

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	63 (1944)
Artikel:	L'État fondé sur le droit et le droit pénal
Autor:	Picot, Albert
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896453

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 11.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

L'Etat fondé sur le droit et le droit pénal

Rapport de M. Albert Picot,
Conseiller d'Etat de Genève.

TABLE DES MATIÈRES

	Page
Introduction	202a
Chapitre I. L'Etat fondé sur le droit	205a
A. La question posée	205a
B. La réponse du droit naturel	209a
C. Kant et la raison pratique	214a
D. Les définitions de l'Etat fondé sur le droit	216a
Chapitre II. La recherche, au XVIIIe siècle, d'un droit pénal qui réponde à la notion d'un Etat fondé sur le droit	222a
Chapitre III. La réaction réaliste du XIXe siècle. L'apport de l'école anthropologique et de l'école sociologique au développement du droit pénal. Ces écoles infirment-elles la possibilité de construire le droit pénal sur les bases de l'Etat fondé sur le droit ? Le rôle des notions de responsabilité, de légalité et de pénalité	235a
1 ^o Responsabilité	241a
2 ^o Rôle de la loi	244a
3 ^o Caractère de la peine	245a
Chapitre IV. Le Code pénal suisse en face de l'Etat fondé sur le droit. Nullum crimen sine lege — La mesure de la peine — Les mesures de sûreté — L'internement administratif	253a
1 ^o Nullum crimen sine lege	256a
2 ^o La mesure de la peine	262a
3 ^o Les mesures de sûreté personnelles et l'internement	265a
Chapitre V. L'Etat fondé sur le droit. L'organisation judiciaire et la procédure pénale	278a
Chapitre VI. Conclusions	285a

Et tout homme est libre qui a un juste sujet de croire que la fureur d'un seul ou de plusieurs ne lui oteront pas la vie ou la propriété de ses biens. Montesquieu. Cahiers, p. 101.

Introduction.

Le sujet soumis, cette année, à l'examen de la Société suisse des juristes dépasse le cadre des travaux d'ordre spécial souvent présentés à nos sessions de septembre. Il touche à de grandes questions de principe et demande d'étudier, une fois de plus, la place du droit pénal dans le cadre général des institutions juridiques¹⁾.

Malgré le caractère doctrinal du sujet, on ne peut nier que son choix n'ait été provoqué par la plus brûlante actualité. La guerre a donné partout à l'Etat, en face de l'individu, les pouvoirs les plus étendus. Pour réaliser son but, une coordination disciplinée de tous les efforts de la nation, l'Etat, impuissant à tout obtenir par l'appel à la bonne volonté, a dû, de plus en plus, faire appel à la contrainte et munir de sanctions pénales les dispositions les plus variées de son appareil législatif.

L'arsenal des armes de la pénalité a pris des proportions considérables et, tout naturellement, lorsqu'une ins-

¹⁾ Le comité de la Société suisse des juristes a désiré que l'un des rapporteurs ne soit pas un pénaliste, et il s'est adressé alors à un homme qui a été 25 ans au barreau et 13 ans au Conseil d'Etat de son canton, plus souvent occupé de droit public et privé que de droit pénal. Ce choix a peut-être l'avantage de donner au rapporteur une certaine indépendance vis-à-vis des questions d'école. Par contre, il exclut la possibilité, pour lui, de s'initier à toute la littérature scientifique du sujet. MM. les professeurs Henri Revardin, Ludwig, O. A. Germann, J. Graven, Antoine Favre, Dr. Kaden, M. le Procureur général Cornu, M. le juge d'instruction W. Dunand, M. le conseiller national A. Seiler, voudront bien recevoir ici l'expression de ma reconnaissance pour leurs conseils éclairés et leurs précieuses indications bibliographiques.

