

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL  
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

L'influence de la législation  
pénale suisse sur le  
Code pénal péruvien  
(partie générale)

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES  
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

JOSÉ HURTADO POZO

IMPRIMERIE ANDEREGG-GUENIN, BIENNE  
1972

*Monsieur José Hurtado Pozo est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat «L'influence de la législation pénale suisse sur le code pénal péruvien (partie générale)».*

*Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.*

*Neuchâtel, 29 février 1972*

Le doyen  
de la Faculté de droit  
et des sciences économiques

*Henri Thévenaz*

Nous dédions les pages qui suivent  
à la Confédération suisse, qui  
grâce à son aide, a permis nos  
recherches.

Nous remercions le professeur  
François Clerc des précieux  
conseils et des encouragements  
qu'il nous a prodigués.

## Introduction

L'avant-projet du Code pénal suisse de 1894, élaboré par Carl Stooss, constitue la première tentative de conciliation entre les principes de l'école classique et les positions de l'école positiviste et de l'école moderne allemande de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle. Sans rompre brutalement avec le passé, cet avant-projet ouvrait la voie au droit pénal du XX<sup>ème</sup> siècle. Il devait devenir la source d'inspiration des mouvements de réforme législative contemporains. Les avant-projets suisses de 1908 et de 1916, ainsi que le projet du Conseil fédéral de 1918 renforcèrent encore l'influence croissante du projet de Stooss. Certains pays latino-américains étaient préoccupés de réviser leur code pénal, et ils s'engagèrent dans la voie de la réforme : la législation espagnole, qui avait jusqu'alors inspiré les droits latino-américains, ne répondait plus aux exigences nouvelles de la science pénale et pénitentiaire. Voilà pourquoi les juristes latino-américains cherchèrent des modèles, particulièrement en Suisse et en Italie.

L'ancien Code pénal péruvien de 1863 était inspiré du Code espagnol de 1848-50 ; les projets de révision de 1877 et de 1900-1902 ne s'écartaient pas de la tradition hispanique. Celle-ci ne sera partiellement abandonnée que lors de l'élaboration d'un nouveau projet de 1916 : ses auteurs conserveront la structure de l'ancien code, mais ils en renouvelleront le contenu, modifiant la plupart de ses dispositions. Cette refonte du droit péruvien fut radicale ; elle était en accord avec le droit pénal moderne, surtout au moment de la rédaction du projet définitif. Ses auteurs témoignèrent d'éclectisme, en puisant surtout dans les modèles suisse et italien : projets de Code pénal suisse, Code pénal italien de 1889, projet italien de 1921. Dans les développements qui vont suivre, nous voudrions

tenter de déterminer dans quelle mesure le législateur péruvien a emprunté le modèle helvétique, et exposer la doctrine pénale suisse, dont la connaissance est indispensable à l'intelligence du code péruvien, ne serait-ce que pour saisir les conséquences de cet emprunt. Nos recherches se limiteront cependant à l'analyse des principes fondamentaux de la partie générale du Code, à l'exclusion du droit des mineurs qui, de nos jours, est de plus en plus considéré comme un corps étranger dans un code pénal.

Nous avons tenté d'entreprendre une étude de dogmatique pénale, en analysant ce que les comparatistes appellent le "construit" (droit positif), par opposition au "donné" (réalité politico-sociale). Pourtant, compte tenu du fait que le texte légal est "un écran derrière lequel il faut trouver la réalité de son application judiciaire et pénitentiaire", nous considérons aussi bien l'esprit que la lettre de la loi, ce qui nous conduira à nous pencher sur la jurisprudence et la doctrine. Nos développements se situeront ainsi à trois niveaux : loi, doctrine, jurisprudence.

Peut-être que l'attention que nous avons portée au droit suisse et à son évolution jusqu'à ses transformations récentes, pourrait faire penser que nous avons perdu de vue notre objectif primitif, qui était d'apporter la démonstration de l'influence des idées de Carl Stooss au-delà des mers, particulièrement au Pérou. On peut même se demander si nous n'avons pas négligé, en tant que comparatiste, l'exposé du droit péruvien.

Hélas, les travaux consacrés à ce droit sont rares, et c'est sans doute lui apporter une contribution indirecte que d'examiner l'une de ses sources importantes.

Ce faisant, nous croyons apporter une contribution, si modeste soit-elle, à la science du droit comparé, si nécessaire à l'élaboration, puis à l'interprétation des lois.

## CHAPITRE I

### La loi pénale

#### Section I

##### Le principe de la légalité

1.- L'exercice par l'Etat de son pouvoir punitif comporte des atteintes profondes dans la sphère personnelle des individus. Il est évident que l'Etat, dont la mission essentielle est d'assurer la paix, la prospérité et la sécurité, doit recourir au "jus puniendi". Néanmoins, il est inacceptable de méconnaître les droits de l'homme pour défendre ces buts sociaux.

Les règles qui déterminent les conditions de l'activité punitive de l'Etat constituent le droit pénal, dont la consolidation et l'humanisation résultent d'une longue et constante lutte contre le pouvoir arbitraire et l'injustice.

Le droit pénal fixe les principes généraux relatifs à la responsabilité et aux sanctions pénales. Il définit les diverses infractions pour chacune desquelles est prévue une peine. Voilà les deux fonctions primordiales du droit pénal : la détermination des actes humains qui méritent la qualification d'infractions et la délimitation des moyens de sanction de l'Etat. Ce rôle fondamental du droit pénal s'est matérialisé dans le principe dit de la légalité, dont l'expression latine "nullum crimen nulla poena sine lege" a été formulée pour la première fois par le juriste allemand G. Feuerbach.

2.- Les législations pénales modernes ont maintenu le principe de la légalité, quant à la détermination des incriminations. "C'est

sous cet aspect - dit Germann - qu'il y a une différence essentielle entre, d'une part, la question de savoir quels sont les faits tombant sous la répression pénale et, d'autre part, la fixation des sanctions applicables. Si les limites de ce qui est punissable sont tracées par la loi, il suffira de s'y tenir pour être exempt de toute sanction ou d'autres mesures de même espèce de la part de l'Etat. C'est là, pour la plupart des individus, l'essentiel et il n'en faudra pas davantage pour rassurer leur sentiment de liberté et de sécurité en face du pouvoir répressif de l'Etat. Il leur importe peu de connaître la sanction qu'ils encourraient en commettant tel délit. Ils n'en calculent pas le prix (au sens des théories abstraites du début du XIXème siècle)" ( 1 ).

- 3.- Le Code pénal suisse a admis cette conception du principe de la légalité : "Nul ne peut être puni s'il n'a commis un acte expressément réprimé par la loi" (art. 1er) ( 2 ). Cette disposition ne se réfère donc pas expressément aux conséquences légales (Rechtsfolgen) de l'acte illicite ; ce qui est conforme au large pouvoir de décision reconnu au juge par le Code pénal suisse. Toutefois le juge ne pourra ni infliger une peine ni ordonner une mesure qui ne soit pas prévue par la loi. Ce principe a trouvé expression dans la note marginale de l'article 1er : "pas de peine sans loi" ( 3 ). Au Pérou, les auteurs de l'avant-projet de 1916 et du Code pénal en vigueur n'ont pu entrer dans les vues helvétiques du principe de la légalité. Ils ont préféré mettre en tête du Code un principe de la légalité plus large : l'article 2 du Code interdit tout changement ou modification arbitraire de la peine prévue dans la loi pour infraction commise ("nulla poena sine lege") ; nul ne sera condamné à subir une peine que la loi n'a pas prévue pour l'infraction jugée. L'article 3 ne permet pas de substituer par analogie une autre

qualification à celle que prévoit la loi pénale et d'appliquer rétroactivement les dispositions légales qui décrivent les infractions ("nullum crimen sine lege") ; nul ne sera condamné pour un acte ou une omission qui, au moment d'être commis, n'était pas qualifié par la loi expressément et sans équivoque comme infraction punissable. L'article 1er contient plutôt une garantie procédurale : la privation ou la restriction des droits, à titre de peine, pourront seulement être imposées en vertu d'une condamnation ("nulla poena sine iudicio").

En l'espèce, les articles 2 et 3 du Code pénal péruvien sont inspirés des articles 1 al. 1 et 2 al. 1 du Code pénal italien de 1889.

4.- La portée reconnue au principe de la légalité par la doctrine et la jurisprudence, tant en Suisse qu'au Pérou, ne peut donc pas être la même. Essayons de souligner similitudes et divergences.

Tout d'abord, il faut préciser que le terme "loi", employé dans les codes pénaux suisse et péruvien, doit être entendu dans un sens large : il s'agit d'une quelconque norme de droit écrit, édictée par le pouvoir législatif ou par toute autre autorité compétente en vertu de la constitution. Le droit pénal est essentiellement un droit écrit. Aucun acte ne peut être érigé en délit, aucune peine ne peut être prononcée en vertu du droit coutumier (nulla poena sine lege scripta). Le principe de la légalité établit le monopole de la loi. Sur ce point, il n'y a pas de divergences dans la doctrine. En revanche, lorsqu'il s'agit de déterminer le rôle de la coutume dans l'interprétation des dispositions générales, l'harmonie disparaît. Les juristes péruviens rejettent d'une manière absolue la coutume contra legem et la coutume supplétive. Ils acceptent uniquement l'appli-

cation de la coutume subsidiaire dite "intégrative", ainsi par exemple, lorsqu'il faut compléter une "loi ouverte" qui contient des références au droit civil ou au droit commercial où la coutume est applicable ( 4 ). Les juristes suisses, au contraire, considèrent que la coutume contra legem est admise, lorsqu'elle favorise l'accusé (per bonam partem). Ils lui reconnaissent même un effet abrogatoire ( 5 ).

5.- Question étroitement liée au principe de la légalité : l'interprétation de la loi pénale. L'application rigide de ce principe avait conduit jadis à l'interdiction de toute interprétation de la loi. Le juge devait exclusivement s'en tenir à la lettre de la loi. Le code pénal bavarois de 1813 va jusqu'à interdire aux juristes et magistrats de commenter ses dispositions.

Aujourd'hui, l'importance et la nécessité d'interpréter la loi pénale sont partout admises : "Il est impossible - écrit le professeur Graven - qu'une loi pénale quelconque soit si parfaitement établie que non seulement elle règle tous les cas entrant dans le cadre de la répression conformément à l'intention du législateur, mais encore que chacun de ses termes doive être pris au pied de la lettre et dans son sens absolu ; il se trouvera toujours un mot ou une phrase qui soulève des difficultés, et il serait choquant d'accepter dans un texte non le sens réel et véritable, mais le sens accidentel ou illogique que peuvent lui donner une impropriété, une erreur, une obscurité ou une contradiction dans la rédaction, Car ce n'est plus ainsi à proprement parler la loi qu'on applique, mais une version déformée de la loi" ( 6 ).

On s'accorde en principe pour reconnaître que les règles d'interprétation employées dans les autres branches du droit sont aussi applicables en droit pénal, pourvu qu'elles respectent

les limites légales et que la loi ne contienne pas de disposition contraire.

6.- Les divergences apparaissent lorsque, à l'aide des diverses méthodes d'interprétation, on n'aboutit pas au même résultat. Trois théories différentes proposent de résoudre les contradictions nées de l'application des méthodes grammaticale et historique. La théorie dite subjective estime qu'on doit chercher à déterminer la "volonté du législateur historique" ; la théorie dite objective, en revanche, considère qu'il s'agit de découvrir la "volonté de la loi" ; la théorie dite mixte préfère concilier les deux critères ( 7 ).

En Suisse, le Tribunal fédéral, inspiré par les excellents travaux sur l'interprétation du professeur Germann, a jugé : "Certes, ... la jurisprudence affirme que la volonté du législateur doit être dégagée de la loi elle-même, de son texte, de sa logique interne et de son but. Elle affirme aussi que ce qui importe, ce n'est pas le sens que le législateur historique a pu attribuer à une disposition, mais celui qui ressort de tout le système de la loi, compte tenu des circonstances actuelles ... Il serait faux cependant de croire qu'en posant ces principes, le Tribunal fédéral a entendu se rallier résolument à l'interprétation historique. Un examen attentif de sa jurisprudence montre au contraire qu'il n'exclut aucune méthode de manière absolue, mais qu'il recourt aux procédés d'interprétation qui lui paraissent, dans le cas particulier, les plus propres à définir le vrai sens de la norme. Si l'on voulait dégager de sa jurisprudence une règle générale, on pourrait dire tout au plus qu'il marque une certaine réserve à l'égard de l'interprétation historique" ( 8 ).

Au Pérou, le problème ne se pose pas dans les mêmes termes, parce qu'il n'existe guère de documents qui nous permettent de

connaître les critères doctrinaux des rédacteurs du Code pénal.

Les méthodes - grammaticale et historique - malgré leur utilité, ne permettent pas de dégager le vrai sens de la loi ; il est nécessaire de faire appel à une méthode conforme à la nature du droit pénal : la méthode dite téléologique. Selon M. Schwander, on appliquera cette méthode lorsqu'on ne peut déduire de la loi aucune règle obligatoire. Son application - comme celle de la méthode de la libre recherche complémentaire - se fait *intra ou praeter legem* ( 9 ).

Les juristes péruviens reconnaissent aussi à la méthode téléologique un rôle très important. Elle permet à leur avis de mieux saisir l'intime signification de la loi pénale, sa vraie volonté ( 10 ).

Il est évident que l'adoption de la méthode téléologique comme méthode d'interprétation principale conduit à l'abandon total de l'ancien critère qui obligeait le juge à ne pas "consulter l'esprit de la loi".

D'après la doctrine moderne, l'interprétation doit être uniquement déclarative, "se borner à déclarer le vrai sens du texte à appliquer et tout son sens, sans rien y ajouter ni en retrancher. Et, pour ce faire, elle doit être à la fois littérale et logique - et même téléologique et historique - en ce qu'elle doit traduire exactement le sens du texte légal, et en même temps remonter à la raison de la loi, à son but et au besoin à sa genèse pour en déduire sa pensée et en vérifier l'application au cas d'espèce" ( 11 ). La jurisprudence suisse s'est prononcée aussi dans le même sens ( 12 ).

7.- Les problèmes les plus épineux apparaissent lorsque la loi, ayant été interprétée extensivement, ne fournit pas de règle

applicable au cas particulier.

Nous sommes ici en présence d'une lacune du droit, dont l'existence a été contestée par certains auteurs ( 13 ). D'aucuns ont considéré que ces lacunes ou silences de la loi étaient des fictions ( 14 ). Les lacunes existent en réalité dans toutes les branches du droit. Mais en droit pénal, il est nécessaire de distinguer entre les dispositions concernant les principes généraux (partie générale du Code pénal) et celles qui énoncent les infractions (partie spéciale). Ces dernières dispositions sont exhaustives ; les actes qui ne tombent pas sous leur coupe ne seront jamais punis comme infractions, même s'ils ont un caractère franchement immoral ; il ne s'agit pas de lacunes, et le juge ne saurait y suppléer. C'est ici précisément que le principe de la légalité conserve toute sa force. "Il s'ensuit qu'est proscrite l'analogie qui, sous prétexte de combler une lacune, transporterait une incrimination sur un acte ou une omission non expressément puni par la loi" ( 15 ). L'unanimité est totale sur cette façon d'aborder et de résoudre le problème que nous venons d'exposer.

A l'égard des dispositions de la partie générale du Code pénal, il faut bien reconnaître l'existence de lacunes. Le juge doit-il les combler ? Quelle méthode doit-il employer pour y parvenir ? Les juristes suisses considèrent que le juge est autorisé à utiliser la méthode analogique et la libre recherche du droit. La seule limitation qu'ils imposent au juge dans cette activité, c'est de ne point appliquer ces moyens au détriment de l'accusé. C'est-à-dire que l'analogie et la libre recherche du droit "per bonam partem" est permise. A leur avis, cela ne constitue pas une violation du principe de la légalité ( 16 ).

La jurisprudence du Tribunal fédéral a suivi la voie indiquée par la doctrine ( 17 ). Certains arrêts (ATF 1960, 86 IV 124 et 1961 87 IV 4), sont cités très souvent comme exemples d'inter-

prétation analogique *praeter legem* en faveur de l'accusé. Les juges fédéraux y appliquent au complice les dispositions du Code pénal suisse sur le désistement et le repentir actif (art. 21 et 22) qui, selon la lettre de la loi, ne s'appliquent qu'à l'auteur de l'acte. La conception subjective de la tentative adoptée par le Tribunal fédéral constitue un exemple frappant de l'application de la méthode dite de "la libre recherche du droit" ( 18 ).

Les juristes péruviens sont d'une opinion différente. Conformément aux thèses défendues par Jiménez de Asua, ils rejettent d'une manière absolue l'application des dispositions pénales par analogie. Telle est par exemple, l'opinion du professeur Bramont Arias qui affirme : "tout esprit libéral doit rejeter d'une façon radicale l'analogie en droit pénal, et il ne doit même pas l'admettre en faveur de l'accusé, s'il ne veut pas mettre en danger tout le système démocratique que le droit pénal garantit et protège" ( 19 ).

## Section II

### L'empire de la loi pénale dans le temps

8.- Le principe de la légalité dont nous venons de traiter, implique la fixité de la règle juridique. Avant d'appliquer la loi, le juge doit déterminer si elle est en vigueur et si l'acte a été commis sous son empire.

Le premier problème est facilement résolu parce que la date d'entrée en vigueur de la loi est déterminée expressément par le législateur ou par le pouvoir exécutif. Très souvent, le législateur indique aussi l'abrogation de l'ancienne loi ou sa modification.

L'ensemble des règles qui servent à résoudre le deuxième problème constitue le droit dit transitoire (intertemporales Strafrecht ou Uebergangsrecht).

9.- Le champ d'application du Code pénal suisse dans le temps est délimité par l'article 2 : "Sera jugé d'après le présent code toute personne qui aura commis un crime ou un délit après l'entrée en vigueur de ce code. Le présent code est aussi applicable aux crimes et aux délits commis avant la date de son entrée en vigueur, si l'auteur n'est mis en jugement qu'après cette date et si le présent code lui est plus favorable que la loi en vigueur au moment de l'infraction".

Ces mêmes règles figuraient déjà dans les avant-projets (avant-projet 1908 art. 2 ; avant-projet 1916 art. 2 al. 1 et 2 ; projet 1918 art. 2). Le premier alinéa de l'article 2 du Code pénal suisse consacre le principe "tempus regit actum", c'est-à-dire que la loi pénale est applicable en principe aux

actes commis dès son entrée en vigueur. D'une manière implicite, il consacre aussi le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale.

- 10.- Le deuxième alinéa de cette même disposition établit l'exception la plus importante à la règle de la non-rétroactivité de la loi pénale. Il consacre - "fondé sur des considérations d'opportunité et d'équité" ( 20 ) - le principe de la rétroactivité de la loi nouvelle plus douce. Le législateur péruvien ne s'est pas inspiré de ces normes helvétiques. Il a préféré, ayant déjà consacré implicitement à l'article 3 du Code pénal la non-rétroactivité et la règle "tempus regit actum", ranger dans le titre II du code (art. 7 à 9) les exceptions à ces principes. D'ailleurs, les mêmes dispositions étaient déjà prévues dans le projet de 1916.

L'article 7 al. 1 du Code pénal péruvien institue la rétroactivité de la loi la plus douce. Mais, à la différence de l'article 2 al. 1 du Code pénal suisse, qui règle explicitement l'entrée en vigueur du code lui-même, la disposition péruvienne prévoit le cas où la loi pénale changerait plus d'une fois entre l'infraction et le jugement. Elle statue que les modifications à la loi pénale postérieures à la commission de l'acte punissable s'appliquent au jugement, si elles sont plus douces que les dispositions antérieures ( 21 ). D'après le Code pénal suisse au contraire, la loi intermédiaire (Zwischengesetz) - qui n'était en vigueur ni au moment du jugement ni lors de la commission de l'acte - ne pourrait, semble-t-il, pas entrer en ligne de compte ( 22 ). Il faut distinguer de cette sorte de loi, ladite "loi temporaire" (Zeitengesetz), dont l'application est limitée à un laps de temps donné.

La doctrine suisse estime que les auteurs des actes commis sous l'empire d'une loi temporaire mais jugés après son abroga-

tion, seront punis d'après cette loi. Cette solution est conforme à la nature et aux buts de la loi temporaire ( 23 ). Les juristes allemands et péruviens partagent aussi cette conception ( 24 ). Conformément à la doctrine dominante, le Tribunal fédéral estime que le principe de la "lex mitior" n'est applicable que si le changement de la loi repose sur "ein Wandel strafrechtlicher Anschauungen". Compte tenu du fait que cela n'est pas le cas des "lois temporaires", les juges fédéraux acceptent que le principe de la "lex mitior" n'entre pas en ligne de compte, sauf disposition expresse et contraire de la loi ( 25 ).

11.- L'article 7 al. 2 du Code pénal péruvien établit la dérogation totale au principe de la non-rétroactivité, lorsqu'il s'agit des dispositions qui règlent les mesures de sûreté et de prévention. Cette dérogation est applicable au jugement de même qu'à l'exécution de la mesure : s'agissant de mesures de sûreté et éducatives prévues aux titres IV, XIV et XVIII, sera appliquée la loi en vigueur au moment de leur exécution (art. 7 al. 2 CPP). La nature de ces mesures et leurs buts justifient la solution adoptée par le législateur péruvien. En Suisse, la doctrine et la jurisprudence ont adopté le même critère ( 26 ) .

Le principe de la non-rétroactivité n'est pas non plus applicable aux dispositions des lois de procédure pénale, sauf réserve expresse et contraire de la loi, "parce qu'elles sont censées devoir améliorer la condition des individus auxquelles elles s'appliquent" ( 27 ).

Dans le Code pénal péruvien, l'article 8 statue : les modifications de la loi pénale survenues après le jugement ou pendant l'exécution de la peine limiteront la peine d'après la loi la plus douce. Cette disposition, dont la rédaction laisse à désirer, est d'inspiration espagnole. L'article 9 deuxième partie prescrit :

"les peines prononcées d'après l'ancienne loi sont éteintes dans la mesure où elles n'ont pas été exécutées, si la loi nouvelle ne réprime plus l'acte en raison duquel la condamnation a été prononcée". Ce n'est qu'une transcription fidèle de l'article 2 al. 3 de l'avant-projet suisse de 1915. Dans le projet de 1918 et dans le code pénal, cette règle figure à l'article 336, lettre a.

Le Code pénal suisse ne contient pas de dispositions générales sur l'exécution des jugements passés en force de chose jugée, mais pas encore totalement exécutés, avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ( 28 ). De lege ferenda, M. Logoz estime qu'il est logique d'appliquer aussi le principe de la "lex mitior"( 29 ). A cet égard, le Code pénal suisse établit les restrictions suivantes : 1) si le nouveau droit ne réprime plus l'acte, la peine prononcée antérieurement ne sera plus exécutée (art. 336, lit. a); 2) la peine de mort prononcée avant la nouvelle loi ne sera plus exécutée et sera commuée en réclusion à vie (art. 336 lit. b) ; 3) sous certaines conditions, le juge doit fixer une peine d'ensemble d'après l'article 68 du Code pénal suisse (art. 336 lit. d) ; 4) le nouveau droit, quant à la libération conditionnelle, est également applicable aux détenus condamnés antérieurement (art. 336 lit. e) ; 5) les dispositions sur la prescription de l'action pénale et de la peine sont applicables aux infractions commises et aux peines prononcées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, et il sera tenu compte du temps pendant lequel la prescription a couru avant l'entrée en vigueur du code (art. 337) ; 6) la réhabilitation et la radiation au casier judiciaire des condamnations seront régies par la loi nouvelle (art. 336).

Bien que le législateur péruvien ait réglé en détail l'application de la loi pénale dans le temps, il a édicté des normes particulières sur l'entrée en vigueur du code pénal. Il a suivi

le modèle suisse et dans le titre I ("Relaciones entre el codigo penal y la legislacion anterior") du livre IV il reproduit presque intégralement les dispositions du titre deuxième du livre III du Code pénal suisse (art. 336 à 339). Les différences qui subsistent sont dues à la "peine d'ensemble" qui n'est pas prévue par le Code pénal péruvien et à la plainte qui est régie en droit péruvien par le Code de procédure pénale. En tenant compte de la technique toute particulière du législateur péruvien, on peut dire que les dispositions contenues dans le titre premier du livre IV du Code pénal péruvien constituent une interprétation authentique partielle des articles 7, 8 et 9 de la partie générale du code ( 30 ).

L'étendue donnée au principe de la "lex mitior" dans les législations pénales péruvienne et espagnole ne se retrouve guère en droit comparé. Les autres législations, y compris la suisse, sont plus respectueuses du principe de la "chose jugée": en règle générale, l'exécution des jugements prononcés avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi se fait conformément à la législation ancienne ; ne subsistent que quelques exceptions, par exemple les articles 336, 337 et 338 du Code pénal suisse. Lorsque l'exécution de cette peine est manifestement injuste, la grâce est le seul moyen de la supprimer ( 31 ).

12.- La détermination de la loi la plus favorable présente de grandes difficultés. En général, presque tous les juristes considèrent que la "lex mitior" est "celle des lois, qui, prise dans son ensemble et appliquée au cas d'espèce, conduit au résultat le plus favorable pour l'inculpé" ( 32 ). C'est-à-dire que la comparaison doit être faite "in concreto". Toute comparaison "in abstracto" est inutile. Les législateurs suisse et péruvien ont judicieusement renoncé à édicter des règles de conflit et ont laissé pleine liberté d'appréciation au juge.

Dans leur jurisprudence, les tribunaux suprêmes suisse et péruvien appliquent ce procédé ( 33 ).

Le juge ne peut sous aucun prétexte appliquer simultanément en les combinant, les dispositions plus favorables prévues dans les lois en conflit.

- 13.- En principe, savoir quand un acte a été commis ne présente pas de problème, parce qu'en général, l'action et le résultat se produisent simultanément. Les difficultés surgissent lorsqu'il s'agit de délits dits successifs et continus.

Il y a lieu ici de signaler une particularité de la doctrine pénale suisse qui n'hésite pas à appliquer dans le temps la théorie de l'ubiquité consacrée à l'article 7 du Code pénal. Cet article statue que l'acte est réputé commis tant au lieu où l'auteur a agi qu'au lieu où le résultat s'est produit. Cette solution est systématiquement rejetée comme inexacte par la plupart des juristes allemands, italiens, espagnols et latino-américains. Ils estiment qu'on ne peut pas admettre cette façon de déterminer la loi applicable dans l'espace. A leur avis, le moment de commission de l'acte délictueux doit se déterminer d'après le moment où la manifestation de volonté a eu lieu ( 34 ). En Suisse, une réaction contre la doctrine dominante se dessine. Le professeur Schultz écrit notamment : "La rétroactivité d'une loi pénale est exclue parce que seul le droit pénal en vigueur au moment de l'acte permet de reprocher comme une faute à l'auteur sa détermination coupable. L'auteur n'extériorise pas cette détermination dans le résultat, mais en exécutant par son action ou son omission l'acte défini comme punissable par la loi pénale. Dès lors, un acte peut être considéré comme commis sous l'empire du code pénal suisse seulement si l'auteur l'exécute en tout ou en partie à ce moment, et non pas lorsque seul le résultat de l'acte se produit après

l'entrée en vigueur de la loi. Cette conclusion a en outre l'avantage d'apporter une solution simple sur la base de critères clairs pour quelques groupes de "délits à distance dans le temps", comme par exemple les délits continus (Dauerdelikte)... Ce principe est aussi valable pour le participant dont l'acte commis au moment où il accomplit son acte d'assistance et non au moment auquel l'auteur principal agit" ( 35 ). Le Code pénal péruvien ne contient aucune disposition réglant ce problème ; tel a aussi été le cas dans le projet péruvien de 1916. Donc, le législateur péruvien n'a pas suivi les avant-projets suisses. Cela nous permet de rejeter la solution helvétique et d'admettre la théorie de la manifestation de la volonté ou de l'action comme la plus conforme à la systématique du Code pénal péruvien. Aux arguments exposés par Schultz, on peut ajouter que c'est au moment de la manifestation de volonté que l'efficacité de la norme peut fonctionner comme motivation dans le processus psychologique de l'auteur de l'action elle-même, et que, d'autre part, le comportement de l'auteur a une plus grande signification que le résultat dans la détermination du caractère dangereux du délinquant ( 36 ).

- 14.- D'après le Tribunal fédéral, "le délit successif est caractérisé par une pluralité d'actes punissables de même nature dirigés contre le même bien juridique et se rattachant à une seule décision" ( 37 ). Il constitue donc une unité. On doit logiquement admettre que la peine infligée à l'auteur d'un tel délit couvre tous les actes qui en font partie. Les dispositions sur le concours réel de délits ne sont point applicables. La doctrine pénale suisse se conforme à cette manière de voir ( 38 ).

Lorsque l'exécution d'un délit successif a été commencée avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle et continuée après, le Tribunal fédéral estime que "les actes que l'auteur commet

sous l'empire du nouveau droit doivent être jugés d'après le nouveau droit, même si le dessein de les commettre a été conçu au temps de l'ancienne loi et que les faits incriminés ne soient que la suite d'une activité délictueuse commencée sous l'ancien droit. La partie du délit successif qui a été commise sous l'ancien droit doit être jugée d'après ce dernier, éventuellement d'après le nouveau droit, si celui-ci est plus favorable à l'accusé ; en revanche, la partie du délit successif commise sous l'empire du nouveau droit doit être jugée exclusivement d'après le nouveau droit. Le juge doit prononcer une peine d'ensemble en appliquant les principes posés par les articles 250 PPF et 2 al. 2 CP et en s'inspirant des règles posées par l'arrêt 69 IV 145. Rien ne l'empêche, lorsqu'il fixe la peine, de tenir compte du fait que tous les actes retenus à la charge de l'auteur proviennent d'un dessein unique" ( 39 ). Ces mêmes règles sont applicables par analogie aux délits continus et par métier (Dauer-und Gewerbmässigdelikte) ( 40 ).

Le Code pénal péruvien ne contient aucune règle concernant ce problème particulier, mais à l'article 107, il définit le délit successif comme une unité et statue qu'il doit être puni de la peine prévue par la loi. Il exclut l'application des règles sur le concours de délits. On doit donc à la lumière de ses derniers actes déterminer la loi applicable à l'auteur d'un délit continu ou continué. A notre connaissance, la jurisprudence péruvienne n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce problème.

### Section III

#### L'empire de la loi pénale dans l'espace

15.- L'ensemble des normes qui délimitent dans l'espace le pouvoir punitif de l'Etat a été nommé "droit pénal international". Cette dénomination n'est point correcte, parce que ces normes sont édictées par l'Etat lui-même en sa qualité de titulaire du "jus puniendi" ( 41 ). Il a, sur cette matière, un pouvoir discrétionnaire qui n'est limité que par les règles du droit international.

Ce prétendu "droit international" n'est en réalité qu'une partie du droit pénal national.

16.- Dans la détermination de l'empire de la loi pénale dans l'espace, l'Etat tient compte des quatre principes fondamentaux suivants : le principe de la territorialité (Territorialprinzip), le principe de la personnalité (Personalitätsprinzip), le principe de la compétence réelle (Schutzprinzip) et le principe de la compétence universelle (Weltrechtsprinzip).

Les législations pénales modernes n'optent pas pour l'un de ces principes, mais généralement elles les combinent de façon assez variable.

La doctrine pénale moderne reconnaît la priorité du principe de la territorialité et considère qu'il doit être complété et limité par les autres principes ( 42 ). Néanmoins, ce critère doctrinal n'est pas universellement reconnu ; par exemple, le Code pénal allemand a mis au premier plan le principe de la personnalité active.

17.- En vertu du principe de la territorialité, l'Etat soumet à son droit de punir tout auteur d'une infraction commise sur son territoire, quelle que soit la nationalité de l'auteur ou celle de la victime. Les Codes pénaux suisse et péruvien retiennent ce principe de base ( 43 ). L'article 3 ch. 1 du Code pénal suisse statue : "Le présent code est applicable à quiconque aura commis un crime ou un délit en Suisse". Cette règle figurait déjà dans le projet de 1918 et les avant-projets antérieurs, mais il y était question de la "loi pénale", non du "présent code". Le législateur péruvien n'a pas suivi le modèle helvétique à la lettre. Il s'est inspiré de l'article 1 du Traité de droit pénal international de Montevideo (1889) pour élaborer la règle contenue à l'article 4 du Code pénal (art. 4 du projet de 1916) : "Sera puni quiconque commet une infraction sur le territoire de la République, ou à bord des bateaux naviguant sous pavillon national en haute mer, ou à bord des bateaux de guerre nationaux en eaux territoriales étrangères si le coupable appartient à l'équipage, ou à bord des bateaux de commerce qui se trouvent en eaux territoriales nationales".

Il est évident que la règle générale et non-casuistique du Code pénal suisse est préférable à la disposition péruvienne. Celle-ci est d'ailleurs incomplète parce qu'elle passe sous silence les aéronefs.

La notion de territoire est de nature juridique. Son étendue est déterminée par le droit des gens et le droit public national ( 44 ). Il est généralement admis qu'il comprend le sol et le sous-sol, l'espace aérien qui le surplombe et, en vertu de la théorie des "territoires flottants", les bateaux et les aéronefs sous pavillon national (Flaggenprinzip). Dans ces derniers cas, il s'agit d'une fiction juridique ( 45 ). Les juristes suisses sont en général d'accord sur ce point ( 46 ).

18.- En vertu du principe de la territorialité, la Suisse et le Pérou exercent la juridiction quant aux auteurs des infractions commises sur leur territoire. Si un malfaiteur s'enfuit à l'étranger où il est jugé, la Suisse et le Pérou ne perdent pas en principe le droit de connaître de l'infraction. Le Code pénal péruvien ne le dit pas, tandis que le Code pénal suisse le précise expressément.

Aux termes de l'article 3 ch. 1 al. 2 du Code pénal suisse, si un délinquant a subi totalement ou partiellement une peine à l'étranger à raison d'une infraction commise en Suisse, le juge suisse imputera la peine subie sur celle à prononcer. C'est dire que le jugement étranger n'est pas considéré comme légitime et l'imputation de la peine subie à l'étranger n'est faite que par souci d'équité ( 47 ). Néanmoins, le législateur suisse a toujours admis une exception à son droit de poursuivre en vertu du principe de la territorialité : il s'agit des cas où le délinquant a été jugé à l'étranger à la requête de l'autorité suisse. Cette requête est généralement formulée quand il n'est pas possible d'obtenir l'extradition ( 48 ). Selon l'article 3 ch. 2, le délinquant ne pourra plus être poursuivi en Suisse pour le même acte : a) s'il a été acquitté par un jugement étranger passé en force (le non-lieu n'est pas suffisant) ; b) s'il a subi la peine prononcée contre lui à l'étranger ; c) si cette peine lui a été remise ou si elle est prescrite. Le parlement est donc allé plus loin que l'avant-projet de 1916, qui excluait la poursuite en Suisse uniquement si le condamné avait subi sa peine (art. 8 ch. 1 al. 2) et que le projet de 1918, qui envisagea le cas de l'acquittement (art. 3 al. 4), une simple remise de peine étant seulement imputée sur la peine que prononcerait la juridiction suisse (art. 3 al. 6).

19.- Le principe de la territorialité est étroitement lié au lieu où l'acte est réputé commis. Cette détermination ne présente généralement pas de difficultés, quand le résultat s'est produit au

même endroit que l'action.

Les problèmes apparaissent lorsque "les états de fait des infractions prévues par la loi pénale peuvent être conçus de telle manière que l'activité humaine qui les réalise peut se dérouler en plusieurs endroits différents" ... ou bien que l'"état de fait légal peut exiger que le comportement de l'auteur provoque un effet nettement différent dans l'espace et dans le temps, le résultat. Il peut se produire que le lieu dans lequel l'auteur agit soit différent de celui où le résultat se produit" ( 49 ). En d'autres termes, il s'agit alors de délit commis à distance (Distanzdelikt) et de délit de transit (Transitverbrechen).

Où l'infraction est-elle réputée commise ? La théorie de l'action (Handlungs- oder Tätigkeitstheorie) considère le lieu où l'auteur a agi ; la théorie du résultat (Erfolgstheorie) envisage l'endroit où le résultat s'est produit ; quant à la théorie de l'ubiquité (Ubiquitätstheorie), elle soutient que le délit est commis tant au lieu où l'auteur a agi qu'au lieu où le résultat s'est produit.

Le Code pénal suisse (art. 7) a consacré la théorie de l'ubiquité (dite aussi mixte, gemischte Theorie). Cette solution figurait déjà dans les avant-projets du Code pénal suisse (avant-projet de 1916 art. 9 et projet de 1918, art. 8). Quant au législateur péruvien, il n'a pas pris position, et partant n'a pas suivi en l'espèce le modèle helvétique (voir supra n. 13). Selon l'article 7 al. 1 du Code pénal suisse, "un crime ou un délit est réputé commis tant au lieu où l'auteur a agi, qu'au lieu où le résultat s'est produit". Il conviendra dès lors d'examiner les dispositions de la partie spéciale (art. 111 et sv. CPS) pour saisir dans chaque cas d'espèce, en quoi consistent l'activité et le résultat délictueux. Agit celui qui

réalise les éléments constitutifs de l'infraction sans tenir compte des actes préparatoires ou des actes postérieurs ( 50 ). Toutefois, la réalisation d'un seul des éléments constitutifs de l'infraction suffit ( 51 ), fût-ce la seule intention.

Le résultat est l'effet provoqué par le comportement de l'auteur, et comporte un dommage causé à l'objet de l'infraction.

L'article 7 al. 2 mentionne expressément la tentative, qui est réputée commise tant au lieu où son auteur l'a réalisée qu'au lieu où, d'après le dessein de l'auteur, le résultat devait se produire. Cette règle doit également s'appliquer aux délits de commission par omission et aux purs délits d'omission ( 52 ). Bien que cette disposition ne le dise expressément, elle est en outre applicable en matière de participation : l'infraction est considérée commise au lieu où les participants ont agi et à l'endroit où le résultat de l'acte principal s'est produit.

La théorie de l'ubiquité est généralement admise par la doctrine et les législations pénales modernes, parce qu'elle a pour effet, dans le domaine international, d'éviter dans une large mesure les possibilités de conflits négatifs de compétence ( 53 ). Son inconvénient réside dans le fait qu'elle peut aboutir à des conflits positifs de compétence, ce qui n'est pas satisfaisant. Le Code pénal suisse tente d'en éviter les inconvénients par l'imputation sur la peine prononcée en Suisse de la peine déjà subie à l'étranger (art. 3 ch. 1 al. 2, art. 4 al. 2), toujours au nom de l'équité. L'ordre juridique péruvien, en particulier le Code pénal, ne fait pas obstacle à l'adoption de la théorie de l'ubiquité retenue par le législateur suisse et défendue par la doctrine helvétique.

20.- Selon le principe de la compétence réelle (Schutzprinzip), la loi pénale nationale est applicable à l'auteur d'un acte commis

à l'étranger, lorsque cet acte lèse ou met en danger un bien juridique dont le titulaire est l'Etat ou un de ses ressortissants. Lorsqu'il s'agit de la défense de biens juridiques appartenant aux ressortissants de l'Etat, il s'agit du principe dit de la "personnalité passive" (Individualschutzprinzip) ou passive Personalitätsprinzip) ; en revanche, s'il s'agit de biens juridiques de l'Etat, on fait appel au principe de la quasi-territorialité ou de la protection de l'Etat (Staatsschutzprinzip).

Ces deux principes ont été retenus tant en Suisse qu'au Pérou.

