

POUR COMPTE RENDU

LA PEINE PRIVÉE

EN DROIT ACTUEL

QUELQUES OBSERVATIONS
DE DROIT MARITIME, DE DROIT INTERNATIONAL
ET DE DROIT CIVIL COMPARÉ

PAR

M. LOUIS HUGUENEY

DOCTEUR EN DROIT
AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE DIJON

Extrait de la REVUE CRITIQUE DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^o et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1906

N° A 29

17661
F8 G88

LA PEINE PRIVÉE

EN DROIT ACTUEL



QUELQUES OBSERVATIONS
DE DROIT MARITIME, DE DROIT INTERNATIONAL
ET DE DROIT CIVIL COMPARÉ

PAR

M. LOUIS HUGUENEY

DOCTEUR EN DROIT
AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE DIJON

Extrait de la REVUE CRITIQUE DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^o et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

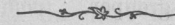
Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1906

LA PEINE PRIVÉE

EN DROIT ACTUEL



C'est une affirmation parfois émise (1) et une croyance très généralement répandue, parmi les civilistes comme parmi les criminalistes, que la peine privée, en droit actuel, sous toutes ses formes, a disparu : produit d'une civilisation peu avancée, elle s'est effacée sous l'action du progrès des mœurs, du perfectionnement du droit et du développement des institutions politiques. Le droit civil et le droit pénal se sont partagé ce que l'on nomme sa « succession » (2).

Que penser de ces assertions et quel crédit leur accorder ?

Une étude impartiale des faits, l'analyse des solutions et plus encore des tendances de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence contemporaines (3), sans démontrer, à proprement parler, la fausseté d'une opinion qui, dans son principe, repose sur la constatation d'une évolution passée incontestable, nous a conduit à formuler sur l'état du droit présent, sur l'orientation probable du droit futur, quelques conclusions heurtant la thèse couramment admise, voire un peu révolutionnaires : que la décadence de la peine privée n'équivaut pas à sa ruine ; que la peine privée n'est pas nécessairement le produit d'un droit barbare et dans l'enfance ; qu'il en subsiste des vestiges ; que son domaine s'étend ; que les symptômes se multiplient pour attester, avec sa vitalité, ses progrès (4).

(1) A titre d'exemple, cette phrase de Binding, *Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts*, t. 1^{er}, 1897, p. 197 : « Die Privatstrafe ist in jeder Form verschwunden. »

(2) Minozzi, *Studio sul danno non patrimoniale*, 1901, p. 67.

(3) Sur les avantages de cette méthode : Terenzio Sacchi-Lodispoto, *Zeitsch. f. schweiz. Strafrecht*, 1904, p. 367.

(4) *L'idée de peine privée en droit contemporain*. Paris, Rousseau, 1904.

Ce sont ces affirmations mêlées de doutes que nous voudrions, en ces quelques pages, étayer sur quelques nouveaux documents : les uns, que l'étendue de la région à explorer, dans un premier examen, avait soustraits à notre enquête; les autres, que le cours du temps nous apporte comme témoignages les plus récents de l'évolution des idées. Documents très disséminés, et qu'il nous paraît utile de grouper : comme matériaux d'abord offerts à ceux, minorité sans doute, mais minorité respectable, qui ne verraient pas d'un œil hostile la résurrection, partielle sinon totale, dans certains cas et sous certaines conditions (1), du vieux système des peines privées; dans un intérêt de méthode, ensuite, pour mieux montrer comment, par la voie inductive, se pourraient peu à peu dégager, avec les caractères de l'institution et ses buts, les règles qui président ou qui doivent présider à son fonctionnement.

Dans quels cas l'expérience nous donne-t-elle la preuve de la force vivace de l'ancienne idée de peine privée? A quels principes sont susceptibles, en droit actuel, d'obéir ces phénomènes d'apparence si disparate et qui pourtant se rattachent à une notion commune, celle d'une sanction différente de la peine publique parce que, de façon directe et en vertu d'un droit propre (2), c'est à la victime de l'acte illicite qu'elle profite; différente de la réparation parce que, dans une mesure plus large, elle s'inspire de considérations empruntées à la matière du droit pénal, — caractéristique variable comme varient eux-mêmes, suivant les âges, les caractères fondamentaux de la peine; — ce qui, rationnellement, ressort surtout de son but, punir l'auteur plus encore que dédommager la victime; ce qui, pratiquement, se traduit, moins peut-être dans l'importance attribuée à l'élément fautive, plus essentiel et généralement plus marqué dans la peine privée que dans la simple réparation, que dans le

(1) Certains, par exemple, considérant comme seule admissible en droit moderne la peine privée déchéance. V. en ce sens le rapport du professeur Brie, sur la question du maintien des peines privées du divorce : *Verhandl. des 20^{en} deutschen Juristentags*. 1889, t. IV, p. 250.

(2) Comp. Hailliant, *Die römischen Privatstrafen*, Inaug. Diss., Breslau, 1884, p. 60.

montant même de la condamnation prononcée au bénéfice de la victime, condamnation ne se calquant pas sur le montant du préjudice, normalement et intentionnellement appelée à le dépasser (1)? Par quels symptômes enfin s'affirme le réveil de la peine privée? C'est à ces trois questions, correspondant au triple aspect du problème de la peine privée, que se rattachent ces trois études : la première consacrée aux vestiges qu'elle a laissés dans le domaine du droit maritime, la seconde, aux difficultés qu'elle soulève sur le terrain du droit international privé actuel, la troisième, à quelques-unes de ses plus récentes manifestations, soit en France, soit à l'étranger.

I.

Que la peine privée se soit conservée en droit maritime mieux qu'ailleurs, c'est une observation qui n'est pas faite pour étonner. Le droit maritime, d'une façon générale, a gardé, avec une fidélité particulière, la trace des institutions du passé; et des auteurs déjà, plus spécialement, ont relevé l'empreinte profonde qu'ont marquée, dans la législation maritime, les conceptions du droit pénal primitif (2). L'étroite connexion qui, dans le domaine des lois de la mer, a subsisté entre le droit public et le droit privé, dont la différenciation croissante, dans d'autres branches de la science juridique, a été la cause, sinon exclusive, du moins peut-être prédominante de la disparition des peines privées, a favorisé le maintien de dispositions que le respect des traditions suffirait seul à expliquer. D'où la curieuse collection que le Code de commerce français ou ses compléments, sur bien des points en harmonie avec les codes étrangers, offre au chercheur de peines privées...

La plus caractérisée, — mais son maintien est contesté et la

(1) C'est du moins le criterium généralement admis aussi bien en Allemagne qu'en France. V. en ce sens : Brie, *op. cit.*, p. 249. Le droit de Justinien, à la différence du droit romain classique, s'inquiétait déjà du résultat plutôt que du but des actions par lui qualifiées de pénales (Hailliant, *op. cit.*, p. 36 et suiv.).

(2) Behrend, *Zeitsch. f. die Sav. Stiftung*, 1898, t. XIX, p. 52 et les renvois.

pratique paraît l'avoir définitivement écartée, — ce serait celle apparemment de restitution du quadruple. L'ordonnance de 1681, dans différents cas, relativement au sauvetage, en avait fait application. Par un emprunt aux lois romaines (1), c'était la peine dont elle frappait, — sans préjudice, pour les recéleurs, de peine corporelle, — ceux qui portent dans leurs maisons ou ailleurs qu'aux lieux indiqués des effets naufragés (2), ceux qui, trouvant des épaves au fond de la mer ou sur la grève, négligent de faire, dans les vingt-quatre heures, la déclaration prescrite (3). Cette restitution du quadruple a-t-elle, en droit actuel, disparu? Le Code de commerce n'ayant, dans aucun chapitre, touché à la matière du sauvetage, on en a conclu au maintien des dispositions de l'ordonnance (4). Mais que dire des pénalités qui en sanctionnent les prescriptions? Des tribunaux, à mainte reprise, sans peut-être en bien saisir le caractère original (5), avaient cru à leur survivance (6). Cette opinion a succombé (7) sous d'assez mauvais arguments (8). La restitution du quadruple semble tombée

(1) V. notamment la l. 1, D., *De incendio, ruina, naufragio*, 47, 9.

(2) Ord. 1681, l. 4, t. IX, art. 5.

(3) Ord. 1681, l. 4, t. IX, art. 19 et 20 (Comp. Valin, t. II, p. 594).

(4) Lyon-Caen et Renault, t. VI, 3^e éd., nos 1059 et suiv.

(5) V. notamment cette « amende du quadruple » dont parle le Tribunal de Perpignan : 20 janv. 1871, D. 71, 3, 91.

(6) V. les jugements rapportés dans Lebeau, *Code des naufrages et épaves maritimes* (refondu par Kerespert), Dunkerque, 1888, n^o 478.

(7) V. notamment la circulaire du ministre de la marine du 21 juin 1883, notifiant l'arrêt de la Cour de Douai du 16 avril précédent : *Bull. off. de la marine*, 1883, 1^{er} sem., p. 840, n^o 228.

(8) Les pénalités de l'Ordonnance de 1681, a-t-on déclaré quelquefois, ont été abrogées par l'art. 35, t. 1^{er}, du Code pénal de 1791 (en ce sens : l'arrêt précité de Douai). L'argument n'aurait de valeur que pour la peine corporelle jointe à la restitution du quadruple. — Est-il vrai d'autre part de dire que les lois nouvelles ont prévu tous les crimes et délits commis à l'occasion des naufrages (Tartara, *Nouveau code des bris et naufrages*, Paris, 1874, p. 382)? Le Code pénal sans doute réprime le vol, à quelque objet qu'il s'applique; mais les infractions visées par les dispositions précitées présentent-elles, dans tous les cas, les éléments caractéristiques du vol? L'intention frauduleuse, assez souvent, fera défaut (V. à titre d'exemple : Trib. de Perpignan. 20 janv. 1871, *supra*). — Prétendra-t-on alors que ces « présomptions légales de recel », transportées du système de l'Ordonnance

dans l'oubli (1). Peut-être avait-elle cependant de justes motifs d'existence (2). L'exemple de l'Angleterre, qui, dans son *Merchant shipping act*, maintenait encore, il y a douze ans, contre le recéleur d'épaves, au profit du propriétaire ou de l'ayant-droit, concurremment avec la peine publique, la restitution au double de la valeur des choses trouvées (3), assez facilement le ferait croire.