Mes lecteurs voudront bien aussi tenir compte du fait que le rapporteur a rédigé son travail au cours d'un hiver de guerre, alors qu'il était surchargé d'absorbantes occupations.

stitution particulière de l'Etat amplifie son appareil et son influence, la question se pose de la légitimité de son action ou des moyens qu'elle emploie. Le besoin même d'équilibre entre les forces étatiques et les forces individuelles provoque aussi cette question. Et par le fait même que la pénalité s'exerce non pas abstrairement, mais par les moyens humains de la police d'abord et de la magistrature ensuite, le problème se pose aussi de la suffisance ou de l'insuffisance des garanties données à l'individu contre toute faiblesse, tout arbitraire, tout excès de pouvoir des hommes maîtres des armes de la loi.

A une époque où la police de l'Etat prend une place toujours plus grande, l'esprit humain, désireux de ne pas perdre la sphère de sécurité et de liberté nécessaire au développement de l'homme dans une civilisation normale, revient tout naturellement à certains problèmes initiaux et recherche, pour sa satisfaction propre et dans l'intérêt de tous, quelles directives peuvent être imposées au droit pénal pour qu'il puisse jouer son rôle d'une façon efficace et normale sans, par là, devenir comme une branche gourmande du droit, menace pour la civilisation et arme dangereuse pour assurer à quelques-uns un pouvoir arbitraire.

Il ne s'agit pas ici d'opposer seulement l'„Etat policier“ à l'„Etat fondé sur le droit“, car alors notre étude ne serait que du domaine de l'administration et de la procédure; nous voulons remonter plus haut, mais cette opposition marquera bien, d'un côté, l'écueil final qu'il faut éviter, et de l'autre, le but idéal qu'il faut atteindre.

Si le sujet est actuel, il a pourtant été déjà souvent traité et c'est en remontant au passé que nous trouverons quelques-unes des normes qui peuvent nous être utiles.

En face du despotisme de la royauté moderne, les philosophes et les publicistes du XVIII^e siècle ont évoqué le problème et ont cherché dans le droit naturel et dans une notion générale d'humanité les critères d'un juste droit pénal. Leur propagande a triomphé et des législations nombreuses se sont inspirées de leur idéal. Le XIX^e siècle

s'est alors demandé si le droit pénal n'avait pas eu trop d'égards vis-à-vis de l'individu et si, par souci de justice, la société n'avait pas, par trop négligé la préoccupation de la défense sociale et l'étude de la psychologie du délinquant. Il est intéressant aujourd'hui, en face des recherches loyales des deux siècles antagonistes, le XVIII^e et le XIX^e, l'idéaliste et le réaliste, en face des codes qui ont voulu faire une synthèse des tendances, de rechercher si, en fin de compte, la législation moderne doit être, pour l'avenir, orientée dans une direction ou dans une autre. Ce sera l'objet d'une partie de ce travail au cours duquel l'auteur étudiera avant tout les institutions suisses et plus particulièrement notre nouveau code pénal.

Pour aboutir dans le cadre relativement restreint de ce rapport, nous nous proposons d'examiner tour à tour:

- 1^o La notion de l'Etat fondé sur le droit. Existe-t-il un critère de justification des institutions juridiques sur lequel on puisse objectivement s'appuyer ?
 - 2^o La notion de l'Etat fondé sur le droit et le droit pénal. La tentative d'établir les bases d'un juste droit pénal au XVIII^e siècle.
 - 3^o La réaction positiviste du XIX^e siècle. La tendance anthropologiste et sociologique moderne infirme-t-elle la possibilité de fonder le droit pénal sur la notion de justice ?
 - 4^o L'Etat fondé sur le droit et le Code pénal suisse.
 - 5^o L'Etat fondé sur le droit et la procédure pénale.
 - 6^o Conclusions générales.
-

Chapitre I

L'Etat fondé sur le droit.

