QUESTIONS PÉNITENTIAIRES ET PÉNALES

I

Le nouveau projet de code pénal italien (1)

(Suite et fin).

II. — J'en ai fini avec les principes inspirateurs du projet. Il me reste à en apprécier brièvement les dispositions les plus importantes.

Le travail de la Commission de réforme n'a porté, jusqu'à présent, que sur le premier livre du C. pén., qui correspond à ce que nous appelons dans nos programmes universitaires, le droit pénal général, c'est-à-dire l'étude des peines et des principes généraux de l'incrimination. La réglementation particulière des différents crimes ou délits, ou droit pénal spécial, fera l'objet du second livre.

C'est évidemment dans le premier livre que nous devons nous attendre à rencontrer les innovations les plus intéressantes et les plus nombreuses.

Ce livre est divisé en trois titres, le Crime, le Criminel, les Sanctions (rappelons-nous qu'il ne faut plus dire les Peines).

L'auteur du rapport s'attache à montrer que cet ordre est le plus logique et le plus naturel. Ne commence-t-on pas par découvrir le crime? Ensuite, on s'occupe du criminel qui l'a commis et l'on détermine enfin les sanctions qu'il convient de lui appliquer.

Je ne fais aucune difficulté de reconnaître qu'il a raison. Cet ordre est excellent et devrait être suivi dans tous les projets de C. pén., qui, désormais, à l'imitation du projet italien, prendront le crime comme « point de départ » de la « norme législative »; mais nous inviterons leurs auteurs à ne pas annoncer ensuite qu'ils ont déplacé le « pivot » de la répression!

Le crime. — En 7 articles (art. 11 à 17) le Titre I donne la définition du crime, établit une classification des crimes et pose les principes de la répression de la tentative et de la participation criminelle.

(1) Voir *suprà* p. 299.

La définition du crime, qu'adopte le projet, est la définition traditionnelle, la seule, d'ailleurs, qui puisse figurer dans un C. pén., où les dissertations philosophiques ne doivent pas trouver accueil : art. 11 : « Tout fait, pour lequel une des sanctions de ce Code est établie, constitue crime » (*sic*).

Vient ensuite une classification très sommaire des crimes en crimes intentionnels et non intentionnels, d'une part, en crimes de droit commun et crimes politico-sociaux, d'autre part.

A propos de la première classification, l'auteur du rapport présente une analyse de l'élément psychologique de l'infraction qui pourrait figurer dans le plus classique de nos traités de droit criminel. Dans cet élément psychologique, Enrico Ferri distingue la volonté, l'intention et le but et il s'attache à montrer que la considération du but, qui n'est en somme que le motif déterminant, est d'une telle importance, pour apprécier la criminalité de l'acte, que, parfois, elle peut entraîner l'impunité, par exemple, le meurtre commis en état de légitime défense.

Tout cela n'est pas bien nouveau et je l'eus volontiers passé sous silence, si je n'y découvrais une tendance à « spiritualiser la justice pénale » (j'emprunte l'expression au Rapport, p. 213) et à punir le délinquant, non pas tant pour ce qu'il a fait, que pour ce qu'il s'est révélé capable de faire, d'après les *motifs* qui l'ont fait agir. Nous rencontrerons dans la réglementation de « l'état de danger du criminel » une nouvelle manifestation de cette tendance qui s'impose tous les jours plus impérieusement à la pratique judiciaire, sans qu'aucune école de droit pénal puisse, à mon avis, s'attribuer le mérite de la lui avoir suggérée. Les théoriciens n'ont fait que systématiser, après coup, une tactique répressive, directement inspirée de la lutte journalière contre les progrès du crime.

En ce qui concerne les délits non intentionnels, je relève dans le rapport une affirmation inexacte et surtout tendancieuse. « Si l'on punissait, dit Enrico Ferri, le fait délictueux, en tant qu'effet de liberté volitive ou même de simple action volontaire, il serait impossible de donner une justification logique et juridique à la punition des délits non intentionnels, surtout quand ils consistent dans une omission involontaire ». Ainsi donne-t-on à entendre que les législations répressives, inspirées des doctrines de l'école classique, ne peuvent, sans inconséquence, déclarer punissables les crimes involontaires ou d'imprudence.

Il y a là une erreur qui procède d'une conception inexacte du délit non intentionnel. L'auteur d'un semblable délit n'est pas puni pour avoir voulu l'acte dommageable délictueux, mais bien pour n'avoir pas employé sa volonté à prévoir et à écarter ce qui l'a facilité et rendu possible. Comme le dit assez heureusement le Rapport — justement à propos des délits d'imprudence — il y a « un minimum de discipline sociale » qu'il faut savoir s'imposer « dans la vie civile » (p. 203). Négliger ce minimum, c'est assurément faire un acte de volonté punissable. On peut dire que le délit de commission non intentionnel a, la plupart du temps, comme contrepartie, un délit d'omission intentionnel.

La classification des délits en délits de droit commum et délits politico-sociaux est présentée par l'art. 13 dans les termes suivants: « Tout crime commis exclusivement pour des motifs politiques ou d'intérêt collectif constitue crime politico-social ».

Ainsi disparaît la distinction entre le délit objectivement politique et le délit de droit commun, inspiré par des motifs politiques. Le caractère politique de l'infraction est exclusivement déterminé par les motifs de l'agent. Peu importent ses éléments matériels. Un complot contre la forme du Gouvernement peut être réprimé comme une infraction de droit commun, si ses auteurs ont obéi à une pensée égoïste, ou poursuivi un but de lucre ; à l'inverse, l'assassinat d'un chef d'État est un crime politique, si l'assassin a cru assurer ainsi le bonheur d'une collectivité ou le triomphe d'un principe. Je doute que cette conception, bien que très défendable, reçoive bientôt accueil dans la pratique du droit des gens. J'y vois en tout cas un nouvel exemple de « spiritualisation de la justice pénale ».

J'aurais mauvaise grâce à signaler la difficulté de formuler un critérium permettant d'attribuer, avec certitude, à des motifs « de caractère politique ou d'intérêt collectif ». Car cette difficulté, nous la rencontrons dans toutes les législations répressives, quand il s'agit de déterminer les infractions objectivement politiques. C'est le même problème envisagé sous un autre angle et je ne puis faire grief aux auteurs du nouveau projet de l'avoir laissé sans solution. Variable avec l'état des mœurs et les courants de l'opinion, le caractère politique d'une action ou d'un motif d'action répugne à l'étreinte d'une définition intangible.

Quant à la réglementation de la tentative et de la participation criminelle, elle est des plus simples.

L'auteur de la tentative peut être puni comme en cas de crime consommé; tous ceux d'autre part, qui ont participé à un crime peuvent être condamnés à la peine dont ce crime est punissable, sauf, pour le juge, à appliquer des sanctions plus douces, s'il reconnaît chez le délinquant « un état de danger moins grave ».

Il n'y a dans le projet aucune précision du degré de la tentative punissable, pas plus que des conditions de la complicité : le coauteur n'est pas distingué du complice; la réglementation est, on le voit, réduite au minimum et d'autre part, elle est à dessein, conçue en termes très larges, de façon à laisser jouer librement la considération de l'état de danger plus ou moins grave, qui conduit à l'individualisation des Sanctions.

Ce n'est pas le moment de formuler un jugement sur ce système. Je me contente d'exprimer le regret que le projet n'ait pas fait de la participation criminelle une circonstance aggravante de l'infraction — conformément à la solution depuis longtemps proposée par Scipio Sighele et par moi (1).

Je sais bien que l'art. 20, 11°, du projet met au nombre des circonstances indiquant un état de danger plus grave « le fait d'avoir agi avec la complicité préordonnée d'autrui » mais, si cette circonstance est seule relevée, le juge ne peut s'en autoriser pour prononcer une peine supérieure au maximum ou d'un degré plus élevé, tandis qu'il aurait ce pouvoir, s'il y avait, en cas de complicité, circonstance aggravante dans le sens où nous employons habituellement ce mot. Je persiste à croire que cette sévérité plus grande eut été opportune en présence de la tendance de plus en plus accusée des malfaiteurs à s'associer et à appliquer la division du travail à l'activité criminelle.

Le criminel. — Le Titre II, qui porte cette rubrique, est divisé en 6 chapitres: de la responsabilité, de l'état de danger, des responsables de plusieurs crimes et des récidivistes, des criminels d'habitude, des criminels en état de faiblesse mentale, des criminels mineurs soit en tout 21 articles, dont quelques-unsfort longs, au lieu des 7 articles consacrés au crime. Sans doute par cette apparente inégalité dans l'importance de la réglementation, les auteurs du projet ont-ils voulu rendre tangible

(1) V. Annales de l'Université de Grenoble 1896. *Une théorie nouvelle de la complicité.*

le fameux déplacement du « pivot » de la répression du crime au criminel.

Mais, pour qui va au fond des choses, il n'y a là qu'un tour de passe-passe. Il eut été facile, et parfois plus logique, de rattacher à la réglementation du Crime (Titre I) ou à celle des Sanctions (Titre III) la plupart des dispositions renfermées dans le Titre II.