Sous une forme plus voilée, la jurisprudence, d'ailleurs, dans une autre hypothèse, a consacré une peine privée encore plus grave, qui ne consiste plus seulement en un multiple du dommage, mais qui est, avec ce dommage, en dehors de toute proportion. Un navire, au départ, se trouvait être innavigable; le chargeur en fournit la preuve. L'art. 297 du Code de commerce, formulé

dans celui du Code pénal, justifieraient l'application aux coupables des dispositions sur le recel (ce qui, en vertu de l'art. 62 C. p., par une voie détournée, conduirait à frapper les recéleurs des peines mêmes du vol)? Ce serait une transformation arbitraire des pénalités de l'Ordonnance (comp. Beaussant, *Code maritime*, 1840, t. II, p. 157). — Quelle serait donc, en dehors du cas d'intention frauduleuse prouvée, la sanction du transport prohibé d'effets naufragés ou du défaut de déclaration? Des auteurs ont cru la trouver dans les peines de simple police des art. 471-15^o et 475-12^o C. p. (Beaussant, Tartara, *loc. cit.*). La sanction serait-elle véritablement efficace?

(1) V. le jugement du Trib. de commerce de Marseille du 14 oct. 1904, *Rev. int. de droit maritime*, t. XX, p. 582. Un scaphandrier, qui avait trouvé des bâches au fond de l'eau, réclamait, pour frais de garde, au propriétaire, une indemnité. Parce qu'il n'avait pas fait dans les vingt-quatre heures la déclaration prescrite, le tribunal l'a débouté : simple peine privée déchéance, analogue à celle (perte de l'indemnité de sauvetage) que la loi anglaise, dans l'hypothèse, ajoute à l'indemnité du double (*Merchant shipping act*, de 1894, art. 518), que les Codes portugais et argentin substituent à la restitution du quadruple (C. co. portugais, de 1888, art. 677 et 678, C. co. argentin, de 1889, art. 1293).

(2) Risque particulièrement grave couru par le propriétaire de la chose ou l'ayant-droit; situation spéciale du sauveteur, dans certains cas attributive d'une part des objets trouvés, dont la situation par conséquent se rapproche de celle de l'héritier, en droit civil, frappé de la peine privée du recel, qui, pour partie, n'a d'autre tort que de se faire justice à lui-même (comp. Merlin, *Répertoire*, v^o *Naufrage*, p. 99) : sorte d'infraction pour laquelle la peine privée peut se prévaloir d'une vocation traditionnelle (l. 13, D. 4, 2; l. 7, C., 8, 4).

(3) *Merchant shipping act*, de 1894, art. 518.

rajeunie d'une disposition de l'ordonnance (1), décide que « le capitaine perd son fret et répond des dommages-intérêts de l'affrètement ». Perd-il son fret dans tous les cas? Le perd-il alors même que le navire, en cours de route réparé, serait arrivé à destination? La jurisprudence, très nettement, se prononce pour l'affirmative (2). Les marchandises ont été reçues; elles n'ont souffert qu'un léger retard. L'affrètement n'obtiendra pas seulement une indemnité pour le retard, il sera dispensé de payer son fret; il s'enrichira du montant du fret. Ce sera « la juste punition de la témérité du capitaine » (3). Sa faute approchait du crime : par amour du gain, par avarice, il a exposé non seulement la cargaison, mais encore la vie des passagers et de l'équipage. L'intérêt social exige qu'il soit sévèrement puni (4). Contre la solution donnée et l'explication proposée, des auteurs protestent avec véhémence. Une peine dont le montant ne reviendrait pas au Trésor public! Cela « confond la raison » (5). La solution ne se comprend pas. L'explication doit être fautive... Sans faire ici d'exégèse, sans rechercher si la jurisprudence a donné à cette disposition le sens que lui prêtait le législateur (6), sans approuver ni condamner l'extrême rigueur d'une sanction dans l'application de laquelle l'équité eût suggéré des distinctions (7), bornons-nous à enregistrer cette peine privée manifeste dont partisans et adversaires (8), à l'heure actuelle, d'un commun accord, reconnaissent la véritable nature (9). La surprise causée par cette

(1) Ord. 1681, l. 3, t. III, art. 12 : où Valin déjà voyait la « peine » de la « prévarication » du maître ou du propriétaire (t. I^{er}, p. 653).

(2) Cass., 15 nov. 1876, D. 78, 1, 86; 6 juin 1882, D. 83, 1, 49.

(3) Rouen, 10 février 1876, S. 76, 2, 289.

(4) Bédarride, *Du commerce maritime*, t. II, p. 506.

(5) De Courcy, *Quest. de Dr. maritime*, t. I^{er}, p. 154 et suiv.; — Levillain, D. 83, 1, 49.

(6) V. sur ce point et sur l'état du droit comparé : Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. V, n° 669.

(7) V. cep. Loaré, *Esprit du Code de commerce*, t. II, p. 198.

(8) V. en dernier lieu : Bouvier, *Etude sur l'obligation de payer le fret en droit français*, Th. Aix, 1904, p. 114-118.

(9) M. Thaller, à son cours de droit maritime, 1904-1905, la rapprochait de l'ancien wehrgeld.

apparition étrange se fût sans doute atténuée si, dès l'abord, on eût remarqué qu'à cette bizarrerie se rattachent d'autres bizarreries analogues, quelques-unes même encore placées dans la matière de l'affrètement.

Un individu quelconque, un matelot dans l'hypothèse la plus fréquente (1), sans déclaration et sans permission, a chargé certains objets sur le navire. L'art. 292 du Code de commerce, comme l'art. 297 emprunté à une disposition de l'ordonnance (2), déclare que le capitaine, à son choix, pourra ou faire mettre à terre ces marchandises dans le lieu du chargement, « ou en prendre le fret au plus haut prix qui sera payé dans le même lieu pour les marchandises de même nature ». L'armement, en somme, ne perd rien (3); dans certains cas, il peut gagner. C'est l'ébauche d'une pénalité que la loi belge a dégagée en remplaçant ce fret maximum par le paiement du double fret (4). Dans une hypothèse particulière, d'ailleurs, le Code français, plus sévère ici que la loi belge (5), dessine pleinement la peine privée. Le capitaine navigue à profit commun; sa rémunération doit consister en une part des bénéfices produits par la vente des marchandises embarquées. Dans la crainte que, par une concurrence déloyale, il compromette les intérêts des chargeurs, ses associés (6), l'art. 239 du Code de commerce lui défend de faire

(1) V. la prohibition de l'art. 251 C. co.

(2) Ord. 1681, l. 3, t. III, art. 7.

(3) Si le chargement clandestin a causé un préjudice particulier, le capitaine pourra, de ce chef, réclamer au chargeur des dommages-intérêts (Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. V, n° 640).

(4) « Sans préjudice de plus amples dommages-intérêts s'il y a lieu. » (Loi belge du 21 août 1879, art. 66). Dans le même sens : C. co. argentin, art. 915. — Comp. sur la sanction (visant seulement le capitaine qui charge à bord des marchandises sans le consentement de l'armateur) du Code de commerce allemand : Pappenheim, *Handbuch des Seerechts*, t. II, 1906, p. 479-480.

(5) L. 21 août 1879, art. 30. — Sur cette réforme dérivant, dans l'esprit du législateur, de l'idée que « la confiscation prononcée au profit d'un particulier, comme pénalité de l'accomplissement d'une obligation civile, ne s'accorde pas avec notre système de législation » : Jacobs, *Droit maritime belge*, t. I^{er}, p. 214.

(6) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. V, n° 485.

« aucun trafic ni commerce pour son compte particulier ». Qu'il viole la prohibition, l'art. 240 du même Code, « sanction rigoureuse », que l'ordonnance déjà établissait « en haine de l'infidélité du capitaine (1) », décide que les marchandises par lui embarquées pour son compte particulier « seront confisquées au profit des autres intéressés ».

La bonne foi mise sous l'égide de la peine privée, ce n'est pas une idée propre aux rapports entre associés. C'est une pensée qui, encore, avec une netteté particulière, se traduit dans les relations entre assureur et assuré, qui s'y exprime à deux degrés : un degré inférieur correspondant à l'assurance exagérée, à l'assurance cumulative, peut-être même à l'assurance sur réticence ou sur fausse déclaration ; un degré supérieur restreint à l'hypothèse de cette fraude plus grave qu'implique l'assurance après connaissance de l'événement.

Au premier degré, la peine se cache sous l'apparence d'une nullité. L'art. 357 du Code de commerce pour l'assurance exagérée (2) nous en indique le caractère. Le contrat « est nul à l'égard de l'assuré seulement, s'il est prouvé qu'il y a eu dol ou fraude de sa part ». La formule, à la rigueur, peut s'entendre en un double sens. Dans l'interprétation la plus imprégnée de l'idée de peine (3), cette nullité relative signifierait que le contrat, conservant ses effets au bénéfice de l'assureur, cesserait d'en produire à son détriment : l'assureur, dispensé de payer en cas de sinistre l'indemnité qu'il a promise, garderait son droit à la prime. C'est, dans l'hypothèse de mauvaise foi de l'assuré, la solution admise par la loi belge (4) ; c'est celle aussi consacrée par le

(1) Valin, sur l'art. 28, t. II, l. 1^{er} de l'Ordonnance de 1681.

(2) Sur le danger que fait courir au navire et à l'équipage la pratique de l'assurance exagérée : De Courcy, *op. cit.*, t. IV, p. 35 et suiv. — Comp. sur les sanctions pénales qui, en Suisse, frappent la double assurance ou l'assurance exagérée : Zürcher, *Versicherung und Strafrecht, Zeitschr. f. Schweiz. Recht*, 1904, p. 155.

(3) Le progrès de l'idée de peine privée ne semble-t-il pas ici lié à cette cause déjà signalée (V. notre étude précitée, p. 77, note 1) : la désintégration des organismes juridiques ?

(4) L. 11 juin 1874, art. 1. La loi, dit Jacobs, « frappe la mauvaise foi

Code de commerce italien (1). L'opinion dominante en France (2) laisse la peine plus dissimulée : la nullité prononcée aura effet vis-à-vis de tous ; le seul bénéficiaire de l'assureur sera qu'à lui seul appartiendra la faculté de demander la nullité. D'où pratiquement cette conséquence qu'il s'en prévaut si, à son égard, l'opération doit se conclure par une perte, qu'il ne s'en prévaut pas si elle se traduit par un gain. L'assuré, dans tous les cas, subira la mauvaise fortune. C'est le même système que prévoient, pour le prêt à la grosse exagéré, l'art. 316 (3), pour l'assurance cumulative, l'art. 334 du Code de commerce (4) ; c'est le régime enfin que des auteurs, s'inspirant beaucoup plutôt des besoins pratiques que des principes, ont proposé d'étendre, dans l'hypothèse de mauvaise foi, à la nullité fondée sur une réticence ou sur une fausse déclaration (5). Cette nullité constitue-t-elle contre la fraude un « bouclier » suffisamment protecteur (6) ? De bons d'une véritable pénalité » (*Le droit maritime belge*, t. II, n° 633. V. aussi n° 636).