„Die Gemeinschaft frei wollender Menschen — das ist das unbedingte Endziel des sozialen Lebens.“

„Von einem Kausalen Muss ist nun gerade keine Rede mehr; es handelt sich jetzt um das Soll.“

Rud. Stammler

(Wirtschaft und Recht, pp. 563. 588)

A. La question posée.

Le but de notre étude est d'arriver à prononcer un jugement de valeur sur la légitimité de la place prise par le droit pénal à notre époque, sur la légitimité de ses méthodes, de se prononcer dans un sens favorable ou défavorable sur telle ou telle tendance marquée par lui dans son évolution, enfin de dire quelle doit être objectivement sa tendance pour un meilleur avenir de la société telle qu'elle est donnée ou souhaitable. Il ne s'agit donc pas d'une recherche purement scientifique des causes historiques — économiques, sociales, politiques ou juridiques —, des institutions du droit pénal, mais de l'examen de la justification de ces institutions. Il ne s'agit pas, naturellement, de rejeter toute recherche de causalité, car celle-ci est nécessaire à la connaissance du sujet; mais il faut soumettre ce dernier à un examen comparatif en face d'un critère objectif qui doit être bien défini. Ce critère est l'idéal d'un Etat fondé sur le droit.

L'existence et la possibilité même de cette étude reposent sur cette supposition que ce critère existe et nous ne pouvons songer à aller de l'avant dans l'examen des problèmes, même concrets, du droit pénal, sans expliquer quel est ce critère, et dans quel sens nous le concevons, non comme une norme personnelle, purement subjective, mais au contraire comme une norme objective dont l'évi-

dence apparaît à la plupart des hommes comme l'évidence de la notion du devoir ou de celle de la morale.

Cette étude devient singulièrement difficile pour ceux qui ne veulent connaître que le droit positif, l'envisagent comme un phénomène extérieur au sujet et se refusent à concevoir, ou bien certains principes préétablis comme ceux du droit naturel ou bien, tout au moins, certaines normes directrices, mesures du juste droit.

Nous ne la concevons pas comme possible avec les partisans de la conception matérialiste de l'histoire qui voient dans les institutions juridiques un simple reflet des réalités économiques et sociales sous-jacentes. Nous ne la concevons pas non plus avec les partisans de l'école historique, Savigny ou Puchta, qui voient dans le développement du droit comme un produit de la nature, émanation, non pas d'une volonté humaine consciente, mais de l'inconscient esprit du peuple (*Volksgeist*). Encore moins avec l'école hégélienne qui voit dans le droit le triomphe du fait brutal. Tous ces théoriciens²⁾, matérialistes, positivistes, sociologues ou métaphysiciens de la justification du droit par le fait, permettent le travail scientifique qui, remontant des causes les plus lointaines aux effets les plus proches, explique les développements du droit positif, mais ils ne s'autorisent pas à juger du droit, puisqu'ils nient l'existence du critère qui permettrait ce jugement. Leur méthode est purement inductive.

A côté d'eux nous trouvons les juristes modernes qui, comme Ernest Roguin³⁾ et Hans Kelsen, avec une méthode

²⁾ Voir *Neue Schweizer Rundschau*, 1942, 10, p. 4, l'article de Wilhelm Röpke. *Selbstbesinnung der Wissenschaft*. L'auteur montre clairement le rôle normal de la science et les périls de toutes les écoles „scientistes“ qui, après Taine, Renan, Berthelot, ont mené la pensée sur une voie contraire à celle des humanités et où tout est dominé par l'idée de ramener les sciences morales aux sciences naturelles.

³⁾ Ernest Roguin, *La règle de droit*, Lausanne 1889. *La science juridique pure*, Lausanne 1923. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Leipzig 1934. Voir le bel article de M. François Guisan sur

déductive, se cantonnent dans le „monisme“ juridique et veulent une science du droit exempte de toute critique et de toute appréciation. Kelsen prétend même étudier les normes juridiques avec une logique rigoureuse, indépendamment de tout contenu social. Il conçoit bien dans le droit un élément d'obligation, un „Sollen“, mais celui-ci est dépouillé de toute idée de valeur, politique ou morale.

