l'âge de 18 ans.

A l'égard des 85 mineures de 18 ans qui lui ont été déférés en 1920 (au lieu de 92 eu 1919), la justice a pris les mesures suivantes :

Rendues à leurs parents.....	25	85
Envoyées dans les refuges.....	52	
Envoyées en correction.....	8	

Le nombre enfin des mineures de 18 à 21 ans (1.029) arrêtées en 1920 est inférieur de 434 unités au contingent de l'année précédente (1.463).

Le nouveau projet de code pénal italien

Ce n'est pas sans surprise que j'ai reçu, il y a quelques mois, le projet préliminaire de Code pénal italien et le rapport qui l'accompagne.

Si longtemps, pendant la grande guerre, mon attention avait été retenue par d'autres problèmes et mon activité absorbée par d'autres tâches, que je ne m'étais pas douté — et je me prends parfois à douter encore — qu'il y eût en Italie un sérieux mouvement d'opinion en faveur d'une réforme générale de la législation répressive.

Ma surprise était d'autant plus excusable qu'il n'y avait guère plus de 30 ans que l'Italie s'était offert un nouveau Code pénal, le Code Zanardelli, qui paraissait alors répondre aux besoins et aux aspirations de l'époque. Avait-on jamais vu une législation devenir aussi rapidement caduque et — comme on dit au guignol lyonnais — « faire aussi peu d'usage »?

L'exemplaire du projet qui m'était adressé portait une dédicace aimable d'Enrico Ferri, auteur du rapport et président de la Commission nommée par décret royal du 14 septembre 1919 pour préparer la réforme. Si j'ajoute que cette Commission comptait parmi ses membres Garofalo, Filippo Grispigni, mais que, par contre, les professeurs Stoppato et Carnevale, qui en faisaient partie, ont cru devoir se retirer et envoyer leur démission, j'aurai, je crois, donné suffisamment à entendre que le nouveau projet est directement inspiré des doctrines et des tendances de l'école positive italienne.

D'ailleurs, il suffit de lire les premières pages du rapport pour ne conserver à cet égard aucun doute. Le projet est nettement présenté comme la consécration législative des résultats acquis par la science criminelle italienne « rénovée par la méthode de l'observation expérimentale sur l'individu criminel » (p. 188).

On ne saurait plus clairement désigner l'école de Lombroso.

C'est avec un sentiment de vive curiosité que j'ai commencé la lecture de ce document. Qui de nous n'a pas encore aux oreilles le bruit de ces formules tapageuses qui signalèrent l'entrée en scène des positivistes italiens: le criminel né! la loi de de saturation criminelle! la minime efficacité des peines! pour ne rappeler que les plus connues? N'était-il pas piquant d'ouvrir un Code pénal rédigé par un législateur convaincu de l'inefficacité des peines?

Cette curiosité a été rapidement déçue.

En réfléchissant à cette déconvenue, je m'aperçus que je devais d'abord m'en prendre à moi même. A l'annonce d'un Code pénal élaboré par des disciples de Lombroso, ne m'étais-je pas inconsciemment reporté 20 ans en arrière au temps où l'on croyait encore à l'existence d'un type criminel et où l'école positive, dans toute la ferveur de son intransigeance, n'avait pas encore édulcoré ses postulats et sagement réduit ses prétentions?

Depuis 20 ans, ne s'était-elle pas retirée de ses positions avancées et dans ce mouvement de retraite ne s'était-elle pas rencontrée avec bon nombre de criminalistes n'appartenant à aucune école — ceux que Ferri appelait jadis « les éclectiques » — criminalistes sans étiquette et sans parti pris, préoccupés avant tout de ralentir le progrès du mal, soit par la mise en œuvre de procédés nouveaux, soit par un meilleur emploi des traditionnels moyens de lutte contre le crime?

Que cette rencontre entre éclectiques et positivistes n'ait pas été empreinte de la plus franche cordialité — surtout de la part de ces derniers — il m'est permis, moins qu'à tout autre, de l'ignorer, ayant été, à tort ou à raison, considéré par les positivistes comme le porte-parole des éclectiques et gratifié, comme tel, d'épithètes où s'accusait la vivacité de nos polémiques (1).

Peu importe ce détail : n'empêche que, cordiale ou non, la rencontre avait eu lieu et qu'il était désormais bien difficile de perpétuer le conflit des écoles et des programmes, puisque les deux adversaires n'occupaient plus les positions qui les avaient mis en antagonisme. C'est vraiment n'être plus à la page que de parler en 1921 de positivistes et de classiques. Gaius, provincial attardé, n'était pas coupable d'un plus grave anachronisme, quand il prolongeait au temps des Antonins la querelle des Proculiens et des Sabiniens?

Il ne saurait être question de comparer Enrico Ferri à Gaius : je me borne à constater qu'à lire son rapport, on a l'impression que la lutte entre les écoles est toujours à l'état aigu et que le nouveau projet consacre enfin le triomphe intégral des doctrines de l'anthropologie criminelle.

Je ne dis pas qu'il l'affirme expressément: je dis simplement que le ton général de son rapport le donne à entendre, et c'est pour cela que j'ai parlé d'une « impression ». Ferri a donc, lui aussi, sa part de responsabilité dans la déception que j'ai éprouvée, lorsqu'arrivant à l'étude des dispositions nouvelles du projet, j'y ai vainement cherché quelque chose qui correspondit aux promesses du début!

(1) V. Revue pénitentiaire, 1907, p. 944, mon article sur « *l'Eclectisme en Droit pénal* ».

A ceux qui sont victimes d'une pareille aventure, le dépit arrache parfois un mot un peu vif. Ce mot, je l'ai entendu prononcer autour de moi, mais je me refuse à le prendre à mon compte. Traiter de « bluff » le nouvau projet, c'est le juger trop sommairement, c'est se borner à souligner la disproportion de sa façade et de son contenu. Il y a dans ce projet quelques innovations qui méritent de retenir l'attention ; n'affectons point de le méconnaître ; ne serait-ce que pour montrer ensuite que la plupart de celles, dont la réalisation peut paraître souhaitable, n'ont avec les doctrines de l'école positive aucun rapport nécessaire.

I

En tête du rapport sont groupés « les critériums fondamentaux de la réforme ».

Enrico Ferri en indique dix, qui, en réalité, peuvent se ramener à deux principaux.

A. — Adresser et adapter les dispositions de la loi répressive au criminel plutôt qu'au crime. (p. 181).

B. — Substituer la notion de responsabilité légale à celle de responsabilité morale.

C'est à la critique de ces deux critériums que je vais d'abord m'appliquer, puisqu'ils dominent, nous dit-on, la réforme et qu'ils l'inspirent.

1er Critérium.

S'il est une thèse dont l'école positive ait fait son « leitmotiv », c'est bien celle-ci (j'en emprunte autant que possible l'expression aux termes mêmes du rapport) :

« Assez longtemps, l'école classique s'est désintéressée du criminel, assez longtemps, sous sa direction, la théorie et la pratique du droit criminel se sont développées comme une anatomie juridique du crime, considéré comme une entité juridique constituée par le rapport de contradiction entre un fait et la loi... Avant de constituer une entité ou un rapport juridique, tout crime est une action de l'homme. C'est à cet homme et non au fait objectif, que doit s'appliquer la mesure répressive établie par la loi » (p. 182 et 183 *passim*).

Toutes ces formules ont, à mon avis, perdu leur signification véritable le jour où l'hypothèse du criminel né et du type criminel a dû être abandonnée.