(1) C. co. italien, art. 429, al. 3. V. une application intéressante et d'ingénieuses observations sur le caractère spécial de la nullité : Cass., Turin, 15 déc. 1903 et la note, *Riv. di dir. commerciale*, 1904, 2, p. 10 et suiv.

(2) V. notamment : Lyon-Caen et Renault, t. VI, n° 1111. Pour les opinions divergentes : Cohendy et Darras, *C. co. annoté*, sur l'art. 357, n° 6. Comp., *ibid.*, sur l'art. 348, n° 75.

(3) Comp. sur l'art. 3, t. V, l. 3 de l'Ordonnance de 1681 : Valin, t. II, p. 6.

(4) Comp. sur le cumul de l'assurance et de l'emprunt à la grosse, l'art. 347 C. co.

(5) Art. 348 C. co. V. notamment en ce sens : Estrangin, sur Pothier, *Traité du contrat d'assurance*, 1810, n° 14. En sens contraire, dans l'hypothèse où l'assureur par suite du dol de l'assuré aurait commis une erreur sur l'identité même de la chose : Lyon-Caen et Renault, t. VI, n° 1452. — La disposition de l'art. 348 est-elle d'ailleurs susceptible, d'une manière générale, de s'incorporer dans la théorie de droit civil des nullités fondées sur un vice du consentement ? Dans le système du législateur, peut-être. Dans le système de la jurisprudence, l'appliquant même à la réticence postérieure à la convention, assurément non (Comp. Lyon-Caen et Renault, t. VI, n° 1448).

(6) L'Ordonnance de 1681, plus sévère, dans l'hypothèse d'assurance exagérée, ajoutait à la nullité la confiscation (l. 3, t. VI, art. 22). Sur les motifs qui, au cours des travaux préparatoires du Code de commerce, en déterminèrent la suppression : Loaré, *Esprit du Code de commerce*, t. II, sur l'art. 357.

esprits en ont douté. Qu'ont-ils proposé pour remède? Que le législateur, venant en aide à l'interprète (1), généralise la peine de la double prime (2).

La loi actuelle n'en fait usage que dans un cas particulier : celui d'assurance contractée après connaissance de l'événement (3). Si, par preuve directe ou par présomption, présomption légale (4) ou présomption conventionnelle, il est établi qu'au moment du contrat l'assuré connaissait le sinistre, l'assureur, dans la première hypothèse, l'heureuse arrivée, l'assuré, dans la deuxième, indépendamment de la nullité encourue, indépendamment aussi de la peine publique dont l'existence, dont la nature est discutée (5), se verra frappé d'une véritable peine privée : l'assuré devra payer à l'assureur une double prime; l'assureur, à l'assuré, une somme double de la prime. C'était le système que déjà l'ordonnance avait adopté (6). Les anciens auteurs, malgré quelque répugnance (7), l'ont respecté. Le législateur de 1807 l'a recueilli. Des lois plus

(1) « Les peines même civiles ne s'étendent pas d'un cas à un autre par analogie » (Lyon-Caen et Renault, t. VI, n° 1453).

(2) Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; de Courcy, t. 1^{er}, p. 301.

(3) Art. 368 C. co. La pénalité frappant ici la mauvaise foi ne serait-elle pas, jusqu'à un certain point, le corollaire de la faveur faite à la bonne foi (assurance putative) en cette matière où, comme le dit Boulay-Paty (sur Emerigon : t. II, p. 153), « l'opinion des hommes est presque la seule mesure des choses »? La tendance qui, en ces dernières années, s'est fait jour de joindre à l'extension des privilèges de la bonne foi la répression, par un système de peines privées, de tous les actes dolosifs confirmerait l'observation (V. sur ce dernier point les très curieux développements consacrés à la peine privée et à sa résurrection possible en droit futur, dans : Jaubert, *Des effets civils de la bonne foi*, Th. Paris, 1899, p. 143-154).

(4) Présomption dite de la lieue et demie par heure : art. 366, C. co.

(5) Sur les doutes résultant du silence gardé à cet égard par l'Ordonnance : Valin, t. II, p. 96; Pothier, *Traité du contrat d'assurance*, n° 14 (avec la note d'Estrangin). Sur les scrupules actuels de la doctrine : Lyon-Caen et Renault, t. VI, n° 1126.

(6) Ord. 1681, l. 3, t. VI, art. 41.

(7) V. notamment le curieux passage où Pothier essaie d'établir que, « dans le for de la conscience », la peine de la double prime n'est pas due et où se révèle très nettement l'influence exercée, sur l'effacement des peines privées, par la théorie du droit naturel (Pothier, *op. cit.*, n° 17). V. aussi, sur une

récentes, à l'étranger, l'ont consacré (1). La pénalité de la double prime n'est pas seulement, parmi les peines privées du droit moderne, l'une des plus étudiées, l'une de celles qui pourraient fournir, pour l'élaboration d'une théorie générale, les matériaux les plus nombreux et les meilleurs (2); c'est une de celles qui paraissent douées de la plus grande vitalité (3).

Vivement attaquée au contraire dans un autre domaine, — nous voulons parler des rapports du capitaine et de l'équipage, — la peine privée qui, sur ce point, sous la forme de déchéance, de confiscation des loyers au bénéfice de l'armement, s'était maintenue jusqu'à nos jours (4), s'y défend plus malaisément. Plusieurs causes avaient contribué à en prolonger l'existence, deux surtout également puissantes : la situation de dépendance dans laquelle se trouvent placés, vis-à-vis du capitaine, les matelots servant sous ses ordres (5); la gravité particulière, dans le con-

opinion tendant à restreindre, en ce qui touche l'assureur, la peine du double à une peine du simple : Valin, t. II, p. 805.

(1) La loi belge de 1879, art. 197, notamment : Jacobs, *op. cit.*, t. 1^{er}, n° 826. V. au surplus l'énumération donnée dans : Borchardt, *die Handelsgesetze des Erdballs*, t. V, p. 267, note 1.

(2) Quel est le tribunal compétent pour prononcer une peine privée? (Cohendy et Darras, *op. cit.*, sur l'art. 368, n° 4.) Dans quelle mesure s'applique à la peine privée le principe de la personnalité des peines? (Boulay-Paty, sur Emerigon, t. II, p. 183.) Jusqu'à quel point l'institution des circonstances atténuantes peut-elle s'adapter à un système de peines privées? (V. un curieux essai d'échelle de peines à deux degrés, esquissée sur les art. 348 et 368, C. co., par Estrangin, *op. cit.*, p. 469.) Les règles de preuve seront-elles empruntées à la législation civile ou à la législation criminelle? (V. à propos de la délation de serment : Estrangin, sur Pothier, n° 16.) La peine privée doit-elle suppléer à la peine publique ou concourir avec elle? (Dans le premier sens : Valin, t. II, p. 96; dans le deuxième : art. 368, al. 3, C. co.)

(3) Le projet de loi sur le contrat d'assurance actuellement soumis au Parlement français a fait passer du domaine des assurances maritimes dans celui des assurances en général. (Projet de la commission, art. 33; projet du gouvernement, art. 35.)

(4) Comp. Pappenheim, *op. cit.*, t. II, p. 455.

(5) Comp. sur la survivance, en Bavière, vis-à-vis des domestiques, d'un système de compositions : Oertmann, *Bayerisches Landesprivatrecht*, t. 1^{er}, 1903, p. 225.

trat dont il s'agit, de la rupture des engagements (1). Le souci de plus en plus vif de mettre les gens de mer à l'abri des prétentions excessives de l'armement, le désir de faire tourner au profit commun des marins les peines pécuniaires attachées à la faute de l'un d'entre eux, peu à peu en réduisent le champ (2). La peine privée pourtant résiste aux assauts dont elle est l'objet; limitée en tant que peine privée légale (3), elle se transforme en peine privée conventionnelle; elle se cache sous la clause pénale (4); elle se

(1) Pappenheim, *Die geschichtliche Entwicklung des Seehandels und seines Rechts mit besonderer Berücksichtigung des Arbeitsvertrags (Schriften des Vereins für Socialpolitik*, t. III, 1903, p. 181. — Comp. notre étude précitée, p. 91-92.)

(2) Sur les vicissitudes de la peine privée et de la peine publique, dans l'hypothèse de désertion, au cours des trois derniers siècles: *Nouveau commentaire de l'ordonnance de la marine de 1681*, par M..., Marseille et Paris, 1780, p. 355; Beausant, *Code maritime*, t. 1^{er}, p. 324.

(3) V. en dernier lieu les limitations apportées à la peine privée par la loi du 15 avril 1898, art. 52 (faute de discipline) et 69 (hypothèse de désertion: la part de l'armateur sera de la moitié de la solde confisquée si le déserteur est célibataire, du tiers seulement s'il est marié). — Le droit allemand s'écartant (depuis 1872), dans l'hypothèse de désertion, du système anciennement suivi, réduit plus encore les droits de l'armement. L'armateur, sur le montant des salaires confisqués, ne peut demander d'allocation qu'à charge de prouver le préjudice par lui subi et dans la mesure de ce préjudice. C'est la substitution à la peine privée de l'idée pure d'indemnité. La peine privée ne subsiste plus que dans un cas particulier: comme sanction de la défense faite au matelot d'intenter contre le capitaine une action devant un tribunal étranger. (Pappenheim, *op. cit.*, t. II, p. 455.) — Le droit anglais, tout en écartant la peine privée dans l'hypothèse de désertion, la maintient en principe lorsque la confiscation des salaires est fondée sur une autre cause. (*Merchant shipping act* de 1894, art. 232.)

(4) En faveur de la validité de cette clause pénale, nonobstant le privilège de l'insaisissabilité des loyers: Lyon-Caen et Renault, t. V, n° 397; Cass., 20 nov. 1860, D. 61. 1. 5. V. pourtant, sur les doutes que soulève le prétendu droit de l'armateur de priver, sur le fondement d'une clause pénale lui attribuant la totalité des loyers confisqués, la Caisse des invalides de la marine de la part que le législateur, par une disposition formelle, lui réserve: Note sous Cass. précitée; Terquem, *Etude sur le contrat d'engagement des gens de mer*, Paris, 1894, p. 108; Douillard, *Les loyers des gens de mer*, Th. Caen, 1897, p. 130 et suiv.; Lafon, *Des mesures de protection en faveur des gens de l'équipage*, Th. Aix, 1904, p. 159.

soustrait à la justice publique (1). Son essor étonne au point qu'une circulaire ministérielle (2), — une circulaire d'il y a trois ans, — pour parer aux abus de cette « sanction civile », par plusieurs prescriptions essaie d'en circonscrire la portée, d'en définir la mise en œuvre.