Je serais tenté de comparer ce Titre II à une façade où l'on a prodigué les fausses fenêtres, et je me ferais fort d'en construire une toute semblable dans nos législations repressives, même les plus vieillies, comme la nôtre, s'il m'était loisible de remanier tendancieusement l'ordre des textes, sans en altérer le contenu

J'aurai l'occasion de revenir sur cette observation au cours d'une analyse rapide des 6 chapitres.

La responsabilité. — Deux articles composent ce chapitre : l'un fort court, l'art. 18, pose le principe de la responsabilité légale de tous les délinquants par le seul fait qu'ils ont commis un crime et sans qu'on ait à distinguer s'ils en sont ou non moralement responsables. Nous retrouvons ici le deuxième critérium répressif fondamental du projet, dont j'ai déjà fait la critique.

L'art. 19 contient l'énumération des faits justificatifs, qui ne permettent pas de faire à un individu l'application d'une sanction, bien qu'il soit l'auteur matériel d'une infraction. Ces faits sont les suivants : la contrainte, l'ignorance de la loi, l'erreur de fait ou de droit, l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité compétente, la légitime défense, l'état de nécessité.

Inutile de montrer longuement combien la prévision de ces faits serait mieux à sa place dans la réglementation du crime (Titre I). Il faut vraiment faire effort pour envisager la légitime défense, par exemple, non pas comme une circonstance de l'acte, mais comme une modalité de l'agent !

Cet effort, je consentirais à la rigueur à le faire; mais il en est un devant lequel je roule. « Les habitudes mentales d'une tradition séculaire » sont restées sans doute en moi trop impérieuses, pour qu'il me soit possible d'accepter l'assimilation de la contrainte, de l'erreur et de l'ignorance à des faits justificatifs. Mais, dit l'auteur du rapport, il n'y a dans ces trois cas qu'une justification *négative* « parce que fait accompli *non contra jus* » tandis qu'en cas de légitime défense ou d'ordre de la loi, il y a justification *positive* « parce que fait accompli *secundum jus* » (p. 226). J'hésite à entrer dans ce galimatias par peur de n'en

pouvoir sortir. Au point de vue juridique, la distinction ne tient pas debout, car il est facile de montrer que tout acte *non contra jus* se ramène à un acte *secundum jus*, et alors les deux termes se confondent! Au point de vue du bon sens, avec lequel il faut tout de même compter, la faute commise par erreur ou par ignorance reste une faute et la question est seulement de savoir si elle sera ou non punie; si elle ne l'est pas, son auteur en supportera néanmoins, au point de vue civil, les conséquences dommageables, tandis que celui qui a agi par ordre de la loi ou en état de nécessité est affranchi même de cette responsabilité pécuniaire. Ainsi se précise, dans notre conception traditionnelle, le caractère du fait justificatif, en opposition avec la simple cause de non responsabilité pénale. Mais cette opposition n'est possible que dans un système répressif qui accepte la responsabilité morale — non pas comme mesure, puisqu'elle n'est pas elle-même mesurable — mais comme fondement, comme condition générale de la responsabilité pénale. Cette opposition n'a plus aucun soutien dans un système qui répudie complètement la responsabilité morale et n'a d'autre notion à lui substituer que la justification négative.

L'état de danger. — Voilà certes une partie du projet qui eut présenté un singulier intérêt, si la fatalité d'une vocation criminelle eut pu être déduite avec certitude d'un type anthropologique déterminé. Mais maintenant qu'il est bien entendu qu'en dépit des allégations du rapport, le « pivot » de la répression n'a pas été déplacé et que la constatation d'un crime reste toujours la condition essentielle de l'intervention de la justice punitive, le fameux problème de « l'état de danger » consiste simplement à perfectionner les systèmes en vigueur d'atténuation ou d'aggravation judiciaires de la peine légale, et cela, au double point de vue de la détermination des circonstances atténuantes et aggravantes et des restrictions que ces circonstances doivent apporter à la fixation judiciaire de la peine.

L'article 21 énumère 17 circonstances d'état de danger plus grave et l'article 22, 8 circonstances d'état de danger moins grave. Cette liste est limitative et aucun effet de droit ne peut être attribué à d'autres circonstances que celles qui sont prévues par ces deux textes. Je ne suis pas de ceux qui feront au projet l'objection que prévoit lui-même Enrico Ferri, d'avoir tenté l'impossible en essayant de « comprendre, dans une liste législative, les variétés infinies des actes humains » (p. 236). Si la liste est incomplète, à l'expérience, les lacunes apparaîtront et seront

comblées. Je ne vois pas d'inconvénient à ce que le législateur perfectionne lui-même son œuvre et y apporte des retouches : il y en aurait au contraire beaucoup, au point de vue répressif, à ce qu'il abdiquât au profit du juge, comme il l'a fait en France en 1832, en lui laissant la libre appréciation des circonstances, qui l'autorisent à porter atteinte à la fixation légale de la peine.

Des 17 circonstances d'état de danger plus grave, les 6 premières seulement se rapportent « aux conditions personnelles » de l'inculpé (p. 237). Ce sont les suivantes :

1° La vie précédente personnelle, familiale, sociale, débauchée ou malhonnête;

2° Les précédents judiciaires et pénaux;

3° Les conditions anormales organiques et psychiques, avant, durant et après le crime, ne constituant pas aliénation mentale et révélant des tendances criminelles. (tel est le compartiment, assez étroit, on le voit, réservé aux « données » de l'anthropologie criminelle);

4° La précocité dans le fait de commettre un crime grave;

5° Le fait d'avoir agi pour des motifs ignobles ou futiles;

6° Les rapports de parenté ou sociaux avec l'offensé ou l'endommagé.

Les 8 circonstances énumérées ensuite par le texte sont relatives aux « modalités de l'exécution criminelle ». Elles eussent pu, tout aussi bien, être rattachées à la réglementation du crime (Titre I). C'est parmi ces circonstances que figure « le fait d'avoir agi avec le complicité préordonnée d'autrui ».

Enfin, des trois dernières, il en est une particulière aux délits d'imprudence; les deux autres se rapportent à la conduite tenue par le délinquant après le crime.

La plupart des circonstances d'état de danger moins grave, prévues par l'art. 22, forment la contre-partie des précédentes.

Déterminer les causes d'aggravation ou d'atténuation judiciaires de la peine légale, voilà une bonne précaution prise par le législateur contre l'arbitraire du juge Cette détermination est-elle faite avec assez de précision par le projet ? Certaines de ses formules n'ont-elles pas une ampleur inquiétante pour ceux qui ne sont pas ennemis d'un certain automatisme dans la fixation judiciaire de la peine ? J'attends pour me prononcer sur ce point d'avoir envisagé un autre aspect de la question, je veux parler de l'effet légal attribué par le projet aux circonstances d'état de

danger plus ou moins grave. Je l'étudierai avec le chapitre de l'application judiciaire des sanctions (Titre III, Chapitre III).

Des responsables de plusieurs crimes et des récidivistes. — Je mentionne simplement que le projet maintient la distinction, jadis rejetée, ce me semble, par l'école positive, alors qu'il était de mode de proclamer l'efficacité minime des peines, entre le cumul d'infractions et la récidive. En cas de cumul, la sanction du crime le plus grave est seule prononcée; en cas de récidive, la peine légale du dernier crime est aggravée. Ces solutions n'ont rien de révolutionnaire.

Des criminels d'habitude. — Tout auteur d'infractions cumulées et tout récidiviste peut être déclaré criminel d'habitude « si la nature et les modalités des crimes commis, les motifs déterminants, les conditions personnelles ou la teneur de vie *(sic)* prouvent une tendance persistante au crime » (art. 27).

La reconnaissance de la criminalité d'habitude dépend donc à la fois d'un indice légal, qui est le nombre des infractions ou des condamnations et d'un indice psychologique, modalités des crimes, nature des motifs, etc... Il n'y a là, en somme, qu'une combinaison particulière de circonstances d'état de danger plus grave.

Cette reconnaissance est un véritable acte juridictionnel, dont le projet néglige de réglementer la procédure, qui n'a pas sa place, en effet, dans un C. pén. Quelques lignes du rapport indiquent seulement que, d'après les intentions de la Commission, en Cour d'assises, ce n'est pas au jury qu'il appartiendra de constater la criminalité d'habitude. Je relève même dans ce passage un « *votum mortis* » à l'adresse du jury, au moins dans le domaine de la répression des « crimes communs » (p. 251).

Des criminels en état de faiblesse mentale. — Nous nous rencontrons ici de nouveau avec une des grandes pensées du projet.

Tout le monde est légalement, c'est-à-dire pénalement responsable, les fous comme les malfaiteurs.

Personne ne l'est plus moralement.

Donc, encore une fois, aucune différence de classement moral entre les mesures prises à l'égard des uns et des autres

Faut-il même admettre entre elles une différence quelconque ? Pourquoi ces mesures ne seraient-elles pas les mêmes dans tous

les cas ? Ainsi que le reconnaît Enrico Ferri prévoyant cette suggestion « les criminels d'habitude, les criminels instinctifs et en général tous les criminels, par le seul fait qu'ils ont commis un crime, alors que la plupart des hommes, tout en se trouvant dans des conditions de milieu familial et social analogues, s'abstiennent de tomber dans le crime, révèlent une condition physio-psychique anormale, du moins au moment du fait criminel » (p. 259).