Tant qu'on a pu croire que, dans un avenir rapproché, les recherches de Lombroso et de ses disciples conduiraient à la découverte d'une variété anthropologique, phénomène d'atavisme ou produit de dégénérescence, dont les représentants auraient, comme mode normal d'activité, le crime et, en général, tous les actes antisociaux, la question de savoir s'il ne faudrait pas déplacer « le pivot » de la répression (p. 181) s'est posée sans équivoque et avec toute sa portée. En d'autres termes, pendant un certain temps, les criminalistes ont été placés en face du problème suivant, dont on ne peut se dissimuler la gravité : devait-on attendre pour punir un criminel qu'il eût commis un crime, alors qu'il pouvait être *scientifiquement* reconnu et classé comme criminel, avant d'avoir agi comme tel ? S'il est permis de se défendre avant d'avoir reçu les premiers coups, lorsqu'il y a menace certaine d'agression, la société n'avait-elle pas le droit de se défendre contre les individus qui appartiennent à cette variété anthropologique, en les mettant hors d'état de nuire, avant qu'ils n'aient agi conformément à la loi fatale de leur organisme, c'est-à-dire avant qu'ils n'aient tué, blessé ou dépouillé, je ne dis pas leurs semblables, mais les autres représentants de l'espèce humaine ?

La répression avant le crime ! Ah vraiment ! Voilà qui eut été un procédé nouveau de politique criminelle et un procédé dont l'emploi eut tendu à se généraliser, si, comme on pouvait le croire à ce moment là, les progrès de l'anthropologie criminelle eussent permis de constater « le type criminel » chez un nombre de plus en plus grand de délinquants !

C'est alors que, sans exagération, on eut pu prétendre que le pivot de la répression s'était déplacé, du crime au criminel.

On eut pu le prétendre, mais.., soit dit en passant, eut-il été juste d'attribuer exclusivement à l'école positive le mérite de cette grave innovation ?

Est-ce que, bien avant Lombroso, et sans user d'aucune formule retentissante, toutes les législations répressives n'avaient pas inauguré la répression avant le crime, sur un terrain limité, il est vrai, celui du vagabondage et de la mendicité ? Le vagabond et le mendiant ne sont pas des criminels, mais des prédisposés au crime. Leur prédisposition est sociale, au lieu d'être anthropologique : elle résulte de leur manière de vivre, du milieu qu'ils fréquentent et dont ils subissent fatalement l'influence. Vivant en marge de la société, ils sont nécessairemen

amenés à vivre à ses dépens. Eh bien ! On n'attendra pas qu'ils passent de la puissance à l'acte, et la répression qui les atteint frappe en leur personne des criminels qui n'ont pas commis de crimes, mais qui sont seulement en puissance prochaine d'en commettre.

L'anthropologie criminelle a été impuissante à fournir aux législateurs du xx^{e} siècle les éléments nécessaires à une répression avant le crime de la prédisposition anthropologique au crime. Les caractéristiques de cette prédisposition n'ont jamais acquis une précision et une constance suffisantes, pour qu'il fut permis d'affirmer avec certitude l'existence d'un type criminel et la fatalité de son activité antisociale. J'insiste surtout sur ce point, que jamais il n'a été démontré que la prédisposition anthropologique aboutit nécessairement à cette activité antisociale et ne pût être neutralisée par l'influence de l'éducation et du milieu.

Et alors qu'en résulte-t-il ?

C'est que, dans le nouveau projet italien, comme dans tous les codes en vigueur, l'accomplissement d'un crime demeure la condition indispensable de l'intervention de la justice répressive. Je cite ici Ferri lui-même: « Même en inspirant (*sic*) la loi pénale pour les crimes et délits aux deux critères fondamentaux de la défense sociale et de l'état de danger du criminel, le problème judiciaire restera en grande partie inaltéré dans son application pratique quotidienne puisqu'il faut tenir compte du fait criminel « comme condition juridique préliminaire, pour que l'on puisse appliquer une disposition de loi » (p. 181 et 182).

S'il en est ainsi, pourquoi annoncer à grand fracas que l'on a déplacé le « pivot » de la répression ?

Mais, dit Ferri quelques lignes plus loin, « c'est surtout en établissant la norme législative que le criminel doit passer en première ligne, puisque la norme législative a pour terme d'application le condamné, puisqu'elle présuppose que le fait délictueux a été commis par l'imputé. D'où l'on constate que le point d'arrivée, pour l'action judiciaire, constitue au contraire le point de départ, pour l'œuvre du législateur » (p. 182).

J'avoue que j'ai relu à plusieurs reprises le passage que je viens de citer, soit dans le texte italien, soit dans la traduction française (hélas très incorrecte et souvent moins intelligible, pour moi, que l'original italien) et que je n'ai pas encore réussi à lui trouver un sens.

D'une part, dans l'ordre des fixations successives de la peine, la fixation législative précède nécessairement la fixation judiciaire. Comment alors celle-ci peut-elle servir de point de départ à celle-là ?

D'autre part, des trois moments de la fixation de la peine, celui de la fixation législative, celui de la fixation judiciaire et celui de la fixation administrative, s'il en est un où la préoccupation du criminel soit complètement absente, c'est évidemment le moment de la fixation législative ! Comment la « norme législative » — pour emprunter le vocabulaire quelque peu germanique de l'auteur du rapport — pourrait-elle avoir le « condamné » comme « terme d'application », alors que ce condamné n'est pas connu ?

J'ai souvent montré, dans des travaux antérieurs, que le législateur ne peut, par la force même des choses, poursuivre qu'un but, celui de l'intimidation collective, ou, si l'on veut, globale des criminels en puissance. Après avoir établi la liste des actes qu'il juge dangereux pour la société, il les entoure d'une barrière de sanctions de sévérité différente, suivant la gravité objective de ces actes, barrière qui contiendra, du moins l'espère-t-il, la plus grande partie de la foule inconnue des délinquants possibles.

Voilà le rôle principal du législateur !

Et j'ajoute que ce rôle est la fonction essentielle, primordiale de la répression. Il est beaucoup plus intéressant de détourner du crime, par la *menace* de la peine, ceux qui seraient tentés de devenir criminels, que de détourner de la récidive, par l'*application* et l'*exécution* de la peine, ceux qui ont franchi la barrière et sont passés de la puissance à l'acte. Les criminels en acte seront toujours moins nombreux que les criminels en puissance et, tous les jours, s'affirme davantage à nos yeux la vérité de cet axiome si profond d'Ihering « il n'est pas d'erreur plus funeste en droit criminel que de substituer au point de vue de la menace celui de l'effet de la peine » (1). J'y reviendrai d'ailleurs dans la conclusion de cette étude.

Ainsi donc, la fixation légale de la peine ne se prête à aucune individualisation. Le législateur ne peut avoir que la prévision des actes et non celle des agents. Tout ce qu'il peut faire, c'est

(1) Ihering, L'évolution de la peine (Der Zweckym Recht) trad. franc. de Meulenaere Paris 1901 ; p. 322.

de reconnaître, plus ou moins largement, au juge la faculté d'individualiser la peine, quand, l'acte criminel accompli, le juge se trouve en face d'un agent déterminé.

Et comme le projet que j'étudie ne procède pas autrement, j'en suis toujours à me demander en quoi consiste « l'innovation décisive » annoncée en caractères gras par cette rubrique du rapport « Le criminel plutôt que le crime » (p. 181 et 182).

2e Critérium.

Le second critérium fondamental, inspirateur du nouveau code, nous est également présenté comme une « innovation décisive » (p. 190).

Bien plus, Enrico Ferri ne se contente pas de cette qualification, qu'il avait sans doute jugée suffisante pour le premier.

Il renforce ici l'expression de sa pensée, en ajoutant que ce second critérium consomme une rupture « avec les habitudes mentales d'une tradition séculaire » (p. 190).

De quoi sagit-il donc?

Comme je l'ai déjà fait, j'emprunte la réponse, pour la plus grande partie du moins, aux termes même du rapport.