La peine privée n'a pas perdu, en droit maritime, tout éclat! C'est la conclusion à laquelle ces observations nous conduisent, et qui n'est pas sans intérêt. Le droit maritime n'est pas seulement, dans la science juridique, l'abri préféré des conceptions surannées. C'est aussi la source à laquelle la loi civile, dans bien des cas, vient chercher des modèles ou des enseignements (3). La peine privée pourrait trouver dans cette puissance d'attraction une cause accessoire d'expansion.

II.

Quel que soit au reste son avenir probable, — c'est un point sur lequel nous essaierons, d'après quelques données récentes, de préciser l'évolution, — la peine privée, le droit maritime, pour sa part, le prouve surabondamment, en droit actuel existe encore. A quel traitement, à quels principes faut-il, d'une façon générale, la soumettre?

Son caractère imprécis, sa nature d'intermédiaire entre la peine publique d'un côté, la réparation purement indemnitaire de l'autre, sur bien des points (4), font surgir des difficultés fort graves. Le problème que soulève sur le terrain du droit international privé l'application de la peine privée va nous en fournir un

(1) Sur les rapports de la peine privée d'une part, de la clause pénale et de la justice privée d'autre part, v. notre étude précitée, p. 5 et 8.

(2) Circulaire du ministre de la marine du 6 mai 1903, *Rev. int. de droit maritime*, t. XX, p. 664 (particulièrement intéressante en ce qui touche l'effet, sur la peine privée, de l'amnistie).

(3) Behrend, *Zeitschr. f. das ges. Handelsrecht*, t. LV, 1904, p. 2. Comp. *supra*, l'extension de la peine de la double prime.

(4) V. les questions précédemment indiquées en ce qui touche l'influence sur la peine privée d'une amnistie, l'applicabilité du principe de personnalité des peines, etc.

exemple. Sans prétendre en donner la solution définitive, tâchons seulement d'en dessiner, à très grands traits, les contours. La question, naguère à peu près ignorée en France, qui, aujourd'hui encore, n'y attire l'attention que dans un cas spécial, ce qui resserre la discussion dans ses bases et dans sa portée, dans ces dernières années, a suscité, en Allemagne surtout, quelque émoi. Elle n'a donc pas seulement une valeur dogmatique; l'intérêt qu'elle présente du point de vue historique lui mérite une place dans l'esquisse de l'évolution des idées.

Le problème, à l'analyse, se décompose en trois parties. La peine privée constitue-t-elle une faveur propre aux nationaux? D'après quelle loi convient-il d'en régler l'attribution? Quel est l'effet, à l'étranger, des jugements condamnant à une peine privée?

Sur le premier point, un doute, en France, s'est élevé. Le tribunal de la Seine, il y a quelques années, saisi, à propos de la peine du recel, de la question de savoir si un étranger, devant un tribunal français, pouvait en réclamer à son profit l'application, l'a débouté pour la raison que la loi française, en établissant cette pénalité, n'avait entendu « sauvegarder que les intérêts privés de ses nationaux (1) ». On en a conclu que le droit à la peine privée, faculté de pur droit civil aux yeux des juges, en vertu de l'art. 11 du Code civil, n'appartient pas aux étrangers (2).

(1) Trib. Seine, 6 février 1897, *Clunet*, 1899, p. 772.

(2) Cette conclusion, que peut-être on serait tenté d'appuyer sur des motifs d'ordre historique (V. notamment la distinction faite par Pothier, en ce qui touche la peine privée, des commandements de la loi civile et de ceux du droit naturel : *Traité du contrat d'assurance*, n° 17), doit-elle être considérée comme l'expression fidèle de la pensée du tribunal? C'est un point sur lequel les considérants du jugement suscitent, semble-t-il, quelques doutes. L'effort fait pour rattacher au statut personnel la pénalité en question paraîtrait montrer que les juges se sont placés à un point de vue de conflit de lois beaucoup plutôt que sur le terrain de la condition de l'étranger. Les deux idées au fond s'enchaînent; le tribunal vraisemblablement les a combinées dans son raisonnement. C'est parce qu'il a cru que le droit en litige était du domaine du statut personnel que le tribunal implicitement en a tiré cette conséquence que l'Etat français devait refuser à l'étranger une prérogative que son législateur national n'avait pas jugé opportun de consacrer à son profit. La déduction fût-elle rigoureusement

L'opinion, d'ailleurs, n'a pas fait fortune (1), et nous la croyons critiquable. Car elle a le tort de s'attacher, dans l'examen de la peine privée, au résultat plutôt qu'au but : la peine privée, sans doute, procure un bénéfice à la victime; mais elle le lui confère dans l'intérêt social (2). Refuser à l'étranger la jouissance de la prérogative dont il s'agit, c'est méconnaître l'influence légitime et nécessaire de la notion d'ordre public; c'est oublier le lien étroit qui rattache la peine privée à la peine publique.

Ce premier scrupule écarté, la question capitale se pose sous la forme du conflit de lois. Un acte illicite a été commis sur le territoire d'un Etat. L'action en justice est portée devant un tribunal ressortissant d'un autre Etat. D'après quelle loi ce tribunal décidera-t-il du point de savoir si cet acte illicite entraîne l'application d'une peine privée? S'inspirera-t-il de la loi du lieu où l'acte illicite a été commis, de la *lex loci delicti*? Ne consultera-t-il, au contraire, que sa propre loi, que la *lex fori*? Devra-t-il enfin, à la fois, les interroger l'une et l'autre? Si les conséquences de l'acte illicite n'allaient pas au-delà d'une réparation purement indemnitaire, l'opinion dominante qui, actuellement, chez nous (3), peut même paraître indiscutée (4), sans aucun doute, dirait au juge de s'occuper exclusivement de la *lex loci*

exacte, ce qui d'ailleurs est contesté (sur cette argumentation et les critiques qu'elle soulève : Pillet, *Principes de droit international privé*, p. 221 et suiv.), les prémisses restent critiquables. Le but de protection ici s'efface devant le but de répression : cela suffit à exclure de la matière la compétence du statut personnel. Cette objection n'est pas détruite par l'affirmation pure et simple du tribunal que « les prescriptions de l'art. 1477 C. civ. ne sont point d'ordre public international en France ». (Pour la critique de cette idée d'un ordre public international distinct de l'ordre public national : Pillet, *op. cit.*, p. 395 et suiv.)

(1) *Clunet*, 1899, p. 740 et suiv.; Guillaume, *le Recel civil*, Th. Paris, 1904, p. 291 et suiv.

(2) C'est un point que les Romains mettaient déjà fort bien en relief : Hailliant, *op. cit.*, p. 55.

(3) Sur le système différent de la jurisprudence anglo-américaine, conséquence naturelle de ces idées pénales qui, en Amérique comme en Angleterre, pénètrent si profondément la théorie des dommages-intérêts : Dicey, *Conflict of laws*, p. 36; Moore, sur Dicey, p. 667.

(4) V. la note de M. Appert : S. 1904, 4. 1.

delicti. Si, à l'inverse, une peine publique était en jeu, le tribunal, sans difficulté, s'inclinerait devant cette règle incontestable qu'il ne doit faire application que des seules peines établies par la loi de son propre Etat. Que décider dans l'hypothèse, dans l'hypothèse intermédiaire, où il s'agit d'une peine privée?

Cette peine sera-t-elle applicable par cela seul que l'a dans l'espèce, établie la *lex loci delicti*? Cela paraît inadmissible (1). Ce serait une atteinte au principe de la souveraineté des Etats. La peine privée, à la différence de la réparation en effet, ne porte pas en elle-même ses limites. Son montant ne dépend pas de la quotité du dommage, mais il varie suivant le caprice du législateur qui la crée. L'État du juge laisserait-il donc faire valoir sur son territoire des peines privées dont il n'aurait pas plus prévu que contrôlé le montant peut-être excessif? La *lex fori*, d'autre part, serait-elle seule décisive? Cela encore serait choquant. Le droit de la victime, dans ce système, sans raison sérieuse, varierait selon que l'auteur du fait, par son domicile, se trouverait placé sous l'empire de telle ou telle législation (2). La doctrine donc s'est ingéniée à combiner les deux points de vue. La peine privée, par là elle se rapproche de la réparation, nécessairement repose sur la *lex loci*; le tribunal d'un autre Etat que celui du lieu où l'acte illicite a été commis, n'en fera toutefois application, concession faite à l'idée de peine, que dans l'hypothèse et la mesure où sa propre loi la reconnaît (3).

(1) V. notamment v. Bar, *Theorie und Praxis des intern. Privatrechts*, 2^e édit., t. II, 1889, p. 118; Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, II, 2, 1903, p. 477.

(2) Ce qui conduirait, par exemple, à cette conséquence qu'un propriétaire domicilié au Massachussets, d'après la loi de cet Etat, serait tenu de payer le double du dommage, si son chien venait à mordre une personne dans un autre Etat (Meili, *Das intern. Civil-und Handelsrecht*, t. II, 1902, p. 90.)

(3) Asser, *Éléments de droit international privé*, trad. Rivier, 1884, p. 88, note 2; Wharton, *Private international law*, § 477; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. 1^{er}, 1895, p. 234; v. Bar, dans l'*Encyclopædie de Kohler*, t. II, 1904, p. 30. — V. aussi et surtout, sur les différentes formules imaginées au cours des travaux préparatoires du Code civil allemand : Neumann, *Internationales Privatrecht*, 1896, p. 7, 215, 216; Meili, *op. cit.*, t. II, p. 93.

Ainsi se formule le principe. Quant aux tempéraments qu'il comporte, on en distingue au moins trois. Que si, en effet, tout d'abord, il s'agissait d'une peine privée si intimement liée à un rapport de droit qu'elle en formât, « pour ainsi dire, une qualité » (1), ceci visant principalement les déchéances (2), les auteurs, d'une façon générale, soumettent à la loi qui régit ce rapport lui-même la peine privée dont l'objet serait d'en modifier ou d'en supprimer les effets. C'est un premier correctif qui, malheureusement, n'est pas des plus faciles à préciser (3). Si, d'autre part, la peine privée, sans perdre dans les rouages d'une institution particulière, en quelque sorte, l'indépendance qui lui mérite un traitement propre, se présente sous la forme d'une certaine somme à percevoir, d'une action pénale fondée sur un délit indépendant de tout rapport préexistant, toute difficulté n'est pas, par cela seul, écartée. Car où tracer, entre la peine et la réparation, la limite? Par cela seul qu'une loi, dans le calcul des dommages-intérêts, dépasse ou simplement, dans certains cas, permet de dépasser l'exact montant du dommage, tout aussitôt fera-t-on appel à la *lex fori* comme soutien de la *lex loci delicti*? La *lex loci* ne perdra-t-elle, au contraire, sa compétence exclusive qu'en face d'une peine privée évidente, que caractérise, avec son résultat, son but. Cette dernière idée, la plus logique, dans la doctrine, a triomphé (4). La première est plus pratique; la loi allemande l'a

(1) Niemeyer, *Das intern. Privatrecht des B G B*, 1901, p. 149. Comp. v. Bar, *Theorie und Praxis*, t. 1^{er}, p. 529, et la décision peu nette du tribunal supérieur d'Iéna du 23 juin 1894, *Seuffert's Archiv.*, nouv. série, t. 20, 1895, n° 1. — Pour le droit anglo-américain : Westlake, *Private international law*, 3^e éd., 1890, p. 240.