Puisque partout on ne rencontre qu'anomalies psychiques, pourquoi faire un sort différent à ceux qui en sont atteints ? Pourquoi réserver les maisons d'aliénés ou les maisons de surveillance aux criminels en état de faiblesse mentale, tandis qu'on soumettra à la segrégation simple, rigoureuse ou à perpétuité, ceux dont « l'anomalie psychique consiste exclusivement ou principalement dans la tendance au crime congénitale ou acquise » (art. 33 *in fine*),

Écoutons la réponse de Ferri. « Étant posé le principe basilaire *(sic)* que le caractère anormal des conditions psychiques ne dispense pas de la responsabilité légale des crimes commis, les formes psychiques *du dol et de la faute* doivent être relevées chez les criminels non inconscients, dont les conditions intellectuelles sont à peu près celles de la classe sociale, dont chaque criminel fait partie » (p. 259 et 260).

Relever les formes psychiques du dol et de la faute chez un criminel de condition intellectuelle normale, cela signifie, dans un langage plus simple, établir l'existence de sa responsabilité morale,

Faut-il que la responsabilité morale soit bonne personne, pour qu'on l'invite à rentrer par une porte dérobée, après l'avoir, dans une crise de métaphysique négative, expulsée à grand fracas du C. pén. !

Des criminels mineurs. — Le système du projet en ce qui concerne les délinquants mineurs est loin d'offrir aux magistrats toute la souplesse, dans les décisions à prendre sur la garde provisoire de l'enfant, et toute la variété, dans les traitements éducatifs, auxquelles sont parvenues toutes les législations en vigueur. Il est vrai que le futur Code de procédure criminelle apportera peut-être, sur ce point, quelques compléments heureux.

Les mineurs sont répartis en deux tranches d'âge, jusqu'à 12 ans et de 12 à 18 ans, sans que la première tranche soit

qualifiée de période d'irresponsabilité, puisque tout auteur d'un crime en est légalement responsable. Le Projet ne donne aucune indication sur les juridictions devant lesquelles seront renvoyés les mineurs de 12 ans. Nous savons seulement que, suivant leur degré de perversion, ils pourront être l'objet des mesures suivantes : liberté surveillée, placement familial, notamment dans un institut d'éducation ou dans une école de correction, embarquement sur un navire-école, etc. (art. 34 et 35).

De 12 à 18 ans, suivant la gravité du crime commis, on prononcera, pour une durée variable, l'internement dans une maison de travail ou une colonie agricole. Le mineur peut bénéficier d'une condamnation conditionnelle, mais le Projet ne prévoit aucune mesure de surveillance ou de préservation pour ceux auxquels ce bénéfice sera accordé.

En tout cas, à aucun âge, la question de discernement n'est posée. Sur ce point, le Projet mérite, à mon sens, pleine approbation. Comme il est toujours de l'intérêt de l'enfant ou de la société que cette question soit résolue négativement, il n'y a aucune raison de laisser à un juge inexpérimenté ou mal inspiré la possibilité de la résoudre affirmativement et de condamner un mineur à une courte peine d'emprisonnement.

Les sanctions. — Je limiterai mon examen à la classification des sanctions et à leur application judiciaire. Bien d'autres questions mériteraient d'être retenues, et en particulier la prescription de l'action pénale et des condamnations, jadis répudiée par l'école positive et aujourd'hui accueillie et réglementée par elle : mais je risquerais, en m'y arrêtant, de donner à l'étude critique du Projet un caractère trop fragmentaire, qui en compromettrait l'unité.

Classifications des Sanctions. — Les sanctions sont divisées en quatre catégories (art. 39-43).

1° « Les sanctions établies pour les crimes communs commis par des majeurs de 18 ans ». Ce sont l'amende, l'exil, la relégation (confinement), la prestation obligatoire d'un travail diurne, la segrégation simple, la segrégation rigoureuse, la segrégation à perpétuité.

2° « Les sanctions établies pour crimes politico-sociaux ». Ce sont, outre l'amende, le bannissement, la détention simple, la détention rigoureuse.

3° « Les sanctions établies pour les crimes commis par des mineurs de 18 ans »: liberté surveillée, école professionnelle et de correction, navire école, maisons de travail, colonie agricole, maison de surveillance.

4° « Les sanctions établies pour les crimes commis par des majeurs de 18 ans en état de faiblesse mentale » : maison de surveillance, maison d'aliénés criminels, colonie spéciale de travail.

En outre, l'art. 43 prévoit, à titre de sanctions complémentaires, la publication de l'arrêt, la caution de bonne conduite, la suspension de l'exercice d'une profession, l'interdiction des offices publics, l'expulsion de l'étranger.

Je n'insisterai que sur les sanctions de la première catégorie.

La peine de mort supprimée par le Code Zanardelli n'est pas rétablie. Je crois avoir cependant le souvenir d'une époque où cette pénalité avait d'assez nombreux partisans parmi les disciples de Lombroso. Ceci soit dit en passant et sans intention d'y revenir : le problème est trop grave pour être même effleuré ici.

La peine privative de liberté, dissimulée sous des étiquettes différentes, reste donc l'arme répressive par excellence du nouveau Code. Encore faut-il ajouter que le mode d'exécution le plus sévère de cette pénalité, je veux parler de l'isolement cellulaire de jour et de nuit, est écarté par les auteurs du Projet comme « une des aberrations du XIX^e^ siècle ». « Et puisque les lois, ajoute le rapport, doivent aussi répondre aux conditions spéciales du pays auquel elles sont destinées, la Commission, *dans un pays de soleil et de doux climat comme l'Italie*, a préféré aux pénitenciers déjà appelés « tombeaux d'êtres vivants » la forme de la colonie agricole, qui, par le travail à l'air libre, constitue un efficace désinfectant physique et moral » (p. 194).

Je me demande vraiment par qui ces lignes ont été écrites. Est-ce par un sincère et un naïf ? Elles sont stupéfiantes. Est-ce par un pince sans-rire ? Je les déclare alors savoureuses et pleines d'humour.

Notez bien que je ne m'arrête pas à cette condamnation sommaire de l'isolement de jour et de nuit, à un moment où la question de la cellule est, un peu partout, remise à l'étude : cette intransigeance est bien dans la manière d'Enrico Ferri, et je n'attendais pas de lui qu'il réservât son jugement.

Je ne suis pas non plus surpris du dédain de l'auteur du Rapport pour la fonction primordiale de la peine, qui est la

préoccupation collective du crime par l'intimidation des criminels en puissance. La question ne se pose même pas pour lui de savoir si la cellule continue n'avait pas un pouvoir d'intimidation particulier, qui rendait plus efficace la menace de la peine et méritait d'être mis en balance avec les inconvénients, réels ou prétendus, de l'exécution. Cette tendance, nous en avions déjà relevé quelques manifestations.

Non, ce qui est vraiment déconcertant, c'est le raisonnement qui consiste à supprimer en Italie l'isolement cellulaire diurne parce que c'est « un pays de soleil et de doux climat ». M. Ferri se refuserait-il donc à comprendre que c'est justement pour ce motif qu'il doit y être conservé, puisqu'il y acquiert une vertu répressive plus grande ? Devrait-on par hasard réserver la cellule aux contrées septentrionales, où les frimas, les brouillards et la neige disposent les malfaiteurs à rechercher un abri chaud pendant l'hiver ?

Le ciel est par dessus les toits si bleu, si pur,

soupirait Verlaine dans sa prison. Et c'était en Belgique ! A quelle mélancolie n'eut-il pas atteint en Italie ?

A notre époque, où les peines afflictives ont disparu et où les peines privatives sont seules pratiquées, on doit, quand on a le bonheur d'habiter un pays de ciel bleu, y maintenir jalousement une pénalité, chez laquelle cet heureux climat provoque un plus riche épanouissement d'effets privatifs. C'est une bonne fortune pénitentiaire !

Pour moi « l'aberration » consiste à y renoncer.

Que le futur assassin du roi d'Italie se rassure, *l'ergastolo* a vécu ; la nostalgie d'un beau ciel ne le poussera pas, comme le meurtrier d'Humbert II, à se suicider dans sa cellule. Le nouveau Projet lui ménage une fin paisible, dans une colonie agricole, au milieu des fleurs et des fruits dont une terre privilégiée saura facilement récompenser son travail. Peut-être même, son ancienneté et sa bonne conduite lui vaudront-elles de faire partie, pendant de longues années, du Conseil de surveillance de la Colonie (p. 293) !

Application judiciaire des Sanctions. — Cette dernière question est de la plus haute importance et nous suggèrera notre conclusion. Quelles limites assignera-t-on à l'individualisation judiciaire de la peine ? Jusqu'à quel point les tarifs légaux

pourront-ils être révisés et modifiés par le juge ? Dans quelle mesure, en d'autres termes, l'application et l'exécution correspondront-elles à la menace ?

La fonction de prévention collective, que je considère comme la fonction primordiale de la peine, est tout entière en jeu dans ce débat.

A l'heure actuelle, dans la plupart des législations, l'individualisation judiciaire joue à peu près sans limites dans le sens de l'atténuation, grâce aux circonstances atténuantes générales, qu'il suffit au juge de reconnaître, sans qu'on lui impose de les préciser.

Dans le sens de l'aggravation, sa liberté est restreinte. Il ne peut aggraver la peine que dans des cas limitativement prévus par la loi. Reste encore la question de savoir si l'aggravation sera pour le juge facultative ou obligatoire.