« Dans les doctrines traditionnelles, on distingue trois formes d'imputabilité ou de responsabilité: l'imputabilité *matérielle* ou physique, par laquelle on impute un homme (*sic*) d'un fait criminel comme d'une action réellement accomplie par lui; l'imputabilité *morale*, par laquelle on considère que l'auteur matériel d'un crime en a aussi la faute morale, en tant qu'il l'a accomplie consciemment et avec liberté volitive; enfin l'imputabilité *légale* ou pénale, dérivant comme une conséquence de l'imputabilité morale en union à l'imputabilité matérielle. »

D'après les codes en vigueur, l'imputabilité matérielle ne peut aboutir à une responsabilité pénale que si elle entraîne une responsabilité morale et dans la mesure où elle l'entraîne. Le nouveau code, au contraire, « exclut de la fonction répressive » toute conception rétributive, « toute prétention de mesurer et de châtier la faute » en raison de la responsabilité morale, « il s'ensuit forcément que de l'imputabilité matérielle dérive indissolublement l'imputabilité légale » (responsabilité pénale) (p. 189).

La conclusion, c'est qu'il ne doit y avoir aucune différence de classement moral, si je puis dire, entre la répression des criminels ordinaires et les mesures de sûreté prises à l'égard des aliénés ou des névropathes, auteurs de délits.

Aussi le projet va-t-il jusqu'à supprimer le mot « traditionnel » de *peine*, où s'exprimait cette différenciation morale: désormais le terme de *sanction* désignera uniformément toutes les réactions sociales défensives, qu'il s'agisse de protéger la société contre un malfaiteur ou un fou criminel (p. 270).

Le nouveau projet devrait donc porter le titre de Projet de Code *sanctionnateur*, titre auquel son contenu ne correspondrait d'ailleurs qu'incomplètement, car, à côté des sanctions *coercitives* qui atteignent les criminels, il est souhaitable qu'on institue, par voie juridictionnelle, des sanctions *rémunératives* au profit des honnêtes gens (p. 270, n. 1). J'avais déjà relevé cette suggestion dans les œuvres de deux sociologues français, Tarde et de la Grasserie, qui s'étaient plu à nous tracer l'esquisse d'un droit *prémial* corrélatif au droit *pénal*: ceci soit dit en passant pour indiquer que l'auteur du projet ne s'est pas ici hasardé sur un terrain complètement inexploré.

Mais revenons à notre second critérium.

Pour en faire la critique méthodique, il convient de rappeler qu'il se décompose en deux propositions:

1° Soit dans les codes pénaux en vigueur, soit dans les plus récents projets, le « principe inspirateur » de la justice pénale est « une irréalisable rétribution de la faute morale concrétée dans le crime » (p. 188): en d'autres termes, la responsabilité morale est à la fois la condition et la mesure de la répression;

2° En éliminant toute considération de responsabilité morale, on aboutit à unifier toutes les mesures coercitives provoquées par le crime, que l'auteur en soit ou non moralement responsable. L'opinion doit leur faire le même accueil et les classer en quelque sorte dans le même compartiment, sans établir entre elles de différenciation d'ordre moral.

De ces deux propositions, la première, qui se présente comme la constatation d'un fait, est fausse.

La seconde, qui est un postulat législatif, s'inspire d'un parti pris métaphysique, inconciliable avec l'esprit positiviste.

Je dis que la première proposition est fausse.

Je ne puis le démontrer sans revenir sur des considérations que j'ai souvent développées, mais l'expérience m'a appris que les idées, comme les graines, ne germent que lorsqu'on les enfonce.

A m'en tenir au droit pénal français, qui peut être considéré comme le type moyen des législations répressives modernes, — dont beaucoup se sont inspirées de notre Code de 1810 — il est tout à fait inexact de dire qu'une place prépondérante y soit faite à la conception rétributive.

Notre code de 1810 est un code d'inspiration utilitaire, dominé par le souci de la prévention collective du crime et de l'intimidation des criminels en puissance. Faut-il donc, pour le prouver, rappeler encore une fois ce passage si connu des observations de Target, placées en tête du Projet de C. pén. ? « C'est la nécessité de la peine qui la rend légitime. *Qu'un coupable souffre, ce n'est pas le dernier but de la loi, mais que les crimes soient prévenus, voilà qui est de la plus haute importance!* Après le plus détestable forfait, s'il pouvait être sûr qu'aucun crime ne fut désormais à craindre, la punition du dernier coupable serait une barbarie sans fruit et l'on ose dire qu'elle passerait le pouvoir de la loi » (1).

Peut-on affirmer plus brutalement la résolution d'écarter toute pénalité rétributive et de tendre vers l'avenir tout l'effort de la fonction répressive ?

Quant aux nombreuses lois qui ont complété notre C. pén. depuis plus de 100 ans, il n'en est pas une seule qui ait assigné un but d'expiation aux pénalités qu'elles instituent. Pour nous en tenir aux grandes lignes et nous contenter d'un exemple saisissant, n'est-il pas évident que le mouvement législatif, qui nous a conduit en France, comme dans les pays étrangers, à renforcer la répression pour les récidivistes et à la rendre plus indulgente pour les délinquants primaires, est en opposition irréductible avec la conception rétributive ? N'est-il pas prouvé par l'expérience qu'il y a souvent plus de liberté et partant plus de responsabilité morale dans une première faute que dans une récidive ?

Et qu'on n'objecte pas que ce mouvement procède de la diffu-

(1) Locré T. XXIX p. 8.

sion des doctrines de l'école positive, puisque, dans beaucoup de pays et notamment en France, il l'a précédée (1).

En résumé, depuis plus d'un siècle, c'est-à-dire depuis que l'axiome *nullum crimen, nulla pœna sine lege* a été accueilli par les sociétés modernes comme un principe fondamental de droit public, la fixation législative de la peine — il ne s'agit que de celle-là pour le moment, notons le bien — s'opère en dehors de toute considération d'expiation et de responsabilité morale, et c'est commettre un grossier anachronisme que de supposer en conflit, à la fin du XIX^e^ siècle ou au commencement de celui-ci, d'un côté, une justice pénale nouvelle, ayant exclusivement «pour objectif la défense des membres de la société contre les agressions criminelles » (p. 188) et, d'autre part, une conception traditionnelle « d'irréalisable rétribution de la faute morale » que l'on prétendrait être « le principe inspirateur du C. pén. italien en vigueur et même des plus récents projets de C. pén. étrangers » (ibid).

Que le légsilateur, au cours des cent dernières années, ait commis la faute de laisser jouer trop librement la fixation judiciaire de la peine et que, par là, il ait rendu possibles de ridicules tentatives de répression rétributives, je ne le conteste pas. C'est un risque que l'on court, toutes les fois que l'on ouvre la porte trop grande à la fixation judiciaire, et nous aurons même a nous demander si le nouveau projet a pris des précautions suffisantes contre ce risque, quand il a réglementé « l'application judiciaire des sanctions » (T. III, Chap. III).

Pour le moment, la question n'est pas là. Il s'agit encore une fois de la fixation légale de la peine, il s'agit du critérium répressif dont s'inspire le législateur; je ne puis admettre que, sur ce terrain précis, on cherche à créer une équivoque en instituant un débat factice, dans le seul but de triompher aisément d'adversaires imaginaires.

Mais, s'il est hors de doute que, dans nos systèmes répressifs modernes, la peine *légale* ne saurait être travestie en châtiment expiatoire, si l'on ne peut méconnaître qu'elle est, avant tout,

(1) Je contredis ici ouvertement une allégation du rapport (p. 248) dont j'ai démontré par anticipation l'inexactitude dans une étude parue en 1902 dans la Revue pénitentiaire sous le titre « *La fin d'un malentendu.* »

La démonstration est sommaire, mais il serait facile de lui donner plus d'ampleur.

conçue, organisée et édictée dans un but de défense sociale poursuivie par voie de prévention collective, s'ensuit-il qu'il faille décréter l'unification de toutes les mesures par lesquelles le législateur assure cette défense sociale, qu'il s'agisse de protéger la société contre les entreprises de véritables malfaiteurs ou contre les attentats d'aliénés criminels ?