21.- Le Code pénal suisse (art. 4, modifié en 1950) est applicable aux crimes ou délits contre l'Etat, à l'espionnage ou aux atteintes à la sécurité militaire, non sans préciser les textes légaux visés et exiger que l'acte ait été commis à l'étranger. L'avant-projet de 1916 (art. 4) et le projet de 1918 (art. 4 al. 1) statuaient simplement : "Est punissable d'après la loi suisse, quiconque commet à l'étranger un délit contre l'Etat ou contre la défense nationale (chapitre treizième)". Il s'agit donc des infractions graves qui menacent l'existence, la sécurité et les intérêts vitaux de l'Etat. Le droit de l'Etat à poursuivre et à punir le responsable ne disparaît pas du fait que l'Etat où l'infraction a été commise a déjà puni l'auteur en raison de cette infraction. Tout au plus a-t-on admis, comme nous l'avons déjà indiqué, l'imputation de la peine subie totalement ou partiellement à l'étranger sur la peine à prononcer en Suisse (CPS art. 4 al. 2, projet de 1918 art. 4 al. 2 et 3, avant-projet de 1916 art. B ch. 2). La Suisse peut exercer son droit même "in absentia" du responsable, c'est-à-dire statuer par défaut. Le législateur suisse a craint avec raison que l'Etat étranger ne punisse pas toujours tel forfait avec la sévérité voulue, soit parce que l'Etat étranger lui-même est intéressé à cette activité, soit parce que celle-ci est jugée avec trop de tolérance, dès l'instant où elle touche un autre Etat ( 54 ).

De son côté, le Code pénal péruvien (art. 5 al. 1) statue également que les infractions prévues aux titres III de la section 7ème (piraterie), I de la section 9ème (trahison et attentats contre la sécurité militaire) et II de la section 10ème (fausse monnaie, falsification de timbres et marques officielles) commises par des ressortissants péruviens ou par des étrangers hors du territoire de la République, seront réprimées d'après la loi péruvienne. Cette disposition n'est pas inspirée des projets helvétiques, mais de l'article 4 du Code pénal néerlandais de 1881.

- 22.- Le piraterie est traditionnellement considérée en législation comme un "délit mondial" : tout Etat a le droit d'en punir les auteurs, en vertu du principe de la "compétence universelle" ( 55 ). Le droit suisse l'applique à d'autres infractions, notamment à la fausse monnaie, comme l'admet déjà l'article 8 ch. 3 de l'avant-projet suisse de 1908. Le législateur péruvien y a vu une attaque directe contre les intérêts vitaux de l'Etat, et cela conformément à la doctrine latino-américaine ( 56 ).
- 23.- Nous avons dit plus haut que, s'agissant des infractions commises à l'étranger contre l'Etat, le droit suisse consacrait la compétence exclusive des autorités helvétiques ( 57 ), quitte à tenir compte de la peine qui aurait été subie à l'étranger.

Tout au contraire, l'article 6 du Code pénal péruvien prévoit que les auteurs de trahison, de fausse monnaie, de falsification de timbres et marques officiels commises à l'étranger, ne seront plus poursuivis non seulement si la prescription est acquise selon la loi nationale - ce qui va de soi -, mais aussi au regard de la loi du pays où l'infraction a été réalisée, de même que s'il s'agit de délits politico-sociaux, ou si l'accusé a été acquitté à l'étranger, qu'il y a été condamné et y a subi la peine, que celle-ci lui a été remise ou qu'elle est prescrite.

En d'autres termes, le délinquant ne peut être jugé à nouveau que s'il n'a pas subi totalement sa peine. Dans ce cas, le juge national imputera la peine subie à l'étranger à raison de cette infraction, sur la peine à prononcer. La technique employée dans la rédaction de cet article rappelle beaucoup celle de l'article 8 de l'avant-projet suisse de 1916, et celle de l'article 7 du Code pénal italien de 1889 qui se réfère aussi aux délits politiques. Cependant, l'avant-projet suisse et l'ancien Code pénal italien n'excluaient pas le droit de l'Etat de poursuivre à nouveau le délinquant déjà puni à l'étranger. Ce n'est que dans le Code pénal néerlandais qu'on trouve une conception aussi libérale que celle du Code pénal péruvien (voir art. 68 al. 2 Code pénal néerlandais).

Nous avons constaté que, dans le Code pénal péruvien, les effets du "principe de la protection des intérêts étatiques" sont sensiblement édulcorés par l'exclusion des délits politiques. Cela s'explique du fait de l'adoption de la théorie subjective en matière de délits politiques, ce qui permet de considérer comme politiques des délits ordinairement de droit commun, lorsqu'ils sont dirigés contre l'Etat. L'adoption de la théorie objective, qui définit les délits politiques d'après la nature du bien juridique attaqué, aurait conduit à conclure à l'inutilité de l'article 4 al. 1 du Code pénal péruvien, en tant qu'il vise la trahison et les attentats contre la sécurité militaire.

Dans le Code pénal péruvien, il n'existe qu'un seul cas où le principe de la quasi-territorialité est pleinement consacré : il s'agit des délits commis hors de la République par des fonctionnaires ou employés au service de l'Etat dans l'exercice de leurs fonctions. Ces infractions portent directement atteinte à l'Etat qui a toujours le droit d'en connaître. Il va sans dire que ce droit ne se confond pas avec celui que reconnaît le droit des gens : l'Etat a le droit de punir ses agents diplomatiques qui, au bénéfice de l'immunité, ne peuvent être poursuivis à l'étran-

ger pour des infractions qu'ils y ont commis. Dans ce dernier cas, il s'agit de l'application de la loi pénale "intuitu personae". Soler défend la même opinion lorsqu'il analyse l'article 1 ch. 2 du Code pénal argentin ( 58 ). Cette dernière disposition peut bien être la source légale du ch. 4 de l'article 5 du Code pénal péruvien.

24.- Le principe de la personnalité passive (Individualschutzprinzip) est consacré à l'article 5 du Code pénal suisse et à l'article 5 ch. 3 du Code pénal péruvien. L'Etat a le devoir de protéger ses ressortissants victimes de délits commis à l'étranger. Il le fait en partie parce qu'il est indirectement atteint par les infractions commises contre ses nationaux.

Afin d'éviter des conflits avec la loi étrangère, applicable en vertu du principe de la territorialité, le législateur suisse a limité sensiblement l'application du principe de la personnalité passive. Selon l'article 5 du Code pénal suisse, la loi pénale nationale n'est applicable qu'aux conditions suivantes :

- a) la victime doit être de nationalité suisse ;
- b) l'auteur doit se trouver en Suisse et ne pas être extradé à l'Etat où il a commis l'infraction ;
- c) l'infraction motivant la poursuite en Suisse doit être punissable au regard de la loi suisse et de celle de l'Etat du lieu de commission. Le principe de la "lex mitior" est admis.

L'article 5 du projet de 1918 ne prévoyait pas cette dernière condition. Cependant, l'article 6 al. 1 de l'avant-projet de 1916 posait déjà le principe de la double incrimination, mais non celui de la "lex mitior" : l'infraction devait donner lieu à extradition et l'auteur ne pouvait être qu'étranger. C'est là la source légale de l'article 5 ch. 3 du Code pénal péruvien qui prévoit les conditions suivantes : a) victime de nationalité péruvienne ; b) auteur étranger, se trouvant au Pérou ;

c) infraction punissable tant en vertu de la loi nationale que de la loi de l'Etat du lieu de commission et pouvant donner lieu à l'extradition.

25.- Selon le Code pénal péruvien, les jugements étrangers pour des infractions commises à l'étranger par des ressortissants péruviens comportent les effets que nous avons exposés à propos du principe de la quasi-territorialité (art. 6 CPP, voir supra n. 23). Cela s'explique par le fait que, lors de l'élaboration de l'article 6 du Code pénal péruvien, le législateur s'est inspiré du projet helvétique de 1916 (art. 8 ch. 3). Mais la disposition péruvienne n'est pas une simple reproduction de la disposition suisse, car elle tient compte de l'article 3 ch. 2 et 3 de la loi péruvienne sur l'extradition de 1888.

En revanche, en vertu de l'article 5 du Code pénal suisse, "l'auteur ne pourra plus être puni à raison de son acte s'il a subi la peine prononcée contre lui à l'étranger, si cette peine lui a été remise ou si elle est prescrite".

Si l'auteur n'a pas subi à l'étranger la peine prononcée contre lui, ou ne l'a subie que partiellement, elle sera exécutée en Suisse (en totalité ou en partie).

Le principe de la reconnaissance des jugements étrangers est donc largement admis ( 59 ).

26.- Le législateur suisse a aussi posé des conditions très sévères pour l'admission du principe de la personnalité active (Nationalitätsprinzip).

Aux termes de l'article 6 ch. 1 du Code pénal suisse, la Suisse ne peut punir l'auteur d'une infraction commise à l'étranger que s'il a la nationalité suisse au moment de la commission

de l'acte, et s'il se trouve en Suisse ou s'il est extradé à la Confédération à raison de son infraction. En outre, l'infraction commise doit également être réprimée dans l'Etat où elle a été commise. Comme à l'article 5, le législateur helvétique déclare la loi étrangère applicable, si elle constitue une "lex mitior". Selon l'article 5 ch. 2 du Code pénal péruvien, le ressortissant national qui a commis une infraction à l'étranger est soumis aux mêmes règles que l'étranger qui commet un délit contre un national à l'étranger. Le législateur péruvien a fait sienne, une fois encore, la solution adoptée par l'avant-projet suisse de 1916 (art. 5 al. 1), que nous avons déjà analysée (voir supra n. 24).

27.- En vertu de l'article 6 ch. 2 du Code pénal suisse, "l'auteur ne pourra plus être puni en Suisse, s'il a été acquitté à l'étranger pour le même acte par un jugement passé en force, s'il a subi la peine prononcée contre lui à l'étranger, si cette peine lui a été remise ou si elle est prescrite. S'il n'a subi à l'étranger qu'une partie de la peine prononcée contre lui, cette partie sera imputée sur la peine à prononcer".

Le droit de l'Etat péruvien à poursuivre le délinquant en vertu du principe de la personnalité active est limité par l'article 6 du Code dans la même mesure qu'en matière de protection étatique (voir supra n. 23).

L'étranger qui acquiert la nationalité péruvienne après avoir commis un délit à l'étranger est soumis à la juridiction péruvienne en vertu du principe de la personnalité active (art. 5 ch. 2 al. 2 CPP). Cette solution est inspirée de l'article 5 du Code pénal néerlandais : la poursuite peut avoir lieu même si le prévenu n'est devenu néerlandais qu'après la commission de l'infraction.

28.- Les législateurs suisse et péruvien n'ont pas consacré le principe de la compétence universelle par une disposition générale de leur code pénal. Ce n'était pas la solution de l'avant-projet suisse de 1915, qui statuait tout au contraire dans son article 7 : "Tout étranger qui commet à l'étranger soit un des délits suivants : traite des blanches, mise en danger de la vie ou de la propriété au moyen d'explosifs, fabrication de fausse monnaie, soit un délit que la Confédération s'est, par entente internationale, engagée à punir, est punissable d'après la loi suisse, s'il est arrêté et n'est pas extradé à l'étranger. Cette disposition ne s'applique pas aux délits politiques". Ce texte ne figure plus dans le projet de 1918, ni dans le texte définitif du Code pénal suisse en vigueur. Le législateur a préféré indiquer dans la partie spéciale du Code pénal les infractions dont la poursuite est possible selon le principe de la compétence universelle, soit en matière de traite des femmes et des mineurs (art. 202 ch. 5), de fausse monnaie (art. 240 al. 3) et de faux dans les timbres officiels de valeur (art. 245 ch. 1 al. 3). L'auteur d'un de ces délits commis à l'étranger tombe sous le coup de la juridiction suisse s'il est arrêté en Suisse et n'est pas extradé à l'étranger, à condition que l'acte soit également réprimé au lieu où il a été commis. Les poursuites pénales étrangères ne sont pas prises en considération et l'auteur peut être jugé "in absentia". Ce qui n'exclut pas l'imputation de la peine subie à l'étranger ; sur ce point, Hafter admet que l'article 3 al. 2 doit s'appliquer par analogie ( 60 ).

Nous avons noté que le législateur péruvien avait placé, à côté de la haute trahison et des attentats contre la sécurité militaire, les crimes de piraterie, de fausse monnaie et de falsification de timbres et marques officiels. Nous avons également relevé que la piraterie commise à l'étranger était punie par le juge péruvien en vertu du principe de l'universalité, et

que la fausse monnaie pouvait être considérée comme un acte dirigé directement contre l'Etat et par conséquent, puni selon le principe de la protection des intérêts étatiques. Le fait que le Code pénal suisse la considère comme "délit mondial" est dû à la nature même de cette infraction. Dans la partie spéciale de son Code pénal, le législateur péruvien n'a admis le principe de la compétence universelle que pour la traite des femmes, à la condition que l'auteur soit arrêté au Pérou et ne soit pas extradé à l'étranger. Ainsi a-t-on évité de traiter différemment la piraterie et la traite des femmes. Les articles 208 et 369 du Code pénal péruvien, qui visent la traite des femmes et la fausse monnaie, la falsification de timbres et marques officiels sont d'inspiration suisse ; leurs modèles sont les articles 117, 206 et 207 du projet de Code pénal suisse de 1918.

L'article 6 du Code pénal péruvien limite aussi l'étendue du principe de la compétence universelle (voir supra n. 23).

NOTES

Chapitre I

- 1- Germann, Rev. int. de d. pén. 1957, p. 245
- 2- Dans les avant-projets du Code pénal suisse figurait déjà cette formule, à la différence près que le terme "expressément" n'y était pas.
- 3- Les notes marginales sont partie intégrante de la loi. Elles constituent un résumé du texte des dispositions. Elles sont en conséquence incomplètes et souvent inexactes. Cependant, ces notes servent à l'interprétation des textes légaux. La jurisprudence du Tribunal fédéral est sur ce point hésitante : ATF 1952 78 IV 176, 1955 IV 219 E 2, 1959 85 IV 26, 1953 79 IV 4.
- 4- Bramont, Ley, p. 86
- 5- Germann, Kommentar, p. 60 ; Schwander, p. 52 ; Logoz, art. 1 p. 6. La doctrine allemande défend aussi cette opinion, cf. Maurech AT, p. 96, qui estime que le droit coutumier n'est pas interdit en droit pénal et que la jurisprudence est sa source principale.
- 6- Graven, RPS 1951 ( 66 ), p. 410 ; cf. Clerc, p. 24 et 25
- 7- Cf. Schwander, p. 52 et ss ; Germann, Grundfragen, p. 115 et ss ; et Kommentar, p. 54 et 55 ; Graven, RPS 1951 ( 66 ), p. 415.
- 8- ATF 1957 83 IV 127 - 129 ; voir la remarquable étude de M. Clerc: "Travaux préparatoires et interprétation de la loi", où il s'efforce, avec succès, de découvrir un système jurisprudentiel dans dans une masse importante d'arrêts du Tribunal fédéral, RPS 1949 ( 64 ), p. 1 - 15.
- 9- Schwander, p. 56.
- 10- Bramont, Ley, p. 85 et ss ; cf. Jiménez, Delito, p. 113 ; Soler T I, p. 154
- 11- Graven, RPS 1951 ( 66 ), p. 411.
- 12- ATF 1945 ( 71 ) 148 ; 1946 ( 72 ) IV 103 ; 1954 ( 80 ) IV 268 ; 1955 ( 81 ) IV 50 ; 1957 ( 83 ) IV 149.

- 13- Gény, T I, p. 193 et ss, qui défend l'idée de la "plénitude logiquement nécessaire de la loi écrite".
- 14- Kelsen, p. 172 et ss.
- 15- Claude Du Pasquier, p. 202.
- 16- Kommentar p. 62, du même auteur : Méthodes d'interprétation et problèmes fondamentaux du droit, in : Probleme und Methoden, p. 391 et 393 ; Thormann-von Overbeck, art. 1, p. 35 ; Logoz, art. 1, p. 6 ; Graven, Interprétation, p. 553. C'est aussi l'opinion dominante dans la doctrine allemande, cf. Schöncke-Schröder, p. 76 et 97 ; Maurach AT, p. 117.
- 17- Elle a été magistralement étudiée par Germann dans ses ouvrages : Grundfragen et Kommentar ; voir : Hafter, Lücken im Strafrecht, RPS 1947, p. 135 ; Graven, Interprétation.
- 18- ATF 1954 ( 80 ) IV 173, 1957 ( 83 ) IV 142.
- 19- Bramont, Ley, p. 104.
- 20- Logoz, art. 2, note 3, p. 8.
- 21- L'article 1 al. 2 du Code pénal néerlandais est peut-être la source de l'article 7 al. 1 du Code pénal péruvien.
- 22- Logoz, art. 2, n. 3, p. 8 ; cf. Thormann-von Overbeck, art. 2, n. 3, p. 37 ; Gautier, P.V. 2ème comm. d'exp. I, p. 16.  
Contre : Schultz, FJS 1203, p. 10. La doctrine allemande estime en revanche que la loi intermédiaire doit être prise en considération lors de la détermination de la "lex mitior". Voir : art. 2 ch. 2 du Code pénal allemand ; Jescheck, AT, p. 100 ; Maurach AT, p. 139.
- 23- Cf. Thormann-von Overbeck, art. 2, note 17, p. 42 ; Hafter, RPS 1914 ( 27 ), p. 253 ; Zürcher, RPS 1914 ( 27 ), p. 268, Schultz, FJS 1203, p. 11.
- 24- Cf. Bramont, Ley, p. 237 ; Maurach AT, p. 140 ; Jescheck AT, p.100 ; Baumann AT, p. 73.
- 25- ATF 1963 89 IV 115 à 121.
- 26- Logoz, art. 1, note 8, p. 9 et 10 ; Hafter, Lehrbuch, p. 46 ; Schwander, p. 34 ; opinion différente : Thormann-von Overbeck,

art. 2, n. 15, p. 40 ; Dverbeck, p. 8 ; ATF 1942 68 IV 37, 66.  
Dans la législation étrangère, cette règle a été admise par le  
Code pénal italien de 1930, art. 200.

27- Clerc, p. 28

28- Des raisons de droit public expliquent l'absence de telles dispo-  
sitions générales dans le Code pénal suisse. Le droit pénal fédé-  
ral ne pouvait pas modifier les jugements rendus par les tribu-  
naux cantonaux. Il ne l'a fait que dans certains cas exceptionnels:  
article 336 (Exécution des jugements antérieurs à l'entrée en vi-  
gueur du Code pénal suisse).

29- Logoz, art. 2, n. 6, p. 9 ; cf. Clerc, p. 28.

30- Luciano Chimoy, La interpretación de la ley penal y el código  
peruano, p. 96 et 97, cité par Bramont, Ley, p. 78.

31- Hafter, Lehrbuch, p. 47 ; Logoz, art. 2, n. 6, p. 9.

32- Logoz, art. 2, n. 5, p. 8 ; Hafter, Lehrbuch, p. 44 ; Thormann-  
von Dverbeck, art. 2, n. 4, p. 37 et 38 ; Schwander, p. 33,  
Jiménez, Tratado II, p. 633, Bramont, Ley, p. 233 ; Manzini, T I,  
p. 344 ; Grispigni, p. 356.

33- ATF 1942 IV 129 : 1943 IV 71 147.

34- Cf. Jescheck AT, p. 98 ; Maurach AT, p. 137 : Schöncke-Schröder,  
p. 62 ; Soler T I, p. 212 ; Jiménez, Tratado II, p. 641 ;  
Bettiol PG, p. 133.

35- FJS 1203, p. 5. Consulter la littérature allemande citée par  
Schultz à la note 7.

36- Bettiol PG, p. 133 : Grispigni, p. 360.

37- ATF 1942 68 IV 99, 1946 72 IV 184, 1957 83 IV 159.

38- Logoz, p. 269 et 270 ; Schwander, p. 156 et ss ; Thormann-von  
Dverbeck, art. 69, n. 12, p. 225 ; Germann, Verbrechen, p. 85.

39- ATF 1946 72 IV 132. Voir : Schultz, FJS 1203, p. 5 : "Avec BJP  
1946 111, on peut objecter à cette jurisprudence fédérale qu'il  
est en contradiction avec la nature particulière du délit succes-  
sif, qui exclut précisément la prescription concernant le con-  
cours réel, de prononcer une peine plus élevée conformément à  
l'article 68 ch. 1. Juger ainsi revient à admettre que le rapport  
de délit successif est rompu par la modification de la loi".

- 40- Schwander, p. 34 ; opinion différente : Clerc, p. 49 : Schultz  
FJS 1203, p. 6
- 41- Cf. Jiménez, Tratado II, p. 723 ; Logoz, p. 11 ; Schwander, p. 35 ;  
Haftner, Lehrbuch, p. 48 ; Bettiol PG, p. 134.
- 42- Maurach AT, p. 119 ; Schöncke-Schröder, p. 84.
- 43- Clerc, p. 30 ; Schwander, Rev. int. de d. pén. 1960, p. 576 et ss.
- 44- Voir : Clerc, Le Code pénal suisse et le droit pénal international,  
in : Recueil des travaux de la Faculté de Neuchâtel 1938, p. 234  
et ss.
- 45- Bettiol PG, p. 137 ; cf. Jiménez, Tratado II, p. 798.
- 46- Thormann-von Overbeck, art. 3, n. 2, p. 44 ; Schwander, p. 35 ;  
Logoz, art. 3, n. 2, p. 14 ; Haftner, Lehrbuch, p. 54 ; Clerc, p. 31.
- 47- Haftner, Lehrbuch, p. 55 ; Schwander, p. 42.
- 48- Logoz, art. 3, n. 3, p. 15.
- 49- Schultz, FJS 1210, p. 1.
- 50- Thormann-von Overbeck, art. 7, note 4, p. 58 ; cf. Logoz, art. 7,  
n. 4, p. 25.
- 51- Dans ce sens ATF 1945 71 IV 59 cons. 2.
- 52- Admettant que les délits de pure omission provoquent aussi un  
certain résultat matériel, le Tribunal fédéral a affirmé que le  
for de l'action pénale (art. 346) est tant le lieu où l'auteur a  
omis d'agir, que l'endroit où les effets de l'omission se produi-  
sent : ATF 1956 82 IV 65, 1961 87 IV 153. Contra : Schultz, RPS  
1957 ( 72 ), p. 313 et ss. Voir Thormann-von Overbeck, art. 7,  
n. 6, p. 58 ; Logoz, art. 7, n. 4, p. 25.
- 53- Logoz, art. 7, n. 3, p. 25.
- 54- Schwander, p. 35 et 36 ; cf. Jiménez, Unificacion, p. 119 et 120.
- 55- Jiménez, Tratado II, p. 878 et ss.
- 56- Voir : Soler I I, p. 175 ; Jiménez, Tratado II, p. 876 et ss.
- 57- Clerc, p. 33 : "l'intervention du juge se justifie à titre obli-  
gatoire et exclusif".
- 58- Soler I I, p. 177 et 178.
- 59- Schwander, p. 42.
- 60- Lehrbuch, p. 63 et 64 ; cf. Schultz, FJS 1209, p. 15 ; Schwander,  
p. 42.

## CHAPITRE II

### L'infraction

#### Section I

##### La théorie du délit

29.- Dans la première partie de notre étude, nous avons constaté qu'on ne peut punir une personne que si elle a commis un acte délictueux prévu par la loi. Cet acte est appelé très souvent délit (au sens large), et la partie de la science juridique qui l'étudie se nomme "théorie du délit".

Traditionnellement, le délit a été défini comme "l'action ou l'omission punie par loi". Cette définition purement formelle figure fréquemment dans les anciens codes pénaux ( 1 ).

Une technique législative meilleure permet aujourd'hui d'éviter cette définition dans un code pénal. Après de longues hésitations, la doctrine pénale moderne a abouti à une notion complexe du délit : c'est un acte décrit par la loi, illicite, coupable et soumis à une peine.

30.- Cette notion complexe du délit est à la base des codes suisse et péruvien. L'article 1 du Code pénal suisse et les articles 1, 2 et 3 du Code pénal péruvien exigent la réalisation d'un acte (action, Verhalten), l'adéquation de cet acte à la description faite par la loi (Typicité, Tatbestandsmässigkeit) et l'existence d'une menace pénale (Strafandrohung). Les articles 32, 33 et 34 du Code pénal suisse et l'article 85, al. 2 à 5 du Code pénal péruvien prévoient que la peine ne sera appliquée que si l'acte

est contraire au droit (illicéité, Unrecht) ; les articles 10 et 11 du Code pénal suisse et l'article 85, al. 1 du Code pénal péruvien précisent les conditions psycho-biologiques qui font obstacle, totalement ou partiellement, à l'imputation d'un acte à une personne (irresponsabilité, Unzurechnungsfähigkeit) ; enfin, les articles 18, 19 et 20 du Code pénal suisse et les articles 81 et 82 du Code pénal péruvien précisent les conditions de la culpabilité (faute, Schuld).

Cette conception de droit positif, a incité la plupart des juristes suisses à adopter la doctrine allemande du délit. Ainsi, le professeur Schwander définit le délit : un comportement humain, illicite, coupable et comminé d'une peine ( 2 ).

31.- La simple lecture des codes suisse et péruvien nous permet de constater que cette conception du délit ( 3 ) ne saisit qu'une partie des actes qui justifient l'intervention de la justice pénale. Cela s'explique du fait que le législateur suisse, suivi par le législateur péruvien, a incorporé dans le code pénal les mesures de sûreté et d'éducation contre les délinquants socialement dangereux et les mesures disciplinaires et de traitement à l'égard des mineurs. Les conditions nécessaires à l'application de mesures et à l'imposition d'une peine sont inévitablement différentes. Quand il traite des mesures, le législateur suisse emploie le terme d'acte (art. 10 et 11 CPS) ou d'acte punissable en vertu du présent code (art. 82 - 89 CPS). Le législateur péruvien a préféré l'expression de "fait punissable" (art. 85 al. 1 CPP) ou de "fait réprimé comme délit" ou "contravention" (art. 137, 142, 143 et 145 CPP).

C'est ce qui a conduit certains à opposer "délits complets" et "délit incomplets" : les premiers comportent tous les éléments constitutifs, tandis que, pour les seconds, il suffit qu'une action illicite puisse être imputée à l'auteur. Seuls les premiers donneraient lieu à une peine, les autres serviraient de base à l'application de mesures.

Cela n'est exact en droit suisse ou péruvien, qu'en ce qui concerne les irresponsables dangereux, les enfants et les adolescents, mais non à l'égard de délinquants responsables dangereux. Ceux-ci ne peuvent être soumis à une mesure de sûreté que s'ils ont commis un délit dit complet et que leur état personnel dangereux fait nécessaire la substitution de la peine prononcée par une mesure de sûreté.

Il est donc très difficile d'établir à partir de la loi une définition générale et précise du délit ; d'ailleurs, elle ne serait guère utile. En revanche, il faut déterminer dans chaque cas particulier les conditions exigées par le législateur pour l'application des peines, des mesures de sûreté et de traitement et des mesures disciplinaires.

32.- Certains juristes et législateurs se sont toujours efforcés de classer les infractions selon la nature du bien juridique attaqué ou la gravité de l'atteinte. Ainsi a-t-on nommé "crime" l'acte qui méconnaît le "droit naturel" (vie, liberté, honneur, etc.), "délict" la lésion à un des droits consacrés par le "contrat social" et "contravention" la violation d'une disposition de police ou réglementaire.

Cependant, la plupart des législateurs ont classé les infractions en fonction de leur gravité ; ainsi, le Code pénal français de 1810, dont l'article 1er statue : "l'infraction que les lois punissent de peines de police est une contravention. L'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un délict. L'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un crime". Cette formule a été reprise par le Code pénal bavarois de 1813 et le Code prussien de 1851.

En revanche, le Code pénal toscan a adopté une classification bipartite : "delitti e trasgressioni", comme le Code pénal italien de 1889.

Du premier avant-projet suisse jusqu'au projet de 1918, la classification bipartite des infractions a été retenue. Le futur code devait comprendre deux livres : des délits (livre I), des contraventions (livre II). Chacun de ces livres contenait une partie générale et une partie spéciale.

Ce système, soigneusement élaboré par des commissions d'experts a été abandonné de manière improvisée, sans motifs sérieux, ni discussions par les Chambres fédérales ( 4 ). Les députés ont remplacé le système bipartite par l'ancien système tripartite qu'ils trouvaient plus conforme au sentiment populaire et parce qu'ils avaient décidé de réserver le domaine des contraventions à la compétence des cantons ( 5 ), sans parler de la difficulté de s'entendre sur le terme allemand adéquat pour le mot délit : Vergehen ou Verbrechen ?

Le 2ème livre du projet de 1918, qui traitait des contraventions, a été éliminé ; les principes généraux qu'il prévoyait dans sa "partie générale" ont été placés à la fin du livre premier ; le nombre des contraventions a été sensiblement réduit ; elles ont été groupées dans le dernier titre de la partie spéciale (contraventions de droit fédéral) ou dans les autres titres en fonction du bien juridique qu'elles protègent. Les larcins (art. 138), par exemple, ont été placés à la suite du vol, dans les infractions contre le patrimoine.

Le législateur péruvien a consacré le système des projets suisses. Les infractions sont classées selon la division bipartite ; un livre du code est consacré à chacune de ces catégories d'infractions, avec partie générale et partie spéciale. Dans la partie générale du livre relatif aux contraventions, comme le faisait l'article 288 du projet suisse de 1918, les dispositions générales du livre premier du code pénal sont déclarées applicables aux contraventions, sauf disposition contraire.

En revanche, lorsque le législateur péruvien fixe les exceptions aux dispositions de la partie générale, il abandonne le modèle suisse et s'inspire des dispositions du code italien de 1889 et du code de l'Uruguay de 1889. Il s'ensuit que ces dispositions sur les contraventions s'écartent des principes d'origine suisse. La brèche existant entre les deux parties du code est particulièrement profonde dans le domaine de la culpabilité, purement et simplement abandonnée en ce qui concerne les contraventions. L'article 383 al. 1 du Code pénal péruvien statue : "les contraventions sont réalisées dès que sont réunis leurs éléments constitutifs objectifs ; il n'est tenu compte ni de l'intention ni de la négligence de l'auteur".

Le législateur fait donc des contraventions des infractions formelles dont les auteurs sont punis du seul fait de les avoir perpétrées. De cette façon, le droit péruvien n'abandonne pas seulement la conception helvétique, mais il s'écarte aussi de la position de l'ancien Code pénal péruvien qui, s'inspirant du Code espagnol de 1848-50, faisait de la culpabilité un élément constitutif de toutes les infractions, y compris les contraventions. Cette conception était d'ailleurs si ancrée parmi les juristes péruviens que, lorsque le Code italien de 1889 (art. 45) rend responsable l'auteur d'une contravention du seul fait de son action ou omission, sans tenir compte de la faute subjective, ils ne lui ont épargné aucune critique ( 6 ).

L'exposé des motifs du Code pénal péruvien n'explique pas les raisons qui ont poussé dans cette voie, et la doctrine reste lapidaire sur ce point. A notre avis, le caractère douteux sur le plan scientifique et injuste de cet article 383 al. 1 du Code péruvien apparaît nettement pour certaines contraventions, qui sont des cas atténués d'un délit, notamment les voies de fait (art. 384 CPP), les larcins (art. 386 CPP) et l'obtention

frauduleuse d'une prestation (art. 387 al. 3 CPP), qui sont directement inspirés des articles 295, 298 et 303 du projet suisse de 1918, aujourd'hui articles 126, 138 et 151 du Code pénal suisse. Comment punir sans heurter le sentiment de justice, par exemple, l'auteur de voies de fait qui, ensuite d'une erreur se croit victime d'une agression illégitime, ou celui qui, de bonne foi, soustrait des choses de peu de valeur appartenant à autrui, persuadé qu'il en est propriétaire ? C'est choquant, si l'on considère la nature de ces infractions et la façon dont elles ont été conçues par le législateur.

Cet exemple met en lumière une méthode chère au législateur péruvien : reproduire dans le Code pénal une disposition générale étrangère - en l'espèce du Code pénal de l'Uruguay - puis incorporer certaines dispositions prévues par d'autres législations - projet suisse, par exemple -, sans se soucier de leur incompatibilité avec la disposition générale.

Autre particularité à signaler au sujet du système péruvien concernant les peines pour les contraventions : la "prision" de 2 à 3 jours et l'amende de deux "soles" à cinquante "soles". La peine d'"inhabilitacion" ( 7 ) n'est applicable que dans les cas expressément prévus par la loi ; pour les larcins, une peine de "prision" de deux à trois mois, avec travail obligatoire pendant la journée sur un chantier de l'Etat ou l'internement dans une maison de travail.

Sur ce point, le législateur péruvien s'est de nouveau écarté des principes prévus par le livre premier du Code : il abandonne, par exemple, le système du jour-amende consacré à l'article 20.

Pour compléter cet exposé, ajoutons qu'en vertu de l'article 383 al. 2 du Code péruvien, la complicité n'est pas punissable

en matière de contraventions ; l'alinéa 5 de la même disposition statue des règles spéciales sur la responsabilité des parents et représentante légaux des auteurs de contraventions.

Quant au sursis et à la prescription de la peine, les alinéas 4 et 7 de l'article 383 du Code péruvien reproduisent les articles 291 et 294 du projet suisse de 1918 (art. 105 et 109 du CPS actuel).

33.- Conformément à l'opinion dominante en doctrine tant helvétique que péruvienne, les délits et les contraventions ne peuvent pas être ontologiquement différents.

Carl Stooss avait déjà affirmé qu'"il n'y a pas de différence essentielle absolue entre les contraventions et les délits" et que "dans la règle, les dispositions générales édictées pour les délits doivent également s'appliquer aux contraventions" ( 8 ). Cette opinion a été défendue par Zürcher dans son remarquable exposé des motifs de l'avant-projet de 1908 : "Il est certain, écrit-il, qu'une frontière précise, une différence essentielle, ne peut être établie entre ces deux catégories d'infractions. Ni la différence dans leurs effets (en ce sens que les infractions impliquent un résultat ou une mise en danger seraient rangées dans la première classe, tandis que les infractions de simple insoumission formeraient la seconde) ; ni leur relation avec la morale (en ce sens que les actes soulevant une réprobation morale seraient des délits, tandis que les actes moralement indifférents seraient des contraventions) ; ni enfin la condition de culpabilité (en ce sens qu'il n'y aurait pas de délit sans culpabilité, tandis que cette condition ne serait pas exigée en matière de contraventions) ; aucun de ces critères ne permet d'établir une distinction fondée sur des caractères essentiels" ( 9 ). Zürcher estimait cependant nécessaire de traiter différemment ces deux sortes d'infractions,

compte tenu qu'il y a entre elles une simple différence quantitative ( 10 ). Ces idées ont été soutenues par Bise ( 11 ), Hafter ( 12 ), Clerc ( 13 ) et Logoz ( 14 ).

Toutefois, le professeur Germann estime nécessaire de faire une distinction de principe entre les délits et les contraventions, distinction qui réside dans la valeur morale attachée à la peine qui en est la conséquence : tandis que la peine criminelle implique une désapprobation éthico-sociale, la peine de la contravention n'entraîne pas de jugement réprobateur ( 15 ).

## Section II

### L'action

34.- Selon la doctrine pénale moderne, l'action est un comportement humain socialement important ( 16 ). Ce comportement peut consister soit dans l'exécution d'une activité "finale" (Finalität), soit dans la non-réalisation (Untätigkeit) d'un acte ordonné (pas nécessairement par la loi), soit encore, à la limite, dans la cause d'un résultat en principe contrôlable (Kausalität)( 17 ).

La manifestation de volonté de l'auteur doit être considérée objectivement, sans porter de jugement de valeur à son sujet, car il faut élaborer une notion achromatique de l'action. Les jugements de valeur entrent dans les concepts d'illicéité et de culpabilité ( 18 ),

S'opposant à cette conception, la théorie finaliste affirme que l'action est un comportement humain soumis à la volonté orientée vers un résultat déterminé ( 19 ). La finalité de l'action résulte du fait que l'homme, conscient de son pouvoir causal, peut prévoir dans une certaine mesure les effets possibles de son activité, chercher à atteindre des buts différents et diriger, selon un plan, son activité vers un but déterminé ( 20 ). Cette finalité de l'action est identifiée à l'intention (dol) qui n'est plus assimilée en quelque sorte à la culpabilité, mais devient un élément de l'action et, par conséquent, de la typicité.

Les critiques faites à la théorie de l'action finaliste sont assez nombreuses. On lui reproche tout d'abord le fait que son concept d'action ne peut comprendre l'acte négatif (omission), ni l'acte qui produit un résultat illicite par négligence (délits par négligence). Dans le premier cas, il manque l'impul-

sion volontaire nécessaire à la naissance de toute action "finaliste" (Zwecktätigkeit) ; dans le second, le résultat à éviter est étranger à la relation finale et la volonté est considérée dans sa fonction causale ( 21 ). On a aussi critiqué, dans cette théorie, la conception naturelle du dol (intention). La notion d'action ne doit pas comporter de jugement de valeur et, d'autre part, la nature même de la "finalité" ne permet pas d'inclure le dol éventuel dans cette nouvelle conception du dol ( 22 ).

A notre avis, la conception dominante dans la doctrine moderne est plus conforme à la réalité ; elle correspond à la législation et donne les fondements nécessaires à la théorie du délit. La notion d'action ainsi conçue joue un rôle pratique important, car elle permet de saisir positivement les actes qui intéressent le droit pénal. Elle opère aussi la synthèse de tous les autres éléments de l'infraction.

35.- Le législateur lui-même a été obligé de chercher un terme général pour désigner les divers types d'actes.

Le législateur suisse emploie le terme d'"acte". Ainsi, lorsqu'il consacre le principe de la légalité, il parle d'un "acte expressément réprimé par la loi" (art. 1 CPS, art. 1 projet de 1918). La précision, qui figurait à l'article premier de l'avant-projet de 1896 - "l'omission est assimilée à l'action" - a été par la suite jugée superflue ( 23 ). C'est dire que lorsqu'on lit dans le Code suisse le mot "acte", il comprend à la fois l'acte de commission et d'omission. Néanmoins, ce même terme désigne aussi les actes réalisés par les irresponsables et les mineurs, comme cela ressort de l'article 10 : "la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte" ; les articles 82 et 89 statuent également que la réalisation d'un "acte punissable" est indispensable pour appliquer une mesure aux mineurs

délinquants. Cette terminologie nous paraît tout à fait conforme à la réalité, car les irresponsables et les mineurs sont capables d'accomplir des actes.

La terminologie employée par le législateur péruvien laisse en revanche à désirer. Elle n'est pas uniforme : l'article 3 du code qui consacre le principe de la légalité, vise expressément les deux sortes d'actions en employant les mots "acte" et "omission".

Apparemment, il ne serait donc pas nécessaire d'élaborer dogmatiquement une notion générale de l'action, mais la lecture des autres dispositions du Code pénal nous montre clairement que le législateur a été également contraint d'user d'un terme général. Il a alors recouru aux expressions de "fait" (hecho, art. 9 CPP), de "fait punissable" (hecho punible, art. 7, 70, 85 al. 1 et 100 CPP) et d'"acte" (acto, art. 81, 82, 85 al. 1, qui sont empruntés au projet suisse de 1918, et 95 CPP). Le terme "action" (accion) est utilisé une seule fois pour désigner toute sorte d'activité : selon l'article 51, le juge pénal, lors de l'individualisation de la peine, tiendra compte de la "nature de l'action".

36.- La plupart des dispositions de la partie spéciale des codes pénaux décrivent des actes positifs. L'auteur doit "faire quelque chose" : il viole une norme prohibitive, par exemple, "ne pas tuer" (art. 111 CPS, art. 150 CPP dont la source légale est l'article 103 du projet suisse de 1916). Exceptionnellement, le législateur a prévu des actes négatifs. L'auteur doit "ne pas faire quelque chose" pour remplir les exigences de la disposition spéciale. Il viole une norme préceptive, qui l'oblige à exécuter un acte, par exemple, "prêter secours" (art. 128 CPS ; art. 183 CPP, dont la source est l'article 118 du projet suisse de 1918). Le législateur péruvien a cru nécessaire de préciser expressément que l'auteur d'un délit d'omission est celui qui

ne fait pas ce qu'ordonne la loi pénale (art. 101 CPP) ( 24 ),

A ces formes simples ou pures d'action, il faut en ajouter une troisième, qui implique la réalisation par omission d'une infraction décrite positivement par le législateur. L'auteur viole une norme préceptive et produit de ce fait un résultat interdit. C'est le cas, par exemple, de la mère qui laisse mourir de faim son enfant nouveau-né. En réalité, presque tous les délits peuvent être exécutés par commission aussi bien que par omission ( 25 ).