Le Projet supprime, nous l'avons vu, les circonstances atténuantes générales. Désormais les causes d'atténuation seront aussi rigoureusement limitées que les causes d'aggravation.

Mais quel va être l'effet soit des unes, soit des autres, sur la fixation judiciaire de la peine ?

Pour le mieux expliquer, j'userai d'une comparaison. Le Projet installe le juge en face d'un clavier portant 25 touches, 17 touches noires correspondant aux circonstances d'état de danger plus grave, et 8 touches blanches, aux circonstances d'état de danger moins grave. Appuie-t-il sur une touche noire ? Il ne peut faire descendre la peine au-dessous de la moyenne du tarif légal, c'est-à-dire au-dessous du chiffre qui marque la moitié entre le maximum et le minimum prévus par la loi. Appuie-t-il sur une touche blanche ? Il doit prononcer une peine inférieure à cette moitié et comprise entre cette moitié et le minimum.

Mais souvent l'espèce est plus compliquée. Le juge est amené à appuyer sur deux ou trois touches noires. Il doit alors prononcer le maximum légal, ou le dépasser du tiers, ou même, suivant le nombre de touches, condamner à la peine immédiatement supérieure. S'il appuie sur plusieurs touches blanches, il devra, suivant les cas, descendre au minimum, ou à la peine inférieure, ou même jusqu'au pardon judiciaire.

Enfin, comme, dans la réalité, des circonstances d'état de danger plus graves seront presque toujours accompagnées de circonstances d'état de danger moins grave, il faudrait en organiser

la compensation. C'est au juge que le Projet abandonne ce soin ; art. 77 : « le juge établira quelles sont les circonstances prévalentes pour graduer l'état de danger de l'imputé et pour appliquer la sanction la plus adapte (*sic*) à sa personnalité ».

Que penser de ce système ? Je n'ai qu'une réponse à faire, il vaudra ce que vaudront les magistrats chargés de l'appliquer. Malgré son apparence d'automatisme, il laisse encore une marge énorme à la tendance naturelle du juge à proportionner la peine à la faute morale et à faire, à tort et à travers, de la répression rétributive. Cette tendance, il pourra librement s'y abandonner dans l'exercice du pouvoir de compensation, que lui reconnaît l'art. 77, entre circonstances d'état de danger plus grave et moins grave. Il peut également y obéir en s'abstenant de constater des circonstances d'état de danger plus grave ou, quand il ne peut les méconnaître, en les neutralisant systématiquement par la déclaration de circonstances d'état de danger moins grave, rentrant dans certaines formules assez larges de l'art 22, 2° et 3° (motifs excusables, passion excusable, émotion, accès de colère).

Aussi est-ce avec une impression de découragement que je termine l'étude de ce nouvel effort pour une meilleure organisation de la répression. Je crains qu'on ne fasse fausse route en attribuant une importance de plus en plus grande à l'individualisation de la peine. Dans cette voie, le perfectionnement des institutions répressives est d'intérêt secondaire : le recrutement et la formation des hommes chargés de cette individualisation passe au premier plan, car c'est entre leurs mains que le législateur s'apprête à abdiquer.

Ces hommes les avons-nous ?

Avons-nous, pour l'individualisation judiciaire, ces magistrats préparés par une sérieuse spécialisation à leurs fonctions répressives, à la fois psychologues et juristes, médecins et sociologues, capables, en tout cas, de sacrifier aux exigences de la défense sociale les suggestions inopportunes de leur sensibilité ?

Avons-nous, pour l'individualisation administrative, ces Saint-Vincent de Paul que Tarde réclamait pour les mettre, dans chaque prison, en face des Cartouche, qu'ils devaient ramener au bien ? (1) A ses yeux, et je crois qu'il avait raison, tout le progrès pénitentiaire était subordonné à ce troublant postulat.

Faut-il poser une dernière question ?

(1) Tarde, Philosophie pénale 3e édition (p. 515).

Les nations modernes, même l'Italie, cette terre classique du droit pénal, sont-elles disposées à faire les frais d'une individualisation efficace de la peine, soit en rémunérant le personnel nombreux et choisi qui devra s'y employer, soit en créant et en dotant largement les établissements variés, où seront répartis les délinquants suivant leur âge, leur sexe, leurs antécédents et leurs anomalies psychiques ?

A ces questions, il faut avoir la sincérité de répondre : non !

Non, nous n'avons pas ces hommes : non, nous ne sommes pas disposés à faire ces dépenses, et sans doute en sera-t-il ainsi pendant longtemps encore.

Dès lors contentons-nous d'avoir des prisons qui ne corrompent pas ; mais ne leur donnons pas la façade d'un hôpital ou d'une maison de santé, tant qu'à l'intérieur, rien n'y sera organisé pour que les détenus en sortent meilleurs.

Et surtout ne sacrifions pas à une prétendue individualisation de la peine, dont nous n'avons pas les moyens, dont nous n'aurons peut-être jamais les moyens, l'intimidation des délinquants possibles. Une Société, qui est impuissante à empêcher la récidive par l'effet de la peine, doit s'efforcer avant tout de prévenir les premières fautes par la menace de la peine.

N'avais-je pas annoncé que je reviendrais en terminant à l'axiome d'Ihering ?

PAUL CUCHE.

Professeur de droit criminel à l'Université de Grenoble.

II

LA LÉGITIME DÉFENSE EN CAS DE POSSESSION ET DE DÉTENTION (1) (*Suite et fin*).

II. — Outre la possesssion et le possesseur, nous avons encore la détention (*detentio*) et le détenteur (*detentor*). Le détenteur ne détient pas la chose comme *sienne*, il ne la détient pas *pour lui-même* mais pour un *autre* (le propriétaire ou le possesseur). Il n'a pas *l'animus domini* ; des deux éléments constitutifs de la possession, il n'en a qu'un seul, le *corpus*. Sans doute a-t-il également un *animus*, une *volonté*, celle de détenir la chose comme détenteur (autrement, il ne la tiendrait pas), mais son *animus*, sa volonté, se distingue profondément de *l'animus*, de la volonté, du possesseur, qui détient la chose comme *sienne*, pour lui-même non pour un autre (2).

Les actes juridiques sur lesquels se fonde la détention peuvent être différents mais ils se caractérisent tous, en général, par l'intérêt matériel qui résulte, pour le détenteur, du fait de la détention (p. ex. louage de choses, commodat, gage mobilier); nous disons : en général, parce qu'il y a des cas de détention où celle-ci se fait dans l'intérêt unique du propriétaire ou possesseur (spécialement, le dépôt gratuit). Donc, en principe, le détenteur tire plus ou moins de profit de la chose qu'il détient; à ce point de vue il ressemble à un vrai possesseur.

Et puisque la détention ressemble à la possession, on se demande si elle est aussi protégée par des actions semblables aux actions possessoires? La question se pose spécialement pour les détentions où le détenteur exerce un ou deux attributs de la propriété (cas du commodat et du louage).

(1) Voir *suprà*, p. 313.

(2) Il existe, à coté de la possession et de la détention, encore une autre espèce de rapport matériel entre l'homme et la chose, qui n'est ni possession ni détention c'est le cas où une chose serait détenue par une personne *absolument incapable* [le mineur âgé de moins de *sept ans* (en droit français ce sont les personnes « en bas âge») — voir le C. civ. allemand : § 104, le C. civ. autrichien ; § 21, le C. civ. serbes § 37, et les personnes frappées d'aliénation mentale : comme ces personnes manquent tout à fait d'une *volonté juridique*, elles ne peuvent être ni possesseur ni détenteur, car pour avoir soit la possession, soit la détention, il faut une *volonté juridique de détenir la chose* (pour soi-même ou pour autrui), et c'est ce qui fait précisément défaut ici. Le fait, de la part d'un individu juridiquement incapable d'une façon absolue, de détenir une chose est une *nuda possessio*, mais nous pensons qu'il faut néanmoins lui appliquer aussi les règles relatives à la protection de la possession y compris la légitime défense (bien que ces personnes soient déjà non imputables, irresponsables, *unzurechnungs fähig*, à cause de leur état mental).

En droit français ce point ne peut être douteux en ce qui concerne les meubles : nous avons vu que, dans ce droit, on n'admet pas, en matière mobilière, les actions possessoires même lorsqu'il s'agit de la possession, encore moins admettrait-on des actions possessoires, si nous sommes en présence d'une détention de meubles. Mais il faut, selon nous, décider la même chose aussi en ce qui regarde la détention d'immeubles (2).