Je reconnais immédiatement que dans une certaine limite — mais dans cette limite seulement — cette unification est désirable. Il faut enlever à l'autorité administrative le droit de prendre les mesures de sûreté nécessaires à l'égard des aliénés criminels. Il faut que ces mesures deviennent des actes juridictionnels: l'autorité judiciaire étant seule compétente pour les ordonner, comme pour y mettre fin. Mais cette réforme, réclamée depuis longtemps par tous les criminalistes, s'inspire de préoccupations tout à fait étrangères aux doctrines de l'école positive. Elle est liée en France à une refonte générale de notre loi sur les aliénés et ce serait assurément en retarder la réalisation que d'y mêler la question de la responsabilité morale et du caractère rétributif de la peine, qui n'a aucun lien avec elle.

Mais nous avons vu que l'unification consommée par le nouveau projet a une portée beaucoup plus considérable. Elle aboutit à supprimer toute différence de classement moral entre la peine qui frappe un malfaiteur et l'internement d'un aliéné criminel. Les auteurs du projet font même preuve d'une énergie, je dirai presque , d'une passion particulière, dans la poursuite de ce résultat. Non contents de se mettre ouvertement en opposition avec « les habitudes mentales d'une tradition séculaire », c'est-à-dire avec des *idées*, ils font la guerre aux *mots* eux mêmes, puisqu'ils expulsent le terme « peine » du vocabulaire du code « pénal » !

Cette conclusion n'est pas admissible et j'ajoute que des criminalistes, qui se disent positivistes, devraient être les premiers à l'écarter. Qui dit positiviste, dit un esprit résolu à tirer toute son information des données de l'expérience ou de l'observation, résolu par conséquent à rejeter toute notion transcendentale empruntée à la métaphysique et à s'incliner uniquement devant les faits.

Or y a t-il un fait plus constant et plus universel que la coloration morale de la peine et la flétrissure qui s'y attache ? Qu'en réalité la justice sociale ne punisse que pour défendre la société et qu'elle soit incapable de doser les responsabilités morales en

vue d'assurer une hypothétique expiation des fautes, soit ! Il n'empêche que la peine, conçue et organisée comme instrument de défense sociale, est interprétée par l'opinion comme la rétribution d'une faute, comme un châtiment, comme une désapprobation d'un individu par la collectivité.

Et pourquoi cette interprétation ?

Parce que, d'une part, le procédé employé pour la défense sociale et pour l'expiation est identique : c'est la souffrance. C'est par la menace de la souffrance qu'on s'efforce de prévenir le crime ; c'est par la souffrance que l'humanité, poussée par un instinct né avec elle, croit parvenir à l'expiation.

Parce que, d'autre part, dans l'opinion publique, qu'on le veuille ou non, tout acte mauvais, tout acte méchant, tout acte antisocial postule une volonté coupable, dont il procède.

Cette croyance unanime a-t-elle sa source dans une illusion ?

Je n'entends pas ouvrir ici un pareil débat.

Mais ce qui est sûr, c'est que M. Enrico Ferri, comme tous les déterministes d'ailleurs, abandonne les méthodes positivistes et se lance en pleine métaphysique quand il nie la liberté morale. J'ose dire que la négation de la liberté morale est encore plus métaphysique que son affirmation, puisqu'elle contredit une donnée immédiate de la conscience, c'est-à-dire un fait d'expérience psychologique. La croyance à un déterminisme universel, l'idée de soumettre l'activité psychique aux lois mécaniques et au parallélogramme des forces et, en général, tous les postulats, sur lesquels il est de tradition de fonder le déterminisme psychologique, sont d'ordre transcendental. Un acte de volonté est un phénomène vital dont il ne faut pas espérer trouver l'explication dans les données mortes et desséchées de l'analyse, pas plus qu'on ne découvre le secret de la vision dans la dissection d'un œil.

Mais mon étonnement n'a plus de borne quand je songe au singulier profit que M. Enrico Ferri va tirer de son infidélité au positivisme et de son incursion inopportune dans la métaphysique. Il va, inconsidérément, affaiblir la défense sociale contre le crime en la privant d'un merveilleux auxiliaire, la coloration morale de la peine !

Comment ! Nous avons la chance que notre répression utilitaire trouve un appui dans cette mystérieuse réalité qui est la conscience morale ; nous avons la chance qu'en frappant un individu, parce qu'il est dangereux pour la société et surtout

parce que nous avons peur qu'il ne trouve des imitateurs, cette réaction, purement défensive, est interprétée comme une satisfaction donnée à ce besoin non moins mystérieux d'une justice idéale et supérieure qui tourmente l'humanité depuis ses origines, nous avons cette chance! et ce sont des positivistes, c'est-à-dire des hommes qui ne doivent s'attacher qu'à ce qui est, sans se préoccuper de ce qui doit être, des hommes que leur doctrine même doit rendre *positifs* dans l'action, ce sont eux qui vont dépouiller la répression pénale d'un condiment si utile!

Vraiment l'ironie de ce contraste est trop piquante pour qu'il soit utile de la souligner davantage!

PAUL CUCHE.

Professeur de droit criminel à l'Uuiversité de Grenoble.

(A suivre.)

LA LÉGITIME DÉFENSE EN CAS DE POSSESSION ET DE DÉTENTION

Essai d'étude de droit pénal et de droit civil.

§ 1. — Toute la partie des droits réels, en exceptant le droit de gage, est dominée par la théorie de la possession (1), et les commentaires de droit civil font précéder l'explication des différents droits réels par une exposition de la théorie générale de la possession (2).

(1) Nous exceptons ici le droit de gage parce qu'il ne contient pas tous les traits qui caractérisent un droit réel (propriété et servitude foncière ou personelle) En effet, comme on le sait, le droit réel se distingue, parmi les droits privés, par le *pouvoir* que le sujet (le titulaire) du droit possède sur une chose, objet du droit, pouvoir qui l'autorise à en *tirer*, au moyen *d'actes matériels* entrepris sur elle, soit tous les *avantages* qu'elle comporte, par sa nature et par sa destination (droit de propriété), soit une partie de ses avantages (droit de servitude). Le titulaire d'un droit de gage n'a pas ce pouvoir sur la chose donnée en gage: s'il s'agit d'un gage immobilier, la chose qui forme l'objet du gage ne se trouve même pas entre les mains du créancier (elle reste chez le débiteur, personnel ou *propter rem*, qui continue à en jouir comme avant l'inscription de l'hypothèque ou à peu près), et, si c'est un gage mobilier, qui se constitue par la remise de la chose au créancier, celui-ci n'a pas le droit d'en jouir pendant la durée du gage, et, dans le cas contraire, il serait tenu à des dommages-intérêts envers le débiteur. [En droit romain, un pareil acte, de la part du créancier gagiste était qualifié de *furtum usus* et entraînait une condamnation pénale (L. 54, 1)., *De furtis*, 47-2; Inst., Liv. IV, tit. I, *De oblig. ex delicto*, §. 6: E. Didier-Pailhé (éd. de M. Charles Tartari), *Cours élémentaire de Droit romain*, t. II, p. 138; E. Cuq; *Les institutions juridiques des Romains*, *L'Ancien Droit*, p. 642; P. F. Girard, *Manuel élementaire de Droit romain* p. 520]. Le droit de gage ne peut être considéré comme droit réel qu'autant que c'est un droit *erga omnes*, comme le droit de propriété et de servitude. Il faut pourtant faire observer ici que ce dernier caractère n'est pas spécial aux seuls droits réels: chaque droit privé existe *erga omnes*, en ce sens que chaque particulier est obligé de respecter *tout droit privé* d'un autre particulier, fût-il un droit de patrimoine, *Vermogensrecht*, ou un droi de famille, *Familienrecht* En effet, un droit privé quelconque constitue pour son titulaire un *bien*, et à l'égard de ce bien, les autres particuliers doivent s'abstenir de tout acte pouvant lui porter préjudice: c'est une *obligation de ne pas faire* (*obligatio in non faciendo*) qui caractérise non seulement les rapports entre le titulaire d'un droit réel et les autres particuliers, mais aussi les rapports entre les tiers et le titulaire d'un autre droit privé, c'est-à-dire d'un droit de créance ou d'un droit de famille. A ce point de vue il n'y a pas de différence entre les diverses espèces de droits privés: de quelque droit privé qu'il s'agisse, les particuliers sont toujours tenus de respecter un tel droit d'un autre particulier en évitant tout procédé de nature à nuire au droit en question. Ceci signifie que ce sont tous les droits privés qui existent *erga ommes* et non seulement les droits réels, et ce caractère étant commun à tous les droits privés, on ne peut dire que le droit de gage soit un droit réel uniquement parce qu'il existe *erga omnes*: cette qualité ne le transforme pas en un droit réel, pas plus que la même qualité ne transforme en un droit réel un droit de créance ou un droit de famille.