La doctrine appelle ces actes "délits d'omission impropre" ou "délits de commission par omission" (unechtes Unterlassen oder Kommissivdelikt durch Unterlassen). De graves difficultés pratiques et théoriques surgissent à leur sujet, parce qu'il s'agit d'attribuer la responsabilité d'un résultat à une personne qui n'a pas agi positivement. La solution correcte se trouve, comme dans les actes de pure omission, dans l'acceptation de la théorie de l'action attendue, qui déduit la responsabilité de l'auteur du fait qu'il a omis d'accomplir un acte exigé par la loi et de ce fait, a causé la lésion d'un bien juridiquement protégé.

Trois conditions sont donc nécessaires : a) l'obligation juridique de l'auteur d'exécuter l'action attendue et d'empêcher ainsi la production du résultat délictueux ; cette obligation doit être établie par la loi, par un contrat, par une norme de droit coutumier ou par une situation de fait créée par le comportement antérieur de l'auteur. Une obligation morale reste insuffisante ; b) la possibilité pour l'auteur de réaliser en fait l'action attendue ; "ultra posse nemo tenetur" ; c) l'existence d'un rapport de causalité entre l'omission et le résultat défendu ( 26 ). La jurisprudence du Tribunal fédéral adopte cette conception ( 27 ), que la doctrine péruvienne

retient également ( 28 ). En revanche, à notre connaissance, la Cour suprême ne l'a pas admise explicitement dans ses arrêts.

37.- Selon les dispositions de la partie spéciale, la punition de l'auteur peut se fonder sur la simple réalisation de l'action ou sur le résultat externe et indépendant de l'action elle-même. La violation de domicile, par exemple, est une infraction qui s'achève avec la pénétration ou la demeure illicite dans un lieu contre la volonté de l'ayant droit (art. 186 CPS, art. 230 CPP inspiré en partie par l'article 161 du projet suisse de 1918). Action et résultat coïncident en fait et dans le temps. En revanche, dans les homicides ou les lésions corporelles, il est nécessaire que se produise le résultat (mort d'homme ou blessure). Dans tous les cas, l'existence d'un rapport de causalité est indispensable, dont la constatation n'offre de difficultés que pour les délits dits matériels.

La notion de cause en droit pénal ne peut être que différente de celle admise en philosophie ou en sciences naturelles. Elle doit être conforme aux besoins pratiques du droit pénal. Les pénalistes sont obligés d'isoler l'action de l'auteur des autres faits qui provoquent le résultat délictueux. Ils estiment que seule l'action de l'auteur peut être considérée comme la "cause" du résultat délictueux, dès qu'elle remplit les conditions énumérées dans la définition légale du délit ( 29 ). Le point de départ de toute recherche sur la causalité est la théorie de l'équivalence des conditions (Bedingungstheorie oder Aequivalenztheorie) : n'est décisive que la "causa sine qua non". La condition due à l'auteur est causale dès qu'elle ne peut pas être éliminée sans que disparaisse du même coup le résultat ( 30 ).

Le droit pénal ne peut pas consacrer purement cette théorie,

qui élargit trop la notion de causalité, donnant ainsi lieu à des injustices dans l'application de la loi pénale. Le correctif nécessaire a été apporté grâce à la théorie de la causalité adéquate, qui, tout en conservant le processus hypothétique propre à la théorie de la *conditio sine qua non*, ne retient pas comme cause toute condition nécessaire à la survenance du résultat, mais uniquement celle qui, conformément à l'expérience ("au cours ordinaire des choses"), est adéquate à produire le résultat interdit par la loi. L'acte - écrit le professeur Schwander - doit être adéquat au résultat. Il est adéquat lorsqu'il est propre, selon le cours ordinaire des choses, à produire le résultat en question ( 31 ).

Les tribunaux suprêmes suisse et péruvien appliquent cette théorie de la causalité adéquate. Cependant, les arrêts de la Cour suprême péruvienne ne sont pas aussi nets que ceux du Tribunal fédéral suisse. Les juges suprêmes péruviens se servent assez souvent de la détermination du rapport de causalité pour affirmer la responsabilité de l'accusé ( 32 ).

Dans les délits d'omission ou de commission par omission, la causalité matérielle existe également. L'omission est "cause" d'un résultat déterminé lorsque la réalisation de l'action attendue aurait pu, conformément au cours ordinaire des choses, empêcher de se produire.

38.- L'élément subjectif de l'action est la manifestation de volonté de l'auteur. Elle doit être spontanée et motivée. Les motifs ne sont pris en considération que pour l'appréciation de la responsabilité et de la culpabilité de l'auteur ( 33 ).

Il n'y a pas d'action délictueuse, lorsque l'auteur a agi sous l'impulsion d'une force extérieure irresistible (*vis absoluta*) : la "*vis compulsiva*" ne suffit pas. Le Code pénal suisse

n'en souffle mot, tandis que l'article 85 ch. 3 du Code péruvien statue que ne peut pas être puni celui qui a agi "violentado por una fuerza fisica irrestible". Il n'existe pas non plus d'action délictueuse, lorsque l'auteur agit après avoir perdu toute conscience (évanouissement, syncope, etc). Ce cas n'est pas constitutif d'irresponsabilité au sens de la loi, qui n'exige qu'une grave altération de la conscience et non pas sa disparition. En outre, les mouvements réflexes ne peuvent jamais être qualifiés d'actions ; ils restent tout à fait involontaires ( 34 ).

### Section III

#### La typicité

39.- Tout code pénal énumère, en sa partie spéciale, les actes qui, par leur gravité, méritent un châtement. Ces descriptions ont été désignées par la doctrine allemande sous le nom de "Tatbestand", qu'on traduit en français par "énoncé des faits", en italien par "fattispecie" et en espagnol par "tipo legal".

Ce terme a parfois deux sens. Tout d'abord un sens large, qui comprend toutes les conditions prévues par la loi et auxquelles est liée la peine ( 35 ). Ensuite, dans un sens restreint, il s'agit de la simple description de l'acte délictueux particulier ( 36 ).

L'adéquation d'un comportement humain à un des énoncés des faits prévus par la loi pénale a été reconnue par la doctrine comme une caractéristique primordiale de l'infraction. On l'appelle "typicité" (Tatbestandsmässigkeit, tipicidad) dans le jargon juridique.

Nous ne pouvons pas, dans le cadre de notre travail, exposer en détail la théorie du type légal (Tatbestandstheorie). Néanmoins, il nous a paru opportun d'analyser la structure du type (Tatbestand) à la lumière des législations pénales suisse et péruvienne. Cela nous permettra surtout de souligner la grande influence des projets suisses sur la partie spéciale du Code pénal péruvien. Toutes les dispositions du Code pénal péruvien citées ci-dessous ont été choisies en tenant compte de leur origine helvétique ( 37 ), mais il va de soi que ces mentions ne sont pas exhaustives.

40.- L'élément essentiel de la définition légale est le verbe principal, qui exprime l'action à exécuter, par exemple tuer, soustrai-

re, s'approprier, contrefaire, etc.

La description du type légal comprend également le sujet actif et passif du délit, son objet, le temps, le lieu, la circonstance de l'action et les moyens utilisés.

La plupart des dispositions de la partie spéciale commencent par les mots : "celui qui ..." (quien) pour indiquer l'auteur du délit (sujet actif). D'aucunes désignent un auteur déterminé : dans ce cas, il s'agit des délits dits spéciaux (Sonderdelikte), par exemple violations de devoirs de fonction ou de profession, qui ne peuvent être commises que par les membres d'une autorité, les fonctionnaires, les officiers publics, les arbitres, les ecclésiastiques, les avocats, etc. En général, ces dispositions ne prévoient pas de conditions particulières quant au sujet passif du délit, par exemple, "une personne" dans l'homicide, "les femmes" dans la traite des femmes. Il existe cependant des dispositions qui visent un sujet passif déterminé, par exemple, "l'autorité ou le membre d'une autorité" (art. 285 CPS, art. 257 avant-projet de 1916, art. 321 CPP), "les enfants de moins de seize ans" (art. 191 CPS, art. 166 projet de 1918, art. 199 et 200 CPP), "les créanciers" (art. 163 CPS, art. 146 avant-projet de 1916, art. 252 CPP), "l'enfant" (art. 116 CPS, art. 108 avant-projet de 1916, art. 155 CPP).

L'objet de l'action est indiqué tant d'une façon générale, par exemple, "une chose" (art. 144 CPS, art. 125 projet de 1918, art. 243 CPP, art. 145 CPS, art. 126 projet de 1918, art. 259 CPP), "une personne" (art. 111, 112, 113 CPS, art. 103, 104, 105 avant-projet de 1916, art. 150, 152, 153 CPP), que d'une manière spéciale, par exemple "chose mobilière" (art. 137, 140, 141 CPS, art. 125, ch. 1, 128 ch. 1 et 3, 129 avant-projet de 1916, art. 237, 240, 242 CPP).

La définition légale contient parfois des modalités. Ainsi,

l'action doit être exécutée sur le territoire national (art. 299, 301 CP5, art. 263 ch. 2, 265 projet 1918, art. 298, 301 CPP), à l'étranger (art. 300 CP5, art. 263 projet de 1918, art. 397 CPP), ou être commise par certains moyens, ainsi la "violence ou menace" (art. 156, 181, 187 CP5, art. 139 ch. 1, 160 avant-projet de 1916, 162 projet de 1918, art. 249, 250, 251, 222, 196 CPP), "astucieusement" (art. 148 CP5, art. 135 avant-projet de 1916, art. 244 CPP), les "explosifs ou gaz toxiques" (art. 224 CP5, art. 194 avant-projet de 1916, art. 264 CPP).

Malgré ces particularités, le juge, tenu d'appliquer une disposition qui décrit objectivement un acte punissable, se limitera à examiner si, en fait, l'acte reproché à l'accusé correspond à la description légale. Il convient d'observer cependant que les définitions légales purement objectives sont rares. Très souvent, le législateur n'a pas pu s'en contenter et y a incorporé des éléments dits normatifs ( 38 ). Cela donne ainsi au juge la faculté d'essortir le type légal d'un jugement de valeur.

L'appréciation du juge peut se borner à une situation de fait, par exemple "déposition fautive sur les faits de la cause" (art. 307 CP5, art. 275 avant-projet de 1916, art. 334 CPP), "mise en danger de la vie ou de l'intégrité corporelle des personnes" (art. 221, 223, 224 CP5, art. 187 projet de 1918, 193, 194 avant-projet de 1916, art. 261, 262, 263 CPP). Elle peut encore consister en une estimation, par exemple, la "conduite contraire à l'honneur" ou l'"atteinte à sa considération" (art. 173 CP5, art. 151 projet de 1918, art. 187 CPP), la "bassesse de caractère" (art. 145 CP5, art. 132 avant-projet de 1916, art. 259 CPP).

Cette appréciation du juge peut avoir un fondement juridique : ainsi, la notion de "chose mobilière appartenant à autrui"

(art. 137 CPS, art. 125 ch. 1 avant-projet de 1916, art. 237 CPP) ou de "fonctionnaire" (art. 254 CPS, art. 277 projet de 1918, art. 343 CPP). Dans certains cas, elle repose sur l'expérience et sur des critères moraux et culturels, comme le concept d'"objets obscènes" (art. 204, 212 CPS, art. 179, 178 projet de 1918, art. 209, 210 CPP), de fait "contraire à la pudeur" (art. 191 ch. 2 CPS, art. 170 ch. 1 avant-projet de 1916, art. 200 CPP), l'action de "maltraiter ou négliger" (art. 134 CPS, art. 123 avant-projet de 1916, art. 184 CPP).

41.- Certaines dispositions de la partie spéciale contiennent des éléments étroitement liés à la notion d'illicéité, pour les apprécier, le juge formule un véritable jugement normatif. Jiménez de Asua estime qu'il s'agit là des "impaciencias del legislador" et que ces éléments normatifs doivent être compris restrictivement. A son avis, ces éléments donnent au juge un pouvoir très large, rendent trop extensible la définition légale ( 39 ). Ces éléments sont indiqués dans les dispositions légales par les termes suivants : "illégitime" (art. 137 CPS, art. 125 ch. 1 avant-projet de 1916, art. 237 CPP), "indûment" (art. 299 CPS, art. 263 ch. 1 projet de 1918, art. 297 CPP), "sans droit" ou "de manière illicite" (art. 182, 186, 156, 282 al. 1 et 2 CPS, art. 157, 161, 252 ch. 1 et 2 projet de 1918, art. 223, 230, 249, 316 CPP).

42.- Si l'on doit décrire objectivement les actes punissables dans la partie spéciale, il ne peut être question de passer sous silence leur côté subjectif ou psychologique, surtout lorsque l'action n'est pas causale et qu'elle est plutôt déterminée par le but de la manifestation de volonté de l'auteur.

Les conditions subjectives peuvent viser la culpabilité ou l'illicéité du comportement. Dans ce dernier cas, elles sont désignées comme éléments subjectifs de l'illicéité. Ces éléments

font partie du délit (Tatbestand) si la loi les mentionne expressément ( 40). Les juristes ont beaucoup discuté sur la nature et la fonction de ces éléments et les partisans de la théorie finaliste leur attribuent une importance excessive ( 41 ). Nous croyons qu'il ne faut pas surestimer leur rôle.

Il y a des éléments subjectifs d'illicéité dans les faits suivants : "se procurer ou procurer à un tiers ..." (art. 137, 148 CPS, art. 125 ch. 1, 135 avant-projet de 1916, art. 237, 244 CPP), "au détriment de ses créanciers" (art. 163 CPS, art. 146 avant-projet de 1916, art. 163 CPP), "dessein illicite" (art. 287 CPS, art. 256 projet de 1918, art. 320 CPP), "dessein de provoquer une guerre" (art. 266 ch. 2 CPS, art. 230 projet de 1918, art. 291 CPP).

Section IV

L'illicéité

43.- La technique employée par le législateur dans la description des actes délictueux (types légaux) rend inutile une définition générale de l'illicéité dans la partie générale du code. Elle se limitera à signaler les circonstances qui rendent licites les actes qui réalisent les conditions fixées dans la définition légale de l'infraction. En pratique, la théorie de l'illicéité se réduit à la constatation de l'existence ou de l'absence d'une circonstance justificative dans un cas d'espèce ( 42 ).

Un acte est illicite lorsqu'il comporte une transgression d'une norme établie ou admise par l'Etat. Les normes impliquent des interdictions ou des injonctions, dont le rôle essentiel est de protéger les biens juridiques. L'illicéité doit être conçue tant du point de vue formel que matériel ( 43 ), car la violation de la norme (aspect formel) comporte toujours une lésion ou une mise en danger d'un bien juridique (aspect matériel). A notre avis, l'illicéité est aussi une notion propre à tout l'ordre juridique, c'est-à-dire qu'il n'est pas possible de concevoir une illicéité propre à chaque domaine du droit ( 44 ). Cela ne signifie nullement que les effets en soient les mêmes : en droit civil, elle donnera lieu à la réparation du dommage ; en droit pénal, au contraire, elle est une condition indispensable à l'infliction d'une peine.

Enfin, à notre avis, il est nécessaire de distinguer clairement l'illicéité de la culpabilité. Celle-ci ne peut pas être déduite simplement du caractère illicite de l'acte constitutif d'infraction ( 45 ). Les juristes contemporains s'accordent à distinguer nettement la culpabilité de l'illicéité ( 46 ).

Admettre un aspect subjectif de l'illicéité ne constitue pas un obstacle à cette distinction.

44.- Nous avons déjà dit que la définition légale des actes délictueux ne constitue qu'un indice de leur caractère illicite. C'est-à-dire que la conformité d'un acte à un type légal ne permet pas encore de conclure avec certitude à son illicéité. La loi elle-même impose que soit constatée l'absence de faits justificatifs.

Ces faits justificatifs, qui permettent de déclarer conformes au droit des actes en apparence illicites en raison de leur conformité aux types légaux, sont des cas exceptionnels, où la norme ne peut plus être respectée ( 47 ). L'ordre juridique permet alors de la violer. Il admet aussi par conséquent la lésion du bien juridique protégé.

A notre avis, il n'y a pas de principe général qui soit à la base de tous les faits justificatifs. Il faut les analyser pour eux-mêmes et conformément à l'ordre légal en vigueur.

Ayant admis le caractère unitaire de l'illicéité (voir supra n. 44), nous estimons que les faits justificatifs ont comme source l'ordre juridique, et non pas uniquement la loi pénale ( 48 ). Cette conception a été approfondie par les juristes allemands, car le Code pénal allemand énonce d'une façon incomplète les faits justificatifs. La jurisprudence allemande elle-même a admis que l'article 20 du projet de code pénal de 1925, qui statue qu'"il n'y a pas d'acte punissable lorsque l'illicéité de l'acte est exclue par le droit public ou le droit privé", devait être considéré ( 49 ). En droit suisse et péruvien, il est expressément prévu par le code (art. 32 CPS, art. 85 ch. 5 CPP) que la loi en général est le fondement des circonstances justificatives. Toutefois, la loi n'est pas tout

l'ordre juridique, de sorte que la justification d'un acte illicite peut être recherchée en dehors de la loi. La doctrine l'admet, elle emploie l'expression de "faits justificatifs supra-légaux" (übergesetzliche Rechtsfertigungsgründe). Leur nécessité découle du fait que l'énumération légale n'est pas exhaustive ( 50 ). Ils n'impliquent pas une violation ou un abandon du principe de la légalité, car ils n'élargissent pas les conditions de la répression, mais les limitent ( 51 ).

45.- Dès les premiers avant-projets de Code pénal suisse, ses auteurs ont eu soin de régler séparément les motifs qui font disparaître l'illicéité, la responsabilité, la culpabilité et la peine. Cette technique législative était conforme à la doctrine allemande, qui essayait de présenter à côté de chaque élément positif du délit, son aspect négatif. Cette technique est la meilleure, car elle est conforme aux principes doctrinaux et permet en pratique une séparation plus nette entre les faits justificatifs et les causes de non-culpabilité. Cependant, le Code pénal suisse ne distingue pas très clairement ces deux facteurs. Selon Noll ( 51a ), il est vrai que les articles 32 et suivants, qui traitent des faits justificatifs, se trouvent dans une section consacrée aux actes licites. Néanmoins, les textes de ces articles emploient les expressions d'avoir le droit (art. 33 al. 1), d'acte non-punissable (art. 34 ch. 1) et de "ne constitue pas une infraction" (art. 32). La doctrine dominante reconnaît en outre dans l'état de nécessité (art. 34) tant un fait justificatif qu'une circonstance de non-culpabilité. Ces observations sont exactes, mais il ne faut pas oublier qu'un code pénal n'est pas fait pour résoudre les problèmes théoriques : il indique avant tout la voie à suivre afin de résoudre correctement les problèmes pratiques, tâche que remplit assez bien le Code pénal suisse.

Comme les travaux préparatoires dont il est issu, le Code pénal suisse vise, dans sa partie générale, la légitime défense (art. 33), l'état de nécessité (art. 34) et les actes ordonnés par la loi ou par un devoir de fonction ou de profession, et les actes que la loi déclare permis ou non punissables (art. 32).

Le législateur péruvien n'a pas adopté la même technique. Il a préféré celle de l'ancien Code pénal péruvien de 1863, inspiré du Code pénal espagnol de 1848-50. Il groupe sous un titre "Causas que eliminan o atenuan la répression" (circonstances qui éliminent ou atténuent la répression), les causes d'irresponsabilité et de responsabilité restreinte (art. 85 ch. 1 et art. 90), la légitime défense (art. 85 ch. 2), l'état de nécessité (art. 85 ch. 3 in fine), l'acte permis par la loi et l'accomplissement des devoirs de fonction ou de profession (art. 85 ch. 4), l'acte ordonné par la loi ou par un ordre comminatoire émanant d'une autorité compétente (art. 85 ch. 5), l'erreur sur les faits et l'erreur de droit (art. 87), et la force irrésistible (art. 85 ch. 3 ab initio).

Il est évident que cette manière de régler les aspects négatifs des éléments de l'infraction n'est pas conforme aux principes de la science pénale et de la technique législative. La révision que doit subir cette partie du Code péruvien pourrait s'inspirer du modèle helvétique, quitte à le compléter et le perfectionner. Par exemple, il est nécessaire de prévoir une disposition générale relative au consentement de la victime et de distinguer l'état de nécessité qui justifie l'acte, de l'état de nécessité qui rend l'auteur non-coupable (voir infra n. 55).

Mais examinons maintenant plus en détail les faits justifi-

catifs dans les codes suisse et péruvien.

46.- La légitime défense constitue le fait justificatif par excellence, et qui est admis par toutes les législations. Le droit positif et la doctrine s'accordent en principe sur les principales conditions de sa réalisation.

Le législateur péruvien a prévu la légitime défense à l'article 85 al. 3 du Code pénal. Il a repris les alinéas 4 et 5 de l'article 8 de l'ancien code. A notre avis, les modifications qu'il y apporte sont d'inspiration helvétique. La disposition péruvienne ( 52 ) retient, outre les conditions énoncées à l'article 33 al. 1 du Code pénal suisse, l'absence de "provocation suffisante" (provocacion suficiente) de la part de celui qui agit en légitime défense.

47.- Selon les codes suisse et péruvien, la légitime défense suppose une agression impliquant une lésion ou une mise en danger d'un bien (lato sensu) légalement protégé ( 53 ). Elle doit être l'oeuvre d'une personne physique qui agit positivement ou négativement. Il ne s'agit pas de n'importe quelle agression. Il faut qu'elle soit illicite, c'est-à-dire contraire au droit ( 54 ), même si elle ne constitue pas l'une des infractions énumérées dans la partie spéciale ( 55 ).

L'auteur de l'agression peut être un irresponsable ou une personne non coupable ( 56 ).

L'agression illicite doit aussi être actuelle ou imminente ( 57 ). Si la lésion du bien juridique n'a pas besoin d'être simultanée, elle ne doit pas encore être consommée ( 58 ).

Le Code pénal péruvien, à la différence du texte suisse, n'exprime qu'implicitement cette condition lorsqu'il parle

d'empêcher ou repousser l'attaque. Ces expressions supposent évidemment une lésion présente ou imminente. Une personne menacée par un tiers d'un danger futur et lointain ne peut pas réagir en invoquant la légitime défense. On ne peut pas non plus considérer comme un acte de légitime défense l'attaque dirigée contre le délinquant qui s'enfuit une fois son forfait commis. En revanche, il est permis de prendre en fait toutes les dispositions susceptibles d'assurer sa sécurité. Ces mesures n'auront d'effet qu'au moment d'une attaque éventuelle (pièges à loup, armes à feu à déclenchement automatique, etc) dans la mesure où il n'en résulte aucun danger pour la collectivité ni pour les tiers respectueux du droit, et qu'elles constituent en outre des moyens proportionnés aux circonstances ( 59 ). Les juristes latino-américains préfèrent y voir l'exercice légitime d'un droit (par exemple, le droit de propriété) ( 60 ).

Le bien visé par l'agresseur peut être tout bien juridiquement protégé. Les doctrines suisse et péruvienne n'entendent pas la notion de légitime défense aux attaques contre les biens de l'Etat ( 61 ).

48.- La légitime défense est l'oeuvre du propriétaire du bien juridique attaqué, ou d'un tiers, ce qu'on exprime en Allemagne par "Notwehr" ou "Notwehrhilfe". Celui qui est en légitime défense n'est pas obligé de parer à l'attaque autrement, par exemple, par la fuite ou en demandant l'intervention de la police ( 62 ).

Celui qui réagit a la volonté de défendre le bien attaqué. Il doit donc connaître la situation exceptionnelle dans laquelle il se trouve. Il s'agit, de tout évidence, d'un élément subjectif de la légitime défense ( 63 ). En revanche, celui qui, pour riposter à une attaque, ne cherche pas d'abord à se défendre, mais vise à produire un résultat illicite, est puni comme auteur d'un délit parfait ( 64 ). L'auteur peut alors avoir méconnu la

situation de fait, ou avoir voulu employer la légitime défense comme prétexte pour agir impunément. Ainsi, sera poursuivi pour homicide par négligence celui qui, sans se savoir en état de légitime défense, tue autrui par manque d'attention - par exemple, en nettoyant une arme à feu - même si, objectivement, seul cet accident pouvait empêcher une attaque imminente de la part de la victime ( 65 ). En revanche, dès que les conditions objectives et subjectives de la légitime défense sont réalisées, il n'y a pas lieu de tenir compte des autres mobiles de l'auteur au moment de son acte ( 66 ). Enfin, l'acte de défense doit être nécessaire pour repousser l'agression illicite ( 67 ).

49.- Selon les Codes suisse et péruvien, les moyens doivent être "proportionnés aux circonstances" (art. 33 CPS, le Code pénal péruvien statue à l'article 85 al. 2 : "necesidad racional del medio para impedirla o repelerla"). Les législateurs ont ainsi admis la nécessité de comparer la valeur du bien juridique attaqué et celui qui est lésé par la riposte à l'attaque. Conformément à la loi, la doctrine et les tribunaux, tant suisses que péruviens, ont toujours admis cette limitation de la légitime défense ( 68 ).

Cette conception, propre aux législations latines, est méconnue en Allemagne où le législateur n'a pas ressenti la nécessité de comparer les biens en présence et s'est contenté de consacrer la brocard : "Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen" ( 69 ). La doctrine et la jurisprudence essayent de corriger ce défaut de la législation en l'assortissant des principes dits "Grundsatz der möglichsten Schonung des Angreifers" et "Verbot des Rechtsmissbrauchs" ( 70 ).

La comparaison des biens en présence est faite selon les circonstances matérielles, en évitant tout formalisme. Il n'y a pas légitime défense, par exemple, lorsqu'un paysan tire sur

des enfants qui maraudent pour défendre ses cultures contre les légères atteintes commises par les garnements ( 71 ). Celui qui n'a pas à sa disposition les moyens appropriés pour se protéger ou préserver ses biens de peu de valeur, doit renoncer à repousser l'attaque ( 72 ).

50.- Le Code pénal péruvien contient une troisième condition : l'absence de "provocation suffisante" (cf. supra n. 47) de la part du défenseur. Il ne s'agit pas d'une caractéristique de l'agression illicite : cette interprétation aboutirait à rendre superflue la troisième condition légale. A notre avis, le législateur a voulu souligner que celui qui est en légitime défense ne doit pas avoir provoqué l'agression par une menace d'une certaine gravité.

Examinons à ce sujet les deux cas suivants : Tout d'abord, l'auteur a provoqué intentionnellement l'agression, afin d'agir au bénéfice de la légitime défense. Elle est alors exclue en raison de l'inexistence d'une situation de nécessité non coupable ; par conséquent, le pseudo-assailli sera poursuivi comme auteur d'un délit intentionnel. Ensuite, l'auteur a provoqué, intentionnellement ou par négligence, une agression, mais sans le dessein préalable de léser les biens juridiques de l'assaillant. Commentant une disposition du Code pénal argentin semblable à celle du Code péruvien, Soler parle à ce sujet "d'excès dans la cause" (exceso en la causa) ( 73 ).

51.- L'article 33 al. 2 du Code pénal suisse règle expressément les cas d'excès dans l'exercice de la légitime défense : "Si celui qui repousse une attaque a excédé les bornes de la légitime défense, le juge atténuera librement la peine (art. 66) ; si cet excès provient d'un état excusable d'excitation ou de saisissement causé par l'attaque, aucune peine ne sera encourue".

L'atténuation obligatoire de la peine est due tant à l'illicéité de l'attaque qu'à "l'état d'esprit dans lequel l'inculpé a pu agir". Si l'excès n'est pas coupable, l'acquittement s'impose. ( 74 ). On ne peut alors imputer à l'auteur un excès - dû en réalité à une erreur - dans l'exercice de la légitime défense. Si l'état d'excitation ou de saisissement entraîne une grave altération de la conscience, il s'agit plutôt d'une cause d'irresponsabilité.

Le législateur péruvien n'a prévu que l'atténuation de la peine. Il le fait dans le cadre d'une disposition assez maladroite, d'inspiration espagnole, qui figurait déjà dans l'ancien Code pénal (art. 9 al. 1). Il s'agit de l'article 90 qui statue: "en cas d'application de l'article 85 (qui comprend la légitime défense), lorsque les conditions de l'exemption de peine ne sont pas réalisées, le juge pourra diminuer modérément (prudentialement) la peine et la fixer même au-dessous du minimum légal". Les erreurs sur les conditions objectives, les limites ou l'existence même de la légitime défense doivent être examinées à la lumière des articles 19 et 20 du Code pénal suisse et 87 du Code pénal péruvien.

52.- L'état de nécessité peut être défini comme une situation de danger présent ou imminent, mettant en péril des biens juridiquement protégés et qui ne peut être évitée que par la lésion des biens juridiques d'autrui ( 75 ). Ainsi conçu, l'état de nécessité comprend la légitime défense qui n'en est au fond qu'un cas spécial. Cependant, dans l'état de nécessité proprement dit, le bien lésé et le bien préservé sont également protégés par la loi. Le titulaire du bien juridique lésé ne mérite pas ce dommage. Dans la légitime défense, au contraire, le bien juridique lésé appartient à l'auteur de l'agression illicite qui doit supporter ce dommage ( 76 ).

L'état de nécessité avait été réglé par l'avant-projet suisse de 1896, et cela jusqu'au projet de 1918, de la façon suivante : "Lorsqu'un acte aura été commis pour préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement un bien appartenant à l'auteur de l'acte ou à autrui, notamment la vie, l'intégrité corporelle, la liberté, l'honneur, le patrimoine, cet acte ne constituera pas un délit, si, dans les circonstances où il a été commis, le sacrifice du bien menacé ne pouvait être raisonnablement exigé de l'auteur de l'acte ; en cas contraire, le juge atténue librement la peine" ( 77 ).

Les modifications apportées à ce texte ont été l'oeuvre de la Commission du Conseil National. Selon l'article 85 al. 3 in fine du Code pénal péruvien (art. 60 al. 6 du projet de 1916), est exempté de peine celui qui agit dans la nécessité de se préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement, si, dans les circonstances où l'acte a été commis, le sacrifice du bien menacé ne pouvait être raisonnablement exigé de l'auteur de l'acte.

Cette disposition est d'inspiration helvétique. Le législateur péruvien n'a malheureusement pas suivi en tous les points la formule suisse.

53.- Les codes suisse et péruvien exigent, pour l'état de nécessité, l'existence d'un danger imminent. Celui-ci procède soit d'un phénomène naturel, soit d'une activité humaine.

Cette conception, admise par la doctrine et la jurisprudence suisses ( 78 ), est rejetée par la plupart des juristes latino-américains, qui estiment que la situation de danger constitutive de l'état de nécessité n'est pas l'oeuvre d'une personne ( 79 ).

Le code pénal suisse exige encore que le danger ne soit pas imputable à une faute de l'auteur. Cette condition ne figurait pas dans les travaux préparatoires. Le législateur péruvien ne l'a pas non plus prévue. Selon Logoz, il eût été préférable que le Code pénal suisse n'oblige pas le juge à déterminer d'où le danger provient : accident imprévisible ou faute de l'inculpé ( 80 ).

Le danger doit être impossible à détourner autrement (impossible de éviter de otra manera). C'est dire que l'acte de l'auteur doit être nécessaire ; il doit constituer le seul moyen d'empêcher le danger. Celui qui agit par nécessité est obligé, avant de léser le bien juridique d'un tiers, de déterminer s'il ne peut pas préserver autrement son bien en danger. Il doit même fuir le danger. L'état de nécessité a évidemment un caractère subsidiaire ( 81 ) ; voir n. 48.

Le propriétaire du bien menacé ne doit pas avoir le devoir juridique de faire face au danger (guide de montagne, soldat, pompier, etc.) ( 82 ).

54.- L'auteur qui agit en état de nécessité est autorisé à préserver n'importe quel bien (lato sensu). Le Code pénal suisse cite, à titre d'exemples, la vie, l'intégrité corporelle, la liberté, l'honneur, le patrimoine. L'ancien Code pénal péruvien permettait la protection de tout bien, mais n'autorisait que la lésion de biens de moindre valeur : celui qui causait un dommage à la propriété d'autrui, afin d'éviter un mal plus grave, était exempté de toute peine s'il n'avait pu employer un moyen moins nuisible et si le mal était effectif (art. 8 ch. 7).

L'actuel Code pénal péruvien, à la différence du Code pénal suisse (art. 34 ch. 2) et des projets suisses, n'admet que la protection des biens appartenant à l'auteur. C'est une restric-

tion malheureuse due au fait que le législateur n'a pas su s'affranchir de l'influence espagnole. La formule suisse, plus conforme aux exigences de la réalité, est en revanche assez large pour permettre la protection des intérêts publics ( 83 ).

55.- Le champ d'application de l'état de nécessité a besoin d'être limité afin d'éviter les abus. A cette fin, la meilleure garantie consiste à comparer le bien sacrifié à celui qui doit être sauvé (principe de la proportionnalité). Cette comparaison joue un rôle beaucoup plus important qu'en matière de légitime défense, où l'agression injuste est l'élément essentiel. Le législateur suisse a dès l'abord réglé ce point dans les termes suivants : " ... si, dans les circonstances où l'acte a été commis, le sacrifice du bien menacé ne pouvait être raisonnablement exigé de l'auteur de l'acte".

Le législateur péruvien a repris cette formule : " ... si en las circunstancias en que se ha cometido el acto no podia razonablemente exigirse del autor el sacrificio del bien amenazado".

La valeur du bien juridique lésé par l'auteur de l'acte ne doit être en aucun cas plus grande que celle du bien préservé. Les deux biens doivent être au moins de valeur équivalente.

Si tous les juristes sont d'accord sur ce point, ils divergent quant à la nature juridique de l'état de nécessité. Or, il apparaît que cette notion dépend précisément de la valeur des biens en présence. Les uns conçoivent l'état de nécessité comme une cause de justification et affirment que le bien préservé doit être plus important ou au moins égal au bien lésé ( 84 ). Les autres estiment, en revanche, que si les biens sont d'égale valeur, il ne s'agit plus d'un fait justificatif, mais plutôt

d'une cause de non-culpabilité (Differenzierungstheorie) ( 85 ).

Fidèles aux idées de Jiménez de Asua, les juristes péruviens admettent actuellement cette distinction entre état de nécessité-fait justificatif et état de nécessité-cause de non-culpabilité ( 86 ). Cette discussion revêt une particulière importance pratique, notamment dans le domaine de la participation.

La plupart des auteurs suisses apprécient la proportionnalité des biens en se plaçant sur un plan subjectif, c'est-à-dire au point de vue de l'auteur ( 87 ). Le même critère est accepté par la doctrine péruvienne ( 88 ). Les tribunaux suprêmes suisse et péruvien se prononcent dans le même sens ( 89 ).

56.- Les législateurs suisses et péruviens exigent également que l'auteur agisse avec la volonté de sauver un bien en danger ; il doit donc avoir conscience du péril que court ce bien.

La disposition helvétique exprime cette condition comme suit : "lorsqu'un acte aura été commis pour préserver d'un danger" (art. 34 CPS). Le législateur péruvien l'a reprise ainsi : "el que obra por la necesidad de preservarse de un peligro" (art. 85 ch. 3). Il s'agit sans aucun doute d'un élément subjectif.

57.- L'article 34 ch. 1 al. 2 du Code pénal suisse statue que le juge atténuera librement la peine (art. 66), si le danger était imputable à une faute de l'auteur ou si, dans les circonstances où l'acte a été commis, le sacrifice du bien menacé pouvait être raisonnablement exigé. Il s'agit des cas où l'auteur excède les bornes de l'état de nécessité ( 90 ). En droit péruvien, l'article 90 du Code pénal trouve alors application (voir supra 52).

On jugera les erreurs sur les conditions objectives de l'état de nécessité, sur ses limites, voire quant à son existence, à la lumière des articles 19 et 20 du Code pénal suisse et 87 du Code pénal péruvien.

58.- L'article 32 du Code pénal/suisse statue : "Ne constitue pas une infraction l'acte ordonné par la loi, ou par un devoir de fonction ou de profession ; il en est de même de l'acte que la loi déclare permis ou non punissable". Cette formule figurait déjà dans le projet de 1918 (art. 31) et dans l'avant-projet de 1916 (art. 33).

Le législateur péruvien s'est ici particulièrement inspiré du modèle helvétique. Il prévoit également qu'aucune peine ne peut frapper celui qui commet un acte permis par la loi, qui agit dans l'exercice de ses fonctions ou de sa profession (art. 85 ch. 4). Les modifications apportées à la formule des projets suisses par le législateur péruvien sont dues au fait que, conformément au Code pénal italien de 1889 (art. 49 ch. 1), l'article 85 ch. 5 statue l'impunité de celui qui a agi par obligation légale ou sur ordre de l'autorité compétente. Cette disposition rappelle d'ailleurs l'article 53 de l'ancien Code genevois de 1874.: "Il n'y a pas d'infraction lorsque le fait était ordonné par la loi et commandé par l'autorité légale".

De cette manière, le législateur péruvien a voulu améliorer et compléter les dispositions contenues dans l'ancien Code pénal aux alinéas 9, 10 et 11 de l'article 8. Le projet péruvien de 1916 était encore attaché à ces dispositions et très influencé par la législation espagnole ( art. 60 al. 7, 8 et 9). L'influence helvétique a déterminé sans aucun doute, un sensible progrès de l'actuelle législation péruvienne par rapport à l'ancien droit et au projet de 1916.

Les juristes suisses ont souvent critiqué l'article 32 de leur Code pénal, estimant que cette disposition constitue une simple déclaration générale et un renvoi à toutes les autres règles de l'ordre juridique. Selon Hafter, elle n'est pas à proprement parler une règle juridique : elle constate et confirme une réalité juridique ( 91 ). Stooss a estimé que cette disposition sert à rappeler aux juges, qui n'ont pas nécessairement une formation juridique, l'existence d'autres faits justificatifs, en dehors de ceux que mentionne explicitement le Code pénal lui-même ( 92 ).

Outre le renvoi aux règles de l'ordre juridique en général, cet article se réfère aux devoirs de fonction ou de profession. Il est évident que ces devoirs seront en principe déterminés par les normes légales ; cependant, ils peuvent aussi s'appuyer sur des normes de droit coutumier ( 93 ). Malgré son texte assez large, cette disposition est incomplète : elle ne souffle mot du consentement de la victime.

59.- Afin de bien saisir cette règle, il faut passer en revue les faits justificatifs qu'elle vise. Ils se trouvent très souvent rapprochés d'un autre fait justificatif, l'état de nécessité ( 94 ).

Lorsque la loi ordonne un acte, elle crée un devoir. Si le justiciable s'y conforme et, ce faisant, commet un acte qui remplit les conditions d'une disposition de la partie spéciale du code, son acte ne peut lui être reproché ; son acte est licite, et il serait illogique que l'ordre juridique impose à une personne l'obligation d'agir et la rende ensuite pénalement responsable de son comportement ( 95 ).

Les conflits entre le devoir de témoigner et l'interdiction

de diffamer ou l'obligation de respecter le secret professionnel revêtent une grande importance pratique. Il en va de même entre le devoir de renseigner ou de dénoncer et l'obligation de discrétion professionnelle ( 96 ). Relevons qu'il s'agit très souvent d'un conflit de devoirs. Dans ce cas, la solution à retenir est celle qu'enseigne Binding : s'il y a conflit de devoirs, agit licitement celui qui accomplit le devoir le plus important ou l'un d'entre eux s'il s'agit de devoirs de la même importance ( 97 ).