Le C. civ. allemand considère la détention (*die Innehabung*, *die Inabung*) comme une espèce de possession (*Besitz*). Lorsque le possesseur (*der Besitzer*) ne détient pas personnellement la chose, il est appelé le possesseur médiat, *der mittelbare Besitzer* (§. 868. C. c. all.) ou *Eigenbesitzer*, et sa possession

(2)Nous avons déjà dit qu'en ce qui concerne les *immeubles*, il y a, en droit français deux actions possessoires : la complainte et la réintégrande (la dénonciation de nouvel œuvre, *Einspruch gegen Bauführungen*, n'est qu'un cas spécial de la complainte). Pour la *complainte*, tout le monde est d'accord qu'elle ne s'applique qu'à la *possession* (voir pourtant ce que nous avons dit sur ce point à la fin de cette note) et que le possesseur doit posséder au moins depuis une année (art. 23 du Code de procédure civile) pour avoir droit à la complainte. La complainte est donc refusée aux *détenteurs* ainsi qu'aux possesseurs dont la possession n'est pas au moins une possession annale. (v. A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 1002, 2e édit., 1919). Mais en ce qui concerne la *réintégrande*, on est divisé. La jurisprudence de la Cour de cassation donne à la réintégrande une application bien plus large qu'à la complainte. D'après cette jurisprudence la réintégrande protège aussi une possession (d'immeubles bien entendu) qui *ne serait pas annale* : si peu qu'elle ait durée, la possession est garantie par la réintégrande; elle ne doit même pas être utile pour l'usucapion (art. 2229), pourvu seulement qu'elle soit paisible et publique. Ensuite, et ceci est surtout important, la réintégrande, suivant la Cour de cassation, protège également la *détention*. Certes, cette jurisprudence répond aux besoins de la vie juridique du peuple et à l'évolution de la science du droit, mais elle n'est pas moins contraire au système du C. civ. français qui, d'une part, exige, pour l'admission des actions possessoires, une possession annale et, d'autre part, n'a, par aucun texte, attaché les actions possessoires aussi à une *simple détention*. La Cour de cassation dans son interprétation et application du C. civ., est allée ici non seulement *au delà du code par le code* (v. sur ce point, l'avant-propos de M. Raymond Saleilles, dans le livre de F. Gény, *Méthode d'interprétation et source en droit positif*, p. XIII) mais encore elle est allée *au delà du code sans le code* ou, plus exactement, au delà du code *contre le code*.

Pour ce qui est des auteurs, ils ne sont pas tous d'accord avec cette jurisprudence. Par exemple M. Henri Bonfils se prononce pour elle (*Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure en matière civile et commerciale*, t. I, p. 77 à 79) ainsi que MM. A. Colin et H. Capitant (*op. cit.*, t. I, p. 1002 et 1003, 2e édit., 1919), tandis que MM. Boitard G. F. Colmet Daage et E. Glasson ne l'acceptent pas (*Leçons de procédure civile*, t. I, p. 739 et 746, 15e édition, 1909). M. Planiol ne l'approuve pas non plus. (*Traité élémentaire de droit civil*, t. I, p. 708), n° 2309).

Même en ce qui touche la *complainte*, la jurisprudence a fait quelques concessions à la théorie d'après laquelle la détention doit, elle aussi, être protégée par les interdits (voir A. Collin et H. Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 877 à 880).

s'appelle la possession médiate, *der mittelbare Besitz*. Le détenteur (*der Inhaber*) porte le nom de possesseur immédiat, *der unmittelbare Besitzer*(§. 8 8. C. c. all.) ou *Fremdbesitzer*, et sa possession le nom de possession immédiate, *der unmittelbare, Besitz* ou *Fremdbesitz* (1).

Et puisque le détenteur est, lui aussi, possesseur, il en résulte qu'en droit allemand, la détention est également protégée par des interdits possessoires : le détenteur est donc autorisé, sans faire appel au secours du vrai possesseur (*Eingenbesitzer*) à intenter *personnellement* tant *l'interdictum retinendae possessionis* (*Besitzstorungs-Klage*), en cas de trouble de la détention, que *l'interdictum recuperandae possessionis* (*Besitzedtsetzugsklage*), en cas de *dejectio*. (Conf. les §. §. 861, 862, 868, et 869 C. c. all.). Au contraire, d'après le C. civ. français, le détenteur inquiété dans sa détention ou privé de la chose *vi, clam* ou *precario*, sera obligé de s'adresser au possesseur afin que celui-ci fasse usage de son droit relatif aux actions possessoires, et encore faut-il qu'il s'agisse d'immeubles; quant aux meubles, comme nous l'avons déjà vu, la personne de qui le détenteur tient la chose devra en ce cas se servir de la *rei vindicatio* (2).

(1). Le §. 855 du C. civ. allemand prévoit une sorte spéciale de détention (« *Uebt jemand die thatsächliche Gewaltübereine ache fürei einem Anderen in deasen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhäliniss aus, vermogue dessen er den sich auf die Sache beziehnden Weisungendes Anderen Folge zu leisten hat so ist nur der Andere Besitzer* »; ce qui veut dire « Si quelqu'un exerce le pouvoir effectif sur une chose au profit d'un autre vis-à-vis duquel il se trouve dans la situation d'un administrateur de ménage ou d'industrie ou dans tout autre situation, en vertu de laquelle il doit suivre les instructions de l'autre relatives à la chose, c'est ce dernier qui est seul possesseur » (c. c. all. traduction en français de Jules Gruber, Strasbourg, 1950, p. 325.) Ici le détenteur n'est pas possesseur, le possesseur est *seulement* la personne au nom de laquelle il tient la chose. Ce détenteur s'appelle *der unselbtändige Détentor der Besitzdiener*, à la différence du détenteur du §. 868 (p. ex., le fermier, le créancier gagiste etc.) qui est, lui, comme nous avons vu plus haut, possesseur et, possesseur immédiat, *der unmittelbare Besitzer ou der Besitzmittler* ; on l'appelle encore *der selbständige Détentor*. (V. sur ce point : Dr. Otto Ficher und Dr. Wilhelm von Henle, *op. cit.*, 449, § 855; Anm. 4.

(2). V. Pour la protection juridique de la détention en droit allemand : Dr. H. Dernburg, *op. cit.*, Bd I, S. 78 à 86; Dr. B. Matthias, *op., cit* Bd I, S. 16 à 18. Faisons remarquer que les actions possessoires appartiennent au possesseur immédiat (*der unmittelbare Besitzer*) aussi à l'égard du possesseur médiat (*der mittelbare Besitzer, der Eigenbesitzer*). « *Dass die Besitzentsetzungsklage des B. G. Bd dem umietelbarenBesitzer auch gegen den mittelbarenzusteht ist nicht zweifelhaft*: Dr. H. Dernburg, *op cit.*, Bd. I Sst, 79. Il en doit-être, bien entendu, de même en cas de *Strörung* (trouble) de la possession immédiate de la part du possesseur médiat (« *Die Besitzstrungys Klage des § 862. is in wichtigen Bezichun-*

Le C. civ. suisse (de 1907-1912) connaît, lui aussi, deux sortes de possessions et de possesseurs. En effet, l'art. 920 al. 1 de ce code s'exprime de la façon suivante : « *Hat ein Besitzer die Sache einem ander zu einem beschränkten dingliken oder einem persönlichen Recht übertragen, so sind die beide Besitzer* ». («Lorsque le possesseur remet la chose à un tiers pour lui conférer soit un droit de servitude ou de gage, soit un droit personnel, tous deux en ont la possession»). Le second alinéa de ce paragraphe donne à la possession à titre de propriétaire le nom de possession originaire (*der selbständige Besitz*) et à la détention le nom de possession dérivée (*der unselbständige Besitz*). Et puisque le détenteur est également un possesseur, il s'ensuit qu'il jouit lui aussi, de la protection légale soit en cas de trouble (*Störung*) soit en cas de dépossession (*Besitzentziehung*). V. les art. 927 (*Klage aus Besitzentziehung*) et 928 (*Klage aus Besitztörung*) Les deux actions doivent être, de même qu'en droit allemand, intentées après l'expiration d'une année à partir du jour de la dépossession (l'usurpation) ou du trouble (art. 929). (Suivant l'art. 23 du Code de procédure civile français, les actions possessoires doivent également être formées, dans l'année du trouble). Le détenteur, *derunselbständiger Besitzer*, est, certainement, autorisé à faire emploi, en cas de besoin, de ces interdits même à l'égard du vrai possesseur, *der selbständiye Besitzer* (1).

En droit serbe, comme en droit autrichien, la détention n'est pas protégée par des actions possessoires, attendu que, suivant ces législations, de même que suivant la législation française, le détenteur (*Inhaber*) n'est pas possesseur.

Le détenteur, dans les législations où il a le caractère de possesseur, c'est le cas dela législation allemande et suisse, (*Besitzer*), jouit-il également du droit à la *Selbsthülfe* (le secours par soi-même)? Sans doute, car étant, lui aussi, possesseur dans ces législations, le détenteur est autorisé, en cas de trouble ou d'usurpation, tant à la *Selbstverteidigung* (la défense personnelle) qu'à la *Verfolgung* (la poursuite). V., pour le C. civ. allemand, les §§ 858 et 859 (*Selbsthülfe*) et, pour le C. civ. suisse,

gen det Besitzentsetzungs Klage des § 861 entiprechend zu behandeln » : Dr. H. Dernburg, *opcit.*, Bd. I, S. 84. (Ceci signifie: *l'interdictum retinendæ possessionis* du §. 862 doit être traité en principe de la même manière que *l'interdictum recuperandæ possessionis* du §. 861 »).

(1) Dr, E. Curti-Forrer, *op. cit.*, S. 672, 673, 676, 677.

l'art. 926 (*Abwehr von Angriffen*, droit de défense). Et ce droit lui appartient même à l'égard du véritable possesseur, *der mittelbarer Besitzer* (1).