(2) Nous pensons ici surtout aux auteurs allemands et autrichiens et aux commentateurs du C. civ. allemand de 1896-1900 et du C. civ. autrichien de 1811, puisque ces deux codes contiennent des chapitres spécialement consacrés à la

La possesion est, comme on le sait, *l'exercice de fait* du droit de propriété ou d'un droit de servitude, c'est-à-dire *l'exercice de fait* des *attributs* du droit de propriété ou des *attributs* d'un droit de servitude. Ou, mieux, la possession est *l'exercice de fait* des *actes matériels* sur une chose, actes auxquels est, de par la loi, autorisé le titulaire du droit de propriété ou d'un droit de servitude. La possession est donc la manifestation *extérieure*, *matérielle* de la *volonté* du *sujet* (vrai ou supposé) d'un droit de propriété ou d'un droit de servitude (1), volonté que la loi consacre et garantit.

La possession est protégée par la loi sans qu'il y ait à distinguer si la possession résulte ou non d'un *modus acquirendi* légal (l'occupation, la tradition, la succession) et si elle est ou non fondée sur un *titulus acquirendi* (*justa causa*), pas plus qu'il n'y a à se demander si la possession, qu'elle repose sur un *modus acquirendi légal* et un *titulus acquirendi* ou non, est ou non de *bonne foi* (*bonæ fidei*). Il suffit que le fait matériel de détenir une chose réponde à la définition de la possession donnée tout à l'heure pour que ce fait jouisse de la protection légale. En

possession et qui vont, dans ces codes, avant ceux s'occupant des droits réels (v. les §§ 854 à 872 pour le C. civ. allemand, les §§. 309 à 352 pour le C. civ. autrichien). Le C. civ. suisse de 1907-1912 renferme, lui aussi, un titre spécial sur la possession, seulement ce titre vient après l'exposition des droits réels (v. les art. 919 à 942). Le C. civ. français ne parle de la possession que lors et à l'occasion des règles sur la prescription (v. surtout les art. 2228 à 2241). Néanmoins, la possession existe aussi dans le droit civil français comme un institut juridique spécial indépendant de la théorie sur les droits réels et l'usucapion, bien qu'en ce qui concerne les choses mobilières, la théorie de la possession trouvera, en droit français, moins d'application à cause de la règle : en fait de meubles la possession vaut titre (art. 2279 al. 1 du C. civ. français) que dans les législations civiles qui ont admis, en matière d'usucapion de choses mobilières, le système du droit romain (tels sont p. ex. le C. civ. autrichien et le C. civ. serbe).

(1) Les juristes romains disaient, en tant qu'il s'agissait du droit de servitude (foncière ou personnelle), qu'il y avait ici une *quasi-possessio*, terme impropre et inexact : l'exercice de fait d'un droit de servitude est, lui aussi, une *possession*, seulement comme cet exercice n'embrasse que quelques-uns des attributs du droit de propriété, la possession, en matière de servitude, n'est pas si large que lorsqu'il s'agit de la possession du droit de propriété. Voir à ce sujet : A. Collin et H. Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. I, p. 873 et 874, 2e édition, 1919. Ajoutons encore qu'il n'est pas possible de *posséder* un droit de gage, parce que le droit de gage n'implique pas une *puissance matérielle* du titulaire de ce droit sur l'objet du gage, lequel, comme nous l'avons déjà dit, reste en la *puissance matérielle du débiteur* ; or cette puissance matérielle sur une chose constitue la base de la possession. C'est pour cette raison que le droit de gage ne peut pas être usucapé — il n'y a pas d'usucapion sans possession. En un mot, comme nous avons vu, le droit de gage n'est pas, en vérité, un droit réel.

conséquence, même la possession vicieuse (vitiosa possessio), c'est-à-dire celle acquise *vi*, *clam* ou *precario*, est protégée par la loi.

La *protection légale* de la possession ou la protection de la possession *par voie d'autorité* consiste dans le droit que la loi reconnaît au possesseur troublé dans sa possession ou privé de sa possession *vi*, *clam* ou *precario (dejectio)* de s'adresser à l'organe public compétent à l'effet de faire cesser le trouble ou la dépossession. Dans le premier cas, l'action du possesseur s'appelle la complainte (*interdictum retinendæ possessionis* du droit romain, die *Besitzstörungsklage* du droit privé allemand et autrichien), dant le second cas, l'action du possesseur dépossédé contre le *dejicens* porte le nom de réintégrande (*interdictum recuperandæ possessionis*, *die Besitzentsetzungsklage*) (1)

La protection légale, en cas de *dejectio*, n'est pourtant pas assurée au possesseur dont la possession aurait été *vicieuse*, à la condition que *l'interdictum recuperandæ possessionis* soit dirigé précisément contre celui qui avait été dépossédé *vi*, *clam* ou *pré-*

(1) En droit civil français, on professe généralement que la division des actions réelles en actions *pétitoires* et actions *possessoires* (la complainte, la réintégrande et la dénonciation de nouvel œuvre) n'a trait qu'aux immeubles, et quant aux *meubles*, on enseigne qu'il n'y a qu'une seule espèce d'actions réelles, les actions *pétitoires* et que les actions possessoires n'existent pas ici.

Les auteurs ainsi que la jurisprudence se basent en cette matière sur les art. 23 à 27 du code de procédure civile (Jugements sur les actions possessoires). V. aussi la loi du 25 mai 1838 et la loi du 12 juillet 1905 sur les justices de paix, art. 7-2°, ainsi que l'art 2060 c. civ. V. sur cette question E. Garsonnet, *Précis de procédure civile*, p. 248 à 250 ; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *Leçons de procédure civile*, t. I p. 739 et 746 (15e édition, 1909) ; H. Bonfils, *Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure en matière civile et commerciale*, t. I, p. 73 à 83 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, p. 706 à 708, 8e édition, 1920 ; G. B. Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. I, p. 652 (12e édition, de M. le professeur Pierre Binet, 1919) ; A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 996. à 1003. On soutient qu'à la suite de l'introduction, dans le code Napoléon, de la règle : En fait de meubles, la possession vaut titre (art. 2279 al. 1), les actions possessoires et mobilières sont devenus inutiles : un possesseur de meuble troublé ou évincé a à sa disposition une action en revendication (la *rei vindicatio*) pour écarter le trouble ou pour se faire réintégrer dans sa chose. Mais, comme le remarquent fort justement MM. A. Colin et H. Capitant (*op. cit.*, t. I, p. 996 et 997) : « Il y a des cas, en effet, on s'en souvient, où le propriétaire d'un meuble peut le revendiquer entre les mains du tiers qui le possède (même si ce dernier est de bonne foi). On comprendrait donc qu'il y eût, dans ces cas, des actions possessoires, pour permettre au possesseur de résister à toute tentative d'usurpation d'un tiers ». Mais même en dehors du cas auquel les honorables auteurs font ici allusion (art. 2279 al. 2 et 2280), il peut y avoir des situations où une action possessoire mobilière aurait sa raison d'être et son utilité. D'abord, se serait le cas où un possesseur de meuble ne pourrait se prévaloir de la règle : En fait de meubles, la possession vaut titre,