(2) Zitelmann, *op. cit.*, II, 2, p. 476.

(3) V. par exemple, en ce qui touche la double peine privée du recel : Rolin, *Principes du droit international privé*, t. II, p. 306. Ferait-on rentrer dans cette catégorie toute peine privée légale ayant pour but de sanctionner une obligation contractuelle, sous prétexte qu'elle se lie à la convention qu'elle protège? Zitelmann paraît assez disposé à l'admettre. (*Op. cit.*, II, 2, p. 472-473.)

(4) Meili, *op. cit.*, t. II p. 93; v. Bar, *op. cit.*, t. II, p. 118, note 7^a. — Comme il s'agit au fond d'une question de qualification, le juge devra s'inspirer, à défaut de définition légale de la peine privée, de la doctrine suivie dans son propre Etat (Comp. Bartin, *Clunet*, 1897, p. 236 et suiv.,

préférée (1). Ces réserves faites, quant à la peine légale, serait enfin à mettre à part la peine privée conventionnelle.

La clause pénale, dit-on, sera jugée d'après les règles des contrats (2). Cela signifie-t-il qu'elle sera soumise à la loi qu'auront choisie les parties? Ce serait attribuer à l'autonomie de la volonté une portée assurément exagérée. La validité de la clause pénale nécessairement met en jeu des dispositions de caractère impératif : il ne dépend pas des parties, au gré de leur caprice, de fixer la loi qui doit les protéger. La solution la plus rationnelle consisterait peut-être à décider qu'une clause pénale n'aura de valeur que dans la mesure où l'autorise le statut personnel du débiteur. La pratique paraît pencher vers une opinion différente, très défendable d'ailleurs (3) : la validité de la clause pénale s'appréciera d'après la loi du lieu du contrat (4). Encore convient-il d'ajouter que cette clause pénale, valable d'après la loi de l'Etat où la convention est passée, devant les juges d'un autre Etat, sera, dans ses effets, subordonnée à la *lex fori* elle-même (5). Ce sera le sacrifice, devant

466 et suiv.). Malgré l'incertitude qui, à l'heure actuelle, plane dans les différents pays sur les caractères distinctifs de la peine privée, l'observation n'est pas tout à fait dénuée d'intérêt, les auteurs de chaque pays ayant, nous l'avons montré ailleurs (V. notre étude précitée, p. 64-65), une tendance à reconnaître dans les législations étrangères des peines privées qu'ils n'aperçoivent pas dans la leur.

(1) L'idée première du législateur allemand avait été simplement de mettre ses nationaux à l'abri des peines privées qu'ils encourraient sur un territoire étranger (Meili, *op. cit.*, t. II, p. 608; Zitelmann, *op. cit.*, II, 2, 504). L'art. 12 de la loi d'introduction au Code civil allemand, poussant plus loin la protection, dans sa formule définitive, a décidé qu'à raison d'un acte illicite commis à l'étranger, on ne pourrait, contre un Allemand, faire valoir des droits plus étendus que ceux qui découleraient des lois allemandes (Zitelmann, II, 2, p. 505 et suiv.; Planck, *Kommentar*, t. VI, p. 44). Comp. les conclusions du rapport Harburger à l'Institut de droit international. Session de Bruxelles, 1902, Résolution 3.

(2) V. par exemple ; v. Bar, *Theorie und Praxis*, t. II, p. 485.

(3) Comp. Pillet, *op. cit.*, p. 450.

(4) V. en ce sens, dans l'hypothèse d'une clause de déchéance, l'intéressante décision de la Cour suprême des Etats-Unis du 4 avril 1904, résumée dans : *Zeitschr. f. intern. Privat-und Strafrecht*, 1905, t. XV, p. 353.

(5) Application en ce qui concerne le pouvoir de modération du juge

l'idée d'ordre public, du respect dû aux droits acquis : problème analogue à celui que soulève la prétention d'obtenir à l'étranger l'exécution d'un jugement condamnant à une peine privée.

Ce jugement sera-t-il susceptible d'exequatur? Si la peine privée qu'il prononce, dans le pays d'importation viole un principe d'ordre public, l'exequatur, évidemment, ne pourra lui être accordé (1). Mais, — c'est ici que les doutes surgissent, — faut-il s'en tenir à cette idée? Ou bien faut-il la dépasser? Faut-il aller jusqu'à dire qu'un jugement pénal, d'une façon absolue, n'est pas susceptible d'exequatur? Faut-il, en d'autres termes, sous le rapport de l'exequatur, de tous points assimiler la peine privée à la peine publique? Des auteurs, voyant dans la peine privée l'une des formes sous lesquelles s'offre pour l'Etat le droit général de punir, se sont en principe prononcés pour cette dernière solution (2). L'opinion paraît rigoureuse. Les ressemblances entre les deux peines ne font-elles pas, dans ce système, oublier les différences qui les séparent? Ne convient-il pas de tenir compte de ce droit que la peine privée traditionnellement (3)

allemand à l'égard d'une clause pénale stipulée en territoire étranger : décision du trib. sup. de Hambourg, du 23 déc. 1902, Revue précitée, 1904, t. XIV, p. 79.

(1) Comp. dans l'hypothèse d'une peine privée prononcée par un tribunal musulman contre un plaideur téméraire : Aix, 9 juillet 1903, D. 1905, 2, 73.

(2) V. notamment : v. Bar, *loc. cit.* D'opinion, en apparence, opposée : Fiore, *Ueber fremde Strafurtheile und deren extraterritoriale Geltung*, *Zeitschr. f. intern. Privat-und Strafrecht*, 1896, t. VI, p. 225. — L'énergique résistance opposée par les juges de Belgique à l'exécution sur le sol belge des astreintes prononcées par les tribunaux français dans l'affaire fameuse de la duchesse de Beaufremont (Bruxelles, 5 mai 1880; Cass. belge, 19 janvier 1882, D. 82, 2, 8) ne se rattacherait-elle pas au fond à cette idée de l'impossibilité pour un Etat d'accepter sur son territoire l'application de peines comminées au nom d'une souveraineté étrangère? La faveur témoignée en d'autres circonstances par les tribunaux belges à cette même pratique des astreintes (Croissant, Th. Paris, 1898, p. 208 et suiv.) le laisserait au moins sous-entendre.

(3) V. sur l'importance de ce droit propre qui, en droit romain déjà, permettait de distinguer des actions tendant à une peine privée d'autres actions analogues, certaines actions populaires en particulier : Hailliant, *op. cit.*, p. 58.

a pour effet de conférer à la victime? Le respect des droits acquis ne serait-il pas mieux assuré, les prérogatives de la souveraineté d'autre part suffisamment sauvegardées par une doctrine qui, tout en admettant la possibilité de l'exequatur, aurait soin seulement d'en subordonner la délivrance à cette preuve, que la loi du juge saisi de la demande d'exequatur, dans l'hypothèse, a établi une peine privée équivalente à la peine privée étrangère?

L'idée d'assimilation absolue des peines publique et privée, du point de vue rationnel contestable, pour l'historien garde d'ailleurs toute sa valeur en tant que symptôme. Le rôle pénal dévolu à la peine privée paraissait, par beaucoup d'esprits, pour le droit actuel, méconnu : le droit international, quelquefois en l'exagérant, dans ces dernières années, a contribué à le rappeler à la mémoire. En un certain sens, on peut dire qu'il a ainsi favorisé ce réveil de la peine privée dont nous avons ailleurs tracé l'histoire (1), dont il nous reste, comme épilogue, à signaler quelques toutes récentes manifestations.

(1) V. notre étude précitée, p. 41-61, à laquelle nous serions seulement tenté d'ajouter, comme préludes du mouvement en France : 1° quelques intéressantes observations de M. Labbé sur la peine privée de l'art. 1302, al. 4, C. civ., cette « amende voilée sous un nom différent... dont profite la partie lésée » (*Etude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due et à la confusion*, 1869-70, p. 13); — 2° la très curieuse disposition du décret du 19 septembre 1870 qui, après avoir, dans son art. 1^{er}, abrogé la constitution de l'an VIII et toutes les autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre, dans son art. 2, ajoute : « Il sera ultérieurement statué sur les *peines civiles* qu'il peut y avoir lieu d'édicter, dans l'intérêt public, contre les parties qui auraient dirigé des poursuites téméraires contre les fonctionnaires. » La commission de l'Assemblée nationale chargée de réviser les décrets législatifs du gouvernement de la Défense nationale, ayant jugé que le droit commun suffisait pour protéger les fonctionnaires (Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 7^e éd., t. III, p. 355), le décret sur ce point est resté lettre morte. Cet essai de résurrection des peines privées frappant les plaideurs téméraires, dans une hypothèse où la peine publique, parce qu'elle frapperait un citoyen présumé seulement trop zélé dans son amour du bien public, choquerait la conscience populaire (telle que du moins se la représente la tradition révolutionnaire) et où, d'autre part, la suppression de toute protection préventive faisant courir

III.

Dans la jurisprudence française, d'abord, les documents ne font pas défaut. L'idée de peine privée, dans plusieurs décisions, s'étend, se consolide, quelquefois même ouvertement s'affirme. Elle se précise en matière de recel : la Cour de cassation reconnaît qu'à la pénalité du recel peuvent se joindre des dommages-intérêts supplémentaires : c'est la condamnation du système qui autrefois eût voulu transformer cette pénalité en indemnité forfaitaire (1). — L'indemnité au double, en matière de mines, à proprement parler, n'a jamais été une pénalité : c'est pourtant une institution qui, sous divers rapports et à différentes reprises, a eu tendance à se rapprocher de la peine privée. La Cour suprême, l'an passé, en a donné une nouvelle preuve. Une compagnie minière, par une occupation non autorisée, avait causé à un propriétaire un dommage. Parce qu'elle s'était placée en dehors de la procédure régulière d'occupation, elle prétendait n'être tenue que dans les termes du droit commun. La Cour de cassation n'a pas admis que la compagnie profitât d'une « voie de fait, toujours condamnable » : l'indemnité au double, renforcée d'une condamnation à dommages-intérêts supplémentaires, a été la sanction sévère de l'illégalité commise (2). — L'art. 395 du

aux fonctionnaires, à chaque instant, le danger d'accusations téméraires, rend nécessaire un système de protection répressive (Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, p. 641), ne confirme-t-il pas cependant, avec une netteté singulière, cette idée que, même dans un état de civilisation avancée, le législateur, dans certains cas, pour de bonnes raisons, peut préférer la peine privée à la peine publique (Comp. Hailliant, *op. cit.*, p. 5 et 66)? N'est-ce pas, au reste, à ce système de peines civiles que se ralliait encore tout récemment M. Cuche lorsque, pour mettre les fonctionnaires à l'abri de poursuites inconsidérées, il demandait que les tribunaux, dans cette hypothèse, prissent « l'habitude de prononcer des condamnations à dommages-intérêts très élevés ». (*Rev. pénitentiaire*, 1906, p. 506)?