Avec ces chefs d'école éminents, nous trouvons, dans une attitude analogue, tous ceux qui, praticiens du droit, juges, notaires, avocats, considèrent déjà les tâches imposées par le droit positif, l'application du droit, la technique juridique, l'interprétation du droit comme suffisamment vastes et difficiles et se refusent à élargir l'horizon où ils se meuvent pour concevoir l'énoncé de jugements de valeur en face du droit positif donné. Ils oublient sans doute que, dans leur art d'appliquer le droit, dans celui de l'interpréter, notamment dans celui d'en combler les lacunes, réside aussi une tâche qui suppose une claire conscience du but poursuivi ou que devraient poursuivre les institutions. Jhering lui-même, qui a préconisé dans la pratique le combat pour le droit, a fondé toutes ses théories sur le but du droit et non sur la causalité.

Nous croyons, pour ce qui nous concerne, qu'une saine théorie de la connaissance doit nous amener à considérer comme normal et humain le droit du jugement de valeur objectif en face des institutions du droit positif.

La physique étudie les lois de la nature. Elle se sert de la science mathématique qui, par son caractère de logique pure et de construction „a prioristique“, est comme l'élément formel de ses études de la nature. Ainsi la technique juridique, l'art de la construction juridique, la science de la déduction et de l'interprétation constituent en face de la science sociale et de la morale comme l'élément formel en face de la réalité et de l'idéal humains.

la science juridique pure de ces deux penseurs (Z. S. R. N. F. 59, 2). M. Guisan montre avec éloquence que la science des normes juridiques ne peut se libérer des normes de l'éthique humaine.

De même qu'il peut y avoir de purs mathématiciens qui ne font pas de physique, il peut y avoir de purs juristes, mais ceux-ci doivent savoir les limites de leur art et se rendre compte qu'en étudiant le droit positif comme un point de départ, ils renoncent à l'étude de la réalité sociale et morale en vue du prononcé d'un jugement de valeur sur la conformité des institutions existantes en face du but final poursuivi par la société et par l'Etat.

Historiquement, l'humanité s'est arrogé ce droit sous les formes les plus diverses comme par un sûr instinct du caractère imparfait du droit positif et par une intuition qu'un idéal de justice permet d'envisager un droit meilleur, mieux adapté à son but, un plus juste droit.

Dans la Grèce classique, Socrate refuse de se soustraire à la sentence injuste de droit positif qui le condamne à boire la ciguë. Il ne pense pas qu'un Etat „puisse subsister lorsque les jugements rendus y sont sans force, lorsque les particuliers peuvent en supprimer l'effet et les détruire“. Mais Sophocle, dans Antigone, nous montre une femme qui se dresse contre l'ordre injuste de Crémon, qui avait interdit de rendre les honneurs à Polynice. Elle en appelle du décret d'un mortel aux décrets immuables et éternels de la justice Dikè.

Aristote, déjà, distingue le droit légal et le droit naturel. Rome s'émancipe du droit positif donné par les droits qu'elle laisse définir par le préteur. Cicéron et les sages romains affirment l'existence d'une loi innée, implantée dans chacun et telle qu'en la violant on se fuit soi-même⁴⁾.

Le christianisme, par sa conception d'une loi divine supérieure à la loi humaine, apporte à cette tendance un élément tout nouveau. Si certains textes bibliques, écrits par des apôtres qui étaient tout à fait à l'écart de la vie publique, prescrivent une attitude très humble en face de l'ordre établi, tout l'esprit de l'Evangile enjoint au chrétien

⁴⁾ Claude Du Pasquier, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit. Neuchâtel 1937. paragr. 38 p. 228.

de rechercher, par delà les formes existantes, des formes meilleures et un levain pour engager à la recherche d'un plus juste droit. Saint-Thomas permet de juger la loi humaine (le droit positif) par la loi naturelle, reflet de la raison divine, alors que l'Univers est gouverné par la loi éternelle. La Réforme française, par son attitude civique à l'égard de l'ordre établi, a affirmé aussi la liberté de jugement en face du droit positif.