cario par le demandeur au possessoire : le défendeur à l'égard de qui la possession du demandeur est vicieuse lui opposera *l'exceptio vitiosæ possessionis* et sera ainsi maintenu en la possession de l'objet litigieux. En effet, si on décidait autrement, la loi serait illogique : elle donnerait ici, au préjudice de celui qui possède, la préférence à celui qui non seulement *ne possède pas* actuellement mais encore à celui qui avait possédé antérieurement d'une façon *vicieuse*. En supposant même que le possesseur actuel soit, lui aussi, arrivé à la possession *vi*, *clam* ou *precario*, avant d'avoir été dépossédé de la même façon par le demandeur au possessoire, il est certainement plus rationnel de laisser la chose au défendeur (possesseur actuel) : entre deux plaideurs dont l'un et l'autre avaient acquis la possession *vicieusement*, il vaut mieux

parce que sa possession manquerait de bonne foi. Tous les auteurs sont d'accord que cette règle n'est profitable qu'au possesseur *bonae fidei* ; mais si la bonne foi est une des conditions d'application de l'art. 2279 al. 1 du C. civ, il en résulte que c'est au possesseur de prouver l'existence de cette condition, comme il est tenu de prouver l'existence des autres conditions exigées pour l'application de ladite règle, car *actori incumbit probatio* : or le possesseur ne peut démontrer sa bonne foi qu'en démontrant l'existence d'un *titulus acquirendi*. Si, en matière d'usucapion, la *bona fides* se présume (v. l'art. 2268 c. c. : A Colin et H. Capitant, *op. cit*, t. I, p. 907), c'est parce que *l'usucapiens* doit produire un *juste titre*, et alors la présomption de bonne foi ayant ici son assise est toute naturelle et compréhensible. Mais qu'un possesseur de meuble qui ne produit aucun juste titre pût invoquer la présomption de bonne foi, ce ne serait ni naturel ni compréhensible. Il n'y a donc que les possesseurs de meubles qui parviennent à prouver l'existence d'un juste titre — et à cette condition ils seront réputés aussi être de bonne foi — qui possèdent, en vertu de l'art. 2279 al. 1. C. c., la qualité de propriétaire. La coutume française : En fait de meubles la possession vaut titre, ne s'était séparée du droit romain qu'autant qu'elle ne demandait plus, comme celui-ci, une *possession annale* pour usucaper un meuble, mais quant aux deux autres conditions, l'existence d'un juste titre et la bonne foi (celle-ci était d'ailleurs présumée, s'il y avait un juste titre), exigées par le droit romain pour l'usucapion, la coutume, croyons-nous, n'avait nullement entendu les abandonner, pas plus la première que la seconde. Et, s'il en est ainsi, l'action en revendication ne saurait profiter à un possesseur de meubles, fût-il de bonne foi, s'il ne produisait pas un *juste titre* (un titre *putatif* de même qu'un titre *nul* ne suffiraient pas), et c'est alors qu'une action possessoire (la réintégrande) serait utile à ce possesseur, car elle protégerait *toute possession mobilière, toute*, c'est-à-dire même une possession sans juste titre ni bonne foi. Mais, même si on admet, comme on le fait généralement, que l'art. 2279 al. 1. C. c. ne demande un juste titre que comme élément de la bonne foi (et une des conséquences de cette doctrine serait que la règle : en fait de meubles, la possession vaut titre, pourrait également être invoquée par celui-là qui prouverait sa bonne foi bien que tout titre, même nul ou putatif, lui manquerait — situation qui d'ailleurs aurait rarement lieu : or nous sommes convaincu qu'en pareil cas, l'art. 2279 al. 1, malgré la bonne foi du possesseur, ne pourrait recevoir son application), les actions possessoires mobilières auraient leur utilité : elles protégeraient la possession de ceux qui étant de mauvaise foi (avec un juste titre ou sans lui) ne pourrait usucaper qu'après une possession de trente ans (art. 2262 C. c.).

maintenir en possession celui qui possède *présentement* (*in pari causa melior est causa possidentis*). Mais, s'il s'agit de *l'interdictum retinendæ* possessionis, le possesseur dont la possession est *vicieuse* est protégé même contre la personne envers laquelle sa possession est *vicieuse* (1). Comme nous voyons, grâce à la protection légale, la possession qui, lorsqu'elle est séparée du droit de propriété ou du droit de servitude, n'est qu'un *fait*, devient un *véritable droit subjectif* : toute manifestation et réalisation d'une volonté d'un particulier lorsqu'elle est garantie et consacrée par une disposition du droit objectif, constitue un *droit subjectif* (privé ou public).

En second lieu, la loi autorise le possesseur à protéger sa possession par lui-même, par sa *propre force*. Le C. civ. français n'a prévu ni réglé cette sorte de protection de la possession, mais il ne peut certainement y avoir de doute sur ce point : un possesseur a le droit, aussi d'après la législation française, de repousser une attaque contre sa possession (1). Le C. civ. autrichien (de 1811) s'occupe de la protection de la possession dont nous parlons ici dans les §§ 19. « *Jedem, der sich in seinem Rechte gekränkt zu sein erachtet, steht es frei, seine Beschwerde vor der durch die Gesetze bestimmten Behörde anzubringen. Wer sich aber mit Hintansetzung der selben eigenmächtigeu Hülfe bedienet, oder, wer die Grenzen der Nothwehre überschreitet, ist dafür verantvortlich* » : « Toute personne qui se considère lésée dans son droit est libre de porter plainte devant les autorités désignées par la loi. Celui qui, en laissant de côté les autorités, se fait justice lui-même, ou dépasse les limites de la légitime défense, en sera responsable » et 344. « *Zu den Rechten des Besitzes gehört auch das Recht, sich in seinem Besitze zu schützen, und in dem Falle, dass die richterliche Hilfe zu spät kommen würde Gewalt mit angemessener Gewalt abzutreiben* (§ *19*)... » : « Parmi les droits de la possession se trouve aussi le droit de protéger sa possession, et, dans le cas où le pouvoir judiciaire viendrait

(1) Pour la possession vicieuse en droit romain (possessio viciosa), voir l'excellent ouvrage de M. Ed. Vermond, *Théorie générale de la possession en Droit romain*, p. 345 et suivantes.

(1) Voir à ce sujet R. Garraud, *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, t. I, p. 575, où il est dit :..... le propriétaire a certainement le droit de s'opposer par force à la *consommation* du vol, d'arrêter le voleur pris en flagrant délit (C. ins. cr., art. 106) ; et, si celui-ci oppose la *violence* personnelle pour terminer l'acte qu'il a commencé ou se dégager et s'enfuir, le propriétaire est certainement autorisé à employer la force pour vaincre sa résistance. »

trop tard, le possesseur est autorisé à repousser la force par une force correspondante ».

Cet institut juridique s'appelle : *die Selbsthülfe* (le secours par soi-même) qui peut être de deux espèces : *a)* il y a d'abord : *die Selbstverteidigung* (la défense par soi-même), et elle signifie le droit pour tout possesseur, quel qu'il soit (fût-il même un possesseur dont la possession est *vitiosa* — *unechter, vitiöser Besitz*), de défendre par lui-même, personnellement sa possession. Il va sans dire que le possesseur attaqué a aussi le droit d'appeler à son aide l'autorité publique, et c'est ce qu'il fera précisement dans le cas où il ne se sentirait pas suffisamment fort pour repousser l'agresseur sans l'intervention de l'autorité. *b)* Il y a, ensuite, *die Selbstbefriedigung* (l'action de se donner soi-même satisfaction) : ceci suppose que le possesseur n'a pas réussi à se maintenir, malgré sa défense, en la possession de la chose et que l'agresseur est parvenu à s'en emparer ; alors le possesseur est autorisé à poursuivre (*verfolgen*) le tiers jusqu'à ce que celui-ci lâche l'objet. Mais il faut, comme le dit le Dr M. von Stubenrauch (*Commentar zum allgemeinen œsterreichischen bürgerlichen Gesetzbuche*, Bd. I., S. 419.), que la reprise de la chose s'effectue *in continenti*, ce qui veut dire que le droit à la *Selbstbefriedigung* cesse dès qu'a cessé la poursuite (*die Verfolgung*) : après ce moment, le possesseur dépossédé ne peut, s'il désire reprendre sa chose, que s'adresser, au moyen d'une action possessoire (*die Besitzentsetzungsklage*, la réintégrande), à la justice compétente (1). Le C. civ. allemand contient sur la *Selbsthülfe* des dispositions dans les §§ 227 à 230 et 859 et 860. A noter surtout les alinéas 2 et 3 du § 859, al. 2 : « *Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittelst verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie dem auf frischen That betroffenen oder verfolgten Thäter mit Gewalt wieder abnehmen* » ; al. 3 : « *Wird dem Besitzer eines Grundstücks der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so darf er sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Thäters wiederbemächtigen* » : « Si une chose a été enlevée à son possesseur par une violence défendue, celui-ci a le droit de poursuivre, mais immédiatement, l'agresseur