(1) Cass. 9 juillet 1901, S. 1905, 1. 483. Comp. notre étude précitée, p. 137.

(2) Cass. 27 juin 1905, D. 1905, 1. 433 (conclusions de M. l'avocat général Feuilletoy).

Code civil consacre-t-il une peine privée? C'est un point sur lequel une controverse s'est élevée (1). La Cour de Paris l'a tranchée en faveur de l'affirmative. Le nouveau mari de la mère tutrice, lorsque le conseil de famille n'a pas été convoqué pour confirmer la tutelle, pour peine de l'irrégularité commise, sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle indûment conservée, de celles-là même qui ont pour cause des faits de gestion antérieurs au nouveau mariage (2). — L'art. 73 du Code pénal, dans un cas particulier, établit à la charge de l'au-bergiste une responsabilité exorbitante : le tribunal de Besançon qui, dans cette hypothèse, ne trouve pas le lien ordinaire rattachant le préjudice à la faute, dans une décision toute récente, suggère qu'il s'agit là d'une « peine privée (3) ». — La résolution, la résiliation, la déchéance d'un terme, l'action paulienne, à des degrés divers, s'inspirent de considérations pénales. Que la jurisprudence élargisse le domaine de l'art. 1188 du Code civil, faisant de la déchéance du terme la sanction de tout acte déloyal concernant les sûretés dues au créancier (4); que, dans les contrats d'adhésion, elle érige la résiliation en pénalité contre les fraudes de l'adhérent (5); qu'à propos de la résolution elle considère que l'exercice de l'action résolutoire constitue à l'application de la subrogation légale un obstacle, sous-entendant par là que la résolution confère à qui en dispose un avantage dont un subrogé ne pourrait, sans lui nuire, le dépouiller (6); qu'en matière d'action paulienne elle donne à un créancier le droit de l'exercer dans son intérêt exclusif, d'en tirer même certains

(1) V. notre étude précitée, p. 268, note 5.

(2) Paris, 14 avril 1905, et les observations de M. Demogue, *Rev. trim.*, 1905, p. 638-639.

(3) 22 mars 1906. (Cette décision nous est très obligeamment signalée par M. L. Guyénot, docteur en droit, juge suppléant au tribunal de Besançon.)

(4) V. sur ce point : Demogue, *Rev. trim.*, 1904, p. 564.

(5) Lyon, 3 oct. 1903, *Pand. fr.*, 1904. 2. 77 et les critiques de M. Dollat *Les contrats d'adhésion*, Th. Paris, 1905, p. 144.

(6) Cass. 4 mars 1901, S. 1904. 1. 129 et la note de M. Lacoste objectant à cette solution cette idée (dont elle semble la négation) que « l'enrichissement du vendeur n'est qu'un effet accidentel de la résolution », qu'« il n'en est pas le but ». Comp. notre étude précitée, p. 150-151.

profits (1), dans tous les cas elle fait ressortir cette idée de peine privée latente. — La clause pénale, dans la pratique, oscille de la notion d'indemnité à la notion de pénalité (2). Les tribunaux, tout en confirmant sa fonction d'indemnité avantageuse (3), n'ont pourtant pas perdu de vue son rôle en tant que pénalité (4). — Dans les astreintes, la peine s'épure (5). En matière de dommage

(1) V. dans l'hypothèse d'action paulienne exercée par un créancier devenu adjudicataire sur saisie les observations de M. Demogue, sur Cass. 27 juillet 1904, *Rev. trim.*, 1905, p. 40.

(2) Sur la distinction très nette de ces deux rôles en Angleterre, Strahan and Kenrick, *A Digest of Equity*, Londres, 1905, p. 268 et suiv. Sur différentes hypothèses où se manifeste, à l'heure actuelle, de la façon la plus caractéristique, cette fonction pénale, v. pour les amendes ouvrières : Pic, *Riv. di dir. commerciale*, 1905, 1, p. 8, note 1 et p. 11-14; — pour les clauses pénales sanctionnant les règlements des kartells : Raynaud, *Rev. crit.*, 1904, p. 561 (comp. sur les pénalités analogues en usage dans les kartells allemands : de Rousiers, *Les syndicats industriels de producteurs en France et à l'étranger*, p. 162-164; Souchon, *Les cartells de l'agriculture en Allemagne*, p. 105, 106 et surtout 111); — pour les amendes imposées par les directeurs de théâtre aux acteurs : Falgueirettes, *Essai sur l'engagement théâtral*, Th. Montpellier, 1905, p. 108. Comp. les exemples donnés par Makower et les très intéressantes réflexions de Gierke dans le débat intervenu au 20^e Juristentag sur le pouvoir de modération qu'il convient, en matière de clause pénale, d'accorder au juge. *Verhandl. der 20^{sten} D. J. T.*, 1889, t. II, p. 73 et suiv.; t. IV, p. 44 et suiv., 63 et suiv., 420 et suiv.

(3) En ce sens d'abord qu'elle n'est pas liée à la preuve d'un dommage quelconque : Nîmes, 7 juin 1905, D. 1905. 2. 447, ce qui s'explique par l'idée de forfait, mais mieux encore par l'idée de peine (v. notre étude précitée, p. 189-190); — en ce sens ensuite que les tribunaux, dans l'hypothèse où la clause pénale, à raison de circonstances imprévues, ne constituerait qu'une indemnité insuffisante, font effort pour l'interpréter dans le sens d'un simple minimum de dommages-intérêts (v. notamment : Trib. Seine, 19 janv. 1904, S. 1905. 2. 284).

(4) Sur la protection accordée par le Tribunal de la Seine à un compositeur accablé sous la charge des amendes excessives à lui imposées par la Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, dans une hypothèse où la question de clause pénale se compliquait d'ailleurs d'un problème de justice privée : Darras, *Droit d'auteur*, 1905, p. 22.

(5) L'astreinte, en cas d'appel interjeté contre le jugement qui la prononce courra-t-elle du jour du jugement ou seulement du jour de l'arrêt? Entre la première solution, la plus conforme à l'idée de peine, et la seconde tirée de la notion d'indemnité, la jurisprudence jusqu'ici avait fait preuve d'hésitation

moral, elle séduit même les juges qui veulent la repousser (1). Les tribunaux, quand ils omettent de s'informer du préjudice (2), quand ils mesurent à la culpabilité la réparation, nous ramènent à la peine privée...

Les juges aujourd'hui, dans le cas de faute extrêmement légère, modèrent les dommages-intérêts (3). Cette modération, dit M. Planiol, ne devrait-elle pas « avoir pour contre-partie leur surélévation au delà du dommage réel lorsque l'auteur de la faute s'est montré gravement coupable de dol ou de méchanceté » ? M. Planiol semble hésiter : « C'est l'ancien point de vue des peuples primitifs qui réparait : de même que les barbares, nous recommençons à voir dans les condamnations pécuniaires un sys-

(Esmein, *La jurisprudence en matière d'astreintes*, *Rev. trim.*, 1903, p. 23 et suiv.). La décision de Cass., 9 mai 1904, D. 1904. 1. 519, paraît devoir trancher ces doutes : l'astreinte, moyen de « répression », courra du jour de l'arrêt.

(1) V. le curieux arrêt de Grenoble du 18 nov. 1905, D. 1905. 2. 485. Pour éviter que la réparation du dommage moral (qu'elle rattache d'ailleurs au problème de la « répression » des imprudences des conducteurs d'automobiles) ne prenne « le caractère d'un supplément de peine qualifié d'amende civile », la Cour déclare qu'elle n'établit aucun rapport entre le préjudice et l'indemnité qu'elle accorde. N'est-ce pas précisément reconnaître l'inapplicabilité, en matière de dommage moral, de la réparation ordinaire, la nécessité de lui substituer un système d'équitables compositions ? (Comp. sur l'impossibilité d'adapter au dommage moral les règles de la responsabilité civile en général : Trib. civ. Valenciennes, 4 janv. 1906, *Gaz. Pal.*, 5 avril 1906.)

(2) Phénomène assez fréquent, dans les jugements des tribunaux de commerce en particulier. V. à titre d'exemple : Trib. comm. Roubaix, 25 avril 1904, sous Cass. 7 juin 1904, S. 1905. 1. 239 (véritable pénalité infligée à un voiturier qui a eu le tort de se faire justice à lui-même). Comp. l'exemple donné par M. Josserand, *De l'abus des droits*, Paris, Rousseau, 1905, p. 82, par application du principe de responsabilité sans préjudice dans l'hypothèse d'acte illicite, posé, *ibid.*, p. 76. Sur ce principe lui-même, v. les très justes observations de MM. Desserteaux, *Rev. trim.*, 1906, p. 120, n. 1, et Ripert, *Rev. crit.*, 1906, p. 364. V. aussi, en matière d'atteinte à la propriété industrielle, les réflexions de M. Claro, sous un arrêt de la Cour de Paris : *Annales de la propriété industrielle*, t. LII, 1906, p. 55, notes 2-3.

(3) V. not. les décisions recueillies par : Baleston, *De la protection de l'intérêt moral*, Th. Paris, 1906, p. 76-77.

tème de peines civiles » (1). C'est un scrupule dont la doctrine, à plusieurs reprises, a semblé, dans ces derniers temps, moins touchée (2) : quelques-uns ouvertement proposent de proportionner les dommages-intérêts à la mauvaise foi (3); quelques-uns déjà jettent les bases de la peine privée rénovée (4).

Ce mouvement d'opinion n'est pas spécial au droit français. On le constate en Belgique, en Allemagne, en Autriche, en Suisse comme en Italie.

La loi belge du 4 avril 1900 sur la chasse, en matière de dommages causés par des lapins, avait consacré un système d'indemnités au double. Certains précédents permettaient, dans une certaine mesure, d'attribuer à cette responsabilité exorbitante le caractère d'une peine privée (5). Quelques décisions de la Cour de cassation belge en ont, dans ces dernières années, souligné la fonction pénale. Des doutes s'étaient élevés sur le point de savoir si la faute était exigée : la Cour en a considéré la présence comme indispensable (6). On s'était demandé d'autre part si, par convention, les parties pourraient, dérogeant aux règles légales, leur substituer un système de réparation au simple : la jurisprudence ne l'a pas permis (7). — L'art. 136 du Code d'instruction cri-

(1) Planiol, Note, D. 1905. 1. 298.