Mais jusqu'à quelles limites s'étend, dans la législation allemande, le droit du détenteur, lorsqu'il se sert de la *Selbsthülfe*, soit pendant la première soit pendant la seconde phase ? Est-il autorisé seulement à user de la force dans la lutte sans pouvoir toutefois faire à l'agresseur quelque mal punissable par la loi pénale? Ou bien sa situation est-elle ici la même que celle d'un vrai possesseur, de telle sorte qu'il serait, lui aussi, en *état de légitime défense* (*Notwehr*), si on vient l'attaquer dans sa détention? La question présente également de l'intérêt au point de vue des obligations civiles dont le détenteur peut être tenu envers le possesseur médiat et spécialement au point de vue de l'obligation de rendre à celui-ci la chose lors de la cessation de la détention. En effet, si le détenteur n'a pas le droit, en se défendant, de recourir à tous les moyens sans distinction pour se maintenir en la détention de la chose ou pour la recouvrer, au cas où la chose lui aurait été enlevée par l'agresseur, s'il n'ose pas aller jusqu'à *blesser* et à *tuer* même celui-ci, sa responsabilité vis-à vis du possesseur (de qui il tient la chose) serait alors moindre dans le cas où la chose aurait été détériorée ou prise et emportée par l'agresseur. Spécialement, il devrait, dans cette hypothèse, être affranchi d'une responsabilité envers le possesseur toutes les fois que sa défense aurait été inefficace parce que l'agresseur avait été physiquement, naturellement, plus puissant que lui. Mais, si le détenteur, qui suivant la loi, a le droit de se considérer, dans le cas d'une attaque, en état de légitime défense, pouvait se servir d'*armes* contre l'agresseur, armes qui, comme nous le savons, augmentent la force naturelle de l'homme et le rendent plus puissant, alors sa responsabilité à l'égard du possesseur augmenterait, elle aussi. Par exemple, le détenteur s'était laissé arracher la chose bien qu'il eût pu facilement empêcher cet événement en menaçant l'agresseur de son révolver : il a succombé dans la lutte, non parce qu'il a été le moins fort, mais parce qu'il a été négligent ; il a donc commis, en ce cas, une faute civile, alors même que, peut-être il aurait été

(1) « *Der Selbsthülfeschützsteht nur dem unmittelbaren Besitzer eventuE Il auch gegen den mittelbaren Besitzer....* »: Dr B. Matthiass, *op. cit.*, Bd. I., S. 16.; voir aussi Dr H. Dernburg, *op. cit.*, Bd. I., S. 76. und 77. ; Dr E. Curti-Forrer, *op. cit.*, S. 675., §. 926., Anm. 1..

naturellement (sans appui d'armes) plus faible que l'agresseur, et cette faute l'oblige à des dommages-intérêts au profit du possesseur.

Il est certain qu'en droit pénal allemand, le détenteur peut, à l'égal du possesseur, se défendre par tous moyens, par conséquent aussi en *blessant* ou en *tuant* l'agresseur : la règle du § 53 du C. pén. allemand sur la légitime défense (*Notwehr*) s'applique aussi au détenteur. En effet, nous avons vu que cette règle concerne la défense de tout bien juridique, *Rechtsgut*, et la détention d'une chose dont le détenteur tire un profit représente sans doute pour lui un bien (1).

Suivant la législation pénale allemande, le détenteur serait également autorisé à s'abriter derrière le §. 53 du C. pén, lorsqu'il s'agirait de ses rapports avec le vrai possesseur (*Eigen-besitzer*) au nom de qui il détiendrait la chose ; si par exemple celui-ci essayait de le priver par force (*mit Gewalt*) de la détention de la chose et que son entreprise présentât, en outre, toutes les autres conditions exigées par la loi pour qu'il y eût en faveur du détenteur attaqué, état de légitime défense (*Nothwehr*), le détenteur, lors de sa défense (Abwehr), aurait également le droit de *blesser* ou même de *tuer* l'agresseur, c'est-à-dire le vrai possesseur (ou le propriétaire). En effet, en tant qu'il s'agit de la défense de ce bien juridique (*Rechtsgut*) qui s'appelle la *détention*, il n'y a pas, au point de vue du détenteur, de différence entre le

(1) La difficulté consisterait seulement dans le cas d'un *dépôt gratuit*, parce que le dépositaire ne tire ici *aucun profit* de la chose donnée en dépôt, et on pourrait dire qu'un bien juridique manquant dans ce cas, le dépositaire ne serait pas en légitime défense, si on venait l'attaquer dans sa détention. Néanmoins, il est possible que le dépôt, bien que gratuit, puisse, à la suite, devenir pour le dépositaire un bien juridique (*Rechtsgut*), notamment dans le cas où il aurait fait des déboursés pour la garde et la conservation de la chose : le dépositaire aurait alors, comme garantie pour le recouvrement de ses impenses, un *jus retentionis* sur la chose donnée en dépôt, ce qui le placerait dans la situation d'un *créancier gagiste*, situation qui l'autoriserait, en cas d'attaque contre sa détention, à invoquer en sa faveur le § 53 du Code pénal. Mais *quid*? si le dépositaire n'a rien dépensé pour la chose et n'a pas de la sorte acquis, à l'égard du possesseur, le caractère de créancier. Dans ce cas, le § 53 du Code pénal allemand recevrait néanmoins son application parce que, comme ce paragraphe le dit expressément, l'état de légitime défense peut avoir lieu, non seulement lorsqu'il s'agit de la défense de son *propre* bien juridique (*Rechtsgut*), mais encore lorsqu'il s'agit de la défense d'un bien juridique d'*autrui*. «Nothwehr ist diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtwidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwenden,» dit le § 53, al. Z, du Code pénal allemand ; ce qui signifie : « La légitime défense est la défense qui nous est nécessaire pour repousser une attaque, présente et illégale, dirigée contre nous ou contre un autre. » (Voir aussi, Dr. R. Frank, *op. cit*, Bd. I., S. 122.).

possesseur (ou le propriétaire) de qui il tient la chose et un tiers : pour lui, détenteur, le possesseur est aussi un *tiers*. (1) D'ailleurs, le détenteur comme le possesseur, se trouverait en état de légitime défense non seulement pendant la première partie de la lutte (*Vertheidigung*), défense proprement dite, mais aussi pendant la seconde partie de la lutte, *Verfolgung*, poursuite.

En droit pénal serbe, le détenteur, bien que, comme nous l'avons déjà vu, les actions possessoires ne lui appartiennent pas d'après la législation civile serbe, serait autorisé, à l'égal du possesseur, à se considérer en état de légitime défense si on venait l'attaquer dans sa détention. Le § 54 du C. pén. serbe rattache la légitime défense non seulement au fait de défendre la vie ou la liberté mais aussi au fait de défendre soit son propre *avoir* soit celui d'un autre. Or le terme *avoir* à ici un sens très large, et il signifie aussi la chose que le détenteur détient et dont il tire des profits matériels : ces profits sont son *avoir*. Pour les autres points relatifs à cette matière il faut appliquer au droit pénal serbe ce que nous avons dit sur la légitime défense en droit pénal allemand. (2)

III. — Comme nous voyons, le droit positif protège la possession (*Besitz*) ainsi que la détention (*Innehabung*), de trois manières : par les actions possessoires (*Besitzklagen*), par la *Selbsthülfe* et par la légitime défense (celle-ci comme appoint de la *Selbsthülfe*).

Quelles sont les raisons de cette protection si énergique de la possession ? On dit que le fondement de la protection de la possession se trouve dans le besoin de protéger la *pro-*

(1) Il faut néanmoins faire ici abstraction du dépôt gratuit : le dépositaire, à la condition qu'il n'ait rien à toucher du possesseur à raison de la chose déposée chez lui, ne pourrait, en tant que gardien de la chose, être dans aucun cas en état de légitime défense à l'égard du possesseur (propriétaire). En effet, il ne saurait se prévaloir vis-à-vis de lui à aucun titre du §. 53. C. civ. all. : il ne défendrait pas ici un de ses biens juridiques (*Rechtsgut*), un dépôt gratuit dépourvu de tout *jus retentionis* ne présentant pas le caractère d'un bien juridique, et comme, d'autre part, le possesseur (propriétaire) n'est pas ici un *tiers* par rapport à la chose mise en garde, cette raison d'une légitime défense manquerait également ici

(2) Voir également, pour le droit pénal serbe, la note précédente concernant le dépôt gratuit. Pour le droit autrichien, consulter Dr. M. von Stubenrauch qui dit : « *Das Nothwehrrecht steht auch dem Inhabar zu* » (*op. cit.*, Bd. I., S. 419. Anm. 1.). L'auteur cite, en cette matière, le §. Z., lit. g., *Strafgesetzbuch* (Code pénal autrichien) où le législateur autrichien a donné la définition de la légitime défense (*Nothwehrrecht*) ; d'où il résulte que d'après le droit autrichien, le principe de la légitime défense trouve son application aussi en cas de défense de la détention. (Voir encore, dans le même commentaire, Bd. I., S. 54 à 57, l'explication du §. 19. du C. civ. autrichien (*Staatliches Rcehtsschutz und Zelbsthilfe*).

priété. En effet, comme, pour la plupart du temps, la possession coïncide avec la propriété, cette dernière ne serait pas suffisamment protégée si la possession comme *telle* n'était pas garantie. (1) En protégeant donc la possession on protège la propriété, protéger un *fait* (la possession) c'est protéger un *droit* (la propriété).