(1) V. aussi, sur cette sorte de protection de la possession : Dr J. Unger, *System des œsterreichischen allgemeinen Privatrechts*, Bd. II., § 111. ; Dr J. Krainz und Dr L. Pfaff, *System des œsterreichischen allgemeinen Privatrechts* (Vollständig umgearbeitet von Dr Armin Ehrenzweig), fünfte Auflage, 1918, Wien, Erster Band, S. 491. à 512.

et de reprendre la chose par force » ; « Si un fonds a été enlevé à son possesseur par une violence défendue, il a le droit, mais immédiatement après la dépossession, de se remettre par force en la possession de la chose, ou dans un court espace de temps. « *Sofort oder binnen kurzer Frist* », disent, pour le cas de l'al. 3, MM. Dr Otto Fischer und Dr Wilhelm von Henle, *Bürgerliches Gesetzbuch*, S. 452, § 859, Anm. 5. Voir aussi : Dr H. Dernburg, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*, Dritter Band, *S. 73* ; Dr B. Matthiass *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes*, Bd. II., S. 15. Le C. civ. suisse (de 1907-1912) formule ces mêmes règles dans l'art. 926 (V. Dr Eugen Curti-Forrer, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen*, S. 675. und 676., § 926.). Le C. civ. serbe (de 1844) consacre la même institution dans le § 16 (pas d'une façon aussi claire que le § 19 du C. civ. autrichien auquel il correspond) et le § 208 (celui-ci bien plus catégorique).

Maintenant se pose la question suivante : jusqu'à *quelles limites* un possesseur attaqué dans sa possession peut-il aller dans la défense de celle-ci? Spécialement, est-il *autorisé* même à faire à l'agresseur un *mal* prévu et puni par la loi pénale, mal qui, ici, serait *excusable* ? En d'autres mots, serait-il permis au possesseur de *blesser* ou de *tuer* l'agresseur soit pendant la première phase de la lutte, la défense, *die Verteidigung*, soit pendant la seconde phase, la poursuite, *die Verfogung*?

En droit français, on discute sur le point de savoir si l'art. 328 du C. pén. : « Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui », s'applique aussi à la défense légitime de la *propriété*. On répond, en général, *négativement*, malgré les dispositions de l'art. 329 du C. pén., dispositions qu'on ne conçoit que comme des cas spéciaux de défense légitime de la *vie*. Néanmoins, M. R. Garraud admet qu'il peut y avoir de la légitime défense consacrée par l'art. 328 du C. pén. également en cas de défense de la *propriété*, pourvu que les blessures ou le meurtre n'aient eu lieu que pour écarter, en matière de propriété, un mal irréparable (*Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, t. II, p. 576, 2e édition, 1898 ; voir aussi R. Garraud, *Précis de Droit criminel*, p. 243 et 244, 11e édition, 1912), en ce sens aussi, E. Garçon, *C. pén. annoté* dans le « Recueil général des lois et des arrêts et journal du

Palais », tome I (art. 1 à 405), 1901-1906, p. 817 (sur la défense de la propriété).

Quant à nous, nous trouvons que cette application étroite de la règle concernant le fait justificatif (*der Ausschliessungsgrund der Rechtswidrigkeit*) nommé *défense légitime*, application dont fait preuve le droit pénal français, ne peut être que symphatique, car la loi positive relative à la défense légitime, même restreinte au cas de péril pour la vie de celui qui s'en sert, est en opposition manifeste avec l'un des principaux enseignements de la religion chrétienne. En effet, le premier des Dix Ordres du Christ dit : « Tu ne tueras pas ». Et c'est une interdiction absolue : on ne doit pas tuer même en se défendant. Nous devons nous laisser tuer plutôt que de tuer. Lorsqu'on tue en se défendant, il y a alors deux pécheurs, celui qui avait attaqué et celui qui a donné la mort a l'agresseur, tandis que, dans le cas où on se fait tuer par l'agresseur, il n'y a qu'un seul pécheur, l'agresseur, or Jésus-Christ désire qu'il y ait, ici-bas, des pécheurs aussi peu que possible. A peine est-il besoin d'ajouter qu'en interdisant de tuer lors de la défense de soi-même, en *défensive*, Jésus-Christ interdit le meurtre d'autant plus *en offensive*.

Adversaire d'une application de l'art. 328 du C. pén. au cas de légitime défense de la propriété, le droit français doit l'être certainement encore davantage, s'il s'agit de la défense de la *possession* : comment serait on admis à blesser ou à tuer en défendant un *fait*, la possession, puisqu'on ne peut blesser ou tuer en défendant un *droit*, la propriété ? (1)

En droit pénal allemand, l'application du principe de la légitime défense est bien plus large qu'en droit pénal français. Les criminalistes allemands expliquent le §. 53 du C. pén. allemand (*Das Strafgezetzbuch für das Deutsche Reich*) de la façon suivante : d'après cette disposition, il n'y a pas à distinguer, en matière de légitime défense (*die Notwehr*), entre les différents *biens juridiques* (*Rechtsgüter*) : le §. 53 concerne la défense de tous les

(1) M. Garraud ne s'explique pas d'une façon précise sur ce point. Il dit, il est vrai, dans son *Précis de Droit criminel*, p. 244, 11e édition, 1912, que « la défense des biens est *légitime* si elle n'est pas *excessive*, » mais il n'est pourtant pas certain que M. Garraud, par le terme de « bieus, » employé ici, comprenne aussi la *possession*, attendu que, d'une part, il s'occupe, dans cet endroit de son ouvrage, de la question concernant l'application de l'art. 328 du C. pén. à la defense de la *propriété* et que, d'autre part, la *possession* est très souvent *séparée* de la *propriété*. M. Garçon laisse, lui aussi, ce point en dehors de ses prévisions, à l'endroit, cité déjà, de son ouvrage : *Le Code pénal annoté*.

biens juridiques, par conséquent aussi la défense de la possession *des Besitzes* (1).

Le C. pén. serbe (du 29 mars-10 avril 1860) traite de la légitime défense dans son §. 54, où il est statué qu'il y a lieu d'appliquer la règle de la légitime défense en cas d'attaque illégale contre *la vie*, la *liberté* ou *l'avoir*, soit de la personne qui a recours à la légitime défense, soit d'un tiers. Que comprend la loi par l'expression : *l'avoir* ? La propriété seulement ou aussi la possession ? On décide que le mot *l'avoir* signifie ici tant la possession que la propriété (2).

Il s'ensuit que, d'après les législations allemande et serbe, toute possession peut être objet d'une légitime défense, voire aussi celle qui manquerait à la fois d'un *titulus acquirendi* et de *bona fides* : en conséquence, un possesseur dont la possession est vicieuse jouit également du droit de recourir, au besoin, à la légitime défense, si on vient l'attaquer dans sa possession, et dans cette défense il peut aller jusqu'à *frapper*, *blesser* et *tuer* même l'agresseur. Le peut-il aussi, s'il s'agit d'une attaque de la part de la personne envers laquelle sa possession est vicieuse ? Nous pensons qu'il faut répondre affirmativement, car nous avons vu que ces législations protègent *toute possession* et à l'égard de *toute personne* (excepté, comme nous l'avons déjà dit, dans le cas où le *dejicens* serait la même personne à laquelle le possesseur qui vient d'être dépossédé aurait, avant sa propre dépossession par le dejicens, enlevé la chose *vi*, *clam* ou *precario*) (1).