60.- Quand la loi déclare un acte permis, elle reconnaît aux individus le droit d'agir de cette façon. Il est évident que si cet acte constitue un comportement qualifié d'infraction par la loi, l'auteur ne peut pas être puni, car il a agi en exerçant un droit. Ce principe répond à une exigence logique, il serait absurde de reconnaître, d'une part, à une personne la liberté d'agir au nom d'un intérêt déterminé et, d'autre part, de qualifier cette activité d'illicite ( 98 ). C'est ainsi, par exemple, que le droit de propriété consacré tant par l'art. 641 du Code civil suisse que par l'art. 850 du Code civil péruvien, autorise son titulaire à accomplir certains actes pour jouir de son bien et le défendre. Ce droit n'est cependant pas absolu. Ainsi, la jurisprudence suisse a reconnu que le propriétaire qui boute le feu à sa maison peut être puni selon les articles 221 et 229 du Code pénal ( 99 ), non parce qu'il détruit sa propre chose, mais bien parce que, par l'incendie qu'il provoque, il peut créer un risque pour les biens ou la vie d'autrui.

61.- Le droit de correction ressortit aux rapports familiaux et de tutelle. Quand le droit de correction est exercé par un instituteur, dans le cadre de son activité pédagogique et dans la mesure de la loi l'autorise, il s'agit plutôt d'un devoir de profession ( 100 ). Le titulaire de ce droit peut, dans un but éduca-

tif, employer des moyens de contrainte qui lèsent l'intégrité physique, la liberté ou l'honneur du mineur ( 101 ). Néanmoins, la portée de la correction doit être toujours adéquate aux fins poursuivies. Les mauvais traitements graves ne seront jamais justifiés par l'existence d'un prétendu droit de correction ( 102 ). L'article 278 du Code civil suisse statue que le père et la mère ont le droit de correction sur leurs enfants, et l'article 405 reconnaît ce même droit au tuteur. Le code civil péruvien à son article 398 ch. 3 prévoit que le titulaire de la puissance paternelle a le droit de corriger modérément le mineur. S'il dépasse les bornes, son acte est illicite ( 103 ).

62.- Au Pérou, un acte découlant d'un devoir de fonction ou de profession n'est pas non plus illicite. L'influence suisse sur le Code pénal péruvien se dégage ici plus clairement.

Nous avons déjà signalé que la mention expresse de ces devoirs, à côté des actes ordonnés ou permis par la loi, est justifiée, car ils peuvent aussi découler d'une norme juridique non écrite. Si le législateur avait estimé qu'ils ne pouvaient être établis que par la loi, il n'aurait pas eu besoin de les nommer expressément ( 104 ) : nous sommes en présence d'un renvoi aux normes légales et coutumières.

Il ne suffit pas de justifier l'acte par un *devoir de fonction*. Il est indispensable que l'auteur reste dans les limites de son droit. Si le fonctionnaire abuse de ses pouvoirs, son acte n'est pas licite et il tombera sous le coup de la loi. L'acte n'est justifié que parce qu'il a été commis dans l'exercice de fonctions. Il est licite parce qu'il se fonde sur un devoir légal, sur une autorisation ou, le cas échéant, sur un "fait justificatif supra-légal" ( 105 ).

63.- Selon l'article 85 ch. 5 du Code pénal péruvien, celui qui agit dans l'exercice de ses fonctions, sur un ordre comminatoire émanant de l'autorité compétente, n'est pas punissable. Le Code pénal suisse ne prévoit rien de semblable. Néanmoins, il a rangé parmi les circonstances d'atténuation de la peine, le fait d'agir "sous l'ascendant d'une personne à laquelle il doit obéissance ou de laquelle il dépend" (art. 64).

Il faut cependant distinguer si l'ordre de l'autorité compétente est conforme ou contraire au droit. Dans le premier cas, son accomplissement constitue un fait justificatif, car l'ordre donné tend à réaliser la volonté du système juridique lui-même ( 106 ). En revanche, si l'ordre est illicite, le subordonné qui l'exécute commet un acte illicite au même titre que le supérieur qui l'a dicté. Néanmoins, le subordonné n'encourra aucun reproche s'il est obligé d'obéir. Il ne s'agit pas alors de qualifier l'acte, mais de juger l'auteur, c'est-à-dire de déterminer sa culpabilité. Le supérieur (auteur médiateur) sera puni à raison de l'infraction commise par le subordonné lors de l'exécution de l'ordre comminatoire illicite. En Suisse, cette conception est défendue par Hafter et Spillmann ( 107 ).

Au Pérou, la doctrine pénale dominante estime que cette conception "discriminatoire" permet de mieux interpréter les dispositions du Code pénal. D'ailleurs, elle est implicitement énoncée à l'article 86 qui statue : "Dans le dernier cas de l'article précité (objet de nos remarques), la peine pourra être appliquée à celui qui, par ordre, avait déterminé autrui à agir" ; c'est dire que le juge ne pourra pas punir le supérieur si son ordre est conforme au droit, bien que l'exécution impliquait la commission objective d'une infraction par le subordonné ( 108 ).

64.- Comme le devoir de fonction, le devoir de profession ne peut être isolé de toute norme juridique (légale ou coutumière).

Cette référence aux devoirs de profession est également un renvoi aux ordres ou aux permissions contenus dans tout l'ordre juridique en général ( 109 ), voire aux règles de déontologie.

De vives discussions se sont engagées au sujet de l'activité professionnelle des médecins, et spécialement de leurs interventions chirurgicales. Les juristes ne sont pas d'accord quant à la solution à adopter. Il est admis traditionnellement qu'une opération chirurgicale est une action qui remplit les conditions d'un type légal, et qu'il est donc nécessaire de faire intervenir la notion de fait justificatif.

Longtemps, on a vu un fait justificatif dans la "reconnaissance et l'encouragement par l'Etat de certaines professions" ( 110 ). Aujourd'hui en revanche, de tels actes ne sont pas considérés comme réalisant la définition objective de l'infraction, telle que le législateur l'a formulée dans la partie spéciale du Code pénal. Il n'est donc pas nécessaire d'invoquer un fait justificatif pour soustraire l'auteur à toute poursuite. Ainsi soulevé, le problème relève davantage de la théorie du type légal que de la théorie de l'illicéité ( 111 ).

A notre avis, cette solution est la meilleure. Cependant, elle ne doit pas être limitée aux seuls cas où l'intervention chirurgicale a pour but la guérison du patient. Elle doit comprendre également les interventions de chirurgie esthétique ( 112 ).

La même solution s'impose pour les lésions occasionnées dans l'exercice des sports, de même que la pratique de la vivisection sur des animaux.

65.- La nature de notre travail ne nous permet pas de développer la notion de consentement du lésé comme fait justificatif, la

théorie des "risques permis" et la conception des faits justificatifs supra-légaux. Nous devons nous borner à constater que les deux premières n'ont pas été incorporées dans les codes pénaux suisse et péruvien, et qu'il s'agit d'admettre dans certains cas la cause de justification supra-légale.

## Section V

### La responsabilité

#### 1

#### L'irresponsabilité

66.- Un acte illicite qui entre dans le cadre de la définition légale d'une infraction, ne justifie pas à lui seul l'infliction d'une peine. Il faut encore qu'il soit l'émanation de l'auteur, c'est-à-dire qu'il puisse être imputé tant objectivement que subjectivement à l'auteur ( 113 ). La réalisation d'un résultat délictueux - meurtre, dommage à la propriété - n'est pas suffisante en elle-même : seul le lien personnel intime (persönlich-innerliche Verbindung) du comportement délictueux et du résultat produit rend l'auteur pénalement responsable ( 114 ).

La plupart des juristes renoncent actuellement à fonder la notion de responsabilité exclusivement sur le déterminisme ou l'indéterminisme. Si l'on part d'une conception indéterministe étroite, on est conduit inéluctablement à considérer que les actes sont dus au libre arbitre de l'homme, dont la personnalité n'est influencée ni par ses propres dispositions, ni par le milieu ambiant. La menace pénale n'aurait par conséquent aucun effet sur lui. Il serait donc impossible de rendre responsable et de punir l'auteur.

Même conclusion, si l'on part d'une conception purement déterministe : L'homme serait alors soumis aux forces causales, dont la volonté humaine n'est qu'un reflet ; il serait contraint d'agir d'une certaine façon, sans pouvoir faire autrement.

Ces deux conceptions doivent être rejetées : tout comportement humain est conditionné par des facteurs de causalité con-

traignants. Mais l'auteur est capable, dans une certaine mesure, de connaître la valeur de son acte et d'orienter sa volonté d'après ses jugements de valeur ( 115 ). La psychologie moderne a développé le théorie de la personnalité stratifiée, qui complète assez bien la voie intermédiaire à suivre pour mieux expliquer les actes humains ( 116 ) : sa "capacité d'autodétermination" permet à l'homme de maîtriser selon les contingences sociales son impulsion vers l'acte. C'est cet élément qui justifie le droit de reprocher à l'auteur son comportement et de lui imposer un châtement.

67.- Il ressort des travaux préparatoires que le législateur suisse était conscient des nombreuses difficultés que rencontre l'élaboration d'une définition positive de la responsabilité. De ce fait, il s'est borné à établir les conditions nécessaires pour considérer l'auteur comme irresponsable ( 117 ).

Carl Stooss a employé la méthode biologique dans son avant-projet de 1894 (art. 8) : il y énonçait les états biologiques qui font disparaître la responsabilité ( 118 ). La même formule se retrouve dans les avant-projets de 1903 (art. 16) et de 1908 (art. 15 al. 1). Mais lors des discussions de la deuxième commission d'experts, Thormann proposa une modification ( 119 ) : il préconisa, à la place de la méthode dite biologique, la méthode dite bio-psychologique, à l'exemple du projet autrichien de 1909 (art. 3). Les experts se rangèrent à cet avis, de sorte que la commission d'experts, en 1912, introduisit un nouvel article 15 bis : "Celui qui, étant atteint d'une maladie mentale, d'idiotie ou d'une grave altération de la conscience, ne possédait pas au moment d'agir la faculté d'apprécier le caractère délictueux de son acte ou de se déterminer suivant cette appréciation, n'est pas punissable" ( 120 ). Cette disposition a été reprise par la suite dans l'avant-projet de 1916 ; elle devient l'art. 12. Dans le texte définitif, le législateur a substitué à l'ex-

pression "caractère délictueux de l'acte" celle de "caractère illicite" ( 121 ). Le législateur péruvien a reproduit à la lettre la formule de l'article 12 de l'avant-projet suisse de 1916 (art. 85 ch. 1 CPP).

68.- On déduit de la conception négative de la responsabilité retenue par le législateur, le concept positif suivant :

Selon les codes pénaux suisse et péruvien, une personne est responsable quand elle possède : a) la faculté d'apprécier le caractère illicite (délictueux) de son acte ( 122 ), et, b) la faculté de se déterminer d'après cette appréciation.

Relevons tout d'abord que le législateur emploie les termes de "faculté d'apprécier le caractère illicite" et non pas d'"appréciation du caractère illicite". Cela vise la capacité intellectuelle de l'individu de connaître ses devoirs, de saisir l'insertion de sa propre personne dans l'ordre juridique et de comprendre les exigences de la société envers les individus qui y vivent (égards mutuels, nécessité de la répression éventuelle de la violation des normes sociales) ( 123 ). Cependant, cette capacité ne se confond pas avec la conscience de l'illicéité de l'acte ( 124 ) ou de son caractère punissable. Elle consiste plutôt en un développement de la raison, en l'existence d'une certaine conscience propre, la connaissance du devoir non seulement éthique ou social, mais surtout légal ( 125 ).

Quand le législateur vise la faculté de se déterminer, il se réfère à la volonté. Il ne s'agit pas d'admettre le libre arbitre, mais de reconnaître à l'homme conscient de ses devoirs la capacité d'agir selon ses mobiles ( 126 ). Cette faculté n'est considérée ni comme une entité abstraite, ni comme une simple fonction purement psychologique. Il s'agit du "potentiel volontaire minimum permettant à l'individu de régler in concreto et effectivement son comportement sur les normes de conduite géné-

ralement admises par la communauté humaine de laquelle il relève, de respecter - singulièrement en ce qui concerne les activités spécifiées par le code pénal - les conditions et exigences de la vie en commun" ( 127 ). La loi considère que l'intelligence suffit à l'homme normal pour se rendre compte que son acte est contraire à l'ordre juridique, et que sa volonté lui permet de le rendre conforme à cet ordre ; elle entend donc n'infliger une peine qu'à celui qui est capable de connaître les exigences de l'ordre juridique (facteur intellectuel) et d'y conformer son activité (facteur volontaire).

Selon la formule employée par le législateur, l'examen de la faculté de l'auteur d'apprécier le caractère illicite (délicteux) précède celui de la faculté de se déterminer d'après cette appréciation. On n'en examine l'absence ou l'existence partielle que s'il a été répondu affirmativement - d'une manière absolue ou relative - à la question de l'existence de la faculté d'apprécier le caractère illicite de l'acte.

69.- Les législateurs suisse et péruvien considèrent qu'un individu est irresponsable, lorsqu'il est malade mental ou idiot, ou encore qu'il souffre d'une grave altération de la conscience qui l'empêche de discerner le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation. A plus forte raison, l'individu sera-t-il déclaré irresponsable, s'il ne jouit pas de ces deux facultés.

Il faut se garder de donner aux termes employés dans la loi le sens exact qu'ils ont ou ont eu en médecine. La psychiatrie moderne n'en use d'ailleurs presque plus ou en a modifié le sens, ce qui démontre que le législateur doit se garder d'utiliser les termes purement techniques autres que juridiques. L'idiotie, par exemple, est le degré le plus grave de l'arriération mentale (oligophrénie), qui est comprise dans la maladie mentale ( 128 ) de sorte qu'il eût suffi de mentionner celle-ci

dans la loi. Le sens de ces termes est celui que le profane en matière médicale - et partant, le juriste et le législateur - leur confère dans l'usage courant. Le point de vue du législateur est "déterminé par des conditions d'ordre social. Et dans cette perspective, il applique le terme de maladie mentale aux phénomènes psychiques qui lui apparaissent qualitativement aberrants, dont le caractère anormal revêt des proportions grossièrement frappantes, qui ont des graves conséquences sociales, et qui demeurent absolument étrangers et comme imperméables à ses efforts de compréhension et d'assimilation vitale (c'est la "völlige Uneinfühlbarkeit" de Binder). Et le profane - de même que le droit pénal - ne fait à cet égard pas de différence entre les troubles de nature intellectuelle et de nature affective" ( 129 ). Le profane qualifie d'idiotie une perturbation psychique, qui atteint un degré tel que le sujet est presque complètement inapte à agir en être doué de facultés intellectuelles, les autres fonctions psychiques pouvant fort bien, en soi, demeurer intactes ( 130 ). Le concept général de maladie mentale est donc plus étendu que celui qu'adopte la science médicale ( 131 ).

Au sujet de la grave altération de la conscience, le profane, bien qu'il ne puisse pas donner une définition de la conscience, part de l'idée qu'en principe, l'être humain est doué d'un certain pouvoir de réflexion, pouvoir qui implique que l'individu agit en sachant ce qu'il fait. Si des circonstances particulières viennent perturber cette réflexion, qui lui permet de se rendre compte de ce qu'il fait au moment où il le fait, il y aura un trouble dans sa conscience ( 132 ), c'est-à-dire de sa propre conscience ou de sa conscience des faits extérieurs ( 133 ). Cette perturbation de la conscience n'a pas une origine pathologique, et l'on peut en donner plusieurs exemples, les états intermédiaires d'ivresse, la profonde fatigue, la somnolence, l'hypnose. Le législateur emploie très justement le terme de grave altération de la conscience et non d'absence totale de

conscience. Si celle-ci fait totalement défaut, il n'y a pas d'action, car la volonté n'existe pas ( 134 ).

70.- La responsabilité de l'auteur se détermine au moment de son acte. Cette règle s'applique sans exception en droit pénal moderne. L'"actio libera in causa" ne constitue qu'une exception apparente.

Il y a actio libera in causa, lorsque l'auteur s'est mis fautivement dans un état d'irresponsabilité ou de responsabilité restreinte, dans l'intention de commettre une infraction, conçue et décidée par lui de sang-froid (actio libera in causa intentionnelle), ou qu'il se met dans cet état, alors qu'il pouvait et devait savoir qu'il se rendait incapable d'user de la prudence et de la prévoyance exigibles dans la vie ordinaire, et cela sachant qu'un devoir va s'imposer à lui, devoir pour l'accomplissement duquel l'emploi des deux facultés est indispensable (actio libera in causa par négligence) ( 135 ).

Se trouve dans le premier cas, par exemple, l'auteur qui se drogue pour se donner le courage de commettre son forfait ; en revanche, dans le deuxième cas, l'auteur persiste à conduire sa voiture malgré des manifestations notoires d'épuisement et blesse un tiers. L'auteur a commis alors une faute, qui provoque le résultat, faute antérieure à l'état d'irresponsabilité ou de responsabilité restreinte ( 136 ).

L'article 12 du Code pénal suisse règle assez imparfaitement l'actio libera in causa. Il n'en vise que la forme intentionnelle. La jurisprudence et la doctrine suisses reconnaissent que cette disposition est aussi applicable à l'actio libera in causa par négligence ( 137 ).

Les projets suisses n'avaient pas prévu cette règle, qui a été introduite par les Chambres fédérales à l'image du Code

militaire suisse de 1927. En fait, la mention de la règle n'était pas nécessaire, parce que les auteurs des actions libera in causa, peu importe qu'elles soient intentionnelles ou les effets de la négligence, peuvent être punies en application des règles générales sur la causalité et la culpabilité ( 138 ).

Le Code pénal péruvien ne contient aucune disposition sur l'actio libera in causa. Néanmoins, l'ensemble de ses dispositions permet de résoudre le problème dans le sens que nous venons d'exposer ( 139 ).

71.- L'article 13 du Code pénal suisse (texte de 1937) statue qu'en cas de doute sur la responsabilité de l'inculpé, le juge fera examiner son état mental par un ou plusieurs experts. Cet examen est obligatoire, si l'inculpé est sourd-muet ou "si l'on prétend qu'il est épiléptique". Les experts se prononceront sur l'état de l'inculpé et sur l'opportunité d'un placement dans un hôpital ou dans un hospice, ainsi que sur le danger qu'offre l'inculpé pour la sécurité de l'ordre public.

Cette disposition figurait, plus ou moins dans les mêmes termes, dans les projets du code (avant-projet de 1909 art. 15, avant-projet de 1916 art. 17 et projet de 1918 art. 12). Le législateur péruvien a reproduit fidèlement la formule helvétique à l'article 93 du Code pénal.

L'adoption par les législateurs suisse et péruvien de la méthode bio-psychologique dans la détermination de l'irresponsabilité, donne aux experts une particulière importance. S'ils sont ses auxiliaires indispensables pour déterminer la responsabilité de l'inculpé et la mesure applicable, le juge se prononce seul sur la responsabilité ou l'irresponsabilité de l'auteur. Il est évident qu'il ne peut pas arbitrairement rejeter ou ignorer l'expertise ( 140 ).

72.- L'article 83 du Code pénal péruvien, qui ne figurait pas dans le projet de 1916, statue : "celui qui a commis un acte qui correspond à la définition d'un type légal, sans intention et sans négligence, verra aussi réprimer son acte, en cas de danger social, lorsque la loi le dit expressément. Le juge substituera à la peine la mesure de sûreté ou éducative plus adéquate déterminée par la loi".

Si l'influence positiviste est patente dans cette disposition, nous n'y trouvons pas le principe de la responsabilité sociale préconisée par l'article 18 du projet italien de 1918 ( 141 ). Il s'agit en réalité d'une sorte de responsabilité sans culpabilité des irresponsables dangereux ( 142 ). Le législateur péruvien a peut-être aussi voulu - de même qu'il a fondé expressément l'application de la peine sur la responsabilité et la culpabilité dans les articles 51, 81, 82 et 85 ch. 1 - simplement préciser à l'article 83 que l'état dangereux reste la base de l'application de toute mesure de sûreté et de prévention. D'un point de vue scientifique, cette disposition est inexacte, car elle fait dépendre l'application des mesures de la non-culpabilité de l'auteur de l'acte délictueux ; d'ailleurs, le législateur péruvien, sous l'influence helvétique, lie l'internement et l'hospitalisation des délinquants mentalement anormaux à la notion de responsabilité (voir infra n. 121). Ce qui prouve que le législateur péruvien n'a pas compris la signification et la portée des institutions empruntées au projet italien de Ferri et aux projets suisses. Le législateur suisse n'a pas estimé nécessaire d'énoncer un tel principe général, qui ressort d'ailleurs de l'ensemble des règles sur les conditions de la répression (Strafbarkeit) et l'application des diverses mesures de sûreté et de prévention (Massnahmerecht) : les peines sont proportionnées à la responsabilité et à la culpabilité de l'accusé, tandis que l'application et le choix des

mesures dépendent de l'état personnel de l'auteur, voire de son état dangereux. Les modifications apportées au Code pénal suisse par la loi fédérale du 18 mars 1971 ont encore mieux mis en lumière cette distinction. La nette différence entre la responsabilité et l'état dangereux est généralement admise en doctrine ( 143 ).

73.- La distinction entre individus psychologiquement normaux et anormaux n'est pas très nette ( 144 ) et celle entre responsables et irresponsables reste floue. La psychiatrie reconnaît depuis quelque temps qu'il y a une zone intermédiaire entre la normalité et l'anormalité, où l'on trouve des individus qui sont nettement handicapés dans leurs capacités psychiques.

74.- Face à ce grand problème, la doctrine classique adopta une formule, qui est à la fois logique dans ses principes et pratique par sa simplicité : atténuer la responsabilité en raison de l'imperfection de l'état mental constatée par les experts, ce qui revient à faire d'une condition d'irresponsabilité une circonstance atténuante ( 145 ).

Cette solution était évidemment tout à fait conforme aux principes de la doctrine classique, qui considérait la peine comme une pure rétribution et fondait son application sur le libre arbitre : s'il était limité, la logique exigeait que la peine soit réduite. En pratique, ces idées laissaient la société sans protection face à des individus qui constituent, justement à cause de leur anormalité, un danger social plus marqué que les individus normaux. La solution classique était inacceptable du point de vue de la politique criminelle.

Les travaux préparatoires du Code pénal suisse montrent que le législateur a cru corriger ce défaut de la conception classique en statuant des mesures de sûreté à l'égard des délinquants à responsabilité restreinte dangereux (voir infra n. 121).

75.- Le législateur espagnol avait prévu, dès 1848, un système original d'exemption ou d'atténuation de la peine. Il fait de causes d'exemption de la peine qui ne réunissent pas toutes les conditions exigées par la loi ("Eximentes imperfectas") des circonstances d'atténuation. Le Code pénal péruvien de 1863 a repris la même conception. Ses projets de révision de 1877 et 1900-1902 en font foi et le Code actuel adopte la même technique législative, non sans la tempérer d'idées modernes d'origine helvétique. Soulignons que l'ancienne législation péruvienne, inspirée surtout du droit espagnol, reconnaissait l'existence d'états intermédiaires entre la maladie et la santé mentale, et leur attribuait la qualité de circonstances atténuantes.

76.- En revanche, en Suisse, on a bien compris dès les premiers avant-projets du code pénal qu'il fallait distinguer expressément la nombreuse catégorie des délinquants qui, au moment de commettre une infraction, n'étaient pas pleinement responsables: c'est ainsi qu'apparut la notion de responsabilité restreinte (verminderte Zurechnungsfähigkeit). L'article 14 al. 2 de l'avant-projet de 1908 statuait: "Si la santé mentale ou la conscience de l'auteur de l'acte était seulement troublée, ou si son développement mental était incomplet, le juge atténuera librement la peine (art. 53)". La responsabilité restreinte est définie selon la méthode biologique. Dès 1915, la seconde commission d'experts modifia le texte conformément à la méthode dite bio-psychologique (voir supra n. 67): "Si, par suite d'un trouble dans sa santé mentale ou dans sa conscience, ou par suite d'un développement mental incomplet, le délinquant, au moment d'agir, ne possédait pas pleinement la faculté d'apprécier le caractère délictueux de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation, le juge atténuera librement la peine (art. 65)" (art. 14). La même formule figurera dans l'article 11 du Code de 1937.

77.- La responsabilité restreinte est déduite de troubles dans la santé mentale ou dans la conscience, ou d'un développement mental incomplet. Ces états produisent, sur le plan psychologique, la diminution chez le délinquant de la faculté de comprendre le caractère illicite de l'acte ou de se déterminer d'après cette appréciation ( 146 ). Mais toute diminution des facultés psychologiques ne suffit pas pour admettre l'existence de la responsabilité restreinte. Elle doit être relativement importante ( 147 ), car la notion d'homme normal est conçue dans un sens large. Les petites anomalies n'ont pas pour effet de faire sortir l'individu du cadre de la normalité au sens de la loi ( 148 ).

La responsabilité restreinte, comme l'imputabilité, est en elle-même de nature juridique ( 149 ), un problème de droit. L'interprétation des états biologiques sera opérée à l'aide de la science médicale ( 150 ). Entre ces états biologiques et leurs effets psychologiques doit exister un rapport de causalité.

Nos réflexions et la définition négative de la responsabilité donnée par le législateur montrent que la responsabilité restreinte n'est pas une catégorie intermédiaire entre la responsabilité et l'irresponsabilité. Au contraire, les délinquants à responsabilité restreinte sont responsables ( 151 ) et capables d'agir fautivement. Ils peuvent donc être punis comme les autres individus jugés responsables, avec un tempérament : leur capacité de résistance aux impulsions criminelles est plus faible que celle des individus normaux.

Certains juristes estiment que la responsabilité restreinte détermine une diminution de la culpabilité et que la disposition qui la règle devrait figurer dans le code au chapitre concernant la fixation de la peine ( 152 ).

Le juge constatera d'abord l'existence ou la non-existence de l'imputabilité. Lorsqu'il a acquis la certitude que le délinquant est responsable, il peut s'interroger sur l'existence d'une responsabilité restreinte. S'il en est convaincu - et le doute ne suffit pas - , il déterminera la culpabilité dont il tiendra compte pour atténuer la peine. Jusqu'ici, le législateur n'a fait que suivre la doctrine classique. Cependant, il fait un pas de plus en reconnaissant au juge la faculté d'appliquer des mesures de sûreté aux délinquants à responsabilité restreinte dangereux (voir infra n. 121).

78.- Le législateur péruvien, qui s'est inspiré des travaux préparatoires suisses pour régler l'irresponsabilité, reste fidèle au système des causes partielles d'exemption de peine créées par le législateur espagnol de 1848 (voir supra n. 76). Il ne définit donc pas la responsabilité restreinte négativement, comme l'a toujours fait le législateur suisse. Il lui a échappé qu'il fallait, en raison de l'importance de cette catégorie de délinquants, précisément leur consacrer une disposition, qui se justifie d'autant plus que le droit péruvien a introduit les articles 91 et 92 sur l'internement et l'hospitalisation, qui reproduisent les articles 15 et 16 de l'avant-projet suisse de 1916.

A notre avis, le point de départ de la responsabilité restreinte réside dans la notion de responsabilité. Comme les articles 85 ch. 1 (irresponsabilité), 89, 91 et 92 (mesures à l'égard des irresponsables et des délinquants à responsabilité restreinte) et 93 (doute sur l'état mental de l'inculpé) sont d'inspiration helvétique, les principes établis par le législateur suisse quant à la responsabilité restreinte doivent servir à déterminer la responsabilité restreinte en droit péruvien.

## Section VI

### La culpabilité

79.- Un acte décrit par la loi, illicite et imputable à une personne responsable n'intéresse le droit pénal que s'il a été commis fautivement : pas de peine sans culpabilité ( 153 ). Ce principe fondamental n'implique ni une confusion entre le droit et la morale, ni une surestimation de la faute au détriment de la lésion du bien juridique.

La culpabilité suppose l'attribution de l'acte à son auteur et la constatation du caractère illicite de l'acte ( 154 ). Retenir la culpabilité, c'est reprocher à l'auteur son comportement illicite ( 155 ). Compte tenu du fait que tout acte illicite punissable est considéré pour lui-même, la culpabilité pénale se déterminera par rapport à chacun des actes pris isolément. Les notions de "culpabilité du caractère" ( 156 ) et de "culpabilité potentielle" sont étrangères au droit pénal moderne. Pour déterminer la culpabilité, il faut tenir compte des mobiles, du caractère, des sentiments et des autres "rapports personnels" ("persönliche Verhältnisse") de l'auteur ( 157 ).

Malgré la reconnaissance de la primauté du principe "pas de peine sans culpabilité", certaines législations pénales contemporaines conservent certaines survivances de la responsabilité sans faute : ainsi, dans le Code pénal suisse, les articles 20 (erreur de droit, voir infra n. 92), 27 (responsabilité de la presse) et 263 (acte commis en état d'irresponsabilité fautive) ( 158 ). Les applications sont plus nombreuses dans le Code péruvien : les articles 87 (erreur sur les faits et erreur de droit ; voir infra n. 89), 383 (contraventions ; voir supra n. 33), 169 et 170 (rixes) ( 159 ) et 229 ch. 4 (enlèvement qualifié). L'article 84, ab initio, mérite, selon nous, une remar-

que particulière : cette disposition statue que l'infraction est punissable même si le dommage que le délinquant a voulu causer est différent de celui qu'il a produit ; elle est inspirée de l'article 7 de l'ancien Code pénal, de tradition espagnole, qui prévoyait le châtement de l'auteur en raison du résultat illicite qu'il avait matériellement causé, abstraction faite de sa réelle intention ( 160 ).

L'ancien droit péruvien consacrait donc la responsabilité objective : l'auteur était considéré comme responsable de ses actes et du résultat qui en découlait en fait, et sans tenir compte de leur rapport subjectif. Il s'agissait de l'application du principe "qui in re illicite versatur tenetur etiam pro casu" (celui qui cause illicitement un résultat délictueux sera frappé de la peine prévue pour le délit intentionnel). A notre avis, l'article 84 du Code pénal péruvien doit être entendu dans ce sens ; il s'écarte du principe "pas de peine sans culpabilité". Dans son arrêt du 4 janvier 1944, la Cour Suprême a déclaré coupable d'homicide intentionnel (art. 150), le délinquant qui avait occasionné la mort d'une femme, alors qu'il voulait la posséder sexuellement sans son consentement ; les juges ont estimé que le délit perpétré était punissable en vertu du principe contenu à l'article 84 ( 161 ), malgré l'absence d'intention homicide du condamné.

Cette disposition prend toute son importance lors de l'interprétation de certaines dispositions de la partie spéciale du code, de l'article 167 par exemple, qui statue que, lorsque le délinquant aura causé un résultat grave qu'il n'a pas voulu et n'a pas pu prévoir, le juge pourra diminuer modérément la peine, jusqu'à la faire correspondre à la lésion qu'il a réellement visée. Le législateur s'est inspiré de l'article 115 de l'avant-projet suisse de 1916, inséré déjà dans l'avant-

projet de 1908 (art. 77) et qui figure actuellement dans le Code pénal (art. 124). En droit suisse, les conséquences fortuites de la lésion corporelle ne seront point prises en considération pour fixer la peine, car elles n'ont été ni voulues ni prévues par l'agent.

Ce devoir du juge n'apparaît pas clairement à la lecture de la disposition péruvienne car, d'une part, le législateur péruvien n'a pas concédé au juge que la faculté de diminuer la peine et, d'autre part, la rédaction équivoque fait penser à une simple circonstance d'atténuation de la peine. Si le législateur péruvien avait fidèlement repris la disposition suisse, nous serions obligé d'affirmer que l'article 167 n'est que la confirmation expresse du principe "pas de peine sans culpabilité" et que cette affirmation a paru utile à cause des habitudes prises par les tribunaux qui appliquaient l'ancien code pénal ( 162 ). Cependant, l'article 84 qui vise la responsabilité objective, permettrait au juge d'aggraver la peine en raison du résultat plus grave ni voulu ni prévisible.

La jurisprudence de la Cour suprême est contradictoire : elle n'impose pas carrément l'application automatique du principe "pas de peine sans culpabilité" et considère plutôt l'article 167 comme une cause d'atténuation des peines encourues pour lésions corporelles ( 163 ).

80.- Si l'unanimité règne au sujet de la primauté du principe "pas de peine sans culpabilité", des divergences subsistent quant à la nature même de la culpabilité.

Selon la théorie psychologique, la culpabilité est un lien de nature subjective qui lie l'acte délictueux à son auteur ( 164 ). Ce lien psychologique prend la forme de l'intention (dol, Vorsatz) ou de la négligence (Fahrlässigkeit). Une des principales critiques faites à cette conception se fonde sur

l'impossibilité d'y inclure la négligence dite inconsciente où le lien psychologique fait défaut ( 165 ).

La théorie normative de la culpabilité nie en revanche que la culpabilité soit seulement un rapport de nature psychologique entre l'auteur et son acte. Selon elle, la culpabilité est un jugement désapprobateur sur la personnalité du délinquant, motivé par la réalisation d'un acte illicite. Il s'agit d'un jugement de valeur juridique et non pas uniquement moral ( 166 ). Il est évident que ce jugement de valeur repose sur un état psychologique, soit la personnalité de l'auteur, car un simple jugement de valeur in abstracto ne peut jamais justifier l'infliction d'une peine. Il est donc inexact de prétendre que, selon cette conception, la culpabilité du délinquant "se trouve dans l'esprit des autres" (" ... die Schuld eines Menschen nicht in seinem Kopf, sondern in den Köpfen anderer stecke" ) ( 167 ). La culpabilité, juridiquement parlant, est avant tout un état psychologique, sur lequel repose un jugement de reproche. Elle ne réside donc pas "dans l'esprit des autres", mais dans celui du délinquant ( 168 ).

Cette conception a été durement attaquée par les partisans de la théorie finaliste de l'action, qui lui reprochent principalement de vouloir bâtir la notion de culpabilité avec des éléments de nature différente. A leur avis, la culpabilité ne peut pas comprendre en même temps l'objet du jugement de valeur (état psychologique) et le jugement de valeur lui-même. Ils considèrent qu'il faut débarrasser la culpabilité de cet aspect psychologique. La culpabilité serait alors exclusivement un jugement de valeur sur le processus de motivation de l'auteur ( 169 ).

81.- Selon la doctrine dominante et les codes pénaux suisse et péruvien, il n'existe que deux formes autonomes de culpabilité :

l'intention (dol) et la négligence. La préterintention ne constitue pas en elle-même une forme de culpabilité, mais un mélange d'intention (résultat voulu) et de négligence (résultat dépassant l'intention) ( 170 ).

Le dol (intention) est la forme la plus grave de la culpabilité. L'étude de l'évolution de son concept revient à se replonger en quelque sorte, dans nos recherches sur la culpabilité en général.

On a tenté de déterminer la nature du dol de deux façons différentes : la théorie de la volonté affirme que le dol consiste en vouloir le résultat délictueux ; la théorie de la représentation au contraire, s'écarte de cette conception trop restreinte, et admet que le délinquant agit avec dol, lorsqu'il s'est représenté le résultat délictueux.

Les divergences doctrinales ont été sans aucun doute exagérées. On a soulevé des oppositions qui ne correspondent pas à la réalité et qui sont une dénaturation de la pensée des auteurs. Personne n'a affirmé que le dol serait la pure volonté de produire un résultat délictueux ou qu'il serait uniquement une représentation de ce résultat. Les doctrines sont plus nuancées. Le dol repose en fait sur deux éléments, l'un intellectuel (conscience) et l'autre volitif (volonté).

82.- Les législateurs suisse et péruvien ont expressément défini l'intention, car le langage usuel ne lui attribue pas un sens suffisamment précis et la doctrine est loin d'être unanime sur ce point ( 171 ). Le Code pénal suisse statue à l'article 18 al. 2 : "Celui-là commet intentionnellement un crime ou un délit, qui le commet avec conscience et volonté". Cette définition du dol figurait aussi dans les avant-projets de 1908 et de 1916, quoique le texte ne fût pas identique. Ainsi, l'article 19 al. 2 de l'avant-projet de 1908 statuait : "Celui-là commet un délit

avec intention, qui agit le sachant et le voulant". Cette différence est due aux efforts déployés pour traduire correctement le texte allemand : "Vorsätzlich verübt ein Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt". Sur ce point, Gautier disait : "Il y a lieu d'observer que le deuxième alinéa de l'article 19 (avant-projet de 1908) est mal traduit. Le texte français ne rend pas du tout le sens de l'allemand. On pourrait exprimer cette règle en disant : "Celui-là commet un délit avec intention qui en réalise les éléments le sachant et le voulant" ( 172 ). En effet, l'auteur n'agit intentionnellement que s'il a conscience et volonté aussi bien de son acte que du résultat (lato sensu).

Lorsque les auteurs du projet péruvien de 1916 l'ont rédigé, ils ont omis de définir expressément le dol. Malgré l'influence suisse, le projet restait très attaché au modèle espagnol. Il n'a été modifié qu'au moment de l'élaboration du texte définitif : l'article 81 al. 2 du Code pénal péruvien statue que l'infraction est intentionnelle, lorsqu'elle a été commise par action ou omission consciente et volontaire. L'origine suisse de cette disposition est admise par ses auteurs eux-mêmes dans l'exposé de motifs ( 173 ), sans cependant en préciser expressément la source. Compte tenu de ce texte, il y a, à notre avis, deux possibilités : ou bien l'article 81 al. 2 procède directement de l'article 18 de l'avant-projet de 1908, ou bien le législateur péruvien a mal compris les formules contenues dans les projets postérieurs.

83.- Selon les Codes suisse et péruvien, les éléments du dol sont la conscience et la volonté. La doctrine les qualifie d'éléments intellectuel et volitif.

La conscience signifie tout d'abord la connaissance, de la part de l'auteur, de toutes les conditions contenues dans le

type légal (Tatbestand) (voir supra n. 40) ( 174 ). L'auteur doit être conscient de réaliser l'acte délictueux, de produire par là le résultat, de créer un lien de causalité entre eux, et de connaître tous les autres éléments essentiels au type (par exemple, la qualité de la victime, la nature de l'objet de l'infraction ou des moyens à employer, les circonstances de l'acte). Il n'est pas nécessaire, au contraire, que l'agent connaisse sa propre responsabilité, le degré de réalisation de son acte, les conditions objectives de la répression et le caractère punissable de son acte.

A notre sens, la conscience du caractère illicite de l'acte s'impose également ( 175 ). Cela n'implique pas la connaissance de la disposition transgressée ou du caractère punissable de l'acte, mais l'auteur doit savoir que son acte enfreint la norme qui sert de base à la disposition pénale, en d'autres termes que son acte heurte des exigences sociales et qu'il est pour cela juridiquement interdit ( 176 ). Que l'auteur estime son acte contraire à la morale reste aussi irrelevant.

La doctrine pénale moderne rejette donc d'une manière absolue l'application du principe "error juris nocet". Les divergences subsistent au sujet de la place à attribuer à la "conscience de l'illicéité" au sein des éléments qui composent la structure du délit. Certains juristes affirment qu'elle est un élément de la culpabilité distinct et indépendant du dol (Théorie dite de la culpabilité ou Schuldtheorie). Ses défenseurs les plus résolus sont les partisans de la théorie finaliste (Welzel, Maurach, Niese) et quelques défenseurs de la théorie normative (Bockelmann, Graf zu Dohna, Kohlarusch-Lange). D'autres, les défenseurs des théories normatives et psychologiques de la culpabilité (Baumann, Schöncke-Schröder, Jiménez de Asua, Soler), estiment que cet élément fait partie du dol (Vorsatztheorie). Cette manière de voir est très largement répandue dans la doctrine suisse et péruvienne. En revanche, le Tribunal fédéral a

systématiquement nié que la conscience de l'illicéité soit un élément du dol ( 177 ). La jurisprudence de la Cour Suprême péruvienne tend aussi à ne pas considérer cet élément du dol, du fait que le Code pénal ne reconnaît l'erreur de droit non coupable qu'à titre de circonstance atténuante (voir infra n. 90).

84.- L'autre élément du dol est la volonté, qui comprend précisément la connaissance des éléments de l'acte et de son caractère illicite. Il est impossible de vouloir ce qu'on ne connaît pas ( 178 ). Cet élément du dol ne doit pas être compris dans un sens restreint.

La doctrine distingue deux sortes de dol : le dol direct (unmittelbarer Vorsatz) et le dol éventuel (bedingter Vorsatz).