Pourtant cette raison qu'on invoque pour expliquer la protection de la possession n'est pas la seule, encore moins est-elle la principale. Elle n'est même pas toujours satisfaisante, puisque l'autorité publique devrait protéger la possession aussi dans le cas où il serait évident que le possesseur n'est pas propriétaire (2) Ensuite, nous avons vu que le droit positif protège également, par des interdits possessoires, la simple détention (*Innehabung*) et ceci même à l'égard du *propriétaire*.

Le vrai fondement de la protection de la possession, ainsi que de la détention, c'est le désir de l'autorité publique de maintenir ici une situation de fait(*tatsächlicher Zustand*): l'autorité ordonne que cette situation de fait qu'on appelle possession ou détention soit respectée et qu'on ne la trouble pas arbitrairement. Celui qui prétend avoir plus de droit sur la chose possédée ou détenue par un autre doit s'adresser aux tribunaux pour obtenir justice. Et la raison qui commande ce respect d'une situation de fait est toute d'*ordre économique*; ce n'est que lorsque les possesseurs et

(1) En effet, si, par exemple le propriétaire qui vient à être dépossédé devait intenter contre le *dejicens* l'action en revendication, il succombrerait au procès dans le cas où il ne parviendrait pas à démontrer son droit de propriété et perdrait ainsi sa chose au profit d'un possesseur qui n'aurait ni titre ni bonne foi, car *actore non probante, reus absolvitur*. Et même si nous admettions, en faveur du propriétaire évincé, la *publiciana actio* (la publicienne) pour lui faciliter la situation, le propriétaire ne serait néanmoins pas protégé aussi utilement que s'il avait à sa disposition l'*interdictum recuperandæ possessionnis*, attendu que, pour une réussite dans la *publiciana actio*, il faut administrer la preuve de l'existence d'une possession pouvant conduire à l'*usucapion*, c'est-à-dire il faut prouver le *juste titre* et la *bonne foi* (celle-ci est du reste présumée, s'il y a un juste titre) : or il faut convenir que cette preuve ne serait pas toujours facile à produire.

(2) Par exemple, une personne s'empare d'un immeuble d'autrui et, tout en avouant n'être pas propriétaire, elle s'adresse à l'autorité afin qu'elle prenne sa défense contre une *agression* du vrai propriétaire ; l'autorité est tenue de se porter à son secours, et quant au propriétaire, l'autorité l'invitera à réclamer au possesseur actuel son bien au moyen d'une action possessoire ou, à défaut de celle-ci (si elle est prescrite), au moyen d'une action pétitoire. Il y a plus : après l'expiration d'une année à partir de l'usurpation, le propriétaire n'est plus autorisé à intenter contre l'usurpateur l'*interdictum recuperandoe possessionis* : il ne lui resterait alors que la *rei vindicatio* ou la *publiciana actio*. (V. le §. 864 du C. civ. allemand : Dr. H. Dernburg, *op. cit.*, Bd. I, Z., 80 ; l'art. 929 du C. civ. suisse).

les détenteurs de choses se sentent sûrs dans leur possession ou détention, qu'ils pourront s'adonner avec zèle au travail et tirer le plus de fruit et de profit possibles des biens qu'ils possèdent ou détiennent. De cette façon, le principe de la protection de la possession et de la détention se présente, par son but, comme un *principe économique* : il doit aider à la production de *richesses* destinées à satisfaire les *besoins matériels* des hommes. Grâce à l'idée de *concurrence* et de *bonheur personnel*, idée qui se trouve à la base de la société actuelle, on a élevé l'importance de la possession des choses à une telle hauteur qu'on a créé la règle : *Beati possidentes*. En dernière analyse, le principe de la protection d'une situation de fait consistant dans une possession ou dans une détention est un principe purement *matérialiste*, un principe qui s'éloigne entièrement du principe de *désintéressement personnel* proclamé par la religion chrétienne dont le fondateur disait à ses auditeurs : « Abandonnez tous vos biens et suivez-moi ! »

A quel point, dans le stade présent de la culture humaine, on attache du prix à l'institution de la possession et de la détention ainsi qu'à leur protection (*der Schutz*), nous le voyons aussi d'après les moyens que les législations positives mettent à la disposition du possesseur et du détenteur pour défendre leur maîtrise sur la chose : la loi leur permet d'aller, dans cette défense, même jusqu'au *meurtre* de celui qui voudrait les priver de la chose par la force. Si le possesseur ou le détenteur, en cas d'attaque contre sa possession ou détention, est appelé à choisir entre la *perte de la chose* et l'*assassinat* de l'agresseur, la loi consent à ce qu'il s'arrête à ce dernier choix ; bien plus, elle le lui recommande. Entre la disparition d'une *chose* et celle d'un *homme*, la loi n'hésite pas à préférer celle-ci à celle-là : le principe de l'égoïsme *matériel* (parce qu'il y a aussi des égoïsmes *intellectuels*), c'est-à-dire de l'égoïsme de la pire espèce, est donc porté au paroxysme (1). Il y a plusieurs sortes de biens juridiques,

(1) C'est vraiment tout un abîme entre la religion chrétienne et la doctrine de certains Etats qui se disent chrétiens. Par exemple l'Etat serbe tout en laissant à chacun sa liberté de conscience (art. 18 de la Constitution serbe du 5/18 juin 1903), professe, lui, en tant qu'*Etat*, la religion chértienne orthodoxe (l'art. 3 al. 2 de la Constitution serbe du 5-18 juin, 1903 proclame : « La religion d'Etat en Serbie c'est la religion chrétienne orthodoxe »); l'Etat serbe est un Etat *croyant*, et un Etat croyant *chrétien*. Or quel est le premier des Dix Ordres du Christ ? C'est, comme nous l'avons déjà cité dans cet article : « Tu ne tueras pas ». Mais que lisons-nous dans le § 54 du Code pénal de l'Etat serbe, Etat dont la religion, comme nous venons de voir, est la religion chrétienne orthodoxe? Nous y lisons

parmi eux figurent aussi la *vie humaine* et les *choses*, avec cette différence que le droit positif met les choses avant les hommes : pour lui la *chose* est un bien juridique plus précieux que la *vie de l'homme*. (1)

Le droit positif respecte la *situation de fait* représentée par la possession et la détention parce qu'il respecte la *force*, car

qu'il est permis, non seulement au propriétaire, non seulement au possesseur, mais même à un simple détenteur (nous avons déjà expliqué que le mot: *avoir*, contenu dans le § 54 du Code pénal serbe, doit être pris dans cette acception large) de *tuer* même celui qui viendrait lui enlever de force la chose qu'il détient. On ne pourrait pas affirmer que l'Etat serbe tienne trop à se montrer logique.

(1) Qu'il nous soit permis de toucher ici un point qui semble avoir un certain rapport avec la question dont nous nous occupons plus haut : il s'agit d'une différence, très profonde et très intéressante, entre le bouddhisme et le christianisme, religions entre lesquelles il existe, d'ailleurs, des ressemblances incontestables. Cette différence concerne la conception des deux religions quant à la *valeur de la vie humaine*. En effet, le christianisme apprécie la vie humaine beaucoup plus que le bouddhisme et une des preuves en est le premier des Dix Ordres de Jésus Christ: « Tu ne tueras pas ». Le bouddhisme, au contraire, loin d'estimer la vie humaine, la méprise : il pense que l'homme est malheureux et imparfait précisément parce qu'*il vit* et ce n'est qu'en *mourant* qu'il devient parfait et heureux. La mort délivre l'âme (l'esprit) de la *matière* (du corps) qui est la cause de toutes les imperfections et de toutes les souffrances. D'après le bouddhisme, l'humanité sera affranchie de toutes ses imperfections et de toutes ses souffrances *quand elle ne sera plus* : c'est à condition de *disparaître* que l'humanité atteindra la perfection et la félicité. (Voir sur le bouddhisme le livre si plein d'érudition et de documents de Dr. Friedrich Heiler, *Die Buddhistische Versenkung*, Munich, 1918). Le christianisme rejette cette doctrine qui renferme en elle une *contradictio in adjecto* : il est impossible que quelque chose puisse devenir parfait et heureux en disparaissant : si l'Humanité disparaissait, on ne pourrait plus parler ni de son imperfection ni de sa perfection, de même qu'on ne pourrait plus parler de ses souffrances ni de sa félicité. Le *néant* n'est ni parfait ni imparfait pas plus qu'il n'est heureux ni malheureux. Ensuite, ce n'est pas vaincre la matière (le corps) que de la quitter par la mort : on ne vainc pas en s'enfuyant. Pour venir à bout de la matière (du corps) il faut *lutter* avec elle, et pour lutter, il faut *vivre*. C'est en combattant son *corps* et les inclinations toutes *matérielles*, donc impures, dont le corps est l'origine et la source, que l'homme se perfectionne et se *spiritualise*. Grâce à cet effort, l'homme finira par rendre son esprit *indépendant* du corps et libre de tous désirs matériels c'est-à-dire *égoïstes*, l'homme n'aura plus que de l'*amour* pour son prochain. Le règne de l'*esprit* sera alors assuré dans l'humanité et celle-ci sera parfaite et heureuse *tout en existant*. Au lieu de lui faire abandonner la terre et de lui faire perdre ainsi une partie de son champ d'action, résultat auquel aboutirait le bouddhisme, le christianisme, au contraire, élargit l'empire de l'esprit, c'est-à-dire de Dieu.