Sur le terrain doctrinal, nous trouvons plusieurs grands essais de justification de la licéité d'un critère objectif en face du droit positif, celui du droit naturel, celui de la philosophie kantienne et des modernes qui s'en sont inspirés, celui aussi de la philosophie spiritualiste née de la foi chrétienne positive.

B. La réponse du droit naturel.

Il n'est pas question de rappeler ici l'histoire⁵⁾ ou l'énoncé détaillé de la doctrine du droit naturel des savants qui, comme Grotius, Hobbes, Puffendorf, Vattel, Barbeyrac, Burlamaqui, Montesquieu et J.-J. Rousseau⁶⁾ ont

⁵⁾ Voir Du Pasquier, op. cit. paragr. 40, p. 236. Voir aussi, pour la critique du droit naturel, l'étude pénétrante de Stammmer, Wirtschaft und Recht, Leipzig 1906, aux paragr. 30 et 31, p. 161. (Leipzig, Veit et comp. 1906).

⁶⁾ La notion du droit de nature est déjà latente au XVIIe siècle aussi lorsqu'il s'agit des pénalités arbitraires. Dans sa polémique avec Bossuet, le protestant Jean Claude écrit, en 1686, ce tableau qui montre bien l'opposition entre l'Etat de droit de nature et l'Etat policier que Claude appelle „Gouvernement militaire“:

„Au reste, il n'est pas vrai que Henri le Grand ayt rien changé dans la forme de l'Etat quand il a fait l'Edit, (de Nantes) au moins à l'égard des choses essentielles.

Il a donné la liberté de conscience à ses Sujets, mais cette liberté est un droit bien plus ancien et bien plus inviolable que tous les Edits puisqu'elle est du droit de la nature. Il a donné l'exercice public de la Religion Réformée, mais cet exercice était établi dans son Royaume avant son Edit et s'il a étendu les priviléges des Réformés comme il l'a sans

admis qu'à côté du droit positif existait un droit de caractère constant, le droit naturel qui énonce des règles de droit conformes à la raison et favorables à la vie de société. Pour les uns, comme Hobbes, ce droit est un triomphe de la raison sur l'instinct initial de l'homme. Pour les autres, comme Rousseau, ce droit a un caractère historique; il est antérieur à la civilisation et remonte à l'époque où l'homme vivait en état de nature, et de nature bonne.

Le rôle historique, au XVII^e siècle, du droit naturel, a été considérable, puisque l'énoncé de ses thèses a constitué, en France, une critique pénétrante, de l'ancien régime et qu'il a fini par s'affirmer dans la Déclaration des droits de l'homme de 1791. Du même coup, dans les pays anglo-saxons, en Angleterre et aux Etats-Unis, il a provoqué la protection anglaise de la liberty of subject et l'élaboration des constitutions, encore en vigueur, qui, comme celle du Massachussets en 1780, constituent de vrais contrats sociaux.

Pour le présent travail qui vise l'appréciation du droit pénal, nous serons obligé de revenir au droit naturel du XVII^e siècle qui a joué un si grand rôle dans la formation du droit pénal moderne, mais ici, sur le terrain de la méthode, nous rejetons l'énoncé des lois du droit naturel comme la formulation recherchée du critère objectif nécessaire à la conception d'un Etat fondé sur le droit.

doute fait, il ne l'a fait qu'avec l'approbation et par le consentement de l'Etat, et il n'a choqué en cela aucun de ses légitimes engagements. Mais il n'en est pas de même de Louis XIV qui, de sa pure autorité, fait un changement réel et fondamental contre les résistances d'une partie de son Etat, sans avoir consulté l'autre, et qui viole le droit même de la Nature, et c'est ce qu'il ne peut faire en aucune manière.“

„N'est-ce pas, pour en parler fort modestement, ce qu'on appelle un „Gouvernement Militaire“, qui n'est réglé ni de la justice, ni de la raison, ni même de l'humanité. Et croit-on que l'Etat de France s'en puisse bien accommoder, ou que les Sages conviennent que c'est ainsi qu'il faut régir les Peuples?“

Jean Claude, Les plaintes des Protestants cruellement opprimés dans le royaume de France. 2e part. chap. 2, écrit en 1686.