Il y a dol direct, lorsque l'auteur dirige immédiatement sa volonté vers le résultat qu'il s'est représenté comme certain. Il agit en voulant réellement causer le résultat : ainsi, Jean veut tuer André et tire contre lui un coup de feu. La volonté homicide de Jean est évidente, malgré la possibilité d'une maladresse de l'auteur, qui empêcherait le résultat. Il n'est pas non plus nécessaire que le résultat illicite soit le but final du comportement de l'auteur ( 179 ).

L'agent veut aussi le résultat illicite, lorsqu'il le tient pour certain et l'a consciemment accepté comme conséquence nécessaire de son acte ( 180 ).

Sur la base de ces considérations, certains juristes ont distingué le dol direct de premier degré (dolus directus ersten Grades oder Absicht) du dol direct du deuxième degré (dolus directus zweiten Grades oder einfaches Vorsatz) ( 181 ). La plupart des juristes s'insurgent contre cette distinction et estiment qu'il s'agit d'une seule et unique sorte de dol ( 182 ).

Dans certains cas, la volonté n'est pas si clairement exprimée : l'auteur envisage la survenance du résultat illicite, mais se décide malgré tout à agir ou à continuer l'exécution de son acte. De cette manière, il s'accommode (im Kauf nehmen ou sich abfinden) du résultat, car il ne veut pas mettre fin à son comportement dangereux. Cette manière de voir ("Theorie des "Sich Abfinden") est plus conforme à la réalité que la théorie du consentement ("Einwilligungstheorie"), parce que le résultat éventuel peut ne pas être désiré par l'auteur ( 183 ). La doctrine et la jurisprudence suisses reconnaissent que cette notion de dol est conforme à la définition de l'article 18 al. 2 du Code pénal ( 184 ). Les juristes péruviens ont aussi adopté cette conception à propos de l'article 81 al. 1 du Code pénal. A notre avis, les arrêts de la Cour Suprême ne permettent pas de dégager une conception claire du dol éventuel en droit péruvien.

85.- L'erreur est une fausse représentation de la réalité ou son ignorance. Pour le législateur, l'erreur sur les faits porte sur les éléments constitutifs objectifs de l'infraction (voir supra n.40) et tout autre fait propre à influencer directement sur le jugement de l'agent ( 185 ). L'erreur est commise sur une qualité de la victime (par exemple, l'âge d'un enfant victime d'un attentat à la pudeur), sur la nature de l'objet du délit (propriété d'une chose mobilière soustraite à autrui), sur les circonstances atténuantes ou aggravantes et sur les faits dont la présence justifierait l'acte délictueux (ainsi, en cas de légitime défense ou d'état de nécessité putatif), etc.

L'erreur sur les conditions d'irresponsabilité ou sur les conditions objectives de la répression (objektive Strafbarkeitsbedingungen) ne sera pas prise en considération ( 186 ). Cette conception, très largement adoptée par la doctrine et la jurisprudence suisses, est conforme aux principes de la théorie dite de l'intention (Vorsatztheorie) ( 187 ). Le Tribunal fédé-

ral a clairement affirmé que l'erreur sur les faits élimine le dol, mais à la seule condition que l'erreur ne soit pas due à la faute de l'auteur. Si l'auteur, en revanche, pouvait éviter l'erreur en usant des précautions voulues, il est punissable pour négligence, lorsque la loi réprime son acte à ce titre. Toutefois, comme le prévoit l'article 19, al. 1 in fine, l'erreur sur les faits n'est prise en considération que si elle est favorable à l'agent. Lorsque le délinquant a voulu un résultat plus grave que celui qu'il a en réalité produit, il commet une "Versuche oder umgekehrter Tatirrtum (art. 21-23)" ( 188 ).

86.- La formule de l'article 19 du Code pénal suisse figurait déjà - plus ou moins semblable - dans tous les avant-projets. Le législateur péruvien l'a connue, mais ne l'a pas retenue. L'article 87 al. 1, innovation sans précédent dans la législation péruvienne, statue que si l'infraction est commise à la suite d'une appréciation erronée des faits qui n'est pas due à la négligence de l'auteur, le juge pourra fixer la peine au-dessous du minimum légal. Le législateur péruvien a donc posé que l'erreur sur les faits non coupable n'entraîne que l'atténuation de la peine. C'est un cas de responsabilité objective, car la peine n'est infligée qu'en raison du résultat illicite. Si l'erreur sur les faits est due à la négligence de l'auteur, l'article 87 al. 1 n'est pas applicable. L'auteur sera puni même si la loi ne réprime pas son acte comme délit de négligence. Toutefois, le juge tiendra compte de cette circonstance dans la fixation de la peine, qui sera inférieure à celle qui frappe l'acte intentionnel. Ainsi, l'auteur d'un attentat à la pudeur des enfants, prévu et puni par l'article 199 ( 189 ), conscient de l'âge de l'enfant, encourt une peine supérieure à deux ans de réclusion ou d'emprisonnement (minimum légal) ; si cette conscience lui manquait en raison d'une erreur non coupable sur les faits, le juge fixera la peine au-dessous du minimum légal. L'article 87 ne permet pas d'exempter de peine l'auteur, bien qu'il soit non coupable. En revanche en droit suisse, l'auteur

sera acquitté, si l'erreur sur les faits était invincible (art. 19 al. 1), tandis que si l'auteur avait pu dissiper l'erreur, la loi prévoit, en raison de l'importance du bien juridique protégé, une peine d'emprisonnement "si le délinquant a agi en admettant par erreur que sa victime était âgée de seize ans au moins alors qu'en usant des précautions voulues il aurait pu éviter l'erreur" (art. 191 ch. 3).

Le Code pénal péruvien ne contient pas de règle pareille et la jurisprudence de la Cour suprême n'est pas du tout fixée sur ce point : les juges cherchent avant tout à déterminer l'âge de la victime, sans se demander si l'agent le connaissait au moment de l'infraction. La Cour affirme ainsi qu'"en cas de défaut de l'acte de naissance de la victime d'un attentat à la pudeur, l'acte de baptême légalisé par un notaire a légalement priorité sur l'expertise médicale"( 190 ).

87.- L'erreur sur les faits dite "non essentielle" n'a aucune influence sur la culpabilité de l'auteur.

L'auteur peut confondre l'objet qu'il vise avec un autre (erreur in objecto). L'erreur "in personam" est un cas particulier de l'erreur "in objecto". Les juristes suisses sont d'accord pour affirmer que ce type d'erreur est irrelevante lorsque le bien menacé et le bien réellement atteint sont également protégés par la loi ( 191 ) : ainsi, lorsque B croit tuer A, mais cause en réalité la mort de C, B commet un homicide intentionnel.

L'"aberratio ictus" ne constitue pas en fait une erreur ( 192 ). Le cas classique est celui d'un auteur qui veut tuer X, tire contre lui, mais atteint Y, qui se trouvait à côté de X. Le changement dans le résultat est dû à une altération inattendue des faits, voire du lien de causalité dans l'acte voulu par l'auteur.

Le législateur suisse n'a pas expressément réglé ce problème. La plupart des juristes suisses considèrent que l'auteur doit être puni pour tentative ou pour délit commis par négligence (concours idéal) ( 193 ). Cette solution n'est pas tout à fait exacte, car la loi protège le bien juridique en général et non celui d'une personne déterminé : "Du moment que l'agent avait l'intention de tuer une personne, et qu'il en tue effectivement une autre, le crime est consommé : l'article 111 (du Code pénal suisse) ne qualifie pas de meurtre le fait de tuer un individu déterminé, mais n'importe quelle personne" ( 194 ).—

En droit péruvien, l'article 81 statue : "l'infraction est aussi réalisée si le dommage que le délinquant a voulu est différent de celui qu'il a causé, ou si la personne qu'il a lésée n'est pas celle qu'il a visée". Au moment de fixer la peine, le juge ne tiendra pas compte des circonstances subjectives qui ont poussé l'auteur à décider et exécuter l'infraction, ni des qualités propres à la personne que l'auteur visait. Nous avons déjà analysé l'origine et l'application par la Cour suprême de la première partie de cette disposition dans le cadre de nos remarques sur la responsabilité objective (voir supra n. 81). Quant à la deuxième partie de cette disposition, le délit est aussi réalisé quand l'auteur, précisément à cause d'une erreur sur les faits ou d'une modification du lien de causalité, a lésé une personne qui n'est pas celle qu'il visait. Le juge fixe alors la peine sans tenir compte des circonstances aggravantes qui résident dans la personne lésée ; par exemple, si un fils tue son père en croyant que c'est un tiers, il sera puni pour meurtre, non pour parricide (art. 151 CPP) ; s'il tue en revanche un tiers, alors qu'il voulait la mort de son père, l'auteur sera condamné comme parricide, car l'article 84 statue que le juge prendre en considération pour déterminer la peine, les éléments subjectifs qui ont déterminé l'auteur à exécuter son acte et les circonstances personnelles de la vic-

time pressentie. L'auteur sera donc puni pour ce qu'il s'est représenté et a voulu en réalité commettre. La source de cette disposition est l'article 14 du projet italien de 1918 ( 195 ). Le législateur péruvien a préféré la solution positiviste. Et la Cour suprême, à notre avis, n'a pas correctement interprété cette disposition ( 196 ).

88.- L'auteur, qui ignore le caractère illicite de son acte, agit sous l'influence d'une erreur de droit. Il est conscient de tous les éléments objectifs de son acte illicite, mais le croit permis. L'erreur de droit est donc une fausse appréciation juridique d'une réalité connue. L'erreur de droit repose soit sur l'ignorance ou la méconnaissance de la norme, soit sur le fait que l'auteur croit à l'existence d'un fait justificatif.

Dans ce dernier cas, il est d'usage d'opérer une triple distinction : l'auteur croit, par erreur, à l'existence d'un fait justificatif que l'ordre juridique ne connaît pas ; il méconnaît les limites d'un fait justificatif reconnu ; enfin, il imagine par erreur que les conditions de fait d'un fait justificatif sont réalisées ( 197 ).

La doctrine suisse, suivie du Tribunal fédéral ( 198 ), considère justement que ce troisième cas, qui comprend notamment la légitime défense et l'état de nécessité putatifs, constitue en réalité une erreur sur les faits, de sorte que l'article 19 est applicable. En outre, la doctrine est unanime pour admettre que l'erreur de droit "inévitabile" (unvermeidbar) interdit d'imputer à l'auteur son acte illicite, et, partant, de le punir. Les controverses portent en revanche sur l'erreur de droit "évitable" (vermeidbar) : selon la théorie de l'intention (Vorsatztheorie), l'erreur fait disparaître l'intention (dol), lorsqu'elle n'est pas due à la faute de l'auteur ; si l'auteur, en revanche, agit par négligence, le résultat illicite ne sera punissable que si la loi le prévoit expressément ( 199 ).

En Allemagne, les défenseurs des théories finalistes et de la culpabilité (Schuldtheorie) critiquent vivement la solution choisie par les partisans de la théorie de l'intention. A leur avis, l'erreur de droit "évitable" n'affecte pas le dol (conçu comme un fait purement psychologique), mais la culpabilité (jugement de reproche). L'auteur ne sera donc frappé que d'une peine atténuée, conforme à sa culpabilité.

89.- L'article 20 du Code pénal suisse est une formule de compromis entre les partisans du maintien du principe "error iuris nocet" et ceux de la primauté de la "conscience de l'illicéité" en tant qu'élément de l'intention ( 200 ): "La peine pourra être atténuée librement par le juge (art. 66) à l'égard de celui qui a commis un crime ou un délit alors qu'il avait des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir. Le juge pourra aussi exempter le prévenu de toute peine". Les auteurs du code suisse ont longuement hésité avant d'adopter cette formule : l'avant-projet de 1908 (art. 21) statuait que la "peine pourra être atténuée à l'égard de celui qui a commis un délit alors qu'il se croyait en droit d'agir" : l'avant-projet de 1916 (art. 21) prévoyait la libre atténuation de la peine et le projet de 1918 (art. 18), en revenait à la simple atténuation.

Selon M. Schwander, l'erreur de droit n'a en définitive aucune importance dans le Code suisse. Elle n'empêche pas de punir l'auteur qui agit sans avoir conscience du caractère illicite de son acte. Cette disposition heurte donc le principe "pas de peine sans culpabilité" ( 201 ). Le législateur s'est cependant efforcé de limiter les effets injustes de cette règle. Il reconnaît au juge la faculté d'atténuer librement la peine (art. 66) ou même d'exempter de toute peine l'auteur qui avait des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir ( 202 ). En revanche, si l'erreur provient d'une négligence de l'auteur, le juge ne peut pas atténuer la peine. Il punit l'auteur comme

si l'acte avait été intentionnel ( 203 ). De lege ferenda, les juristes suisses adoptent la théorie du dol (Vorsatztheorie) et reconnaissent à l'erreur de droit non coupable le don d'éliminer le dol. La commission d'experts chargée de la revision du Code pénal a proposé, le 8 avril 1959, de modifier l'article 20 comme suit : "Hat dem Täter das Bewusstsein gefehlt, Unrecht zu tun, so ist er nicht wegen vorsätzlicher Tat strafbar" (al. 1). "Hätte der Täter bei pflichtgemässer Vorsicht das Unrecht seiner Tat erkennen können, so ist er wegen Fahrlässigkeit strafbar, wenn die Tat vom Gesetz als fahrlässiges Vergehen mit Strafe bedroht ist" (al. 2) ( 204 ).

L'article 20 a été interprété d'une façon restrictive par le Tribunal fédéral, qui affirme que la conscience de l'illégalité n'est pas un élément de l'intention ( 205 ). Les juges considèrent en même temps que, selon le principe de la culpabilité, il s'impose d'acquitter l'auteur dont l'erreur de droit n'était pas fautive. C'est dire que le Tribunal fédéral apporte ici une exception à la règle générale ( 206 ).

90.- Le législateur péruvien régle dans une même disposition (art. 87) l'erreur sur les faits et l'erreur de droit. Il n'a pas repris la formule employée dans l'avant-projet suisse de 1916, mais il s'en est inspiré.

Le premier alinéa de l'article 87 statue : "En cas d'infraction commise par une appréciation erronée des faits qui n'est pas due à la négligence de l'auteur, ou par ignorance ou erreur non coupable sur le caractère délictueux d'un acte que l'auteur avait cru licite, le juge pourra fixer la peine au-dessous du minimum légal". Il ne reconnaît donc au juge que la faculté d'atténuer la peine. C'est une entorse au principe "pas de peine sans culpabilité". Cette faculté du juge - déjà insuffisante - est encore sensiblement limitée par le deuxième

alinéa de l'article 87 : "L'ignorance de la loi pénale par le délinquant n'atténue en aucun cas la répression des délits punis d'une peine plus grave que l'emprisonnement". Le législateur péruvien consacre ainsi partiellement l'adage "nul n'est censé ignorer la loi". Il adopte du même coup une autre fiction consistant à supposer chez les auteurs de délits frappés de réclusion la conscience du caractère illicite de leurs actes. L'origine de cette disposition est l'article 6 de l'ancien Code pénal péruvien, qui prévoyait en substance que l'ignorance de la loi pénale n'exempte pas le délinquant de toute responsabilité.

Pour justifier l'alinéa 2 de l'article 87, le législateur péruvien ajoute que l'ignorance de la loi pénale ne modifie jamais la punition des délits punis d'une peine plus grave que l'emprisonnement, car chacun peut y reconnaître tout naturellement des délits : l'ignorance de la loi, en tant que cause d'excuse, n'intervient que pour des délits n'impliquant pas de violation grave de la morale universelle et qui peuvent de ce fait passer pour des "créations" de la loi ( 207 ).

Cette affirmation est certes partiellement exacte. Personne ne peut sérieusement prétendre ignorer l'interdiction de tuer autrui. Il est cependant inacceptable de faire dépendre l'intervention de l'erreur de droit d'une distinction fondée sur un critère arbitraire tel que la gravité de la peine. Et après avoir méconnu la vraie nature de l'erreur de droit, le législateur péruvien consacre un principe archaïque et abandonne le principe moderne de l'individualisation de la peine. La jurisprudence, d'ailleurs rare et confuse, n'a apporté aucune précision utile à l'interprétation de ce texte. Dans son arrêt du 24 mars 1948, la Cour suprême affirme : l'erreur d'appréciation sur les faits (art. 87) commise par l'auteur d'un attentat à la pudeur d'un enfant (art. 199), porte sur le caractère déli-

tueux de l'acte, non sur l'âge de la victime ( 208 ). Cette décision montre très clairement que la Cour suprême ne distingue pas nettement l'erreur sur les faits de l'erreur de droit.

91.- La négligence a traditionnellement été considérée avec le dol comme une forme de la culpabilité. Cette manière de voir est très discutée dans la doctrine moderne et les tenants de la théorie de l'action finaliste la rejette catégoriquement, affirmant que le partage des actes délictueux en délits intentionnels et délits de négligence est étranger à la détermination de la culpabilité. Les notions de dol et de négligence sont par là complètement modifiées ( 209 ). Cette conception a fortement influencé la jurisprudence allemande et ses adversaires ont dû en tenir compte. Ainsi, le professeur Jescheck soutient que la négligence n'est pas uniquement une forme de culpabilité, mais aussi un type particulier d'acte punissable qui a une structure propre tant dans le domaine de la culpabilité que dans celui de l'illicéité ( 210 ).

92.- L'auteur d'une infraction commise par négligence n'est puni que si la loi le prévoit expressément, statue l'article 18 al. 1 du Code pénal suisse, qui figurait déjà dans le projet de 1918 (art. 16 al. 1) et dans l'avant-projet de 1916 (art. 19 al. 1). L'article 81 al. 1 du Code pénal péruvien s'inspire directement de cette dernière disposition ( 211 ).

A côté de l'infraction intentionnelle, le législateur règle-  
ra donc de manière expresse le délit commis par négligence.

93.- L'article 18 al. 3 du Code pénal suisse statue : "Celui-là commet un crime ou un délit par négligence, qui, par une imprévoyance coupable, agit sans se rendre compte ou sans tenir compte des conséquences de son acte. L'imprévoyance est coupable quand l'auteur de l'acte n'a pas usé des précautions commandées

par les circonstances et par sa situation personnelle".

Ce texte figurait déjà aux articles 19 de l'avant-projet de 1908, 19 de l'avant-projet de 1916 et 16 de l'avant-projet de 1918. Le législateur péruvien l'a reproduit intégralement à l'article 82 al. 2 du Code pénal. Les législateurs suisse et péruvien ont employé la technique dite du "simple type causal" pour décrire les délits commis par négligence : par exemple, pour l'homicide par négligence : "celui qui, par négligence, aura causé la mort d'une personne ...".

Le législateur n'a certes pas seulement interdit un résultat dommageable : Il a surtout pros crit la réalisation d'un comportement dangereux qui peut entraîner la lésion d'un bien juridique. Comme pour les infractions intentionnelles, ce comportement est un acte conscient et volontaire et constitue la cause adéquate du résultat dommageable ( 212 ).

On ne peut déduire l'existence d'une négligence punissable de la seule production du résultat. En d'autres termes, le résultat n'est pas une condition objective de la répression, car il est dans un rapport direct de causalité avec l'acte de l'agent ( 213 ).

94.- Dans toutes les dispositions de la partie spéciale, qui décrivent des délits de négligence, l'ordre juridique impose tacitement aux membres de la communauté l'attention nécessaire pour éviter certains résultats nuisibles. L'auteur est tenu de prendre garde au danger et d'adopter correctement son comportement, eu égard aux conditions de l'action, de ses causes et conséquences, ainsi que des circonstances de fait qui l'accompagnent. Ce devoir est sans aucun doute directement proportionné à l'importance du bien juridique protégé et au degré du danger ( 214 ). Une fois appréhendé le danger ( 215 ), l'auteur doit

normalement s'abstenir d'agir, s'il ne peut éviter que le résultat ne se produise. Si cet acte est cependant permis en raison de son utilité sociale, et l'on pense, par exemple, au recours à des moyens de transport très rapides, l'auteur devra prendre les mesures de précaution, de contrôle et de surveillance qu'exigent les circonstances. Si la réalisation de l'acte demande une préparation ou des connaissances particulières, l'agent est préalablement tenu de se renseigner ou d'acquérir la capacité et l'expérience nécessaire pour accomplir l'acte sans que le résultat délictueux ne se produise ( 216 ).

L'observation objective (ex ante) du comportement de l'auteur - abstraction faite de sa situation personnelle ou de sa capacité - permet de déterminer s'il a respecté le devoir général d'attention, qui est exigé par l'ordre juridique. La violation de ce devoir permet de déterminer le caractère illicite de l'acte, non la culpabilité de l'auteur. Partant de cette donnée, il est exact de voir dans la formule suisse ("l'imprévoyance est coupable quand l'auteur n'a pas usé des précautions commandées par les circonstances"), une indication relative à l'illicéité ( 217 ).

95.- L'appréciation de la culpabilité dépend en revanche de la faculté de l'auteur de reconnaître et d'accomplir le devoir d'attention consistant à prévoir, puis éviter le résultat illicite ( 218 ). Cette capacité dépend essentiellement de l'agent, de sa formation, son instruction, ses facultés intellectuelles, sa mémoire, sa capacité professionnelle et son état physique au moment de l'acte ( 219 ).

Si le résultat était imprévisible ou inévitable, il ne sera pas imputé à l'auteur, car même s'il avait pris toutes les me-

sures de précaution, le résultat dommageable se serait produit. L'inobservation des mesures de précaution est généralement due à une erreur quant aux faits ou au caractère illicite de l'acte. Considérer l'erreur comme l'essence même de la négligence serait cependant inexact : le jugement sur la culpabilité ne repose pas sur l'erreur, mais au contraire sur la violation du devoir d'attention qui donne lieu à l'erreur et, par conséquent, au résultat. En outre, il n'y a pas de négligence dans tous les cas où l'auteur agit par erreur ( 220 ).

96.- Considérant que le manque d'attention de l'agent a trait à la prévision du résultat ou à la possibilité de l'éviter, la doctrine distingue deux sortes de négligence : la négligence consciente (bewusste Fahrlässigkeit) et la négligence inconsciente (unbewusste Fahrlässigkeit). Cette terminologie est discutable, car elle suggère comme possible une "culpabilité inconsciente". Il serait plus exact de dire "négligence avec représentation" et "négligence sans représentation" ( 221 ).

Dans la négligence consciente, l'auteur saisit bien le danger, mais le sous-estime et pense pouvoir l'éviter ; elle comporte en réalité un défaut de volonté de l'auteur, qui sciemment ne tient pas compte de l'éventualité du résultat.

Au contraire, il y a négligence inconsciente lorsque l'auteur a ignoré l'éventualité du résultat. L'auteur a manqué à son devoir d'attention. Cette sorte de négligence recèle un manque de perspicacité et de volonté de la part de l'auteur ou leur mauvais usage.

Le législateur suisse a consacré cette distinction à l'article 18 al. 3 ab initio, que nous avons cité plus haut (cf. n. 96). Nous avons déjà noté que le législateur péruvien avait fidèlement repris la formule suisse. Ces deux sortes de négli-

gence ne constituent pas des degrés différents de culpabilité ; il est impossible d'affirmer à priori que la négligence consciente soit plus grave que la négligence inconsciente ( 222 ).

97.- A maintes reprises, le Tribunal fédéral a précisé les conditions de la négligence ( 223 ).

Quant à la distinction entre la négligence consciente et le dol éventuel, les juges fédéraux ont posé qu'il y a "conscience non seulement lorsque l'auteur sait de connaissance certaine que les éléments objectifs de l'infraction sont donnés, mais aussi lorsqu'il envisage sérieusement comme possible qu'ils le soient. Une conscience de ce genre n'est pas nécessairement accompagnée de la volonté correspondante. Dans le cas de la négligence consciente, l'auteur tient aussi pour possible que les données objectives de l'infraction se réalisent. Mais il chasse de son esprit cette éventualité, comptant que le résultat ne se produira pas. En revanche, celui qui agit avec dol éventuel accepte le résultat envisagé comme possible, il le veut, pour le cas où il devrait se produire ( 224 ).

La Cour suprême péruvienne n'a jamais, à notre connaissance, dégagé une conception d'ensemble de la négligence. Tout de même, il est possible de déduire de sa jurisprudence ce qui en constitue les conditions : il faut d'abord une action "fautive" de la part de l'agent ( 225 ) ; ensuite, un résultat illicite que l'auteur devait prévoir et pouvait éviter ( 226 ) ; enfin, une imprévoyance coupable de l'auteur au moment d'agir ( 227 ). Dans sa jurisprudence assez souvent contradictoire, la Cour établit parfois la responsabilité d'une façon objective, soit sans accorder d'importance à la situation personnelle de l'auteur. La Cour suprême a puni comme auteur de lésions corporelles par négligence celui qui, malgré les ordres de la police,

jette un ballon en plastique rempli d'eau à une personne qui ne participe pas aux jeux de carnaval. Le projectile manque son but et atteint un enfant en train de boire une limonade. Le verre se casse et blesse l'enfant au visage. La Cour suprême conclut en affirmant que le délit est punissable, bien que la personne blessée ne soit pas celle que l'auteur entendait atteindre ( 228 ). Elle ne tranche pas le point de savoir si l'auteur, d'après sa situation personnelle, pouvait prévoir le résultat. A notre avis, elle a plutôt pris en considération le lien de causalité entre l'acte et le résultat et le fait que l'auteur a enfreint un ordre de la police.

98.- Les règlements et ordonnances de police ont pour but de prévenir les comportements dangereux. Leur inobservation n'implique pas nécessairement un dommage ou un défaut d'attention. Néanmoins, cette entorse aux mesures de sécurité constitue un indice de défaut, de la part de l'auteur, de l'attention nécessaire pour empêcher le résultat ( 229 ). Rendre responsable une personne de la lésion d'un bien juridique, du fait qu'elle l'a causée par un acte contraire à une disposition réglementaire, c'est consacrer le vieux principe du "versari in re illecita", contraire aux principes modernes de la culpabilité et de l'individualisation de la peine.

NOTES

Chapitre II

- 1- Par exemple, l'article premier du Code pénal français de Brumaire statuait que le délit consiste "soit à faire ce que la loi défend, soit à ne pas faire ce qu'elle ordonne", et l'article premier de l'ancien Code pénal péruvien de 1863 exprimait : les actions ou les omissions volontaires et malicieuses punies par la loi constituent les délits et les contraventions.
- 2- Schwander, p. 64 ; cf. Thormann-von Overbeck, art. 9, n. 1, p. 62 ; Germann, Verbrechen, p. 140 et ss ; Logoz, p. 29.
- 3- Le délit (lato sensu) est généralement désigné par la loi sous le nom d'infraction : art. 9 et 102 du Code pénal suisse ; art. 2, 6, 81, 83 du Code pénal péruvien.
- 4- Graven, RPS 1958 ( 73 ), p. 42.
- 5- P. V. de la 2ème comm. d'exp. I, p. 10 et ss ; Thormann-von Overbeck, art. 9, n. 9, p. 65.
- 6- Viterbo Arias, p. 554 et ss.
- 7- Voir infra n. 115.
- 8- Motifs 1894, p. 353.
- 9- Motifs 1908, p. 425.
- 10- Motifs 1908, p. 426.
- 11- La division bipartite des infractions et les contraventions de police dans le Projet de Code pénal fédéral, Fribourg 1899.
- 12- Lehrbuch, p. 96 et ss.
- 13- Introduction à l'étude du Code pénal suisse, p. 42.
- 14- art. 9, p. 34 et 387.
- 15- Verbrechen, p. 101.
- 16- Jescheck AT, p. 152 ; cf. Mezger-Blei, p. 52 et ss. Voir : Baumann, AT, p. 201 et 202 ; Maurech AT, p. 174 et ss ; Germann, RPS 1951 ( 66 ), p. 488.
- 17- Jescheck AT, p. 153 ; cf. Mezger-Blei, p. 56 et ss ; Schöncke-Schröder, p. 17 ; Bettiol PG, p. 217 et 218.

- 18- Baumann AT, p. 177 ; Mezger-Blei, p. 51.
- 19- Welzel, Lehrbuch, p. 30 ; cf. Maurach AT, p. 161.
- 20- Welzel, Lehrbuch, p. 31 ; cf. Stratenwerth AT, p. 59.
- 21- Schöncke-Schröder, p. 19 : "Zwischen der finalen Handlung und der fehrlässigen Unterlassung gibt es im Handlungsbereich schlechthin keine Gemeinsamkeit". Voir : Jescheck AT, p. 152 ; Baumann AT, p. 156 et ss.
- 22- Germann, RPS 1951 ( 66 ), p. 488 ; cf. Schöncke-Schröder, p. 19 ; Mezger-Blei, p. 57 ; Baumann AT, p. 199.
- 23- Stooss, RPS 1896 ( 9 ), p. 223 et 237 ; Zürcher, Motifs 1908, p. 46.
- 24- Cette disposition figurait déjà dans l'ancien Code pénal péruvien : art. 14.
- 25- Mezger, Lehrbuch, p. 92 ; cf. Jiménez, Tratado III, p. 341.
- 26- Schwander, p. 77 ; Germann, Verbrechen, p. 163 ; Hafter, Lehrbuch, p. 76 ; Schultz, Unterlassungsdelikt, p. 27 et ss (spécialement p. 37) ; Jiménez, Tratado III, p. 339 ; Jescheck AT, p. 413-415 ; Maurach AT, p. 580.
- 27- Cf. ATF 1947 73 IV 167 ; 1949 75 IV 60 ; 1953 79 IV 145 ; 1957 83 IV 27.
- 28- Influencée directement par les idées du professeur Jiménez de Asua.
- 29- Cf. Maurach AT, p. 193 ; Jescheck AT, p. 187.
- 30- Schwander, p. 69 et 70 ; Jescheck AT, p. 188 ; Jiménez, Tratado III, p. 221.
- 31- Schwander, p. 69 ; cf. Maurach AT, p. 203.
- 32- Cf. ATF 1958 84 IV 64, 1957 83 IV 410, 1961 87 IV 64 ; arrêt du 18 août 1939 (Rev. de los T. 1939, p. 351).
- 33- Hafter, Lehrbuch, p. 71 ; cf. Jiménez, Delito, p. 210.
- 34- Cf. Maurach, AT, p. 188 ; Mezger-Blei, p. 70 et 71 ; Baumann AT, p. 178 ; Jescheck AT, p. 154 ; Schwander, p. 108.
- 35- Germann, Kommentar, p. 38.
- 36- Dans ce sens, il a été conçu tout d'abord par Beling : Lehre von Verbrechen ( 1906 ).

- 37- Les dispositions des projets suisses figurent à côté des articles péruviens sont les sources d'inspiration de ceux-ci.
- 38- Bettiol PG, p. 209 : "Gli elementi normativi sono quegli elementi che postulano, ai fini della loro esistenza, una valutazione tutta speciale da parte del giudice ; al di fuori della valutazione specifica essi non esistono come elementi di fatto che possano venire in considerazione ai fini delle determinazione degli elementi caratteristici di una fattispecie".
- 39- Tratado III, p. 181 ; cf. Bettiol PG, p. 210 ; Baumann AT, p. 114 : "Dass deskriptive Tatbestandsmerkmale Rechtsgleichheit und Rechtsicherheit fördern, normative sie aber gefährden können, liegt auf der Hand".
- 40- Jiménez, Tratado III, p. 729.
- 41- Cf. Mezger-Blei, p. 100 et ss ; Jescheck AT, p. 212 et ss ; Baumann AT, p. 271 et ss. Voir : Welzel, Lehrbuch, p. 74 et ss ; Stratenwerth AT, p. 87 et 88.
- 42- Maurach AT, p. 294 ; cf. Jescheck AT, p. 168 ;
- 43- Jiménez, Tratado III, p. 869 et ss ; la distinction entre illiquidité formelle et matérielle a été prônée par Liszt ; T I, p. 204 et 205. Voir : Jescheck AT, p. 159 ; Darbellay, p. 110 et ss.
- 44- Maurach AT, p. 297 et 298 ; contrat : Hafter, Lehrbuch, p. 95 ; Darbellay, p. 88 et ss (spécialement p. 101 et 102).
- 45- Bettiol PG, p. 262 et 266 ; cf. Maurach AT, p. 290.
- 46- Germann, Verbrechen, p. 120 ; cf. Baumann AT, p. 247 ; Jescheck AT, p. 166 et 280 ; Maurach AT, p. 290 ; sur la théorie subjective de l'illiquidité voir : Graf zu Dohna : Die Rechtswidrigkeit als allgemeines Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen ( 1905 ).
- 47- Maurach AT, p. 295.
- 48- Germann, Verbrechen, p. 211 ; cf. Jescheck AT, p. 220 ; Maurach AT, p. 297.
- 49- Reichsgericht 61, 247, cité par Maurach AT, p. 298.
- 50- Germann, Verbrechen, p. 211

- 51- Jescheck AT, p. 220 et 221 ; cf. Germann, Verbrechen, p. 211  
51a-Rechtsfertigungsgründe, p. 4 et 5.
- 52- Art. 85 - Sont exemptés de peine : ... ch. 2 - Celui qui agit pour sa défense personnelle ou celle de ses droits, ou pour la défense de la personne ou des droits d'autrui, dans tous les cas où se trouveront réunies les circonstances suivantes :  
1) agression illégitime ; 2) nécessité rationnelle du moyen employé pour éviter ou repousser l'agression ; 3) absence de provocation suffisante de la part de celui qui se défend.
- 53- Cf. Logoz, art. 33, n. 2, p. 132 ; Germann, Verbrechen, p. 215 ; Thormann-von Overbeck, art. 33, n. 2, p. 140 ; Waiblinger, FJS 1205, p. 4 ; Bramont, Código anotado, p. 172 ; Soler T I, p. 359 ; Baumann AT, p. 286 ; Jescheck AT, p. 227.
- 54- cf., ATF 1953 79 IV 152.
- 55- Thormann-von Overbeck, art. 33, n. 5. p. 140 ; Hafter, Lehrbuch, p.145 ; Logoz, art. 33, n. 2, p. 133 ; Maurach AT, p. 309.
- 56- Logoz, art. 33, n. 2b, p. 133 ; Germann, Verbrechen, p. 216 ; Bouzat et Pinatel estiment que vis-à-vis d'un irresponsable, la défense perd le caractère de justice, et qu'elle n'a plus que celui d'acte de nécessité : p. 362. Voir : ATF 1971 97 IV 74 cons. 2.
- 57- Cf. ATF 1943 69 IV 51 et l'arrêt péruvien du 12 mai 1938 (Rev. de los T. 1938, p. 210).
- 58- Cf. Schwander, p. 83 ; Germann, Verbrechen, p. 215 ; Waiblinger, FJS 1205, p. 6 ; Thormann-von Overbeck, art. 33, n. B, p. 140 ; Mezger-Blei, p. 130 ; Baumann AT, p. 289 ; Jiménez, Delito, p. 294 ; Bramont, Código anotado, p. 174 ; Soler T I, p. 364.
- 59- Cf. Logoz, art. 33, n. 4, p. 134 ; Hafter, Lehrbuch, p. 144 : "Nur dürfen sie nicht eine Gefährdung der Allgemeinheit darstellen".
- 60- Cf. Soler T I, p. 339.
- 61- Germann, Verbrechen, p. 216 ; Schwander, p. 83 ; Waiblinger, FJS 1205, p. 5. Les juristes allemands acceptent, en revanche, la légitime défense au sujet des attaques contre les biens

- étatiques, sauf lorsqu'il s'agit de notions trop larges comme par exemple : "ordre juridique" ou "bien public", cf. Maurach AT, p. 309 ; Jescheck AT, p. 228.
- 62- Germann, STGB, p. 65. Voir : ATF 1953 79 IV 152.
- 63- Germann, Verbrechen, p. 216 ; Schwander, p. 83 ; Waiblinger, FJS 1205, p. 7 ; Jiménez, Delito, p. 295 ; Baumann AT, p. 291 ; Jescheck AT, p. 230 ; Mezger-Blei, p. 131.
- 64- Waiblinger, FJS 1205, p. 7 ; Baumann AT, p. 291.
- 65- Waiblinger, FJS 1205, p. 7.
- 66- Baumann AT, p. 291 ; Mezger-Blei, p. 130.
- 67- Logoz, art. 33, n. 4, p. 134 ; Germann, Verbrechen, p. 216 ; Schwander, p. 84 ; Jiménez, Delito, p. 296 ; Soler T II, p. 365.
- 68- Germann, Verbrechen, p. 216 ; Waiblinger, FJS 1205, p. 9 ; Bramont, Código anotado, p. 175. Cf. ATF 1960 86 IV 1, 1953 79 IV 154 et les arrêts du 15 juin 1940 (Rev. de los T. 1940, p. 227) et du 17 novembre 1952 (Rev. de J. P. 1952, p. 3121).
- 69- Mezger-Blei, p. 132.
- 70- Cf. Jescheck AT 230 ; Maurach AT, p. 314 ; Nagler-Jagus, LK, p. 368 et 369 ; Baumann AT, p. 292.
- 71- Waiblinger, FJS 1205, p. 10 ; le même exemple est donné par Germann, Verbrechen, p. 217 ; Schwander, p. 84.
- 72- Cf. Waiblinger, FJS 1205, p. 10 ; Logoz, art. 33, p. 135.
- 73- T I, p. 367 et ss.
- 74- Logoz, art. 33, n. 6, p. 136 ; cf. Waiblinger, FJS 1205, p. 11.
- 75- Hafter, Lehrbuch, p. 151 ; Spillmann, p. 21 ; Jiménez, Delito, p. 302 ; Maurach AT, p. 320.
- 76- Cf. Logoz, art. 34, n. 2, p. 138 ; Hafter, Lehrbuch, p. 151 ; Germann, Verbrechen, p. 218 ; Soler T I, p. 359 et 374.
- 77- Projet de 1918, art. 33 ; avant-projet de 1916, art. 35 ; avant-projet de 1908, art. 27 ; avant-projet de 1896, art. 20.
- 78- ATF 1949 75 IV 49.
- 79- Cf. Jiménez, Delito, p. 294 ; Bramont, Código anotado, p. 180 ; Soler T I, p. 377.
- 80- Logoz, art. 34, n. 8, p. 140.

- 81- Cf. Thormann-von Overbeck, art. 34, n. 11, p. 145 ; Logoz, art. 34, n. 6, p. 139 ; Germann, Verbrechen, p. 219 ; Hafter, Lehrbuch, p. 153 ; Schwander, p. 82.
- 82- Cf. Logoz, art. 34, n. 5, p. 138 ; Spillmann, p. 21 ; Germann, Verbrechen, p. 219 ; Hafter, Lehrbuch, p. 152 ; Thormann-von Overbeck, art. 34, n. 9, p. 145 ; Jiménez, Delito, p. 311 ; Soler T I, p. 379.
- 83- Germann, Verbrechen, p. 219 : "Die notstandsfähigen Güter sind in G. nicht limitativ aufgezählt. Denkbar ist aber auch der Schutz öffentlicher Interessen".
- 84- Germann, Verbrechen, p. 53, 218 et 219 ; Schwander, p. 82 ; Waiblinger, FJS 1206, p. 2 ; Hafter, Lehrbuch, p. 156 ; Logoz, art. 34, n. 8, p. 141.
- 85- Brägger, p. 134 ; Spillmann, p. 23 et ss ; Noll, Rechtsfertigungsgründe, p. 24 et ss. Noll estime que le Tribunal fédéral accepte implicitement cette manière de voir ; consulter l'ouvrage cité, p. 27, où il analyse remarquablement le cas Humberstet : ATF 1949 75 IV 49. Thormann-von Overbeck, art. 34, n. 2 et 3, p. 145 et 146, considèrent que l'état de nécessité exclut uniquement la peine lorsque les biens en conflit sont de la même valeur. Enfin, Schröder estime que l'état de nécessité prévu à l'article 34 du Code pénal suisse ne fait disparaître que la culpabilité, et que pour les autres cas on doit appliquer l'état de nécessité supra-légal, RPS 1960 75, p. 12 et ss.
- 86- Gramont, Código anotado, art. 85, p. 179 ; consulter : Jiménez, Delito, p. 309, du même auteur Tratado IV, p. 331 et 340.
- 87- Logoz, art. 34, n. 8b, p. 141 ; Germann, Verbrechen, p. 220 ; Hafter, Lehrbuch, p. 155 ; contra Spillmann, p. 26.
- 88- Gramont, Código anotado, art. 85, p. 180.
- 89- ATF 1949 75 IV 52 ; arrêt du 23 octobre 1939 (Rev. de los T. 1939, p. 372).
- 90- Germann, Verbrechen, p. 220 ; Hafter, Lehrbuch, p. 154 ; ATF 1949 75 IV 53.
- 91- Hafter, Lehrbuch, p. 159.