Mais quelle est la religion de l'Etat actuel? En permettant aux *possidentes* de *tuer* même ceux qui pourraient venir les attaquer dans leur possession, on dirait qu'il se rapproche du bouddhisme, puisqu'il estime si peu la vie humaine; mais d'un autre côté, par ladite permission sanglante l'Etat veut assurer aux *possidentes* la jouissance de leurs biens *matériels*, jouissance que le bouddhisme considère précisément comme une imperfection et un malheur. Et que la théorie de la légitime défense de biens n'ait rien de commun non plus avec le christianisme, nous l'avons déjà suffisamment dit. En conséquence on se demande quelle est la religion de l'Etat dans lequel l'homme vit aujourd'hui ? C'est, comme nous verrons plus loin, la religion (le culte) de la force *matérielle*.

la possession et la détention se caractérise, comme nous l'avons vu, par une *puissance* de l'homme sur la chose, elles sont donc un exemple de *domination* de l'homme. Tout ce qui *existe* est une *force* par cela seul qu'il existe : la possession et la détention constituent une force parce qu elles existent. Et tout ce qui est *force existe*, car s'il n'existait pas, il ne serait pas force. Or le monde est dirigé par la force, la force est un principe universel et alors il faut respecter la force ! Les règles relatives à la protection de la possession et de la détention émanent donc de ce *principe de respect de la force* (1).

Une situation de fait doit être respectée parce que ce qui existe est *le meilleur* et *le plus sage*, et il l'est par cela seul qu'il existe : il n'y a que les choses qui ne sont ni bonnes ni sages qui n'existent pas; l'*existence* d'une chose est la preuve de sa *valeur*, toute force constitue une valeur. Or il faut respecter les *valeurs*. Alors même que nous ne voudrions pas respecter les situations de fait, c'est à-dire la force, cela ne nous aiderait à rien, car une situation de fait c'est-a-dire la force, s'impose d'elle-même, la force est plus forte que nous, elle est la manifestation des lois immuables de l'univers ; les situations de fait sont *déterminées* et *prédestinées*, elles arrivent *fatalement*, l'homme est ici impuissant : aussi faut-il s'incliner devant elles.

Comme nous voyons, la théorie de la possession et du respect que nous lui devons repose sur l'idée de la *matérialité* de tous les phénomènes, voire aussi des *phénomènes sociaux* : alors même qu'il s'agit de ces derniers phénomènes, l'homme n'est qu'un simple *substratum* de ces lois immuables que nous venons de mentionner.

C'est de cette conception toute matérialiste que procède aussi la doctrine de l'*évolution* des phénomènes juridiques et du droit en général, c'est-à-dire la doctrine suivant laquelle le droit se crée lentement dans la *masse* du peuple d'où le législateur n'a qu'à l'extraire et à le mettre sur le papier, en un mot, la doc-

(1) Le principe de respect et de protection des *situations de fait*, ou des *situations acquises*, trouve aussi son application en politique : il faut respecter le régime qui a réussi à s'établir, c'est-à-dire il faut respecter un régime *actuel* quelconque parce qu'il représente une *force*, et sans qu'il y ait à rechercher par quels moyens le régime est parvenu à se former et à s'organiser. C'est à la force de faire le choix de ses moyens, et elle n'est point limitée à cet égard, car si elle était ici limitée, elle ne serait pas force et ne pourrait se manifester comme telle, en d'autres mots, elle n'existerait pas.

trine du législateur *simple copiste* des normes juridiques formées *spontanément, fatalement* au sein du peuple. (1)

Le principe de la possession et de sa protection présente encore un autre trait caractéristique. Nous avons vu que le possesseur qui, après avoir été privé de la chose d'une façon illégale (*rechtswidiy*), serait parvenu à la reprendre, aurait le droit de répondre à l'*interdictum recuperandae possessionis* de celui dont la possession avait été vicieuse (*fehlerhaft*) à son égard, par l'*exceptio vitiosae possessionis* et de se faire maintenir ainsi en la possession de la chose, mais ceci seulement à la condition qu'il ne se soit pas écoulé une année depuis qu'il a perdu la possession de la chose (*vi, clam* ou *precario*) En outre, nous avons dit aussi que le possesseur dépossédé *vi, clam* ou *precorio*, est tenu d'intenter son action possessoire contre le *dejicens* dans un délai d'une année à partir de la dépossession, autrement son *interdictum recuperandae possessionis* serait prescrit. Comme nous le voyons, le droit positif protège bien la possession, mais néanmoins si le possesseur vient à être attaqué dans sa possession et qu'il succombe dans la lutte, l'agresseur, qui a réussi à enlever la chose au possesseur, se verra converti, après une année, en un possesseur dont la possession n'est plus vicieuse et ayant de la sorte, grâce à sa force, créé, à son profit, une nouvelle situation de fait, une nouvelle situation acquise; il sera désormais protégé dans sa possession, même contre le possesseur qu'il a illégalement privé de son bien. Ce n'est autre chose que la *théorie du succès*, du succès à n'importe quel prix et à l'aide de n'importe quels moyens, théorie dont les hommes modernes eux-mêmes ne veulent pas s'affranchir, tout au contraire.

Enfin, on s'appuie encore, pour justifier le principe du respect et de la protection de la possession et de la détention, sur la raison tirée de la nécessité de *maintenir l'ordre public*, raison qui est, indubitablement, plus exacte et plus satisfaisante que celle qui explique ledit principe par le désir de garantir le droit de propriété. En effet, selon cette raison, il faut respecter et protéger la possession et la détention parce qu'elles représentent des situations de fait et que le respect et la protection des situations de fait sont commandés par les besoins de l'ordre public. Respecter et protéger les situations de fait c'est

(1) Nous avons traité ce point aussi dans notre étude indiquée plus haut : *De la matérialisation des droits privés*.

assurer l'ordre public, et assurer l'ordre public c'est respecter et protéger les situations de fait. Mais cette théorie du *maintien de l'ordre public* c'est toujours la théorie de la force : l'ordre public est maintenu grâce au respect des situations de fait, et celles-ci n'étant qu'une émanation de la force, il en résulte que c'est en respectant la force qu'on maintient l'ordre ; maintenir l'ordre c'est respecter la force ; respecter la force c'est maintenir l'ordre. L'idée de l'ordre *est intimement liée* à l'idée de la force, et l'idée de la force à l'idée de l'ordre. Qui dit l'ordre dit la force et qui dit la force dit l'ordre. L'ordre n'est donc qu'une manifestation de la force. Comme nous voyons, cette explication de la règle du respect et de la protection de la possession et de la détention est basée, elle aussi, sur l'idée de la force et sur la *conception matérialiste* de la société. (1)

Nous avons ainsi essayé, dans ce paragraphe, de montrer que la théorie de la possession et de la détention et de leur protection, bien que rentrant dans une branche spéciale du droit (droit civil) où elle est étudiée et exposée, dépasse de beaucoup, par sa signification et sa portée, le cadre de cette branche scientifique et qu'elle est suggestive encore à d'autres point de vue.

J. PÉRITCH,
professeur de Droit à l'Université de Belgrade (Serbie).

(1) Comme la règle du respect et de la protection de la possession et de la détention signifie qu'il ne faut pas troubler les possesseurs et les détenteurs dans leur possession ou détention, c'est-à-dire qu'il ne faut pas toucher aux choses se trouvant en la possession ou détention des autres, mais qu'il faut les laisser là où elles sont, il s'ensuit de ces prémisses que le maintien de l'ordre consiste dans une certaine *stabilité*, mieux l'*immobilité* des choses. L'ordre c'est donc la stabilité, l'immobilité ; l'instabilité, la mobilité c'est le *désordre*. Et puisque l'ordre est une des principales conditions, du progrès, il en résulte que le progrès est rendu possible par la stabilité, l'immobilité des choses. Or comment ces déductions peuvent-elles s'accorder avec la théorie de l'évolution selon laquelle le progrès consiste, au contraire, dans un *mouvement*, dans une *transformation constante* ? Le progrès serait donc soumis à deux conditions qui s'excluent : l'*ordre*, c'est-à-dire la stabilité, l'immobilité, et d'autre part, le mouvement, la transformation, c'est-à-dire le *désordre*.

Ceci n'est pas l'unique exemple ou preuve des différents dilemmes entre lesquels l'humanité se trouve depuis son apparition, dilemmes qui la déchirent comme des crampes, crampes fatales et éternelles. Il y en a encore d'autres. Contentons-nous de citer encore celui-ci : la lutte de l'homme entre les deux sentiments d'*égoïsme* et d'*altruisme*, sentiments si opposés l'un à l'autre et dont le premier est un des traits caractéristiques de l'homme en tant que *corps*, tandis que le second est un des traits caractéristiques de l'homme en tant qu'*esprit*. Ces deux principes, *corps* (matière) et *esprit*, se combattent mutuellement dans l'homme et dans l'humanité, en provoquant les souffrances et misères de l'espèce humaine.