Les théoriciens du droit naturel se sont trompés lorsqu'ils ont cru pouvoir parler d'un état permanent de nature dont l'étude révélerait un droit lui-même, à la fois permanent et idéal. Il est déjà impossible d'imaginer comme l'ont fait Montesquieu et Rousseau, un état de nature antérieur à la civilisation où ce droit aurait été déjà pressenti. Il est encore plus difficile de concevoir un ensemble de lois si indépendantes des variations de l'état social qu'elles n'auraient pas à tenir compte de ces variations et qu'elles constituaient comme un code statique de l'humanité contraire à son développement évolutif et dynamique.

Désireux de répondre à son besoin d'idéal, le penseur imagine, avec le droit naturel, à côté de la réalité sociale historique et existante, une réalité historique antérieure ou une réalité naturelle sous-jacente. Il cherche, en somme, à côté du donné du droit positif, un autre élément de fait, le droit de nature, qui servira de base à sa comparaison en vue de l'idéal. C'est un procédé qui donne au droit naturel son caractère aujourd'hui suranné. Ses adhérents partent d'une méconnaissance du caractère du droit, vis-à-vis de la vie sociale et aussi d'une méconnaissance du caractère, non plus scientifique, mais volitionnel et moral des recherches de droit meilleur.

Il est certain qu'on peut trouver dans toutes les législations, les plus anciennes comme les plus modernes, des éléments semblables qui constituent comme un droit commun de l'humanité: le devoir de tenir ses promesses, de respecter le bien d'autrui, de réparer le dommage causé, le principe d'une sanction contre le crime. On peut faire sous tous les cieux les mêmes déductions logiques en face du *deut des ou en face de l'exceptio non adimpleti contractus*. Et comme le droit romain a apporté dans ces domaines d'ordre général, surtout dans la matière des obligations, une grande clarté, on a pu dire que ce droit était la raison écrite⁷⁾.

⁷⁾ M. le Prof. François Guisan, dans la Revue de théologie et de philosophie, Mélanges Arnold Reymond (janvier 1940,

Mais on remarquera qu'il s'agit là, bien plus, d'éléments non contestables du droit et communs à tous les droits positifs que de normes pour juger ce droit positif sur le terrain où il s'affirme et se discute au milieu des courants opposés de la vie sociale.

Les théoriciens du droit naturel n'ont pas compris l'étroite connexité relevée par Stammler⁸⁾ entre l'économie et la vie sociale d'un côté et le développement du droit de l'autre, les premiers éléments donnant la matière du droit, les autres la forme. Cette matière est vaste et complexe; elle évolue avec les époques et le droit doit s'y conformer. Le législateur se meut au milieu de réalités sociales données et doit agir dans des limites et suivant des modalités données avec une liberté réelle pour une part, mais conditionnée pour une autre part. Il n'y a donc pas un droit

p. 216) a tenté une intéressante défense du droit naturel devant l'opinion moderne. Nous le suivons volontiers dans son argumentation contre le monisme des juristes qui, par historicisme ou par déterminisme sociologique, ne reconnaissent que le droit positif. Avec lui, nous sommes dualistes pour affirmer que la jurisprudence doit établir les normes d'un devoir être et qu'ainsi elle fait rentrer dans le champ de son étude un élément moral, une exigence pour que la règle de droit soit une règle de juste droit. Nous avons, par contre, de la peine à le suivre dans son affirmation qu'il y a un ordre juridique préétabli, immuable, destiné à régler les relations humaines. M. Guisan me paraît ici revenir à la conception du XVIII^e d'un système législatif de droit naturel coexistant à côté de celui du droit positif. Il reconnaît lui-même la fragilité (p. 223) de cet ordre détaillé. Dire „*Pacta sunt servanda* est une règle de droit naturel“ ne nous paraît pas concluant. En face de cette règle, il y a là, la *clausula sic stantibus rebus*. Le juste droit consiste à ce que *in concreto*, il soit fait un usage des deux normes conforme à la justice.