- 92- RPS 1897 ( 10 ), p. 351 ; cf. Thormann-von Overbeck, art. 32, n. 2, p. 137.
- 93- Noll, Rechtsfertigungsgründe, p. 37 ; Hafter, Lehrbuch, p. 166.
- 94- Maurach AT, p. 350.
- 95- Bettiol PG, p. 290.
- 96- Waiblinger, FJS 1204, p. 5 et 6 ; Spillmann, p. 33.
- 97- Cf. Noll, Rechtsfertigungsgründe, p. 41 ; Maurach AT, p. 334.
- 98- Bettiol PG, p. 285.
- 99- ATF 1952 78 IV 70, 1953 79 IV 89 ; cf. Logoz, art. 221, p. 437 ; P.V. 2ème comm. d'exp. III, p. 323.
- 100- Noll, Rechtsfertigungsgründe, p. 38 ; ATF 1946 72 IV 178.
- 101- Spillmann, p. 37 ; Germann, Verbrechen, p. 316, j. Kaufmann, p. 15.
- 102- Cf. Waiblinger, FJS 1204, p. 7 ; Spillmann, p. 37 et 38 ; Hafter, Lehrbuch, p. 163 ; Logoz, art. 32, n. c, p. 127 ; Thormann-von Overbeck, art. 32, n. 7, p. 137.
- 103- Bramont, Codice anotado, art. 85, p. 183.
- 104- Noll, Rechtsfertigungsgründe, p. 37 ; Waiblinger, FJS 1204, p. 10 ; Logoz, art. 32, n. 3, p. 128.
- 105- Noll, Rechtsfertigungsgründe, p. 38, du même auteur : Uebergesetzliche, p. 55.
- 106- Maurach AT, p. 352.
- 107- Lehrbuch, p. 161 ; Spillmann, p. 32. Parmi les allemands, on doit citer Liszt, T I, p. 179 ; Jescheck AT, p. 257 et ss ; Maurach AT, p. 352 ; sur ce point consulter aussi : Logoz, art. 32, n. 3, p. 128 ; Waiblinger, FJS 1204, p. 12.
- 108- Contra : Bettiol PG, p. 291 à 295. Voir Soler T I, p. 270 à 278, qui considère l'obéissance à un ordre obligatoire de la part d'un subordonné qui n'a pas le droit de refuser l'exécution comme une circonstance qui fait disparaître l'action.
- 109- Noll, Uebergesetzliche, p. 55 ; Hafter, Lehrbuch, p. 160 ; Waiblinger, FJS 1204, p. 14.
- 110- Cf. Logoz, art. 32, p. 129 ; Hafter, Lehrbuch, p. 165-

- 111- Cf. Maurach AT, p. 341 et 342 ; Noll, Uebergesetzliche, p. 88 ; Germann, Verbrechen, p. 239 et Grundfragen, p. 15 ; Stooss, RPS 1893 ( 6 ), p. 53 ; Waiblinger, FJS, 1204, p. 15 ; Zürcher, Motifs 1908, p. 53 ; Spillmann, p. 35.
- 112- Cf. Jiménez, Delito, p. 315, du même auteur Tratado IV, p. 664 et ss ; voir : Maurach AT, p. 346. Opinion différente : Clerc, p. 96.
- 113- Mezger, Lehrbuch, p. 280 ; cf. Jescheck AT, p. 266 ; Clerc, p. 69.
- 114- Hafter, Schuld, p. 2.
- 115- Maurach AT, p. 427 ; cf. Germann, Verbrechen, 120, note 158.
- 116- Cf. Jescheck AT, p. 272 et 273 ; Maurach AT, p. 427 et 428.
- 117- On ne trouve que très rarement dans les codes pénaux une définition positive de la responsabilité, ainsi, dans le Code pénal italien à l'article 85 al. 2 : "E imputabile chi ha la capacità d'intendere e di volere".
- 118- Cf. Stooss, Lehrbuch, p. 80 et 81 ; du même auteur : RPS 1905 p. 167 et ss ; Zürcher, Motifs 1908, p. 41.
- 119- P.V. de la 2ème comm. d'exp. I, p. 124 et ss ; Thormann-von Overbeck, art. 10, n. 2, p. 67 et 68 ; Oehen, p. 26 et 29.
- 120- P.V. 2ème comm. d'exp. I, p. 492.
- 121- A notre avis, cette différence terminologique ne revêt pas une grande importance. Dans le Code pénal péruvien (art. 85 ch. 1), comme dans l'avant-projet suisse de 1916, figure le terme "délictueux".
- 122- Jiménez, Unificacion, p. 136.
- 123- Jolidon, p. 35 et 36 ; Welzel, Lehrbuch, p. 148 ; Kohlarausch-Lange, p. 21.
- 124- La conscience de l'illicéité ne revêt d'importance que lors de la détermination de la culpabilité de l'auteur.
- 125- Thormann-von Overbeck, art. 10, n. 8, p. 70.
- 126- Cf. Jiménez, Delito, p. 333 ; Thormann-von Overbeck, art. 10, n. 11, p. 70. Voir spécialement la remarquable thèse de Oehen, Die Entwicklung der strafrechtlichen Schuldlehre in der Schweiz. Literatur seit 1890.

- 127- Jolidon, p. 41 et 42.
- 128- Schwander, p. 103.
- 129- Jolidon, p. 21, qui se base sur l'ouvrage de Binder : Die Geisteskrankheit im Recht.
- 130- Jolidon, p. 22.
- 131- Cf. Maurach AT, p. 432 ; Mezger-Blei, p. 172 ; Jescheck AT, p. 290.
- 132- Jolidon, p. 23 ; Logoz, art. 10, n. 5, p. 40.
- 133- Cf. Mezger-Blei, p. 171 ; Maurach AT, p. 433 ; Jescheck AT, p. 289.
- 134- Un irresponsable peut agir et partant la responsabilité ne s'identifie pas à la capacité d'agir ; cf. Logoz, art. 10, n. 5, p. 40 ; contra : Binding, T II, p. 117.
- 135- Voir Zürcher, Motifs 1908, p. 45 ; Stooss, RPS 1929 ( 42 ), p. 130, note 1 ; Schwander, p. 109 ; Logoz, art. 12, n. 2, p. 46 ; Clerc, p. 76 ; Graven, Responsabilité, p. 10 ; Thormann-von Overbeck, art. 10, n. 2, p. 76 et 77 ; Hafter, Lehrbuch, p. 112 et 113 ; Germann, Verbrechen, p. 168.
- 136- Mezger-Blei, p. 182 : "Es liegt eine in actu "unfreie", doch in causa "freie" Handlung vor (Kohlrausch)" ; cf. Maurach AT, p. 440 et 441.
- 137- Voir les ouvrages cités à la note 135 et ATF 1955 85 IV 2.
- 138- Hafter, Lehrbuch, p. 113 ; Thormann-von Overbeck, art. 12, n. 2, p. 77 ; Zürcher, Motifs 1908, p. 45.
- 139- Cf. Jiménez, Derecho penal, p. 17.
- 140- Voir : P.V. 2ème comm. d'exp. I, p. 128 ; Thormann-von Overbeck, art. 13, p. 78 et ss ; Schwander, p. 104 et 105 ; Graven, RPS 1959 ( 75 ), p. 348 et ss ; ATF 1945 71 IV 193, 1949 75 IV 145, 1955 81 IV 7, 1965 91 IV 68. Le nouvel article 13 du Code pénal suisse statue : "L'autorité d'instruction ou de jugement ordonnera l'examen de l'inculpé s'il y a doute quant à sa responsabilité ou si une information sur son état physique ou mental est nécessaire pour décider une mesure de sûreté.

Les experts se prononceront sur la responsabilité de l'inculpé, ainsi que sur l'opportunité et les modalités d'une mesure de sûreté selon les articles 42 à 44.

- 141- "Gli autori e compartecipi di un delitto ne sono sempre legalmente responsabili, tranne i casi di giustificazione del fatto".
- 142- Abastos, Rev. de d. y cienc. polit. 1937-8, p. 11 ; Bramont, Código anotada, p. 162.
- 143- Germann, Verbrechen, p. 60 et 61 ; Schwander, p. 252 ; Soler T II, p. 13 ; Jiménez, Delito, p. 332 ; contra : Ancel, p. 291 et 292.
- 144- Hafter, Schuld, p. 11.
- 145- Quintano Ripolles, Compendio, T I, p. 297 et ss.
- 146- Cf. ATF 1952 76 IV 57 et 211.
- 147- Ainsi : ATF 1947 73 IV 212. Le Code pénal allemand prévoit expressément cette condition : "War die Fähigkeit, das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln zur Zeit der Tat aus einem dieser Gründe erheblich vermindert ...". Cf. Schöncke-Schröder, p. 450.
- 148- Cf. Schwander, p. 107 ; Logoz, art. 11, n. 5, p. 44. Cf. ATF 1951 77 IV 215, 1952 78 IV 212, 1955 81 IV 8, 1956 88 IV 9.
- 149- Jolidon, p. 61.
- 150- Thormann-von Overbeck, art. 13, n. 5, p. 80.
- 151- Stooss, Grundzüge I, p. 194 ; cf. Germann, Verbrechen, p. 167 ; Schwander, p. 107 ; Logoz, art. 11, n. 2, p. 43 ; Thormann-von Overbeck, art. 11, n. 3, p. 73 et 74.
- 152- Baumann AT, p. 372 et 373 ; Mezger-Blei, p. 183 ; Maurach AT, p. 445. Voir : Logoz, art. 11, n. 2, p. 43.
- 153- Hafter, Lehrbuch, p. 101 ; Mezger, La culpa, p. 2 ; Mezger-Blei, p. 158 ; Bettiol PG, p. 329.
- 154- Schwander, p. 88.
- 155- Mezger-Blei, p. 160 : "Mit dem Schuldurteil erheben wir gegen den Täter aus seinem rechtswidrigen Verhalten einen persönlichen Vorwurf" ; cf. Welzel, Lehrbuch, p. 133 ; Jescheck AT, p. 281 ; Bettiol PG, p. 334.
- 156- Liszt-Schmidt AT, N. 36 IV 1.

- 157- Germann, Verbrechen, p. 174 ; cf. Jiménez, Tratado V, p. 232 et 233 ; Binding T II, p. 283 ; Baumann AT, p. 347 ; A. Kaufmann, p. 187 ; Welzel, Lehrbuch, p. 137.
- 158- Les juristes discutent de la structure juridique de cette disposition. Cf. Schwander, p. 110 ; Logoz, art. 10, n. 8, p. 41 ; Hafter, Lehrbuch BT, II, p. 480 - 483 ; Thormann-von Overbeck, art. 263, p. 353 - 355. Le Code pénal allemand contient une disposition semblable : art. 330 a. Cf. Maurach AT, p. 443.
- 159- La source de l'article 169 est l'article 122 de l'avant-projet suisse de 1916, et celle de l'article 170 les articles 95 du Code pénal argentin et 237 de l'ancien Code pénal péruvien. L'article 170 rappelle beaucoup certaines dispositions des codes pénaux cantonaux, par exemple, les articles 226 et 253 du code valaisan.
- 160- Viterbo Arias, p. 54 et 55.
- 161- Arrêt du 4 janvier 1943 ( A. J. 1943, p. 407).
- 162- P.V. 2ème comm. d'exp. II, p. 232 et 233 ; Logoz, art. 124, p. 53.
- 163- Arrêts du 12 mai 1938 ( A. J. 1938, p. 210), 12 février 1942 (A.J. 1942, p. 97), 16 février 1950 (Rev. del F. 1950, p. 371), 18 octobre 1951 (Rev. del F. 1952, p. 1729). L'inexactitude de la doctrine de la Cour suprême ressort plus clairement de son arrêt du 20 octobre 1948 (A.J. 1948, p. 271), où elle affirme : "Le délit préterintentionnel (sic) dont l'article 167 parle, exige l'existence d'un acte intentionnel".
- 164- Binding, T II, p. 247 ; Radbruch ZStW 1904, p. 338 - 348 ; Schwander, p. 88 ; Rittler AT, p. 153 et 164 ; H. Mayer, p. 101 et ss ; Nunez T II, p. 24.
- 165- Cf. A. Kaufmann, p. 21, 31 et ss ; Baumann AT, p. 356 ; Jescheck AT, p. 276 ; Jiménez, Tratado V, p. 155.
- 166- Mezger, La culpa, p. 14 et ss ; Mezger-Blei, p. 156 et 158 ; Jescheck AT, p. 276 ; Baumann AT, p. 356. Au sujet de la doctrine suisse, cf. principalement : Kühne, Die normative Schuldlehre in ihrer Bedeutung für das schweiz. Strafrecht (Thèse, Bâle 1958) Oehen, Die Entwicklung der strafrechtlichen Schuldlehre in der schweiz. Literatur seit 1890 (Thèse, Fribourg 1960).

- 167- Rosenfeld, ZStW 1911, p. 466.
- 168- Mezger, Lehrbuch, p. 248-250 ; Mezger-Blei, p. 157.
- 169- Maurach AT, p. 368 et 369 ; Welzel, Lehrbuch, p. 135, ZStW 1941, p. 456, et Das neue Wild, p. 41 et ss ; Stratenwerth, p. 148-150.
- 170- Le législateur italien a défini la préterintention à l'article 43 al. 2 comme suit : "è preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente".
- 171- Zürcher, Motifs 1908, p. 47.
- 172- P.V. 2ème comm. d'exp. I, p. 146.
- 173- In : Código penal peruano, édité par E. Perez, p. 25.
- 174- Logoz, art. 18, p. 63 ; Thormann-von Overbeck, art. 18, n. 11, p. 93 et ss ; Schwander, p. 90 ; Germann, Verbrechen, p. 176 et 177 ; Lerch, RPS 1951 ( 66 ), p. 163 ; Mezger-Blei, p. 194.
- 175- Germann, Verbrechen, p. 185 et 186 ; Lerch, RPS 1951 ( 66 ), p. 168 et ss ; Schwander, p. 98 ; Hafter, Lehrbuch, p. 124 et 125 ; Mezger-Blei, p. 204 et ss. Contra : Stooss, RPS 1899 ( 12 ), p. 1 et ss ; Thormann-von Overbeck, art. 18, n. 14, p. 94 ; Gautier, P.V. 2ème comm. d'exp. I, p. 146.
- 176- Maurach AT, p. 474 ; Jescheck AT, p. 297 et 298.
- 177- Cf. ATF 1956 82 IV 15, 1964 90 IV 48.
- 178- Germann, RPS 1952 ( 77 ), p. 374.
- 179- Mezger-Blei, p. 188 : "Auch was nur Durchgang zu weiteren Zielen ist, ist unmittelbar gewollt".
- 180- Logoz, art. 18, p. 65 ; cf. Germann, RPS 1961 ( 77 ), p. 353 - 354 ; Mezger-Blei, p. 188.
- 181- Mezger, Lehrbuch, p. 338 et ss ; Mezger-Blei, p. 187 et ss ; Jescheck AT, p. 198 et ss ; Kohlrausch-Lange, p. 221 ; Jiménez, Tratado V, p. 566.
- 182- Schöncke-Schröder, p. 494 ; cf. Germann, RPS 1961 ( 77 ), p. 356 ; Maurach AT, p. 260 ; Stratenwerth, p. 102 et ss ; Baumann AT, p. 390.
- 183- Schwander, p. 97 ; Germann, RPS 1961 ( 77 ), p. 379 ; Jescheck AT, p. 201 ; Welzel, Lehrbuch, p. 65 ; contra : Panchaud, Code pénal suisse annoté, p. 19 ; Schöncke-Schröder, p. 494.

- 184- Contra : Stooss, ZStW 15 p. 199 ; Zürcher, Motifs 1908, p. 49.
- 185- Schwander, p. 91 ; Cf. Logoz, art. 19, n. 2, p. 72 et 73 ;  
Thormann-von Overbeck, art. 19, n. 1 et 3, p. 103 et 104 ; Germann,  
RPS 1961 ( 77 ), p. 398 ; Schultz, RPS 1961 ( 77 ), p. 76 et ss.
- 186- Hafter, Lehrbuch, p. 122, note 1.
- 187- Germann, RPS 1961 ( 77 ), p. 398 ; Schwander, p. 91 ; Hafter,  
Lehrbuch, p. 117 et 122.
- 188- Schwander, p. 98.
- 189- Il est une copie de l'article 166 du projet suisse de 1918.
- 190- Arrêt du 25 août 1957 (Rev. de J.P. 1957, p. 113). Cf: arrêt  
du 14 juin 1956 (Rev. de J.P. 1957, p. 1059).
- 191- Logoz, art. 19, n. 3, p. 75 et 76 ; Germann, Verbrechen, p. 46 ;  
Thormann-von Overbeck, art. 19, n. 12, p. 105 ; Hafter, Lehr-  
buch, p. 185 et 186 ; Schwander, p. 92.
- 192- Logoz, art. 19, n. 3, p. 76 ; cf. Hafter, Lehrbuch, p. 186.
- 193- Logoz, art. 19, n. 3, p. 76 ; Thormann-von Overbeck, art. 19,  
n. 13, p. 105 et 106 ; Schwander, p. 92 ; Hafter, Lehrbuch, p.  
186.
- 194- Clerc, p. 64 ; cf. Bramont, Codice anotado, p. 164.
- 195- "Quando alcuno per errore o per altro accidente commette un  
delito in pregiudizio di persona diversa da quella contro la  
quale aveva diretta la propria azione, non sono poste e carico  
di lui le circostanze aggravanti che derivano dalla qualità  
dell'offeso o danneggiato e gli sono valutate, agli effetti  
della sanzione, le circostanze soggettive nelle quali ha deli-  
berato ed eseguito il delitto e la qualità inerenti alla perso-  
na contra la quale l'azione era diretta". Voir : Ferri, p. 33.
- 196- Cf. arrêt du 25 novembre 1940 (A.J. 1940, p. 180).
- 197- Jescheck AT, p. 303 et 304 ; Maurach AT, p. 472 et 473.
- 198- Lerch, RPS 1951 ( 66 ) , p. 165 ; Schwander, p. 91 ; Thormann-  
von Overbeck, art. 19, n. 4, p. 104.
- 199- Germann, Verbrechen, p. 187.

- 200- Germann, Verbrechen, p. 185 : "Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich, dass die Bestimmung des G. auf einem unklaren Kompromiss beruht" ; cf. Hafter, Lehrbuch, p. 123 et 124.
- 201- Schwander, p. 100 : "Der Rechtsirrtum ist grundsätzlich unbeachtlich. De lege lata gilt der Satz : error iuris nocet".
- 202- ATF 1944 70 IV 162, 1949 75 IV 37 - 82, 1953 79 IV 129 - 133, 1960 86 IV 214.
- 203- Lerch, RPS 1951 ( 66 ), p. 174 - 175 ; cf. Schwander, p. 100 ; Thormann-von Overbeck, art. 19, n. 5, p. 108. Voir : Germann, Verbrechen, p. 187.
- 204- Cité par Schwander, p. 100.
- 205- ATF 1949 75 IV 152.
- 206- ATF 1944 70 IV 100, 1966 92 IV 73.
- 207- In : Código penal peruano, édité par E. Perez, p. 25.
- 208- Rev. de J. P. 1948, p. 348.
- 209- Voir : Welzel, Lehrbuch, p. 122 et ss ; du même auteur : Fahrlässigkeit ; Maurach AT, p. 468 et ss ; Niese, p. 60.
- 210- C'est la conception actuellement dominante en Allemagne, cf. Jescheck AT, p. 374, note 6 ; Mezger-Blei, p. 214.
- 211- Le Code pénal allemand ne contient pas de disposition semblable. Les juristes allemands admettent la répression des délits commis par négligence si l'interprétation de la loi le permet sans aucune hésitation : Schöncke-Schröder, p. 519 ; Jescheck AT, p. 377 ; Baumann AT, p. 436 et 437 ; Mezger-Blei, p. 224. Le nouveau texte de l'article 15 du Code pénal allemand, qui entre en vigueur en 1973, statue : "Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht".
- 212- Dubs, RPS 1962 ( 78 ), p. 35 ; Schwander, p. 69 et 94 ; Jescheck. AT, p. 387 ; Graven, Rev. int. de crim. 1966, p. 183.
- 213- La condition objective suppose en revanche un acte illicite conforme à un type légal et auquel elle est étrangère de fait et subjectivement, cf. Bettiol, PG, p. 415. Voir : Schwander, p. 110 et 111 ; Hafter, Lehrbuch, p. 131 ; Mehrer, p. 16 et 17.
- 214- Jescheck AT, p. 383.

- 215- Il est en principe seulement nécessaire que l'auteur puisse reconnaître le danger.
- 216- Meyer, Rev. int. de d. pén. 1961, p. 1114 ; Graven, Rev. int. de crim. 1966, p. 184.
- 217- Schwander, p. 71 et 94 ; cf. Germann, RPS 1961 ( 77 ), p. 388, note 7 in fine ; Baumann AT, p. 441 et 442 ; Jescheck AT, p. 375 ; Mezger-Blei, p. 215 et 217 ; Kohlrausch-Lange, p. 225.
- 218- Jescheck, AT, p. 394.
- 219- Germann, Verbrechen, p. 182 ; Dubs, RPS 1962 ( 78 ), p. 36 - 38 ; Thormann-von Overbeck, art. 18, n. 39, p. 101 ; Logoz, art. 18, n. 6, p. 69 ; Schwander, p. 94 ; Schöncke-Schröder, p. 541 ; Mezger-Blei, p. 221.
- 220- Quintano Ripollés, Culpa, p. 256 et 257.
- 221- Jiménez, Delito, p. 378.
- 222- Logoz, art. 18, n. 6, p. 71 ; Schwander, p. 96 ; Thormann-von Overbeck, art. 19, n. 43, p. 102 ; Baumann AT, p. 445.
- 223- ATF 1942 68 IV 232, 1949 75 IV 32, 1953 79 IV 170, 1955 81 IV 122, 1957 83 IV 189.
- 224- ATF 1943 69 IV 79 = JdT 1943 IV 77.
- 225- Arrêt du 28 septembre 1950 (Rev. de J.P. 1950, p. 1407).
- 226- Arrêts du 11 mars 1943 (Rev. de los T. 1943, p. 25), du 28 décembre 1956 (Rev. de J.P. 1957, p. 82).
- 227- Arrêts du 11 septembre 1948 (Rev. de J.P. 1948, p. 816), du 29 septembre 1952 (Rev. de J.P. 1952, p. 2859), du 22 août 1958 (Rev. del F. 1958, p. 669).
- 228- Arrêt du 25 novembre 1940 (A. J. 1940, p. 180).
- 229- Logoz, art. 18, n. 6, p. 69 ; Thormann-von Overbeck, art. 18, n. 38, p. 100.

### CHAPITRE III

#### La sanction

##### Section I

#### Les anciens droits cantonaux et l'ancien

##### code pénal péruvien de 1863

- 99.- L'étude de l'origine, de la nature et des modalités des sanctions pénales comporte en réalité l'étude de la nature et de la justification du droit pénal. L'évolution historique des sanctions pénales s'identifie sans doute avec l'histoire du droit pénal ( 1 ). Limitons-nous à établir les principales périodes de l'évolution du système de sanctions dans les droits suisse et péruvien.
- 100.- A l'époque des premiers travaux d'unification du droit pénal suisse, les anciens droits cantonaux s'inspiraient de l'école classique. Ils n'avaient pas tous suivi l'évolution du droit pénal, et avaient souvent subi profondément l'influence de différentes législations étrangères ( 2 ), qui reposaient sur les principes d'une stricte légalité, de la responsabilité morale et de la peine-châtiment, conformément aux idées reçues à la fin du dix-huitième siècle, du mouvement philosophique et des luttes menées contre l'ancien régime : l'infraction était conçue comme une entité juridique définie par la loi ; le délinquant, pourvu du libre arbitre, était considéré comme un être abstrait ; la peine-châtiment était regardée comme le seul moyen de lutte contre la criminalité. Cette conception a conduit à élaborer des théories, qui font de la peine une mesure de représaille (Vergeltung). La représaille consiste en un mal infligé au délinquant, pour compenser le mal que l'auteur a

commis. La peine n'a qu'un but répressif, et le délinquant a droit à l'expiation. La prévention générale et la resocialisation du délinquant constituaient pour les juristes de cette époque un abus à l'égard du délinquant : une peine tendant à la rééducation du condamné eût apparu comme une intervention inadmissible de la part de l'Etat, une atteinte aux droits absolus de la personnalité.

Une lecture cursive des anciens codes pénaux cantonaux nous confirme dans l'idée que la peine qu'ils consacrent - purement répressive - est la seule réaction sociale contre l'infraction ( 3 ). Le sursis à l'application ou à l'exécution de la peine n'entraînait pas en ligne de cause. Le travail imposé aux détenus n'était qu'un moyen de rendre plus rigoureuse la détention et n'avait pas pour but la resocialisation. La liberté des juges dans la détermination de la peine était très limitée. Le principe de la culpabilité n'était pas complètement consacré. L'aggravation et l'atténuation de la peine se réduisaient souvent à une opération arithmétique. Les mesures de prévention étaient totalement inconnues par les législations pénales, alors qu'elles existaient en matière administrative. En effet, près de la moitié des cantons possédaient des "maisons de travail", où l'autorité administrative internait les individus pour éviter des charges de l'assistance publique. Et bien entendu, dans ces établissements, il n'était pas question d'instruction, d'éducation, d'enseignement de la morale ( 4 ). Saint-Gall, Obwald et Bâle-Ville avaient donné aux autorités administratives le droit d'ordonner l'internement des alcooliques invétérés dans un asile spécial ( 5 ). Toutes ces mesures administratives traduisaient la conviction de plus en plus évidente de l'inefficacité de la peine pour corriger certaines catégories de malfaiteurs. "Le Tribunal fédéral avait expressément reconnu le droit des autorités administratives d'ordonner cet internement dans un but de protection ou d'assistance, notamment à

l'égard des sujets imperméables à l'action de la peine" ( 6 ). La doctrine classique admettait ces mesures préventives, mais elle ne leur reconnaissait que le caractère de mesures administratives ( 7 ).

101.- Les conceptions classiques relatives à la stricte légalité, à la responsabilité morale et à la peine-châtiment, étaient plus nettement ancrées dans le système juridique péruvien antérieur au Code actuel.

L'ancien code de 1863, d'inspiration espagnole, ne faisait aucune concession à la prévention spéciale. La fonction principale et unique de la peine était le châtement des malfaiteurs. Les mesures de prévention étaient inconnues. Le juge ne disposait guère de pouvoir d'appréciation dans la fixation de la peine. La responsabilité objective était très largement admise ; les délinquants mentalement anormaux étaient considérés comme irresponsables. Il faut attendre 1877 pour découvrir dans un projet de révision une disposition permettant le placement des anormaux dans un asile (art. 7 ch. 1 al. 2). Le projet de 1900-1902 ne prévoit pas l'atténuation de la peine-châtiment et ignore les mesures préventives.

102.- La réaction contre ces idées absolues de rétribution et d'expiation ne se fit pas attendre. Elle est due surtout à l'école positiviste et à l'Union internationale de droit pénal, dont les attaques visaient les conceptions classiques que nous avons évoquées. L'effort tendait à affirmer la réalité sociale du délit, à mettre le délinquant au centre du droit pénal et à exiger pour lui un traitement adéquat à sa personnalité. Les novateurs ont contesté toute valeur aux théories "pures" de la peine et ont préconisé une conception relativiste : la peine n'est plus considérée comme une fin en soi, mais comme un moyen de prévention, dont le but fondamental est de prévenir la récidive.

La première réforme législative européenne inspirée de ces idées nouvelles est la loi française de 1885 qui établit la relégation des multi-récidivistes. Quelques années plus tard, le Code pénal italien ( 1889 ) introduisait des mesures de protection à l'égard des délinquants aliénés. En 1891, la Belgique se donna une loi contre les vagabonds dangereux. Enfin, en 1894, parut le projet de Code pénal suisse, élaboré par Carl Stooss qui introduisait, à côté de la peine, les mesures à but purement préventif comme moyens de lutte contre le crime ( 8 ).

Pour bien comprendre le système adopté par Carl Stooss, il ne faut pas oublier la lutte acharnée menée par l'école positiviste italienne et l'école allemande moderne contre les principes classiques qui inspiraient le droit pénal d'alors, impuissant à barrer le chemin au crime et surtout à éviter la récidive ( 9 ).

Section II

La conception de la peine de Carl Stooss  
et de son projet de 1894

103.- Selon Stooss, la peine est le mal infligé au malfaiteur à raison du dommage qu'il a causé ; elle exprime le jugement désapprobateur de la société à l'égard du délinquant. Le mal infligé par la peine et celui qu'a causé le condamné seront proportionnels. L'essence de la peine est la représaille (Vergeltung), et son but est de prévenir la récidive ( 10 ). La peine ne sera infligée que si elle paraît propre à atteindre son but, et dans la mesure où la charge imposée à la communauté chargée de prononcer et d'exécuter la peine est justifiée par rapport aux avantages que représente la protection des biens juridiques. La méconnaissance de ces exigences conduit à l'exercice abusif du pouvoir punitif.

Si la peine n'est pas propre à protéger les biens juridiques en évitant la récidive, elle ne sera pas appliquée. En effet, dans ce cas, on aura recours à d'autres moyens qui complètent - remplacent - la peine : les mesures de sûreté, destinées aux délinquants insensibles à la peine (irresponsables, mineurs, buveurs d'habitude, fainéants, récidivistes) ( 11 ). Aux yeux de Stooss, la rééducation du malfaiteur et sa mise hors d'état de nuire n'étaient que des effets accessoires de l'exécution de la peine ( 12 ) : Stooss conservait toujours à l'acte illégitime et coupable sa valeur de condition à l'imposition d'une peine ; il rejetait aussi bien la "Zweckstrafe" de von Liszt que la responsabilité sociale des positivistes ( 13 ). Sa conception de la peine n'était cependant pas le résultat d'un compromis.

Dans son projet de 1894 (art. 35), Stooss prévoyait déjà que la peine serait fixée d'après la culpabilité, les mobiles, les antécédents et la situation personnelle du délinquant. Cette reconnaissance de la primauté du principe de la culpabilité constituait un progrès par rapport aux anciens droits cantonaux. Stooss avait retenu trois sortes de peines privatives de liberté : la réclusion (d'une durée d'un à 15 ans, et dans les cas prévus par la loi, à vie), l'emprisonnement (de 8 jours à un an) et les arrêts (d'un jour à trois mois), qui devaient être exécutées dans des établissements séparés et, à l'exception des arrêts, selon un système progressif ; il admettait la libération conditionnelle, le sursis à l'exécution de la peine, et établissait le système de la détermination relative de la peine qui donne au juge une grande liberté pour individualiser la peine.

A côté de ces peines, nous l'avons déjà dit, Stooss prévoyait une série de mesures préventives, destinées à compléter ou à remplacer la peine dès que le délit met en lumière la personnalité dangereuse de l'auteur. Le genre et la durée de la mesure dépendent du but et du succès du traitement. L'état dangereux du malfaiteur joue le même rôle dans le choix de la mesure que la culpabilité dans la fixation de la peine.

104.- La notion de "péculiosité" a été conçue et défendue par les positivistes comme étant le seul critère permettant une lutte plus efficace contre la criminalité. La "péculiosité" et la "responsabilité sociale" constitueront les pierres angulaires du projet de code pénal italien de 1921, élaboré par Enrico Ferri. Dans ce projet, l'idée de représaille est écartée, en ce sens que l'expression "sanction" remplace celle de "peine" pour indiquer les moyens de lutte contre la délinquance. Stooss n'a pas retenu cette conception et son projet ne rompt pas avec le droit pénal traditionnel.

Dans l'élaboration de son système de mesures de prévention, Stooss a sans aucun doute subi l'influence de l'école moderne allemande et de l'école positiviste italienne ( 14 ). Il s'est cependant surtout inspiré des mesures administratives cantonales ( 15 ). En effet, il était pleinement conscient que ces mesures constituaient une exigence de politique criminelle et qu'elles devaient être incorporées au futur Code pénal. Il reconnaissait ainsi au juge pénal, en vertu de la "Zweckmässigkeit", le pouvoir de prononcer ces mesures préventives, lorsqu'elles étaient commandées par la personnalité particulière du délinquant ( 16 ). Stooss proposait les mesures de prévention suivantes dans son projet : l'internement et l'hospitalisation des irresponsables et des personnes à responsabilité restreinte (art. 10 et 11), l'internement des récidivistes (art. 22 et 41), le renvoi dans une maison d'éducation au travail (art. 23) et le renvoi dans un asile pour buveurs d'habitude (art. 25). En outre, l'auteur de l'avant-projet suisse avait prévu des mesures préventives non privatives de la liberté, qui ont été conservées à peu de choses près dans les projets qui suivirent ; le projet de 1918 les a nettement distinguées des peines. Les "autres mesures", contenues dans le Code pénal suisse de 1937, ne sont donc guère différentes des mesures préalablement prévues par Stooss. C'est ce qui explique pourquoi les pénalistes ont critiqué le législateur, lui reprochant de n'avoir pas pris en considération l'évolution de la criminologie depuis 1894 ( 17 ).

105.- On a donné le nom de système dualiste au système conçu par Stooss, qui permet au juge de prononcer, le cas échéant dans un même jugement, une peine fixée en fonction de la culpabilité du délinquant et une mesure de sûreté en raison de sa personnalité. Le projet de Stooss, ont dit certains, est le prototype d'un code pénal dualiste ( 18 ). Il ne s'agit cependant pas d'un système rigide qui exige cumulativement l'exécution de la peine et de la mesure. Tout au contraire, il donne généralement

priorité à l'exécution de la mesure et laisse au juge la faculté de renoncer, totalement ou partiellement, à l'exécution de la peine. On appelle cette sorte de dualisme "Vikariendes System", par opposition au "Zweispurigen System" ( 19 ).

Il est évident que, lors de l'élaboration de son avant-projet, Stooss n'a pas cherché à consacrer une théorie juridique déterminée. Il s'est essentiellement préoccupé, sans négliger les principes doctrinaux, d'élaborer un code qui répond aux nécessités pratiques de la lutte contre la criminalité ( 20 ). Stooss n'a pas non plus cherché à séparer nettement les peines et les mesures ( 21 ), dont il a néanmoins reconnu la différence de nature. A son avis, la différence entre peine et mesure de sûreté - de même qu'entre peine et dommages-intérêts - découle de la nature des choses. Elle est consacrée par la doctrine et par la technique législative ( 22 ).

Section III

Le système des sanctions du Code pénal suisse  
et du Code pénal péruvien

106.- Le législateur péruvien n'a pas fidèlement suivi la voie tracée par les travaux préparatoires du Code pénal suisse.

A notre avis, deux raisons expliquent le choix du législateur péruvien. La première est de nature socio-économique : le pays n'avait pas les moyens financiers pour se doter d'établissements et de l'administration technique spécialisée indispensables à l'application d'un système de peines et de mesures du type suisse ( 23 ). En fait d'établissements, il n'existait que de simples "dépôts" de délinquants.

La deuxième raison est d'ordre théorique : le rédacteur du projet a profondément subi en cette matière l'influence italienne. Le régime des peines du projet péruvien de 1916 a passé, presque dans les mêmes termes, dans le code actuel, dont les peines ont en principe un caractère essentiellement répressif.

Parmi les peines prévues par le Code pénal péruvien, nous arrêterons particulièrement à l'"internamiento", à la "penitenciaria", à la "prision", à l'"expatriacion", à l'"inhabilitacion" et à la "multa".

107.- Selon l'article 11 du Code pénal péruvien, la peine d'"internamiento" (internement) est exécutée dans un pénitencier fermé, où le détenu est astreint au travail et à l'isolement cellulaire pendant la première année. Le travail s'exécute par la suite en commun avec les autres condamnés à la même peine. La durée de l'"internamiento" est indéterminée, mais au minimum de 25 ans, ce qui signifie que le condamné ne peut être libéré conditionnellement qu'après ce laps de temps.

Selon le projet de 1916, cette peine était absolument indéterminée. Elle s'inspirait de l'article 11 du Code pénal italien de 1889.

A l'origine, le Code pénal péruvien frappait de cette lourde peine privative de liberté les crimes suivants : l'homicide d'un ascendant, d'un descendant ou du conjoint, l'assassinat, la haute trahison ou le fait de porter les armes contre la République, infractions qui entraînent depuis 1949 la peine de mort. Notons que la peine de mort vient d'être restreinte à la haute trahison et aux cas graves de kidnapping, passibles de la peine capitale selon le "Decreto ley" N. 17388 du 24 janvier 1969.

La seule peine suisse qui ressemble à l'"internamiento" péruvien est la réclusion à vie, qui est applicable aux auteurs d'assassinat (art. 112), de brigandage aggravé (art. 139 ch. 2 al. 5) et d'atteinte à l'indépendance de la Confédération (art. 266 ch. 2 al. 2).

108.- L'article 12 du Code pénal péruvien (art. 12 du projet de 1916) statue que la peine de "penitenciaria" sera exécutée dans un pénitencier fermé ou dans une colonie pénitentiaire (colonia penal), sous un régime progressif. Sa durée est fixée d'un an à 20 ans, pendant laquelle les détenus sont astreints au travail. Cette institution a été empruntée au Code pénal italien de 1889 (art. 13 et 14). L'article 12 est la seule disposition du Code péruvien qui règle en détail l'exécution progressive de la peine (ce qui n'est pas le cas des autres peines privatives de liberté). Le modèle suisse, à notre avis, n'a pas été étranger à l'adoption de ce système par le législateur péruvien. La "penitenciaria" ressemble beaucoup à la réclusion suisse.

109.- La peine de "prision", prévue à l'article 14 du Code pénal péruvien, correspond à l'article 15 du Code italien de 1889.

Exécutée dans une prison ou une colonie agricole provinciale ou départementale, elle dure de 2 jours à 20 ans. Les détenus politiques subissent leur peine dans des établissements qui leur sont exclusivement réservés (art. 18).

110.- Le législateur péruvien a également retenu le systeme des peines parallèles. Le Code prévoit généralement pour chaque infraction les peines de "penitenciaria" et de "prision", et laisse au juge le soin de fixer une peine appropriée à la personnalité du délinquant.

Le Code pénal péruvien distingue ces peines selon le jugement réprobateur qu'elles comportent, plutôt que selon leur gravité ( 24 ). En outre, l'article 19 statue que si la disposition spéciale ne contient que la peine de "penitenciaria" ou de "relegacion" (sic), le juge peut, à la demande du Ministère public et si le délinquant n'a pas agi par perversité, le remplacer par la "prision".

On sait que, selon le Code pénal suisse, la durée de l'emprisonnement est de trois jours au moins et, sauf disposition contraire et expresse de la loi, de trois ans au plus. L'avant-projet de 1894 prévoyait un minimum de huit jours et un maximum d'un an ; l'avant-projet de 1916 conserva la même limite inférieure, mais éleva le maximum à deux ans. Le législateur a prévu un maximum plus élevé dans certaines dispositions de la partie spéciale afin de permettre au juge de prononcer l'emprisonnement à la place de la réclusion, lorsque l'infraction n'implique pas la bassesse de caractère ( 25 ).

111.- L'article 135 du Code pénal péruvien (art. 121 al. 1 du projet de 1916) prévoit que la peine de "prision" inférieure à trois mois est subie dans un établissement ou dans la section d'une prison exclusivement affectée à cette sorte de peine. L'isole-

ment cellulaire nocturne est de rigueur. Il s'agit en réalité d'une peine assez semblable aux arrêts du droit suisse.