(2) La faveur nouvelle témoignée à la peine privée se traduit d'ailleurs dans les thèses. V. par exemple la nature de la peine du recel très nettement mise en relief par M. Guillaume, *Le recel civil*, Th. Paris 1904, spécialement, p. 35, 61, 119. V. aussi Vernerey, *De la jurisprudence en matière d'astreintes*, Th. Dijon, 1904, p. 142. V. enfin et surtout la tentative de M. Jacomet en vue de construire une théorie de la peine privée : *Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal en droit français*, Th. Paris, 1905, p. 73 et suiv. Parmi les détracteurs de la peine privée au contraire : Baleston, *op. cit.*, p. 80 et suiv. (qui a d'ailleurs le tort de voir dans nos observations un « système », une « conception pratique en vue d'une application immédiate »).

(3) V. notamment en ce qui touche les atteintes portées à la propriété littéraire et artistique : Mack, *Annales de la propriété industrielle*, t. LI, 1905, p. 293.

(4) M. César Bru notamment dans quelques phrases très suggestives. V. les réflexions par lui jointes à la trop indulgente critique que lui inspire notre travail : *Revue générale*, 1906, p. 82-83.

(5) V. notre étude précitée, p. 202, en note.

(6) Cass. belge, 26 nov. 1903, *Pasicrisie*, 1904. 1. 58.

(7) Cass. belge, 3 déc. 1903, *Pasicrisie*, 1904. 1. 71.

minelle, en vigueur aussi bien en Belgique qu'en France, dans l'hypothèse d'opposition formée contre une ordonnance du juge d'instruction, décide que « la partie civile qui succombera dans son opposition sera condamnée aux dommages-intérêts envers le prévenu ». Ces dommages-intérêts rentrent-ils dans le moule de l'indemnité ordinaire? Se rattachent-ils à l'inverse à une idée de pénalité? C'est un point sur lequel la lumière, en France, n'est pas faite (1). La Cour de cassation belge, en accordant à la Chambre d'accusation le droit de condamner d'office la partie qui succombe, non sans résistances a marqué le triomphe de la notion de peine sur la notion de réparation (2). — Dans une hypothèse d'atteinte à la propriété artistique, le demandeur, devant la Cour de Liège, sollicitait, soit la démolition des monuments contrefaits, soit, en cas de refus de démolir, une astreinte à titre d'« amende définitive et non comminatoire ». La Cour, après avoir constaté qu'elle ne pouvait ni prononcer la peine de confiscation, ni ordonner la démolition (les termes de la loi d'un côté, les droits des tiers de l'autre paraissaient s'opposer à l'une ou l'autre solution), « en l'absence de toute indication précise fournie ou offerte », pour déterminer le montant des dommages-intérêts, prend pour base : la modicité du bénéfice illicite réalisé, la légèreté de la faute. Les juges de première instance, pour plusieurs délits similaires, n'avaient accordé qu'une indemnité unique : la Cour confirme pour la raison que ces actes, « émanant d'une même intention délictueuse », doivent « être

(1) En faveur de l'application des règles ordinaires de la responsabilité civile : Bourges, 9 juin 1870, D. 71. 2. 59. Dans le sens de l'idée de peine : Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. VI, p. 236.

(2) Attendu, a dit la Cour, « que l'art. 136 établit une sanction pénale qui a pour but d'empêcher par la menace d'une condamnation nécessaire la partie civile d'abuser d'une voie de recours apparaissant, sous l'empire du Code d'instruction criminelle, d'autant plus vexatoire et attentatoire à la liberté individuelle, quand elle n'est point fondée, que l'exercice du droit d'opposition avait pour effet de retarder la mise en liberté du prévenu, malgré l'adhésion du ministère public à l'ordonnance ». (Cass. belge, 30 nov. 1903, et les conclusions contraires du procureur général Janssens : *Pasicrisie*, 1904. 1. 69. Sur renvoi : Bruxelles, 6 janv. 1904, *Pas.*, 1904. 2. 120.)

réprimés par une seule peine (1) ». — Des commerçants destinataires de marchandises, pour en faire le déchargement, d'après les usages du port d'Anvers, jouissaient d'un certain délai : afin d'obliger, dans un but de lucre, le capitaine à leur payer une certaine somme à titre de *despatch money*, ces commerçants après avoir, dans les premiers jours, conduit avec zèle les travaux, malicieusement, imaginent, pour triompher de la résistance très légitime du capitaine, de les faire traîner jusqu'au dernier jour. Le tribunal d'Anvers, pour leur peine, quoique le délai des staries n'ait pas été dépassé, les condamne à payer au capitaine deux jours de surestaries (2). La doctrine, qui voit dans cette sévérité un remède contre une pratique abusive, applaudit à la décision (3).

Le Code civil allemand, dans l'opinion de quelques auteurs (4), aurait marqué l'abolition des peines privées. L'idée de peine privée pourtant, aujourd'hui encore, en Allemagne, subsiste. Elle ne se révèle pas seulement en dehors du Code (5). Le Code lui-même, sur certains points, lui a ménagé un abri. La peine privée

(1) Liège, 8 juillet 1899, *Pas.*, 1904, 2, 88. Comp. pour l'importance attachée au montant du bénéfice illicite réalisé : Trib. Bruxelles, 27 janv. 1904, *Pas.*, 1904, 3, 86; pour l'influence exercée par le degré de faute sur l'évaluation des dommages-intérêts : Bruxelles, 16 mai 1903, *Pas.*, 1904, 2, 26.

(2) Trib. com. Anvers, 8 août 1905, *Rev. int. de Dr. mar.*, t. XXI, p. 511.

(3) V. la note qui accompagne le jugement : *Jurisp. du port d'Anvers*, 1905, 1, 295. — Autre symptôme accessoire, mais qui a pourtant sa valeur : le *Répertoire des Pandectes belges* a consacré aux *Pénalités civiles* un article. C'est un premier essai de rapprochement des peines privées du recel et des pénalités analogues d'une part, de la clause pénale et des astreintes d'autre part.

(4) V. notamment Endemann, *Einführung in das Studium des BGB*, 5^e édit., t. 1^{er}, p. 906, note 1.

(5) V., outre la *Busse* dont nous avons essayé, dans notre étude précitée, p. 285 et suiv., de dégager la nature et la peine privée conservée par la *Seemannsordnung* signalée *supra*, le caractère de peine privée reconnu par le *Reichsgericht*, dans certains cas, à la publicité des jugements : v. Liszt, *Lehrb. des deutsch. Strafr.*, 8^e éd., p. 253, note 3. V. aussi et surtout l'étonnement que provoque cette jurisprudence chez Binding, *Grundriss*, t. 1^{er}, p. 197. Comp. Finger, *Lehrb. des deutsch. Strafr.*, t. 1^{er}, 1904, p. 505, 509, 510.

conventionnelle, clause pénale ou déchéance (1), ne s'y trouve pas la seule admise. La peine privée légale, sous une forme dissimulée, y a également pénétré. Et c'est ainsi qu'elle s'est glissée dans la matière des successions. Un héritier qui voudrait nuire aux créanciers de la succession, dans l'inventaire, commet à leur préjudice certaines fraudes : la loi allemande, pour le punir, le déclare tenu personnellement, *in infinitum*, des dettes de la succession (2). L'histoire démontre (3), la doctrine tend à reconnaître (4) que cette sanction, dans son but, comme dans ses résultats, dépasse la réparation ordinaire (5). Ce qui est vrai, c'est que les rédacteurs du Code allemand, dans la théorie générale de la responsabilité civile, malgré les avertissements qui leur avaient été prodigués (6), avaient refusé, d'une manière absolue, de faire, à l'idée de peine privée, sa part. Leur volonté triomphera-t-elle des nécessités de la pratique? La doctrine déjà, par des voies détournées, essaie, dans cette construction rigide de l'obligation d'indemnité, sur le fondement de considérations pénales, d'introduire un peu de souplesse et de variété (7). Quelques dispositions spéciales semblaient mettre à la charge de celui qui, de façon illicite, s'ingère dans le patrimoine d'autrui, une responsabilité particulière. Un traité, le dernier paru, prenant pour base ces divers textes, pour la plupart des dommages causés par dol, propose ce système de réparation dont facilement on ferait sortir comme un système de peines privées (8) : que

(1) V. un intéressant rapprochement entre la clause pénale et la déchéance conventionnelle d'une part, les peines privées légales d'autre part, dans : Lotmar, *der Arbeitsvertrag*, t. 1^{er}, 1902, p. 453 et suiv.

(2) V. sur le § 2005 *B G B* les observations de M. Percerou, *Rev. trim.*, 1905, p. 826. Comp., sur le § 2060, les réflexions du même auteur, *ibid.*, p. 858-859.

(3) V. les discussions soulevées sur ce point au 21^e *Juristentag* : *Verhandl. des 21^{sten} D. J. T.*, 1891, spécialement : t. III, p. 147.

(4) Planck, t. V, sur le § 2005 *B G B*, n^o 2, lettre b.

(5) Comp. la peine privée qui, chez nous, frappe l'héritier recéleur (art. 792 C. civ.).

(6) Notamment par Gierke, *der Entwurf eines B G B*, 1889, p. 196 et suiv., p. 266.

(7) Comp. les efforts signalés dans notre étude précitée : p. 256.

(8) Comp. les réflexions de M. César Bru, indiquées *supra*, et celles de M. Huber (v. notre étude précitée, p. 93).

l'auteur du dol soit tenu à concurrence non pas seulement du dommage qu'il a causé mais du bénéfice dont il s'est injustement enrichi (1).

La doctrine autrichienne encourage la doctrine allemande dans cette voie. Le Code civil autrichien, par la relation qu'il établit entre le degré de culpabilité, d'une part, l'étendue de la réparation, d'autre part, dans une certaine mesure rapproche la responsabilité civile de la responsabilité pénale (2). Des auteurs, dans ces derniers temps, ont jugé ce rapprochement insuffisant (3). La peine et la réparation, disait naguère, dans un discours, le Dr Horten, à l'époque primitive étaient liées. Ce lien, aujourd'hui, le « doctrinarisme » l'a rompu. Ne faudrait-il pas le rétablir? Les dommages-intérêts, dans la réalité, ne jouent-ils pas le rôle d'une peine, d'une peine qui, dans la conscience populaire, ne se distingue de la peine publique que parce qu'elle n'est pas déshonorante? Ne doit-on pas alors les fixer d'après la gravité du délit? Ne doit-on pas, jusqu'à un certain point tout au moins, tenir compte de la fortune du coupable? Il y a des cas où la peine publique n'intervient pas et où pourtant la réparation d'un dommage moral, à l'instar d'une peine, procurerait au lésé une satisfaction. Un individu, méchamment, trouble son voisin dans sa possession : il lui enlève son champ, son tout (4). Le voisin plaide, il triomphe ; il obtient quoi? Que son adversaire, reconnu sans droit, soit condamné aux dépens. Ne dites pas à la victime que les dépens ne sont pas une peine, qu'ils ne sont pas une peine privée. C'est la seule satisfaction que le droit moderne lui laisse.