(1) Voir à ce sujet, Dr. Franz von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21. und 22. Auflage, 1919., S. 139. : « Es ist unrichtig, die Notwehr auf Angriffe gegen Person und Besitz beschränken zu wollen » : « Ce serait inexact de vouloir limiter la défense légitime à la seule attaque contre la personne et contre la possession » ; Dr. R. Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, elfte bis vierzehnte Auflage, 1919, S. 122. : « Gleichgültig ist, gegen welches Interesse (Rechtsgut) sich der Angriff wendet » : « Peu importe l'intérêt juridique contre lequel l'attaque est dirigée ». Dr. H. von Olshausen, *Kommentar zum Strafgesetzbueh für pas Deutche Reich*, Bd. I., S. 229., zehnte Auflage, 1916. ; Binding, *handbuch des devtschen Strafrechts*, Bd. I., 744., 745., Aufl. 1885..

(2) V. Dr. Thomas Givanovitch, prof. de Droit pénal à l'Université de Belgrade (Serbie), *Éléments du Droit pénal*. Partie générale, t. I, p. 103, 1910 (en serbe). Faisons observer que le C. pén. serbe a été élaboré, en principe, d'après le C. pén. prussien du 14 avril-1er juillet 1851 : V. Dr. T. Givanovitch, *op. cit.*, Partie générale, t. I, Avant-propos.

(1) Comme nous avons vu plus haut, le paragraphe 54 du code pénal serbe ne mentionne pas l'*honneur* parmi les biens juridiques auxquels s'applique le principe de la légitime défense, d'où il résulte qu'abstraction faite du cas où l'attaque contre l'honneur constituerait un attentat menaçant le *corps* ou la *vie* de la vic-

La question se pose à présent de savoir si, dans lesdites législations (allemande et serbe), le possesseur, attaqué dans sa possession, se trouve en état de légitime défense dans les deux phases de la lutte ; s'il s'y trouve non seulement pendant la défense proprement dite, *die Verteidigung* (phase où il possède encore la chose en tâchant de refouler l'agresseur), mais aussi pendant la poursuite, *die Verfolgung* (phase où il fait la chasse à l'agresseur qui s'enfuit avec la chose enlevée)? L'état de légitime défense dure-t-il donc dans la contre-offensive (le retour offensif) du possesseur attaqué aussi bien que dans sa défensive? Ici les opinions sont partagées : d'après une opinion, le possesseur n'est plus en état de légitime défense dès que l'agresseur est parvenu à s'emparer de la chose, et à pris la fuite. Sans doute, le possesseur a-t-il le droit de le poursuivre à l'effet de recouvrer sa chose, mais il ne serait pas autorisé à blesser, encore moins à tuer l'agresseur pendant la poursuite (1); selon une autre opinion, l'état de légitime défense ne cesse pas avec l'enlèvement de la chose et la fuite de l'agresseur : cet état dure tant que dure la chasse (2).

Cette dernière doctrine est un peu trop rigoureuse : en effet elle admet virtuellement que même le possesseur dont la possession est *vicieuse* peut aussi *blesser* ou *tuer*, pendant la poursuite, celui qui lui a enlevé la chose, et elle apparaît encore plus rigoureuse, si nous supposons que l'agresseur soit précisément la personne à l'égard de laquelle la possession de celui qui la poursuit était vicieuse (1).

J. PERITCH,

Professeur de droit à l'Université de Belgrade (Serbie).

(*à suivre*).

time, le paragraphe 54 est étranger à la défense de l'honneur. Pour la défense de l'honneur la législation serbe ne permet pas d'autre voie que celle d'une plainte portée devant l'autorité. (*Contra* le droit pénal allemand où, parmi les *Rechtsgüter*, biens juridiques, qu'on est autorisé à défendre par tous moyens, figure aussi l'honneur, die Ehre : Angriff gegen die Ehre. Voir sur ce point les auteurs allemands cités plus haut.

La législation serbe protège donc même la *possession de mauvaise foi*, voire la *possession vicieuse*, plus efficacement que l'honneur ; elle protège mieux un bien *matériel* qu'un bien *moral*, elle estime ici davantage la *matière* que l'*idée*, l'*esprit*. Notons, néanmoins, un arrêt de la Cour de cassation serbe du 18 octobre 1876 a. s., n° 3281, décidant qu'il y a légitime défense (§ 54 du Code pénal serbe) dans le cas où un mari aurait tué l'homme qu'il aurait surpris en flagrant délit d'adultère avec sa femme, arrêt qui peut trouver difficilement sa justification légale, vu le *texte* du paragraphe 54 du code pénal serbe. Pour la défense légitime en cas d'outrage, en droit pénal français, voir : R. Garraud, *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, t. I, p. 574 et 575, et E. Garçon, *op. cit.*, p. 818).

(1) En ce sens, Dr V. Liszt, *op. cit.*, S 138. und 139..

(2) En ce sens, Dr R. Frank, *op. cit.*, S. 123. ; Dr J. von Olshausen, *op. cit.*, Bd. I., S. 231., 9e ; Dr T. Givanovitch, *op. cit.*, partie générale, t. I., p. 106., 1.

(1) Ce serait certainement une erreur que de penser que le possesseur dont la possession est vicieuse ne se trouverait pas en état de légitime défense, s'il venait à être attaqué par celui envers qui sa possession est vicieuse ; ce serait une erreur de le penser parce que ce dernier n'est pas non plus autorisé à se remettre de force en la possession de sa chose : il n'a à sa disposition que l'action possessoire (*interdictum rei recuperandae*), et s'il attaque néanmoins le possesseur actuel, il commettrait un acte *illégal* (*eine rechtswidrige Handlung*), le possesseur ainsi attaqué serait dans ce cas en état de légitime défense. Mais, et nous l'avons déjà dit, si l'agresseur parvenait à reprendre définitivement sa chose et que le possesseur dont la possession avait été *vicieuse* vis-à-vis de l'agresseur s'adressait à l'autorité au moyen d'un *interdictum recuperandae possessionis* dirigé contre le *dejicens*, il serait débouté de sa demande: le fait, de la part de l'agresseur (ancien possesseur), d'avoir réussi à reprendre sa chose par sa propre force a changé son acte illégal (l'agression) en un acte *légal* ; c'est une application de la *théorie* du succès.

Faisons remarquer ici que, suivant le § 858, al. 2 du C. civ. allemand, la possession acquise « *durch verbotene Eigenmacht* » c'est-à-dire par un moyen défendu par la loi, est appelée « *fehlerhaft* » (défectueuse, vicieuse). Il est dit encore dans le même al. du § 858 : « *Die Fehlerhaftigkeit muss der Nachfolger im Besitze sich gelten lassen, wenn er der Erbe des Besitzers ist oder Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt* » : « Le successeur en possession est tenu de subir les conséquences des vices de sa possession, s'il est héritier du possesseur, ou si, lors de l'acquisition de la possession, il connaît les vices de celle-ci », ce qui, en substance, signifie que le caractère vicieux d'une possession accompagne celle-ci entre les mains de l'héritier ainsi qu'entre celles d'un successeur à titre particulier, mais, dans ce dernier cas, seulement si le second possesseur avait connu ce défaut de la possession de son prédécesseur. En conséquence, dans lesdits cas, le possesseur privé de sa chose *vi*, *clam* ou *precario* a, pour la protection de sa possession, à sa disposition les mêmes droits et moyens contre le second possesseur que contre le premier possesseur, auteur du second possesseur, et ces droits et moyens sont, comme nous le savons déjà, les actions possessoires, l'*exceptio vitiosae possessionis* et la *Selbsthülfe* (en ce sens les § § 859, 861, 862 du C. civ. allemand). Voir : Dr Otto Fircher und Dr Wilhelm von Henle, *op. cit.*, S. 452. à 454..