112.- Le législateur péruvien a consacré la libération conditionnelle et le sursis à l'exécution de la peine. L'article 45 du projet de 1916 n'autorisait la libération conditionnelle qu'après l'écoulement des trois quarts de la peine. Sur ce point, l'influence du Code italien de 1889 est manifeste. Mais à l'article 58 de son Code actuel, le législateur péruvien a subi l'influence helvétique (art. 39 de l'avant-projet de 1916), réduit ce délai aux deux tiers de la peine et comblé les lacunes du projet quant aux conditions de la libération conditionnelle, dont il étend l'application aux délinquants d'habitude condamnés à la "relegacion".

Selon la disposition péruvienne, la révocation de la libération conditionnelle sera ordonnée si, pendant le délai d'épreuve, le libéré commet un délit entraînant une peine privative de liberté ou qu'il viole les règles de conduite imposées à la libération : on retrouve cette sévérité dans les avant-projets et dans le Code pénal suisse. Il s'agit d'une séquelle d'un droit pénal répressif.

L'adoption de l'institution du sursis à l'exécution de la peine en droit péruvien est due sans aucun doute à l'influence suisse. Cependant, le législateur n'a pas suivi strictement le modèle helvétique. La première version de l'article 53 du Code pénal péruvien statuait qu'en cas de condamnation à une peine de "prisión" inférieure à six mois ( 26 ), le juge pouvait suspendre l'exécution de la peine, si le délinquant n'avait pas encore été, en raison d'un délit intentionnel ( 27 ), l'objet d'une condamnation au Pérou ou à l'étranger ( 28 ) et si, en outre, les antécédents et le caractère du condamné devaient permettre de prévoir que le sursis le détournera de commettre

de nouveaux délits ( 29 ). Le juge devait motiver l'octroi du sursis et pouvait imposer au condamné certaines règles de conduite. Le texte en vigueur de l'article 55 du Code fixe à 5 ans la durée du délai d'épreuve et statue que si le délinquant, durant ce délai, n'a pas été condamné à nouveau et a respecté les règles de conduite, la condamnation est réputée n'avoir jamais existé. Si l'on découvre que le condamné avait commis d'autres actes punissables durant le délai d'épreuve ou s'il commet un nouveau délit intentionnel, la peine sera exécutée. Dans le second cas, la peine à infliger en raison du nouveau délit sera fixée selon les règles de la récidive. L'exécution sera également ordonnée si le condamné enfreint les règles de conduite ( art. 56 CPP ). Toutes ces normes sont empruntées sans aucun doute à l'article 41 de l'avant-projet suisse de 1916 et de l'article 39 du projet de 1918. Selon l'article 54 du Code pénal péruvien (art. 41 du projet de 1916), le juge peut suspendre l'exécution de l'amende et des peines accessoires, mais il ne pourra en aucun cas suspendre la réparation du dommage causé ( 30 ).

113.- L'influence suisse est plus nette dans le domaine des mesures de sûreté.

L'article 41 du Code pénal péruvien (art. 17 du projet de 1916) statue le renvoi des alcooliques invétérés dans une maison d'éducation au travail (casa de tratamiento y de trabajo). C'est le renvoi des buveurs d'habitude des projets suisses (en particulier, l'article 44 de l'avant-projet de 1916). La disposition péruvienne règle cependant l'institution d'une manière incomplète, car le législateur ne s'était pas borné à recopier le modèle ; les conditions du renvoi du buveur d'habitude sont : a) la commission d'une infraction punie de "prison" par un buveur d'habitude ; la formule helvétique de l'avant-projet est plus exacte : "Lorsqu'il (le juge) prononce une con-

damnation à l'emprisonnement pour délit contre un buveur d'habitude..." ;

b) l'expertise médicale préalable. La disposition péruvienne se réfère expressément ni à l'existence d'un rapport entre le délit et le penchant à la boisson, ni à la curabilité du condamné, comme le fait l'article 44 précité de l'avant-projet suisse ;

c) l'exécution préalable de la peine, qui avait également été consacrée dans l'avant-projet suisse de 1916, et représentait une victoire des partisans de l'orientation rétributionniste. Néanmoins, cette solution a été atténuée par le même avant-projet, qui permettait au juge de suspendre l'exécution de ce renvoi en fixant au condamné un délai d'épreuve d'un an au plus.

L'article 44 du Code pénal suisse de 1937 statuait que le juge peut, si l'état du condamné le justifie, suspendre l'exécution de la peine et ordonner le renvoi du condamné dans un asile (voir infra n. 122) ; que le buveur d'habitude devait demeurer dans la maison de traitement et de travail (asile pour buveurs) jusqu'à guérison, mais en aucun cas plus de deux ans ; que le juge soumettrait le condamné, à sa libération, au patronage et lui imposerait des règles de conduite, et spécialement de s'abstenir de boissons alcooliques. Si le libéré devait se soustraire au patronage ou contrevenir aux règles de conduite, le juge devait ordonner la réintégration. La législation péruvienne a repris ces règles, en y ajoutant que le juge pourrait aussi exiger du condamné un cautionnement garantissant sa soumission aux règles de conduite.

Le chiffre 1 al. 2 de l'article 44 du projet suisse de 1916 concernant le renvoi dans un asile de tout buveur d'habitude acquitté pour cause d'irresponsabilité a été aussi repris par

le législateur péruvien (art. 41 al. 2).

Le renvoi dans une maison d'éducation au travail est prévu par l'article 42 du Code pénal péruvien (art. 18 du projet de 1916). Cette disposition, inspirée de l'article 43 du projet suisse de 1916, est assez incomplète. Le souci du législateur péruvien de simplifier les textes n'a eu que des résultats négatifs. Selon l'article 42 al. 1 du Code pénal péruvien, lorsqu'il s'agit d'un délit passible de "prison" qui est le résultat de l'inconduite ou de la fainéantise dans laquelle vivait l'auteur (31), le juge peut, renseignements pris sur l'éducation et les antécédents du condamné qu'il croit capable de s'habituer au travail, suspendre l'exécution de la peine et ordonner le renvoi dans une section spéciale d'une école d'arts et métiers ou dans une maison réservée à l'éducation au travail. Le séjour dans cet établissement dure autant que la peine prononcée.

Dans l'avant-projet suisse de 1916, la durée de la mesure ne dépendait pas de celle de la peine. L'article 43 statuait que le condamné est libéré, en tout cas, au bout de trois ans. Selon l'article 42 al. 2 du Code pénal péruvien, la mesure prend fin lorsque, pendant les trois premiers mois, le condamné a montré qu'il est incapable d'apprendre à travailler ; dans ce cas, l'autorité de l'établissement demande au juge d'ordonner l'exécution de la peine. Lorsqu'une année s'est écoulée, le juge, après avoir demandé l'avis de la direction de l'établissement, peut ordonner la libération conditionnelle du détenu qu'il estime apte et disposé à travailler. Il peut en outre lui imposer des règles de conduite. Les deux derniers alinéas de la disposition péruvienne prévoient que si le libéré se soustrait au patronage pendant le délai d'épreuve, le juge peut ordonner la réintégration dans l'établissement ou l'exécution de la peine prononcée. Sur ce point, l'article 43 ch. 5 de

l'avant-projet suisse de 1916 est plus détaillé : Si le libéré, au contraire, s'est bien conduit jusqu'à l'expiration du délai d'épreuve (dont le législateur péruvien n'a pas fixé la durée), la peine est réputée subie. Le législateur péruvien n'a pas déclaré expressément en quoi consiste la mesure. En revanche, l'article 43 ch. 2 de l'avant-projet suisse de 1916 statue : "chaque condamné fera l'apprentissage d'un travail conforme à ses aptitudes et qui le mette à même de gagner sa vie après sa libération. Son éducation intellectuelle et physique, et notamment son instruction professionnelle, seront développées par l'enseignement".

114.- Le législateur péruvien n'a pas consacré la mesure de sûreté de l'internement des délinquants d'habitude, prévue par les projets et le Code pénal suisses. Il a préféré emprunter au projet italien de 1921 la relégation pour une durée absolument indéterminée.

Afin de mieux comprendre en quoi consiste cette mesure, il est nécessaire de connaître la façon dont le législateur péruvien conçoit la récidive et la délinquance d'habitude.

D'après l'article 111 du Code pénal péruvien, est récidiviste celui qui, après avoir subi tout ou partie d'une peine privative de liberté, commet, dans les 5 ans qui suivent, un nouveau délit puni également d'une peine privative de liberté. Il n'est tenu compte d'un jugement étranger que si l'acte commis constitue aussi un délit en droit péruvien. Les condamnations consécutives pour contraventions, délits de négligence, des infractions exclusivement militaires ou des délits politico-sociaux non connexes à des délits communs ne sont pas prises en considération. L'article 64 du projet suisse de 1918 et l'article 26 du projet italien de 1921 ont inspiré cette disposition.

Le récidiviste est frappé d'une peine égale ou supérieure au maximum prévu pour chaque délit en particulier. Et à côté de la récidive simple, le législateur péruvien prévoit la multi-récidive consistant soit à commettre un nouveau délit passible de "prision" après avoir subi deux peines de "prision" ou de "penitenciaria", soit à perpétrer un délit passible de "penitenciaria" après avoir subi une peine de même genre. Le malfaiteur qui se trouve dans un de ces deux cas est relégué pour une durée au moins égale au maximum de la peine fixée pour le délit commis, et susceptible d'être augmentée d'une durée égale à sa moitié. C'est dire que si, selon la partie spéciale du code, la dernière infraction est passible de "prision" jusqu'à 8 ans, la relégation dure au moins 8 ans, et qu'elle est relativement indéterminée entre 8 et 12 ans.

Selon l'article 116 du Code pénal péruvien, est délinquant d'habitude l'auteur de plus de trois délits passibles de peines privatives de liberté, dont l'une au moins de "penitenciaria" ou de relégation, et quand le nombre de délits commis, les mobiles et le genre de vie permettent d'affirmer que l'auteur est particulièrement dangereux.

Ces délinquants d'habitude sont relégués dans un pénitencier agricole pour un temps absolument indéterminé, au moins égal au maximum de la peine du délit commis. Ils y demeurent en tous cas pour six ans au moins. Le législateur péruvien s'est donc nettement écarté des conceptions suisses de la récidive et de la délinquance d'habitude. Il s'est rapproché, en revanche, des idées positivistes. Il faut chercher la source des articles 113 et 116, à notre avis, dans les articles 25, 27 et 29 du projet italien de 1921 ( 32 ). La relégation, ce moyen de lutte contre les délinquants d'habitude et multi-récidivistes est donc en réalité une mesure éliminatrice conforme aux idées prônées par l'école positiviste italienne ( 33 ).

115.- Au Pérou, les peines d'amende et d'"inhabilitacion" sont applicables à titre principal ou accessoire (art. 29 du Code pénal péruvien). Le législateur a consacré le système suédois du jour-amende (art. 20) ( 34 ). Les articles 21, 22 et 24 du Code pénal péruvien, qui règlent le recouvrement de l'amende sont surtout d'inspiration italienne (art. 19 du Code pénal italien de 1889). A notre avis, les dispositions d'inspiration suisse sont l'article 23, qui laisse au juge la faculté de fixer un délai de paiement au condamné et de l'autoriser à se libérer par acomptes (art. 47 ch. 3 al. 2 de l'avant-projet suisse de 1915), et l'article 25 qui prévoit le cumul de l'amende et d'une peine privative de liberté si le délinquant a agi par cupidité (projet suisse de 1918, art. 47).

L'"inhabilitacion" entraîne, en vertu de l'article 27 du Code péruvien, la destitution du condamné de tout mandat, charge, emploi ou commission publique - même s'il a été élu par le peuple -, la privation des droits civiques, l'inéligibilité à toute charge, emploi et commission publics, la privation de toute retraite, compensation, pension - sauf si le condamné a des charges de famille -, la privation de tout droit pécuniaire ou honorifique provenant de n'importe quel emploi, grade et titre, l'incapacité d'exercer une profession, une industrie ou un commerce.

Cette disposition est un conglomérat des articles 79 de l'ancien Code pénal péruvien et 20 du Code pénal italien de 1889.

L'"inhabilitacion" est totale ou partielle, perpétuelle ou temporaire (art. 30 CPP). Elle est une peine accessoire (obligatoire) à l'"internamiento", à la "penitenciaría" et à la "relegación", et complémentaire (facultative) pour la "prisión" et l'"expatriación" ( 35 ).

A côté de cette peine, le législateur péruvien a consacré l'"interdiction civil", qui prive le condamné de la puissance paternelle, du pouvoir marital, de l'administration et de la disposition de ses biens (art. 32).

Le système des peines et des mesures de prévention du Code péruvien, brièvement exposé, fait apparaître clairement son caractère répressif et sa faible préoccupation de la resocialisation du délinquant. En pratique, ces aspects négatifs se sont accentués. La doctrine dominante et la magistrature n'ont pas su se libérer des idées traditionnelles et saisir la portée des idées introduites par le Code pénal péruvien de 1942 par opposition aux conceptions de l'ancien code de 1863. L'Etat n'a pas essayé d'organiser sérieusement l'exécution des peines et des mesures, de former un personnel pénitentiaire qualifié et de construire les établissements indispensables à l'application intelligente et efficace des sanctions prévues par le Code. Voilà pourquoi les dispositions sur le renvoi dans une maison de traitement et de travail et sur le placement dans une maison d'éducation au travail sont restées lettre morte. La doctrine, trop préoccupée de problèmes théoriques et dogmatiques, négligeant la réalité et les études de criminologie et de politique criminelle, endosse sur ce point une certaine responsabilité.

116.- Nous avons déjà signalé que le système des peines et de mesures du Code pénal suisse est demeuré fidèle aux solutions des travaux préparatoires. Il contient les mêmes peines et mesures de prévention. Seule la technique législative a été améliorée. Les principes de base sont ceux de Carl Stooss et les quelques concessions faites aux conceptions vindicatives ont été atténuées. Le Code pénal suisse de 1937 opère un compromis entre les partisans du sursis à l'exécution de la peine en cas de renvoi du buveur d'habitude dans un asile et les défenseurs de l'exécution de la peine avant ce renvoi, solution de l'avant-projet de 1916 et du projet de 1918.

Ensuite, et c'est, à notre avis, l'une des plus importantes dispositions contenues dans le Code pénal suisse, encore qu'elle ne figurât pas dans les projets : l'article 37 précise que : "Les peines de réclusion et d'emprisonnement doivent être exécutées de manière à exercer sur le condamné une action éducatrice et à préparer son retour à la vie libre. Les règlements pénitentiaires fixeront les conditions et l'étendue des adoucissements qui pourront être accordés progressivement au condamné" (al. 1). On en déduit que, dans le droit suisse, la notion de peine, si bien fondée sur la notion de responsabilité et de culpabilité, ne fait pas apparaître que le châtement, la vengeance. Cet article fournit sans aucun doute un point de repère utile aux juristes pour mieux interpréter et appliquer le Code, et, particulièrement au juge, en raison du large pouvoir de décision que lui concède le Code. Il nous semble en outre que cette disposition a joué un rôle non négligeable dans les modifications apportées postérieurement au Code pénal et qu'elle n'est pas non plus étrangère à la controverse doctrinale nourrie, qui a surgi au sujet des circonstances dont le juge doit tenir compte au moment de fixer la peine.

L'article 63 du Code pénal suisse statue que "le juge fixera la peine d'après la culpabilité du délinquant, en tenant compte des mobiles, des antécédents et de la situation personnelle de ce dernier". La doctrine et la jurisprudence dominantes considèrent le principe de la culpabilité comme le pivot fondamental de la fixation de la peine. Ses promoteurs les plus radicaux nient toute possibilité de faire intervenir des considérations de prévention générale ou spéciale dans la fixation de la peine, de même qu'ils mettent au premier plan le principe de la rétribution. Une juste fixation de la peine, à leur avis, est impossible si le juge prend comme critères de base les besoins de la resocialisation du condamné ou de la protection

de la société. Le juge ne devrait se fonder que sur le principe de la compensation (Ausgleichsprinzip) ( 36 ).

Le professeur Schultz défend une conception diamétralement opposée ( 37 ). A son avis, la fixation de la peine est en rapport étroit avec son essence. Si la peine est pure rétribution ou châtement, le juge ne considère que la culpabilité du délinquant. Si la peine, en revanche, ne s'épuise pas dans le mal à rétribuer, le juge retient, outre la culpabilité (conçue comme concept-guide = Steigerungsbegriff), les exigences de la resocialisation. Par ce procédé, l'éminent auteur pense supprimer la contradiction qui, selon lui, existe entre les règles des articles 37 al. 1 et 63 du Code pénal suisse. Il rejette sans nuance l'interprétation qui ne voit dans l'article 37 al. 1 qu'une règle adressée aux autorités chargées d'exécuter les peines ( 38 ) et préconise, de lege ferenda, l'élaboration d'un droit pénal qui tienne compte surtout des exigences de la prévention spéciale ( 39 ).

La doctrine et la jurisprudence suisses n'ont pas accepté cette conception : une grande partie des pénalistes ont fait des concessions dans leurs théories sur la fixation de la peine aux idées de prévention spéciale. A leur avis, le principe de la rétribution (Vergeltungsprinzip) n'est pas absolu. Il doit être dépassé lorsque les besoins de politique criminelle donnent la priorité à la prévention spéciale. Sans oublier celui de la rétribution (Vergeltung), il faut envisager le principe fondamental de l'opportunité ( 40 ). Dans ce but, les partisans de cette orientation donnent une interprétation plus large de l'article 63 du Code pénal suisse. A leur avis, les mobiles, les antécédents et la situation personnelle du délinquant servent à déterminer le degré de culpabilité et à connaître les besoins de rééducation et de resocialisation. La peine conserve sa nature répressive, mais son application est subordonnée aux buts de la politique criminelle ( 41 ).

Les réflexions du professeur Schwander sur le problème de la fixation de la peine méritent une mention spéciale ( 42 ). A son avis, la culpabilité est le fondement le plus important pour mesurer la peine ( 43 ), mais il reste nécessaire de tenir compte des mobiles (y compris les sentiments et les émotions), dont l'influence marque déjà profondément la formulation du jugement de culpabilité. Les termes "antécédents" et "situation personnelle" employés par la loi comprennent la "sensibilité pénale" (Strafempfindlichkeit, dont la loi elle-même parle d'ailleurs lorsqu'elle règle la fixation de l'amende, art. 48 ch. 2 al. 2), la prévention spéciale, la prévention générale, l'éducation, le milieu, etc. Ces circonstances ne sont prises en considération que si elles sont compatibles avec le principe de la culpabilité, c'est-à-dire que le juge les fait intervenir dans les limites déterminées par la culpabilité. On ne peut oublier, dit le professeur Schwander, que le droit en vigueur rejette la condamnation indéterminée conforme à la prévention spéciale, et qu'il a consacré le principe de la culpabilité. Les considérations de prévention spéciale n'entrent donc en ligne de compte que si elles sont compatibles avec la rétribution déterminée à l'aide de la culpabilité ( 44 ).

En droit pénal péruvien, le problème se pose autrement car, en vertu de l'article 51, le juge fixe la peine d'après la culpabilité et la "périculosité" de l'auteur. Afin de lui faciliter la tâche, le législateur a énoncé dans la même disposition (ch. 1 et 2) les circonstances objectives et subjectives qui servent à déterminer le degré de culpabilité et de l'état de danger qui présente le délinquant, c'est-à-dire la probabilité de la récidive. Il s'agit d'une nouvelle tentative de concilier le droit classique et les idées positivistes. Cette norme est inspirée, selon nous, des articles 62 al. 1 (principe de la culpabilité) de l'avant-projet suisse de 1916, 20 et 21 du projet italien de 1921 (intervention de la périculosité). Il est évident que l'application de cet article permet d'aller au-delà

ou de rester en-deça des limites déterminées par la culpabilité. Cette norme faciliterait la fixation de la peine dans un but de rééducation et de resocialisation, si on ne devait pas tenir compte du système répressif du Code pénal péruvien, de son application par une magistrature attachée aux idées répressives traditionnelles, et du défaut d'établissements propres à l'exécution des peines et des mesures. Il ne faut pas s'étonner que l'article 51 du Code pénal péruvien n'ait en réalité servi qu'à aggraver sensiblement la répression.

La distinction entre la culpabilité et l'état dangereux est plus nette dans le Code pénal suisse. Le législateur a fait de la périculosité la condition sine qua non de l'application des mesures de sûreté : un délinquant ne saurait être soumis à une mesure de sûreté que si son état dangereux l'exige. La culpabilité est en revanche primordiale pour l'imposition d'une peine ( 45 ).

Section IV

Les réformes du Code pénal suisse

117.- Ce n'est pas sortir de notre sujet que de faire allusion à l'évolution du Code pénal suisse et aux révisions dont il a été l'objet en matière de peines et de mesures de sûreté.

Une loi du 5 octobre 1950 a modifié le Code pénal suisse, principalement quant aux délits contre la sûreté de l'Etat, à la réhabilitation, au sursis et à la prescription. Le législateur n'avait donc pas l'intention de remettre en cause l'économie générale du Code. Il s'agissait de mettre au point, à la lumière de l'expérience, quelques institutions du Code pénal ( 46 ).

118.- Cependant, le système des sanctions du Code pénal suisse devait se révéler à la longue mal pensé, ce que soulignèrent doctrine et autorités d'exécution. Le législateur a donc entamé une nouvelle procédure de révision du Code.

En 1953, le Département fédéral de justice et police consulta les cantons ; l'enquête démontra qu'aucun canton n'exécutait les sanctions privatives de liberté conformément à la loi. Quinze gouvernements cantonaux admettaient la nécessité de réviser le Code ( 47 ).

Une commission d'experts se mit au travail en 1954. Sa mission était commandée par deux consignes : tout d'abord, ne rien changer aux conceptions fondamentales du Code ; ensuite, trouver le moyen d'exécuter les sanctions de façon conforme à la loi et aux conceptions nouvelles de la science pénitentiaire ( 48 ).

La doctrine et les responsables des établissements pénitentiaires abondaient dans le même sens. Dans un rapport fait au nom du comité central de l'Association suisse pour la réforme pénitentiaire et le patronage, le professeur Clerc a écrit notamment : "Les principes du Code sont bons, et il n'est pas question de le remettre en discussion. Loin de vouloir revenir en arrière, nous préconisons seulement le développement des principes actuels, en tenant compte des expériences qui ont été faites, parce que nous sommes persuadés que la réforme de nos établissements se trouve aujourd'hui freinée par une loi qui n'est peut-être pas désuète, mais quelque peu dépassée" ( 49 ).

Les travaux des experts devaient servir de base au projet présenté au Parlement par le Conseil fédéral en 1965. Après de longues et difficiles discussions, les Chambres fédérales approuvèrent la loi fédérale modifiant le Code pénal suisse, non sans la modifier sensiblement. La révision restait dans les limites fixées au début des travaux, et ne touchait principalement que le système des sanctions.

119.- La distinction entre la réclusion et l'emprisonnement est conservée, au moins en apparence : les deux peines pourront être exécutées dans le même établissement (art. 36 et 37 al. 2 CP5). Le critère du Code pénal suisse (art. 35 al. 2 et art. 36 al. 2) de distribuer les détenus entre les établissements selon la nature juridique de la sanction prononcée contre eux, est remplacé par celui qui consiste à grouper les condamnés selon leur personnalité. A cette fin, il y a séparation des condamnés primaires et des récidivistes. Sont condamnés primaires ceux qui, au cours des cinq années précédant l'infraction n'ont subi ni réclusion, ni emprisonnement pour une durée supérieure à trois mois, et n'ont jamais été internés comme délinquants d'habitude ou comme mineurs extrêmement dangereux ou difficiles.

Toutefois, le délinquant primaire "dangereux , gravement suspect de vouloir s'évader ou d'inciter autrui à commettre des actes punissables" ou pour d'autres raisons particulières (art. 37 ch. 2 al. 2 nouveau), peut être placé dans un établissement pour récidivistes. Parallèlement, un récidiviste pourra être placé exceptionnellement dans un établissement pour condamnés primaires, si cette solution est opportune et conforme au but éducatif de la peine (art. 37 ch. 2 al. 3 nouveau). Ce compromis fut adopté après de très vives discussions autour du postulat de la peine unique. Sur ce point, le professeur Clerc a dit : "en d'autres termes, la façade de l'immeuble demeure inchangée, mais son aménagement intérieur en est complètement bouleversé : battus en apparence, les partisans de la peine unique remportent une victoire totale dans le fait" ( 50 ).

Le nouvel article 37 ch. 1 place au premier plan le principe de resocialisation : "La réclusion et l'emprisonnement seront exécutés de manière à exercer sur le détenu une action éducative et à préparer son retour à la vie libre".

"Le détenu sera astreint au travail qui lui sera assigné. On lui confiera autant que possible des travaux répondant à ses aptitudes et lui permettant, une fois remis en liberté, de subvenir à son entretien".

Partant de ce principe, les restrictions de correspondance et de visite inspirées de l'idée peine-châtiment ont été abolies ; elles n'avaient que des résultats négatifs, privant les détenus des contacts avec l'extérieur, indispensables à une réintégration future. L'article 46 ch. 3 garantit en outre aux détenus le droit de communiquer avec leur avocat ou de correspondre avec les autorités de surveillance. Le système progressif d'exécution des peines a été rendu plus souple, qui, tel que le consacrait le texte de 1937, avait "quelque chose d'artificiel", et ne tenait pas "compte des besoins de chaque détenu" ( 51 ). L'arti-

cle 37 ch. 3 al. 1 statue que la direction de l'établissement pénal peut renoncer à la première phase du système progressif (isolement cellulaire), eu égard à la situation personnelle du détenu. L'alinéa 2 prévoit le transfert du détenu qui a subi au moins la moitié de sa peine et qui s'est bien comporté, dans un établissement où il jouit d'une plus grande liberté, voire d'un régime de semi-liberté. Ce régime d'exécution des peines a été appliqué avec succès depuis quelques années en Suisse ( 52 ). Toutes ces modifications facilitent évidemment une individualisation plus poussée de l'exécution des peines et une meilleure préparation du délinquant pour sa réintégration dans la société. On peut ainsi donner aux détenus une préparation technique plus conforme aux besoins de la société actuelle ( 53 ).

Pour les courtes peines privatives de liberté, il est impossible de recourir à un système progressif ou d'entreprendre une action rééducative. Le nombre de telles condamnations et le fait qu'on ne peut songer à les abolir ont poussé le législateur suisse à reconsidérer leur exécution. L'article 37 bis (nouveau) statue que si le condamné "ne doit subir à raison de ses infractions qu'une peine d'emprisonnement de trois mois au plus, les dispositions sur les arrêts sont applicables" ( 54 ). Il est intéressant de souligner que, d'après l'article 39, les arrêts sont exécutés dans un établissement spécial, et que si les circonstances le justifient, le détenu peut être autorisé à travailler hors de l'établissement. En outre, l'article 397 bis autorise le Conseil fédéral à édicter des dispositions concernant l'exécution des arrêts par journées séparées ou avec incarcération pendant la nuit et le reste du temps libre. La même solution est applicable à la détention, peine spéciale aux adolescents. L'objectif est d'éviter les effets nuisibles de l'incarcération quant à la situation et aux relations sociales du condamné. Une innovation due à l'initiative du professeur Clerc et qui mérite d'être soulignée est consacrée par l'article 397 bis, ch. 4 :

"En vue d'améliorer le régime d'exécution des peines et des mesures, le Conseil fédéral pourra autoriser l'essai pendant un temps déterminé, de méthodes non prévues par le code".

120.- Selon l'article 38 ch. 1, l'autorité compétente peut libérer conditionnellement le condamné à la réclusion ou à l'emprisonnement, lorsqu'il a subi les deux tiers de sa peine, mais au moins trois mois en cas de condamnation à l'emprisonnement, si son comportement pendant l'exécution de la peine ne s'oppose pas à son élargissement et s'il est à prévoir qu'il se conduira bien en liberté. La libération conditionnelle devient donc ainsi une véritable phase de l'exécution de la peine. Elle n'est plus une récompense, comme le laissait entendre l'ancien texte légal en exigeant que le délinquant se soit bien comporté dans l'établissement. La réparation du dommage causé n'est plus exigée du détenu ( 55 ). Le projet de révision de 1965 allait plus loin que le texte adopté par les Chambres : il allait même jusqu'à envisager le patronage imposé aux condamnés qui n'avaient pas bénéficié de la libération conditionnelle, parce qu'ils n'en remplissaient pas les conditions (art. 38 bis).

Les modifications apportées au sursis à l'exécution de la peine sont plus profondes. Tout d'abord, le nouvel article 41 élargit le domaine d'application du sursis à toute peine privative de liberté n'excédant pas dix-huit mois. Il maintient ensuite l'application du sursis aux peines accessoires, solution qui avait été introduite dans le code par la loi de 1950. Quant aux autres conditions, elles restent à peu près les mêmes. Néanmoins, selon l'article 41 ch.1 al. 2 (nouveau), le sursis ne peut être accordé si le condamné a subi en raison d'une infraction intentionnelle, plus de trois mois de réclusion ou d'emprisonnement dans les cinq ans qui ont précédé la commission de l'infraction.

Le texte du Code pénal suisse de 1937 ne soulignait pas assez le but de prévention et de resocialisation de cette institution. Lors de la révision de 1950, un premier correctif a été apporté en dépouillant la révocation du sursis de son caractère répressif. Cette tentative n'a guère eu de succès, comme l'attestent les observations faites par les cantons romands sur l'avant-projet du 3 mai 1960. Il y était affirmé que, contrairement à la jurisprudence d'alors du Tribunal fédéral, l'exécution de la peine serait la règle et le sursis, l'exception. Dans son Message à l'Assemblée fédérale ( 56 ), le Conseil fédéral souligne justement que le nouveau texte signifie non pas que le juge est libre d'appliquer cette disposition, mais qu'il jouit, au-delà des conditions légales, d'un certain pouvoir d'appréciation. C'est dire que le juge devra accorder le sursis, lorsque sont remplies les conditions légales, ce qui ne signifie pas que le sursis est accordé alors automatiquement, la loi ménageant un certain pouvoir d'appréciation ( 57 ).

Quant à la révocation du sursis, dont le caractère répressif était généralement admis, l'article 41 ch. 3 al. 2 (nouveau) statue : "Dans les cas de peu de gravité, le juge pourra renoncer à ordonner l'exécution de la peine si des motifs permettent d'envisager l'amendement du condamné et, tenant compte des circonstances, prononcer un avertissement, ordonner d'autres mesures ..... et prolonger le délai d'épreuve jusqu'à concurrence de la moitié de la durée fixée dans le jugement".

Il est prévu en outre que l'exécution de la peine, devenue exécutoire ensuite de révocation du sursis, est suspendue si elle est en concours avec une des mesures prévues aux articles 43, 44 ou 100 bis (art. 41 ch. 3 al. 4). Ces modifications soulignent évidemment le caractère de prévention spéciale du sursis, et font apparaître une rupture toujours plus nette avec les idées de représaille.

121.- La revision de 1971 a également reconsidéré les mesures de sûreté. L'internement des délinquants d'habitude conserve son caractère éliminatoire. Nous avons vu que Stooss avait déjà évité de condamner ce genre de délinquants au désespoir, en prévoyant leur libération conditionnelle. Il visait par là leur reclassement social ( 58 ).

Le nouveau texte de l'article 42 modifie les conditions de l'internement qu'il rend plus restrictives de trois façons : Tout d'abord, le juge ne peut plus prononcer l'internement, s'il inflige les arrêts ; seuls, la réclusion et l'emprisonnement sont désormais pris en considération pour cette mesure et encore si elles ont atteint une certaine durée. Ensuite, la décision d'internement ne se fondera plus seulement sur les crimes et délits commis antérieurement ; les infractions commises par négligence n'entrent plus en ligne de compte. Enfin, le juge ne prononcera la mesure que si le condamné récidiviste a manifesté par son comportement un penchant à la délinquance, et non plus simplement à l'inconduite ou à la fainéantise, comme jusqu'ici.

Ces modifications montrent clairement le souci du législateur de restreindre l'application de cette grave mesure privative de liberté. L'internement, mesure extrême, n'intervient que s'il n'existe plus d'autre moyen de détourner le délinquant de la récidive.

Le système moniste proposé pour cette mesure n'a pas été retenu ( 59 ). La durée de l'internement reste liée à celle de la peine et les délais sont les mêmes que par le passé. La libération conditionnelle n'a pas non plus été modifiée. Conformément aux progrès de l'étude criminologique des délinquants d'habitude, le législateur a prévu que l'internement serait exécuté dans un établissement ouvert ou fermé. Les condamnés asociaux, de "caractère passif, souvent débiles et souffrant

d'un complexe d'infériorité, ne résistant pas aux tentations, pour qui un traitement en semi-liberté peut être envisagé" ( 60 ), seront placés dans un établissement ouvert, tandis que les établissements fermés seront réservés aux délinquants antisociaux, "sujets actifs, volontaires et souvent intelligents". En l'espèce, le même article 42 nouveau prescrit qu'après "une durée égale à la moitié de la peine, mais d'au moins deux ans, l'interné qui s'est bien comporté pourra être occupé en dehors de l'établissement. Exceptionnellement, cet allègement pourra être accordé à d'autres internés, si leur état l'exige" (art. 42, ch. 3 al. 2). Enfin, le législateur a cru nécessaire de donner au juge le pouvoir de mettre exceptionnellement fin, sur proposition de l'autorité compétente, à l'internement avant l'expiration de sa durée minimum (trois ans), si son exécution ne se justifie plus et si les deux tiers de la durée de la peine sont écoulés. L'expulsion des délinquants d'habitude étrangers n'est plus imposée. Il est indéniable que le législateur a voulu donner à cette mesure, éliminatrice à l'origine, une orientation tendant à la resocialisation du délinquant : cela se manifeste dans le fait que les délinquants d'habitude pourront être placés dans des établissements réservés aux condamnés récidivistes, qui sont soumis au régime progressif (supra n. 120).

Les dispositions du Code pénal sur l'internement et l'hospitalisation des irresponsables et des délinquants à responsabilité restreinte (art. 14 et 15 anciens) suscitaient pour plusieurs raisons de grandes difficultés pratiques. Tout d'abord, ces articles liaient la mesure à la notion de responsabilité, qui normalement n'influe que sur la culpabilité et la peine ( 61 ). Ensuite, la délimitation entre les articles 14 et 15 n'était pas claire : "En effet, le placement dans un hôpital ou un hospice est prescrit dans les deux cas. Mais lorsque, malgré l'irresponsabilité ou la responsabilité restreinte du délinquant, son état exige non pas le placement dans un hôpital ou un hospice, mais un internement dans un établissement approprié,

cet internement est impossible en vertu des termes mêmes de la loi, tout au moins dans un des établissements d'internement prévus par le code" ( 62 ). Enfin, ces mêmes dispositions excluaient le renvoi dans un hôpital ou un hospice de délinquants mentalement anormaux, mais pleinement responsables sur le plan pénal. Ajoutons encore que l'article 14 mettait au premier plan la protection sociale, sans se préoccuper du but curatif. Quoique cet article ait prévu l'internement "dans un hôpital ou dans un hospice", la pratique a conduit de plus en plus à se détacher d'une interprétation stricte de la loi en autorisant l'internement dans un établissement qui n'était pas dirigé par un médecin, et qui n'était pas "spécialisé" ( 63 ).

Pour éviter ces difficultés, la nouvelle loi modifiant le Code pénal suisse a abrogé les articles 14, 15 et 17 et les a remplacés par un nouvel article 43 qui traite des mesures applicables aux anormaux mentaux. Le nouveau texte envisage l'état mental anormal du délinquant, lorsque cet état est en rapport avec l'infraction : si le délinquant a besoin d'un traitement ou de soins médicaux et s'il s'agit d'éliminer ou d'atténuer le danger qu'il présente eu égard à la récidive, le juge peut ordonner le placement dans un hôpital ou un hospice. Si le délinquant ne présente pas de danger pour autrui, le juge peut envisager un traitement ambulatoire. Cette solution était d'ailleurs préconisée en doctrine et appliquée, contra legem par plusieurs tribunaux ( 64 ).

Les conditions de l'internement, posées par l'ancien article 14, ont été sensiblement aggravées, "solche gesetzliche Beschränkung" écrit M. Germann, "war ein Gebot des Grundsatzes der Zweckproportionalität" ( 65 ). En cas d'internement ou de placement dans un hôpital ou hospice, le juge suspend l'exécution de la peine privative de liberté qui a été prononcée. Il peut aussi, en cas de traitement ambulatoire, suspendre l'exécution de la peine, si celle-ci est incompatible avec le traitement.

Le caractère indéterminé de la mesure n'a pas subi de changement. L'autorité compétente y mettra fin, dès que la cause en a disparu. Lors de la libération ou à la fin du traitement, le juge décide si, et dans quelle mesure il y a lieu d'exécuter la peine suspendue. Il peut y renoncer s'il y a lieu de craindre que l'effet de la mesure n'en soit sérieusement compromis. En outre, la durée de la privation de liberté consécutive à l'exécution d'une mesure dans un établissement ou un hospice sera imputée sur celle de la peine suspendue. Si le délinquant mentalement anormal se révèle incurable, le juge a les mêmes pouvoirs; il lui est également permis de substituer une autre mesure à l'exécution de la peine.

Les modifications apportées par le législateur de 1971 constituent de nettes améliorations, inspirées par les récentes découvertes de la science médicale. Les nouveaux rapports de la peine et de la mesure illustrent une fois encore le souci du législateur de renoncer à la conception classique de la peine, et d'accentuer le caractère "resocialisant" ou curatif des mesures de sûreté.

Le traitement des alcooliques et des toxicomanes a subi des modifications du même ordre : "Si le délinquant est alcoolique et que l'infraction commise soit en rapport avec cet état, le juge pourra l'interner dans un établissement hospitalier, pour prévenir de nouveaux crimes ou délits. Le juge pourra aussi ordonner un traitement ambulatoire. L'article 43 ch. 2, est applicable par analogie" (art. 44 ch. 1).

Tenant compte du caractère curatif de cette mesure et du fait que son application dépend uniquement de l'état personnel du délinquant, et non plus de la nature de la peine, le législateur a prévu la suspension de l'exécution de la peine et l'application immédiate de la mesure. C'était d'ailleurs l'avis

presqu'unanime de la doctrine suisse. L'ancien article 44 ne permettait que l'application de la peine, lorsque l'alcoolique invétéré était condamné à l'emprisonnement ou aux arrêts, à la suite d'un crime ou d'un délit.

De même que pour les délinquants mentalement anormaux, le législateur a distingué entre alcooliques curables et incurables. Les premiers seront placés "au besoin dans un établissement hospitalier", tandis que les seconds seront internés dans un établissement distinct des autres établissements prévus par le Code. Jusqu'ici, cet établissement pouvait être réuni à une maison d'éducation au travail, ce qui s'est révélé inadéquat. L'interné sera libéré par l'autorité compétente dès qu'elle le tient pour guéri. Elle pourra le libérer conditionnellement et l'astreindre à un patronage d'un à trois ans. Si le condamné s'avère incurable, ou si les conditions de la liberté conditionnelle ne sont pas remplies après un séjour de deux ans, le juge examine, après avoir pris l'avis de la direction de l'établissement, s'il y a lieu d'exécuter la peine, qui avait été suspendue. Il pourra d'ailleurs y substituer une autre mesure de sûreté. Mais la durée de la privation de liberté subie dans un établissement sera toujours imputée sur la peine suspendue.

L'article 45 du Code pénal est devenu le chiffre 6 du nouveau texte de l'article 44 : rappelons qu'il vise les toxicomanes.

Dans un nouvel article 45, le législateur a réglé tout ce qui concerne la libération conditionnelle, ainsi que - innovation - la libération à l'essai des délinquants soumis à une mesure de sûreté.