(1) Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, II, 1, 1906, p. 131-132. Comp. les critiques adressées, du point de vue législatif, au système du *B G B* : *Ibid.*, p. 141.

(2) Unger, *System des österreichischen Rechts*, t. 1^{er}, p. 376 et suiv.

(3) V. la critique de ces tendances pénales nouvelles dans : v. Stubenrauch, *Kommentar*, t. II, 8^e édit., 1903, p. 692, ainsi que l'évolution signalée, *ibid.*, dans la jurisprudence autrichienne qui, autrefois, en matière de préjudice moral, accordait des indemnités trop faibles, qui, aujourd'hui, à en croire l'auteur, alloue des indemnités trop élevées.

(4) Comp. la peine du double dommage, dans l'hypothèse de deux dépouillations successives par un même individu, signalée par : Blackstone, *Commentaire sur les lois anglaises*, trad. Chompré, t. IV, p. 321.

Cette satisfaction suffit-elle? Non, la condamnation aux dépens ne guérit pas tout. Ce n'est qu'un piètre remède. Il y a quelque chose à créer, quelque chose qui répond à un besoin : une satisfaction pour le vainqueur, une expiation pour le vaincu coupable d'avoir dolosivement porté atteinte au droit d'autrui (1). C'est un appel non déguisé en faveur de la peine privée.

Tendance allemande, tendance autrichienne : le 27^e Juristentag, dans sa session d'Innsbruck de 1904, se trouvait soumis à l'une et à l'autre. L'idée de peine privée tout naturellement a eu, dans ses travaux, certain écho. Cherchant à protéger le droit à la propre image, le Juristentag s'est demandé s'il n'y aurait pas lieu de ressusciter, avec ses sanctions civiles, cette antique action d'injures dont Ihering, il y a trente ans, préconisait le rétablissement (2). Se posant la question de savoir par quels procédés le droit actuel pouvait efficacement lutter contre les abus des kartells, il s'est souvenu du rôle pénal qu'Ihering encore assignait aux dommages-intérêts (3). S'occupant de parer, dans le contrat d'assurance, aux excès des déchéances conventionnelles, il a

(1) Horten, *Schadenersatz und Strafe*, Vienne, 1905, spécialement, p. 5, 17, 19, 26, 37, 39, 40. Partisan lui aussi de la pénétration du droit civil par le droit pénal, un autre auteur, Byloff, dans un travail récent (*Vertragsbruch und Strafrecht*, Graz, 1905, p. 130), se prononce pourtant contre l'idée de sanctionner par une peine privée la violation intentionnelle des contrats. « L'introduction d'une Busse, peine privée au profit de la victime, abstraction faite des motifs qui en soi (?) militent contre cette institution juridique, n'est pas ici à conseiller... La Busse ne doit trouver application que dans les hypothèses, celle d'injure par exemple, où le droit civil, par ses seuls moyens, ne parvient pas à fournir au lésé la réparation nécessaire. » L'auteur ici n'oublie-t-il pas que toute violation intentionnelle du droit, en un certain sens, peut être considérée comme une injure? La sanction qu'il propose, une peine publique (amende ou courte peine d'emprisonnement) dont il dépendrait, dans la plupart des cas, du bon plaisir de la victime de poursuivre ou de ne pas poursuivre l'application (*op. cit.*, p. 111 et suiv.) n'aboutirait-elle pas d'ailleurs en fait, par une voie détournée, à ressusciter la peine privée? Le coupable, pour échapper à la peine publique, ne serait-il pas tenté d'accepter la composition que lui offrirait son adversaire? Ne serait-ce pas alors remonter au temps, non plus sans doute de la composition légale, mais de la composition volontaire?

(2) *Verhandl. des 27^{ten} D. J. T.*, spécialement, t. IV, p. 45 et 81.

(3) *Ibid.*, t. I^{er}, p. 33.

reconnu que, dans l'hypothèse de dol, l'assuré en vain, pour échapper à la déchéance, offrirait de prouver, entre le fait à lui reproché et le sinistre survenu, l'absence de lien de causalité, la déchéance n'étant pas la réparation d'un dommage, mais la « juste peine » de son dol (1). Le Congrès, à plusieurs reprises, a entrevu la peine privée. Il n'en a nulle part fait l'objet d'un examen approfondi.

Les juristes suisses, au contraire, dans leur session de Lausanne de 1903, l'ont envisagée bien en face. Le projet de révision du Code fédéral des obligations les avait conduits à rechercher de quelles améliorations serait susceptible la partie consacrée aux dommages-intérêts. Le rapporteur Burekhardt, pour première réforme, a proposé : l'introduction, dans le domaine contractuel, de l'« équitable somme d'argent (2) » jusqu'ici limitée au domaine délictuel (3). Cette sanction de droit privé viendrait en aide au droit pénal. L'extension abusive de la peine publique compromet sa valeur et sa dignité (4). La suppression sans réserve des peines privées a été, on peut bien le dire, un recul plutôt qu'un progrès. Que l'« équitable somme d'argent » constitue comme une moderne peine privée, on en a douté en présence de cet axiome que les peines privées aujourd'hui sont quelque chose de suranné. C'est pourtant un composé de réparation et de peine (5), une sanction qui se mesure d'après la faute et la fortune. Le « sens pratique » des Français, en imaginant les astreintes, n'a-t-il pas confirmé le besoin, dans certains cas,

(1) V. la proposition d'Hupka, t. IV, p. 233, votée, *ibid.*, p. 293, malgré les protestations de Schneider, *ibid.*, p. 284.

(2) V. sur cette institution notre étude précitée : p. 219 et suiv.

(3) Dans l'interprétation du Tribunal fédéral suisse tout au moins. V. les critiques adressées à cette jurisprudence par Burekhardt, *Verhandl. des schweizerischen Juristenvereins*, 1903, fasc. 1, p. 31.

(4) Comp. Krohne, cité par Franck, *die Ueberspannung der staatlichen Strafgewalt*, *Zeitschr. f. die ges. Strafrechtswissenschaft*, t. XVIII, 1897, p. 731 : « L'épée qui a servi à couper du bois, le jour de la bataille, refuse le service ».

(5) Ce que reconnaît, d'ailleurs, le tribunal fédéral suisse qui, dans un arrêt récent, affirmait la fonction accessoire de pénalité dévolue à l'« équitable indemnité » (14 juillet 1903. *J. des Trib. de Lausanne*, t. II, p. 613; Comp. Rossel, *Manuel du Dr. féd. des Oblig.*, 2^e éd., 1905, p. 116-118.)

d'établir comme une peine privée judiciaire? Les Allemands, et ils ont eu tort, se sont fiés à la clause pénale. Dans la réparation, ils ont banni toute gradation suivant la faute. C'est une erreur dont eux-mêmes commencent à s'apercevoir (1). Ces paroles ne sont pas restées une opinion isolée : elles ont, semble-t-il, traduit la pensée de la plupart des congressistes (2). Le législateur fédéral les a entendues (3). Le projet de Code civil, dans plusieurs dispositions, s'en est inspiré (4).

L'idée de peine privée se développe en Suisse. Elle s'élargit en Italie. La *riparazione*, pour quelques auteurs, constituait, en droit italien, un premier modèle (5). La doctrine, dans ces derniers temps, s'est aperçue que cette peine privée n'était peut-être pas le seul spécimen en son genre, que la distinction des actions répersécutoires et pénales, que l'on croyait effacée, avait encore sa raison d'être : timidement elle a essayé de cataloguer ces

(1) Burckhardt, *loc. cit.*, spécialement : p. 6, 10, 11, 13, 15, 22, 29. Comp. les observations du même auteur sur les dommages-intérêts moratoires, p. 34, 35, et les réflexions de Reichel sur l'évolution régressive du droit, fasc. 4, p. 245, 246.

(2) V. notamment dans le rapport de Gmür (sur la 2^e question soumise au Congrès : Dans quelle mesure est souhaitable et réalisable l'établissement de notions concordantes entre le droit civil et le droit pénal?), fasc. 2, p. 129, le rapprochement de la peine privée et de la déchéance (très bien mis en relief déjà dans : Blumenstein, *Verwirkung und Ablauf des Befristung als Endigungsgründe von Privatrechten nach modernen Gesetzen*, *Inaug. Diss.*, Berne, 1901) et surtout, p. 137, 138, l'intéressant passage où, prenant pour base la fonction sociale des dommages-intérêts, il essaie de montrer que la sanction civile, « si elle était plus rigoureuse et faisait mieux ressortir la protection spéciale de la personnalité », dans bien des cas, constituerait, par rapport à la peine publique, un succédané avantageux. V. toutefois les doutes par lui émis sur l'importance de la notion de peine privée en droit actuel, p. 130, et les craintes exprimées en ce qui touche l'arbitraire du juge, p. 133.

(3) V. le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse, du 3 mars 1905, p. 12.

(4) V. spécialement les art. 1063 et 1125. Comp. la disposition générale de l'art. 29.

(5) V. sur ce point, outre notre étude précitée : Minozzi, *op. cit.*, p. 161 et suiv.

peines privées qu'elle découvrait (1). Des auteurs, d'autre part, en Italie comme en France, s'étaient efforcés de rattacher à la théorie générale de la responsabilité civile la réparation du dommage moral. Une analyse plus exacte, une étude plus approfondie des conceptions juridiques traditionnelles, peu à peu jetent sur ce système plus de défaveur : pratiquement comme théoriquement, la réparation du dommage moral suppose admise la peine privée. Cette peine privée, qui, aujourd'hui, rendrait peut-être d'utiles services, faudrait-il donc la restaurer? C'est la question qu'un auteur, à la suite d'un savant travail, soumettait naguère au législateur (2).

La peine privée mérite encore que les juristes s'en occupent.

(1) Fadda et Bensa, sur Windscheid, *Diritto delle Pandette*, t. 1^{er}, 1902, note p., p. 687 et suiv.

(2) Marchi, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, *Bull. dell' Ist. di dir. romano*, t. 16, 1904, p. 288. Dans le même sens Gabba, *Nuove questioni di diritto civile*, t. 1^{er}, 1905, p. 218 et suiv.