Nous devons souligner, sans entrer dans les détails, que le législateur a établi des garanties en faveur des internés, pour

tenir compte du caractère indéterminé des mesures de sûreté. La loi ordonne à l'autorité compétente d'examiner d'office si et quand la libération conditionnelle ou à l'essai doit intervenir. S'il s'agit de mesures appliquées aux délinquants d'habitude ou mentalement anormaux, l'autorité compétente examine le cas chaque année, mais à compter de l'expiration de la durée légale minimum de la mesure.

122.- Un titre cinquième nouveau a été introduit. Il groupe les articles 100, 100 bis et 100 ter, qui ont trait aux jeunes adultes, c'est-à-dire aux majeurs pénaux de dix-huit à vingt-cinq ans. Cette catégorie de délinquants est soumise en principe aux dispositions générales du Code relatives aux adultes. Cependant, si l'infraction commise par l'un de ces jeunes adultes est en rapport avec son développement caractériel gravement perturbé ou menacé, à son état d'abandon, à son inconduite ou à sa faiblesse, le juge pourra prononcer au lieu d'une peine, le placement dans une maison d'éducation au travail, lorsque cette mesure paraît propre à prévenir de nouveaux crimes ou délits.

Relevons tout d'abord que le législateur a substitué le système moniste au système dualiste prévu par l'ancien article 43 du Code pénal suisse, ce qui signifie que le juge prononce ou l'éducation au travail ou une peine, mais pas les deux. Cela fait apparaître le caractère fondamentalement éducatif de cette mesure, dont l'application est conditionnée par l'état personnel du jeune adulte. Avant d'ordonner le placement, le juge se renseignera sur le comportement, l'éducation et la situation de l'auteur, et s'il le faut, il requiert rapports et expertises sur l'état physique et mental du délinquant, ainsi que sur son aptitude à l'éducation au travail. C'est la consécration de l'examen de la personnalité.

Autrefois, on avait discuté parmi les experts du caractère

prédominant de cette mesure : "Deux conceptions s'opposaient en l'espèce : la première conforme à l'intention de M. Stooss, assignait à cette mesure la fonction d'un véritable apprentissage professionnel, avec possibilité de l'apprendre en dehors de la prison, le jeune délinquant devant réintégrer la prison après ses heures de travail. La seconde conception assignait à l'éducation au travail le caractère d'une thérapie de choc : les paresseux, les individus vivant dans l'inconduite seraient soumis à un entraînement intensif au travail, pour leur apprendre le goût de l'effort, car il est inutile de leur apprendre un métier qu'ils ne pratiqueront jamais" ( 66 ).

Ces deux conceptions ont été retenues. L'article 100 bis ch. 3 le laisse entendre : "Tout interné sera formé à un travail adapté à ses capacités et lui permettant d'assurer son existence à sa libération. L'affermissement de son caractère, son développement intellectuel et corporel, l'accroissement de ses connaissances professionnelles seront encouragés dans la mesure du possible".

"Le condamné pourra être autorisé à parfaire sa formation professionnelle ou à travailler en dehors de l'établissement".

En raison du but éducatif de la mesure, le législateur a introduit une innovation importante concernant les récalcitrants. Rejetant la solution de l'ancien article 43 du Code pénal, qui décidait alors l'exécution de la peine, l'article 100 bis ch. 4 prévoit que la mesure peut être exécutée dans un établissement pénitentiaire : "Il s'agit d'un transfert administratif et non d'une modification ou d'un renforcement de la mesure par le juge. C'est pourquoi l'intéressé pourra être retransféré en tout temps dans la maison d'éducation au travail" ( 67 ).

Après une année au moins, l'autorité compétente pourra li-

bérer le condamné conditionnellement pour un à trois ans et le soumettre au patronage. L'aptitude et la disposition au travail du délinquant, ainsi que le pronostic favorable de bonne conduite en liberté sont les conditions sine qua non de la libération.

L'article 100 ter, ch. 1 al. 2 a apporté une innovation importante en matière de révocation de la libération conditionnelle : Il envisage d'abord la réintégration du condamné dans la maison de travail, et remet ainsi à plus tard la décision quant à l'exécution de la peine qui aurait été prononcée pour une infraction nouvelle. D'ailleurs, dans les cas de peu de gravité, l'autorité peut renoncer à la réintégration. Soulignons encore une fois la volonté du législateur d'enlever tout caractère punitif à la révocation de la mesure, la préoccupation essentielle étant d'assurer l'efficacité de la mesure.

123.- Par l'adoption du principe de la resocialisation et le rejet d'une conception purement répressive, le législateur suisse a été conduit à éliminer les séquelles de la condamnation qui, effectivement, nuisaient au reclassement des délinquants dans la société.

Première manifestation : l'article 52 concernant la privation des droits civiques a été abrogé. L'article 51 nouveau dispose cependant que le juge peut déclarer incapable de revêtir une charge ou une fonction officielle, pour une durée de deux à dix ans, le magistrat ou le fonctionnaire qui, coupable d'un crime ou d'un délit, s'est rendu indigne de confiance. Il en va de même du condamné à la réclusion ou à l'emprisonnement, si l'infraction commise dénote qu'il est indigne de confiance.

Autre manifestation : on sait que la radiation de l'inscription au casier judiciaire peut être ordonnée par l'autorité

compétente après un certain délai. L'intéressé doit la demander, et elle lui sera accordée, si sa conduite la justifie et s'il a réparé le dommage dans la mesure où on pouvait l'attendre de lui. Exceptionnellement, les délais sont abrégés, si un acte particulièrement méritoire du condamné justifie une réhabilitation anticipée. Or, la loi nouvelle a introduit la radiation automatique pour épargner à l'ancien condamné le rappel d'un passé oublié.

24.- Ce bref exposé de l'évolution récente du Code pénal nous permet de souligner tout d'abord le souci du législateur et des pénalistes helvétiques de développer prudemment les principes du Code pénal suisse, proposés déjà par Stooss dans son célèbre projet de 1894 ; ensuite, la nette orientation de la législation pénale suisse vers la resocialisation des délinquants et l'abandon des idées de représaille, de vengeance et d'expiation, ce qui a principalement rétréci le champ d'application de la peine-châtiment. Cela met du même coup en lumière l'esprit conservateur du système péruvien, qui demeure fidèle à la peine-châtiment au détriment des mesures de sûreté empruntées aux projets suisses.

NOTES

Chapitre III

- 1- Voir : H. von Kentig, Die Strafe II ; Costa, Delitto e pena nella storia del pensiero humano ; Borghese, La filosofia della pena, chapitres 2ème et 3ème ; Ancel, La défense sociale nouvelle ; Radzinowicz, Idéologie e criminalità ; Hafter, Lehrbuch, p. 241 à 256 ; H. Pfander, Der zentrale Begriff "Strafe", RPS 1946 ( 61 ), p. 173 à 198.
- 2- Zürcher, Motifs 1908, p. 6. Parmi les codes pénaux qui ont influencé les anciens droits cantonaux, citons le Code pénal de l'Empire allemand de 1871, le Code pénal français de 1810, le Code pénal autrichien de 1852.
- 3- Germann, RPS 1958 ( 73 ), p. 52.
- 4- Zürcher, Motifs 1908, p. 80.
- 5- Zürcher, Motifs 1908, p. 82 ; cf. Baumgarten, p. 97.
- 6- Clerc, Rev. sc. crim. 1964, p. 90, qui cite deux arrêts du Tribunal fédéral : 1878 IV 332 et 1885 IV 27.
- 7- Germann, RPS 1958 ( 73 ), p. 47.
- 8- Ancel, RPS 1956 ( 71 ), p. 5.
- 9- Germann, RPS 1958 ( 73 ), p. 46.
- 10- Stooss, Lehrbuch, p. 188 et ss.
- 11- RPS 1901 ( 14 ), p. 390.
- 12- Lehrbuch, p. 189 et 190, qui écrit : "Besserung und Unschädlichmachung des Schuldigen sind also nicht der Zweck der Strafe"; voir : Logoz, p. 147 ; Frey, RPS 1951 ( 71 ), p. 297.
- 13- RPS, 1905 ( 18 ), p. 3 : "Dankbar anerkenne ich den grossen geistigen Anteil, den die internationale kriminalistische Vereinigung an dem Vorentwurfe hat. Aber eine Forderung, die einheitliche Zweckstrafe, verwirklicht der Entwurf nicht". Voir : Germann, RPS 1958 ( 73 ), p. 71, où il expose clairement et brièvement les divergences doctrinales existant entre les conceptions de la peine de Stooss et de von Liszt ; Frey, RPS 1951 ( 66 ), p. 300 ; Schultz, ZStW 1955, p. 36, n. 3 ; Graven, Rev. int. de d. pén. 1951, p. 209 et ss.

- 14- Germann, RPS 1958 ( 73 ), p. 46 ; opinion différente : Clerc, Rev. sc. crim. 1964, p. 102, voir note 13.
- 15- Stooss, P.V. I, p. 173, cité par Clerc, Rev. sc. crim. 1964, p. 90, note 2 in fine.
- 16- Selon le professeur Clerc, le transfert au juge pénal du droit de prononcer les mesures préventives étant la "seule innovation" (Rev. sc. crim. 1964, p. 90) ; opinion différente : Baumgarten, p. 97.
- 17- Germann, RPS 1958 ( 73 ), p. 49.
- 18- Germann, RPS 1958 ( 73 ), p. 53 ; Baumgarten, p. 98. Voir : Clerc, Rev. sc. crim. 1964, p. 91.
- 19- Au sujet du "Vikariendes System" du Code pénal suisse, voir : Germann, RPS 1958 ( 73 ), p. 55 ; Frey, RPS 1951 ( 66 ), p. 301 et 302. Les codes pénaux allemand et italien ont consacré le "Zweispurigen System", cf. Jescheck AT, p. 54 et ss ; Koffer, L.K. Vorbem. N. 13, n. 2 à 10 ; Antolisei, p. 604.
- 20- Ce souci se manifeste chez Stooss lorsqu'il écrit dans son exposé des motifs de 1894 : "ein Strafgesetz erfüllt nur dann sein Zweck, wenn es sich zur Bekämpfung des Verbrechens wirksam erweist", p. 86 ; cf. Germann, RPS 1943 ( 58 ), p. 37.
- 21- Voir critique de Hafter dans la RPS 1904 ( 17 ), p. 211 et ss.
- 22- RPS 1905 ( 18 ), p. 5 ; du même auteur Lehrbuch, p. 191. Voir : Germann, RPS 1943 ( 58 ), p. 29 et 32 ; RPS 1958 ( 73 ), p. 68 ; Frey, RPS 1951 ( 66 ), p. 299 ; Logoz, art. 35-62, p. 147.
- 23- In : Código penal peruano, édité par E. Perez, p. 21.
- 24- In : Código penal peruano, édité par E. Perez, p. 19 et 20.
- 25- Voir : Clerc, Inf. pénitentiaires, 1965, N. 52, p. 6 ; Jiménez, Unificación, p. 263.
- 26- Les projets suisses jusqu'à 1916 parlent des peines privatives de liberté en général, le projet de 1918 et le Code pénal ne se réfèrent qu'à la peine d'emprisonnement.
- 27- Selon l'article 40 du projet péruvien de 1916, tout jugement de condamnation était pris en considération.

- 28- Le projet et le Code pénal suisses exigent en revanche que le délinquant n'ait encore subi, en Suisse ou à l'étranger, aucune peine privative de liberté. Le projet de 1918 fixait un délai de 10 ans, que le Code pénal réduit à 5 ans.
- 29- L'article 40 du projet péruvien de 1916 statuait - conformément au projet suisse de 1916 - une troisième condition : le délinquant devait, autant qu'il était en son pouvoir, réparer le dommage fixé judiciairement.
- 30- Jiménez de Asua estime que la source de cette disposition est la loi genevoise de 1892 et la loi vaudoise de 1897 : Derecho penal en la Republica del Peru ; cf. Bramont, Código anotado, p. 126.
- 31- L'article 43 ch. 1 ab initio de l'avant-projet suisse de 1916 statue : "Lorsqu'un condamné à l'emprisonnement pour délit vivait ...".
- 32- Código penal peruano, édité par E. Perez, p. 21 ; Ferri, p. 66 et ss.
- 33- Abastos, Rev. de d. y cienc. polit. 1937-8, p. 37 et ss ; cf. Bramont, Código anotado, p. 249.
- 34- Voir : Droit pénal des pays scandinaves, p. 118 et ss.
- 35- Elle est accessoire lorsqu'elle s'attache de plein droit à la condamnation principale, et complémentaire, lorsqu'elle doit être prononcée formellement par le juge. En droit français, consulter : Schmelck-Picca, p. 66 ; Stéfanie-Levasseur, N. 383 et ss ; Bouzat-Pinatel, p. 420.
- 36- Ludwig, RPS 1959 ( 75 ), p. 119 et ss ; Overbeck, p. 85 et ss.
- 37- ZStW 1955, p. 35 et ss.
- 38- Frey, RPS 1951 ( 66 ), p. 297.
- 39- Voir : Bruns, p. 181.
- 40- Pfenninger, p. 206.
- 41- Germann, RPS 1943 ( 58 ), p. 35.
- 42- Schwander, p. 232 et ss.
- 43- Schwander, p. 232 : "Die Schuld ist der erste und weitaus bedeutendste Strafzumessungsgrund".

- 44- Schwander, p. 234. Voir : Armand von Werdt, Die Strafzumessung, Thèse, Fribourg, 1956 ; Mezger, Strafzweck und Strafzumessungsregeln, et Schmidt, Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch, in : Materialien - Gutachten der Strafrechtslehrer, p. 1 et ss.
- 45- Sur la notion de périculosité et ses rapports avec la culpabilité, consulter : Germann, Verbrechen, p. 122, du même auteur RPS 1946 ( 61 ), p. 169 et 170 ; Jiménez, Rev. int. de d. pén. 1953, p. 531 à 553 ; Maurach AT, p. 55 et ss.
- 46- A. Luisier, Rev. de d. pén. et de crim. 1953, p. 227 à 242.
- 47- Message du Conseil fédéral, FF 1965 I, p. 570.
- 48- Message du Conseil fédéral, FF 1965 I, p. 569 - 571. Une suggestion du professeur Clerc tendant à scinder le code en une loi sur la répression pénale et une loi sur l'exécution des peines et mesures fut rejetée. Elle a été aussi défendue par les professeurs Logoz et Schwander. Contra : notamment Germann. Voir : Rapports I et IV du Département de justice et police du 16 juillet 1965 et 8 février 1966 ; Protokoll Kommission des Ständerates du 13-15 mai 1965, p. 11 et ss, spécialement p. 17-18 et du 17 août 1965, p. 62 et ss.
- 49- Inf. pénitentiaires, 1954, N. 8, p. 12.
- 50- Rev. pénit. et de d. pén. 1957, p. 263. Voir : spécialement : Germann, Rev. sc. crim. 1958, p. 772 et 773 ; Schultz ZStW 1955, p. 49 à 51 ; Protokoll Neuesten Expertenkommission du 1er juillet 1954, p. 22, cité par Schultz, ZStW 1955, p. 51. Parmi les membres de la commission, MM. Clerc, Guilliéron et Frey étaient partisans de la peine unique.
- 51- Clerc, Rev. pénit. et de d. pén. 1957, p. 264.
- 52- Voir : F. Bourquin, RPS 1965 ( 80 ), p. 357 - 372 ; A. Sandoz, Inf. pénitentiaires 1962, N. 39, p. 3 à 7.
- 53- Germann, RPS 1971 ( 87 ), p. 343 et 344.
- 54- Cette modification a été proposée par le professeur Germann, voir : Protokoll Expertenkommission du 1er juillet 1953, p. 43, cité par Schultz, ZStW 1955, p. 52 ; Protokoll Kommission des Nationalrates du 26 - 29 août 1968, p. 215 à 218.

- 55- Clerc, Rev. pénit. et de d. pén. 1957, p. 264 ; Germann, RPS 1971 ( 87 ), p. 348.
- 56- FF 1965 I, p. 578.
- 57- Voir : Germann, RPS 1971 ( 87 ), p. 348.
- 58- Germann, Rev. sc. crim. 1958, p. 790 et 791.
- 59- Voir : Message du Conseil fédéral, FF 1965 I, p. 580 ; Clerc, Rev. pénit. et de d. pén. 1957, p. 266 ; Germann, Rev. sc. crim. 1958, p. 793 à 795 ; du même auteur RPS 1971 ( 87 ), p. 355 et 356.
- 60- Germann, Rev. sc. crim. 1958, p. 792.
- 61- Frey, RPS 1953 ( 58 ), p. 431 ; Schultz ZStW 1955, p. 55.
- 62- Message du Conseil fédéral, FF 1965 I, p. 572.
- 63- ATF 1947 73 IV 145 et ss, 1955 81 IV 8 et ss, cités par Germann, Rev. sc. crim. 1958, p. 788.
- 64- Germann, RPS 1953 ( 58 ), p. 69 à 97, spécialement p. 76 et ss.
- 65- RPS 1971 ( 87 ), p. 365 ; voir : du même auteur, Rev. int. de d. pén. 1957, p. 253 et ss.
- 66- Clerc, Rev. pénit. et de d. pén. 1957, p. 268 ; du même auteur, Rev. sc. crim. 1964, p. 96 ; cf. Germann, Rev. sc. crim. 1958, p. 785 ; Schultz, ZStW 1955, p. 63.
- 67- Message du Conseil fédéral, FF 1965 I, p. 605.

Conclusions

- 125.- Tout au long de notre exposé, nous avons relevé l'énorme influence des travaux préparatoires du Code pénal suisse sur le Code péruvien. Cette influence est particulièrement nette dans le domaine des éléments de l'infraction et des mesures de sûreté. Nous avons ainsi constaté que les dispositions suisses sur l'irresponsabilité et la culpabilité (dol et négligence) ont été fidèlement reprises dans le Code pénal péruvien ; que les règles péruviennes concernant les circonstances de non-culpabilité et les faits justificatifs portent l'empreinte indéniable des formules helvétiques et, enfin, que les articles péruviens qui règlent le renvoi dans une maison d'éducation au travail des délinquants vivant dans l'inconduite ou la fainéantise, et le renvoi des buveurs d'habitude dans un asile, sont directement inspirés des projets suisses. Nous avons également souligné la profonde influence helvétique sur la partie spéciale du Code pénal péruvien.
- 126.- Compte tenu du prestige dont jouissaient les projets suisses dont on appréciait la technique législative et l'inspiration doctrinale judicieuse, l'influence qu'ils ont exercé sur la législation pénale péruvienne se révèle tout à fait naturelle et très positive. Le choix par le législateur péruvien du modèle helvétique a comporté l'abandon de la législation espagnole comme source traditionnelle d'inspiration. Il ne s'agissait pas d'une réaction nationaliste contre l'ancienne métropole, mais plutôt de l'abandon d'une législation vétuste, voire anachronique.
- 127.- Nous avons aussi constaté, au fur et à mesure de nos développements, que le législateur péruvien ne s'est pas limité à transcri-

re les formules helvétiques, mais a tenté très souvent de les adapter à certains principes hérités de l'ancien code pénal et de les parfaire en faisant appel aux principes de l'école positiviste, très influente en Amérique latine.

Les efforts du législateur péruvien pour élaborer, en s'inspirant de modèles étrangers, un code adapté aux besoins nationaux sont évidemment méritoires. Nous avons néanmoins constaté que les résultats obtenus sont assez maigres, en raison de la très fréquente méconnaissance chez le législateur de la nature et des buts des institutions qu'il a empruntées. L'échec relatif de cette entreprise est également dû à un manque d'études sur la réalité criminologique du pays, manque qui subsiste d'ailleurs aujourd'hui.

128.- Du seul fait des innovations introduites par le législateur péruvien, et particulièrement celles d'inspiration suisse, il est sans aucun doute exact de prétendre que le Code péruvien a été, pendant la première moitié du siècle, l'un des meilleurs et des plus modernes d'Amérique latine. Cet incontestable progrès du droit positif par rapport à l'ancien droit a été compromis par ceux qui eurent à appliquer le code, tant au plan judiciaire que pénitentiaire : une magistrature généralement imprégnée d'idées conservatrices n'a pas su tirer profit des dispositions progressistes contenues dans le Code péruvien.

129.- Dans le dernier chapitre, nous avons relevé le caractère répressif du Code péruvien, caractère qui s'est accentué dans la pratique, du fait que les tribunaux fondent la lutte contre la criminalité sur le pouvoir intimidateur de la peine, ainsi que de l'absence quasi totale d'établissements pénitentiaires appropriés aux nécessités d'une application juste et intelligente des peines et des mesures de prévention.

En Suisse, nous l'avons indiqué, le législateur, la magistrature et les autorités d'exécution tendent bien au contraire à mettre en oeuvre et à développer les conceptions fondamentales du Code pénal suisse. La dernière révision du Code - par la loi du 18 mars 1971 - témoigne tout particulièrement du souci des juristes helvétiques de demeurer à l'avant-garde du mouvement doctrinal et législatif pour la réforme du droit pénal, afin de le rendre plus juste et plus humain. C'est pourquoi nous pouvons affirmer que la législation, la doctrine et la jurisprudence suisses constituent de précieuses sources d'inspiration pour les pénalistes péruviens. Nous ne préconisons pas par là l'imitation ou la transposition servile des méthodes et des dispositions helvétiques : à notre avis, il s'agit plutôt d'utiliser à bon escient toutes les ressources de la méthode comparative.

BIBLIOGRAPHIE

Sources législatives :

- |  |  |
|--|--|
| Avant-projet de 1894                         | Avant-projet de Code pénal et motifs à l'appui de l'avant-projet, Stooss ; traduit par Gautier. Berne 1894.    |
| Avant-projet de 1915                         | Avant-projet de Code pénal suisse (Texte d'août 1915), in : P.V. 2ème comm. d'experts ; annexe II. Berne 1916. |
| Avant-projet de 1916                         | Avant-projet de Code pénal suisse (Texte adopté par la 2ème commission d'experts, octobre 1916). Lucerne 1916. |
| Projet de 1918                               | Projet de Code pénal suisse de 1918 et Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, s. d.                |
| Code pénal suisse de 1937                    | Publié par la Chancellerie fédérale, Berne 1962  |
| Projet de loi modifiant le Code pénal suisse | FF 1965 I 569.   |
| Loi fédérale modifiant le Code pénal suisse  | FF 1971 I 515.   |
| Projet de 1887, 1900-2                       | Proyectos de Código penal peruano, T I, Lima 1918.   |
| Projet de 1916                               | Proyectos de Código penal peruano, T II, Lima 1918.  |
| Código penal del Peru                        | Edité par E. Perez, 3ème édition, Lima 1962.   |

- Codigo pénal espagnol  
de 1848-50 Madrid 1850.
- Codice penale del  
Regno d'Italia 1889 In : I cinque codici, Milano s.d.  
E. Ferri, Roma 1921.
- Progetto di codice penale
- Code pénal néerlandais  
de 1886 In : Les codes pénaux européens,  
T III, Paris 1958.

Doctrine :

- Abastos, Manuel G. El delincuente en el codigo Maurtua,  
Rev. de d. y cienc. polit. 1937-8,  
p. 9.  
Prevensión y represión de los acci-  
dentes de tránsito, Rev. de d. y  
cienc. polit. 1952, p. 275.
- Ancel, Marc La défense sociale nouvelle, 2ème  
édition, Paris 1966.  
Le Code pénal suisse et la politi-  
que criminelle, RPS 1958, p. 165.  
Les notions de prévention du crime  
et de traitement des délinquants  
dans les législations européennes  
modernes, RPS 1956, p. 1.
- Antolisei, Francesco Manuale di Diritto penale, Parte  
generale, Milano 1963.
- Baumann, Jürgens Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5ème  
édition, 1968.
- Beling, Ernest Die Lehre von Verbrechen, 1906.
- Bettiol, Giuseppe Diritto penale, PG, 7ème édition,  
Padova 1969.

- Binding, Karl Die Normen und ihre Uebertretung,  
T I-II, Leipzig 1872.
- Borghese, Sofo La filosofia della pena, Milano 1952.
- Bouzat et Pinatel Traité de droit pénal et de criminologie, T I, Droit pénal général,  
2ème édition, Paris 1970.
- Brägger, Ernest Der Notstand im schweiz. Strafrecht,  
Thèse, Berne 1937.
- Bramont Arias, Luis La ley penal, Lima 1950 ( Ley ).  
Codigo penal anotado, Lima 1966  
( Codigo anotado ).
- Bruns, Hans-Jürgens Strafzumessungsrecht, AT, Köln 1967.
- Baumgarten, Arthur Strafen und sichernde Massnahmen ;  
in : Festgabe der Basler Juristen-  
fakultät, N. 15, p. 81, Bâle 1942.
- Bourquin, Fritz Le régime de la semi-liberté insti-  
tué aux prisons de la Chaux-de-Fonds,  
RPS 1965, p. 357.
- Bise, E. La division bipartite des infrac-  
tions et les contraventions de po-  
lice dans le projet de code pénal  
fédéral, Fribourg 1899.
- Clerc, François Introduction à l'étude du Code pé-  
nal suisse, PG, Lausanne 1942.  
Le Code pénal suisse et le droit  
pénal international. In : Mémoires  
de la Faculté de droit de l'Univer-  
sité de Neuchâtel, T 12, p. 207,  
Paris 1938.  
Les travaux préparatoires et l'in-  
terprétation de la loi pénale, RPS  
1949, p. 1.

- Clerc, François
- La revision du Code pénal suisse ;  
Rapport au nom du Comité central de  
l'Association suisse pour la réforme  
pénitentiaire et le patronage.  
Inf. pénitentiaires, 1954, N. 8.
- Sur l'unification de la peine priva-  
tive de la liberté en droit compa-  
ré ; Rev. sc. crim. 1956, p. 278.
- Vers la revision du système péni-  
tentiaire de la Suisse, Rev. pénit.  
et de d. pén. 1957, p. 259.
- L'expérience des mesures de sûreté  
en droit pénal suisse, Rev. sc.  
crim. 1964, p. 87.
- Le Code doit-il contenir des dispo-  
sitions relatives à l'exécution des  
peines et mesures privatives de li-  
berté ; Inf. pénitentiaires, N. 52,  
1965, p. 3.
- Costa, Fausto
- Delitto e pena nella storia del  
pensiero humano, Milano, 1928.
- Darbella, Jean
- Théorie générale de l'illicéité en  
droit civil et en droit pénal,  
Fribourg 1955.
- Dubs, Hans
- Die fahrlässigen Delikte im moder-  
nen Strafrecht, RPS, 1962, p. 31.
- Ferri, Enrico
- Relazione sul Progetto preliminare  
di codice penale, Roma 1921.
- Fitting, Frédéric
- Intention dolosive et erreur de  
droit (art. 18 et 20 CPS) JdT 1953  
IV, p. 2.





Graven, Jean

Le problème de la responsabilité pénale - Irresponsabilité et responsabilité restreinte, polycopié publié par l'Association internationale de droit comparé (Section d'été - Coimbra 1965), N. 518 (Responsabilité).

Les principes de la légalité, de l'analogie et de l'interprétation, RPS 1951, p. 377.

Franz von Liszt et le nouveau droit pénal suisse, Rev. int. de d. pén. 1951, p. 209.

Droit pénal et défense sociale, RPS 1955, p. 1.

La classification des infractions du Code pénal suisse et ses effets, RPS 1958, p. 3.

Le rôle et les pouvoirs du juge pénal par rapport à l'expert médical en matière de responsabilité, RPS 1959, p. 347.

Comment le droit suisse réprime-t-il les infractions par négligence ? Rev. int. de crim. 1966, p. 171.

Grispigni, Filippo

Diritto penale italiano, T I, 2ème édition, Milano 1947.

Haftler, Ernest

Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, AT, 2ème édition, Berne 1946 (Lehrbuch)

Strafrecht und Schuld ; Rektoratsrede, Zürich 1923 (Schuld).

- Hafter, Ernest Strafe und sichernde Massnahme im Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, RPS 1904, p. 211.  
Lücken im Strafgesetzbuch. Lückenausfüllung, RPS 1947, p. 133.
- Hentig, von, H. Die Strafe T II - Die modernen Erscheinungsformen, Berlin 1955.
- Jescheck, Hans-Heinrich Lehrbuch des Strafrechts, AT, Berlin 1969.  
Der Einfluss des schweiz. Strafrechts auf das deutsche, RPS 1956, p. 184.  
I fondamenti filosofici del progetto tedesco di codice penale in paragone con quelli della Riforma penalistica italiana, in : Studi in onore di F. Antolisei, Milano 1965.
- Jiménez de Asua, Luis *Derecho penal en la Republica del Peru*, Lima 1926 (Derecho penal).  
La unificación del derecho penal en Suiza, Madrid 1916 (Unificación).  
La ley y el delito, 3ème édition, Mexico - Buenos-Aires 1959 (Delito).  
Tratado de Derecho penal, T I - V, 1ère édition, Buenos-Aires 1951 - 1956 (Tratado).  
Les peines et les mesures de sûreté, Rev. int. de d. pén. 1953, p. 536.

- Jolidon, Pierre L'appréciation de la responsabilité pénale selon le Code pénal suisse, Thèse, Berne 1956.
- Kaufmann, Arthur Das Schuldprinzip, Karlsruhe 1961.
- Kaufmann, Joseph Das Züchtigungsrecht der Eltern und Erzieher, Thèse, Zürich 1909.
- Kelsen, Hans Teoria pura del derecho (Introducción a la ciencia del derecho), Buenos-Aires 1960.
- Koffika, Elsa Leipziger Kommentar, 9ème édition, Berlin-New York 1971.
- Kohlrausch-Lange Strafgesetzbuch, 42ème édition, Berlin 1959.
- Lerch, Emil Tatirrtum und Rechtsirrtum im schweizerischen Strafrecht, RPS 1951, p. 158.
- Liszt, Franz, von Traité de droit pénal allemand, traduit par R. Lobstein sur la 17ème édition allemande ( 1908 ), T I - II, Paris 1911.
- Logoz, Paul Commentaire du Code pénal suisse, Neuchâtel-Paris 1939-41.
- Ludwig, Carl Das schweiz. Strafgesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung des bundesgerichtlichen Praxis.
- Luisier, A. La revision du Code pénal suisse du 5 octobre dans le domaine de la peine, Rev. de d. pén. et de crim. 1953, p. 227.

- Mahrer, Herbert Die Bedingungen der Strafbarkeit, Thèse, Breslau 1930.
- Maier, Hans Die Behandlung der vermindert Zu-rechnungsfähigen im Entwurf zu ei-nem schweizerischen Strafgesetzbuch von 1912, RPS 1913, p. 287.
- Manzini, Vincenzo Trattato di Diritto penale italia-no, T. I, Torino, 1950.
- Mayer, Hellmut Strafrecht, AT, Stuttgart 1967.
- Maurach, Reinhart Deutsches Strafrecht, AT, 4ème édi-tion, Karlsruhe 1971.
- Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi revisant partiellement le Code pénal, FF 1965 I, p. 569.
- Meyer, Walter Les problèmes posés dans le droit pénal moderne par le développement des infractions non intentionnelles, Rev. int. de d. pén. 1961, p. 1107.
- Mezger, Edmund Strafrecht, AT, 3ème édition, Berlin-München 1949 (Lehrbuch).  
La Culpa en el moderno derecho penal, Valladolid 1956 (La culpa).  
Strafzweck und Strafzumessungsre-geln, in : Materialien zur Straf-rechtsreform - Gutachten der Straf-rechtslehre, I, p. 1, Bonn 1954.
- Mezger-Blei Strafrecht, AT, Studienbuch, 14ème édition, München 1970.
- Nagler-Jagusch Leipziger Kommentar, Bd. I, 7ème édition, Berlin 1954.

- Niese, W. Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Tübingen 1951.
- Noll, Pater Uebergesetzliche Rechtsfertigungsgründe, im besondern die Einwilligung des Verletzten, Bäle 1955, (Uebergesetzliche).
- Die Rechtsfertigungsgründe des schweizerischen Strafgesetzbuchs, polycopié publié par Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich, Wintersemester 1963-64, (Rechtsfertigungsgründe).
- Nunez, Ricardo Derecho penal argentino, T I - II, Buenos-Aires 1963.
- Nuvolone, Pietro Le sanzioni criminali nel pensiero di Enrico Ferri e nel momento storico attuale, RP5 1956, p. 345.
- Ecchi e ripercussioni in Italia del Codice penale swizzero, RP5 1958, p. 202.
- Oehen, Ferdinand Die Entwicklung der strafrechtlichen Schuldlehre in der Schweiz. Literatur seit 1890, Thèse, Fribourg 1960.
- Overbeck, Alfred, von Les peines et les mesures de sûreté dans le nouveau Code pénal suisse, in : Le nouveau droit pénal suisse. Actes de la société fribourgeoise des juristes, N. 1, Fribourg 1942.
- Panchaud, André Code pénal suisse annoté, 3ème édition, Lausanne 1967.



- Sandoz, André                    Une expérience en matière d'exécution des peines et des mesures de sûreté : la semi-liberté, Inf. pénitentiaires, 1962, N. 39, p. 3.
- Schmelck - Picca                Pénologie et droit pénitentiaire, Paris 1967.
- Schmidt, Eberhard                Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch, in : Materialien zur Strafrechtsreform - Gutachten der Strafrechtslehre, Bd. I, Bonn 1954.
- Schöncke-Schröder                Strafgesetzbuch - Kommentar, 15ème édition, München 1970.
- Schröder, Horst                 Die Not als Rechtsfertigungs - und Entschuldigungsgrund im deutsch. und schweiz. Strafrecht, RPS 1960, p. 1.
- Schultz, Hans                    L'application de la loi pénale dans le temps, FJS 1203.  
Actes licites, FJS 1204 - 1207.  
L'empire de la loi pénale dans l'espace, FJS 1208-10 (1960).  
Probleme der Strafrechtsreform in der Schweiz, ZStW 1955 ( 67 ), p. 35.  
Zur Bundesgerichtlichen Rechtsprechung und über den Sachverhaltsirrtum StGB Art. 19, RPS 1961, p. 74.  
Das Unterlassungsdelikt, polycopié publié par Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich, Wintersemester 1964-65.

- Schwander, Vital                      Das Schweizerische Strafgesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, 2ème édition, Zürich 1966.
- Spillmann, Walter                     Die Strafausschliessungsgründe im schweizerischen Strafgesetzbuch, Thèse, Zürich 1963.
- Stéfanie-Levasseur-  
Jambu-Merlin                         Criminologie et science pénitenti-  
aire, Paris 1968.
- Stooss, Carl                            Lehrbuch des österreichischen  
Strafrechts, 2ème édition, Wien  
1913, (Lehrbuch).
- Avant-projet de Code pénal et mo-  
tifs à l'appui, traduit par Gautier,  
Berne 1894 (Motifs 1894).
- Die Begehung von Verbrechen durch  
Unterlassung, RPS 1896, p. 223.
- Rechtswidrigkeit und Verbrechen,  
RPS 1897, p. 351.
- Vorsatz und Bewusstsein der Rechts-  
widrigkeit, RPS 1899, p. 1.
- Verbrechen und Strafe, kriminal-  
politisch untersucht, RPS 1901,  
p. 385.
- Strafe und sichernde Massnahme,  
RPS 1905, p. 1.
- Der Allgemeine Teil des schweizer-  
ischen Strafgesetzentwurfs ... den  
Beschlüssen des Nationalrats, RPS  
1929, p. 129.
- Die Grundzüge des schweiz. Straf-  
rechts, T I - II, Bâle - Genève,  
1893-4, (Grundzüge).

- Stratenwerth, Günter                   Strafrecht AT (Die Straftat), 1971.
- Thormann-von Overbeck               Das schweiz. Strafgesetzbuch -  
Kommentar, Allgemeine Bestimmungen  
(Art. 1 - 110) Zürich 1940.
- Viterbo Arias, José                   Exposicion comentada y comparada  
del Codigo penal del Peru de 1863.  
Lima 1900.
- Waiblinger, Max                       Les faits justificatifs, FJS 1204-  
1207 ( 1958 ).
- Welzel, Hans                         Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte,  
1961 (Fahrlässigkeit).
- Das deutsche Strafrecht - Eine sys-  
tematische Darstellung, 10ème édi-  
tion, Berlin 1970 (Lehrbuch).
- Das neue Bild des Strafrechtssys-  
tems, 4ème édition, 1961, (Das neue  
Bild).
- Werdts, Armand von                   Die Strafzumessung, Thèse, Fribourg  
1956.
- Wili, Alexander                       Schuld und Irrtum im schweiz. Straf-  
recht, Thèse, Berne 1960.
- Wolf, Erick                           Typer der Tatbestandsmässigkeit,  
Breslau 1930.
- Zürcher, Emil                         Exposé des motifs de l'avant-projet  
de 1908, traduit par Gautier, Berne  
1914 (Motifs 1908).

N.B. Lorsque nous ne citons dans le texte qu'une seule oeuvre d'un auteur, nous nous bornons à indiquer en note le nom de cet auteur. En revanche, quand nous citons plusieurs ouvrages du même auteur, nous mentionnons entre parenthèses à la suite du titre l'abréviation qui renvoie à cet ouvrage. Enfin, lorsque nous citons des articles de revue, nous indiquons en note le nom de l'auteur, l'année et la page du périodique.

TABLE DES MATIERES

	Page
1.- Introduction	1
2.- Chapitre premier : <u>La loi pénale</u>	
Section I Le principe de la légalité : l'interprétation de la loi et l'analogie	4
Section II L'empire de la loi pénale dans le temps : "Tempus regit actum" et la rétroactivité de la loi la plus douce.	12
Section III L'empire de la loi dans l'espace : les principes de la territorialité, de la compétence réelle, de la personnalité active et passive et de la compétence universelle.	20
Notes	33
3.- Chapitre deuxième : <u>L'infraction</u>	
Section I La théorie du délit : terminologie employée par les codes pénaux suisse et péruvien ; la classification légale des infractions ; délit et contravention.	37
Section II L'action : les sortes d'action ; le rapport de causalité ; l'absence d'action.	45
Section III La typicité : le type légal et ses éléments.	52
Section IV L'illicéité : concept d'illicéité ; les faits justificatifs : la légitime défense, l'état de nécessité, la loi, le devoir de fonction ou de profession.	57

Section V	La responsabilité : la méthode bio-psychologique ; la responsabilité restreinte ; l'actio libera in causa.	77
Section VI	La culpabilité : le dol et la négligence ; l'erreur sur les faits et l'erreur de droit.	89
Notes		111

3.- Chapitre troisième : La sanction

Section I	Les anciens droits cantonaux et l'ancien Code pénal péruvien de 1863.	126
Section II	La conception de la peine de Carl Stooss et de son projet de 1894.	130
Section III	Le système des sanctions du Code pénal suisse et du Code pénal péruvien	134
Section IV	Les réformes du Code pénal suisse	149
Notes		164

4.- Conclusions 169

5.- Bibliographie 172

## Table des abréviations

A.J.	Anales judiciales.
AT	Allgemeiner Teil.
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral.
CPS	Code pénal suisse.
CPP	Code pénal péruvien.
FF	Feuille fédérale.
FJS	Feuilles juridiques suisses.
Inf. pénitentiaires	Informations pénitentiaires suisses.
JdT	Journal des tribunaux.
LK	Leipziger Kommentar.
Materialen	Materialen zur Strafrechtsreform.
n.	note.
PG	Partie générale, Parte generale.
P.V. 2ème comm. d'exp.	Procès verbaux de la deuxième commission d'experts.
Rev. de d. pén. et de crim.	Revue de droit pénal et de criminologie.
Rev. de d. y cienc. polit.	Revista de derecho y ciencias politicas.
Rev. del F.	Revista del foro.
Rev. int. de crim.	Revue internationale de criminologie et de police technique.
Rev. int. de d. pén.	Revue internationale de droit pénal.
Rev. de J.P.	Revista de jurisprudencia peruana.
Rev. pénit. et de d. pén.	Revue pénitentiaire et de droit pénal
Rev. policial del P.	Revista policial del Peru.
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé.
Rev. de los T.	Revista de los tribunales.
T.	Tome.
ZStW	Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft.

Achévé d'imprimer le 28 avril 1972  
sur les presses offset de  
l'imprimerie Anderegg-Guenin, à Bienne