Pour nous, le juste droit n'est pas axiomatique, mais au contraire, adapté à la réalité concrète par une volonté de justice qui se manifeste en cherchant à respecter l'idéal final de la dignité humaine. Nous sommes donc plus près de M. Burckhardt dans son „*L'Etat et le droit*“ (Z. S. R. 1931, p. 137a) que de M. Guisan.

Il faut lire l'article si suggestif de M. Guisan, surtout comme une magnifique protestation contre le monisme juridique.

⁸⁾ Page 9, op. cit. p. 172.

naturel immuable et constant à opposer au droit positif; il y a dans une série de situations nouvelles données, des solutions nouvelles à trouver sur le terrain du droit. La tâche constamment renouvelée de l'homme est de constituer un nouveau droit qui soit juste.

Le modèle d'un Etat fondé sur un juste droit n'est pas à rechercher dans un type passé et statique; il est à construire constamment à nouveau dans une réalité donnée en suivant les normes dictées par le but poursuivi par la société humaine.

Au moment de chaque création légale ou au moment de chaque décision judiciaire, la solution intervenue peut être du juste droit ou peut être du droit injuste. Il ne s'agit pas ici d'une appréciation personnelle et subjective, mais du travail objectif du législateur ou du juriste en face de la tâche donnée par la matière sociale en évolution pour aboutir à une solution justifiée par le but même des institutions juridiques.

Et c'est là que, hostile aux réalistes, aux monistes qui ne veulent connaître que le droit positif en répudiant toute idée de distinction entre le droit et le juste droit⁹⁾, nous arrivons, avec Kant et plusieurs auteurs modernes¹⁰⁾, à dépasser l'effort louable du droit naturel, pour envisager

⁹⁾ Voir Werner Kaegi (Suisse contemporaine 1944, p. 104). En face du réalisme juridique qui ne voit dans le droit que les normes munies de la contrainte de l'Etat et dans les juristes que les „techniciens du social“ sans critère de jugement, l'auteur compare avec esprit la „jurisprudence sans droit“ avec la „religion sans Dieu“ et la „psychologie sans âme“.

¹⁰⁾ Les deux ouvrages du XXe siècle qui ont le mieux transposé l'efficace doctrine de Kant sur la différence fondamentale entre la science pure et la science morale sont celui déjà cité de Rudolf Stammler, „Wirtschaft und Recht“ et l'ouvrage relativement trop peu connu de notre grand législateur: Eugen Huber, „Recht und Rechtsverwirklichung“, Bâle 1920. On ne saurait assez admirer l'effort de celui qui, après avoir écrit l'histoire et le système de notre droit civil, a rédigé notre code puis, enfin, sur ses vieux jours, a écrit une philosophie du droit, juste traduction de notre conception suisse de la vie juridique.

une conception de l'Etat fondé sur le droit, plus simple, plus humaine, plus conforme à la théorie de la connaissance.

C. Kant et la raison pratique.

Pour aboutir à faire comprendre clairement où réside le véritable critère de l'appréciation d'un juste droit en face d'un droit arbitraire, le mieux est de partir de la révolution intellectuelle que Kant¹¹⁾ a inspirée par ses ouvrages et son enseignement et qui a permis de mieux-comprendre la place véritable de la notion de justice dans le domaine de la morale et du droit.

Sous l'angle de la raison pure, l'esprit humain, tenu dans les catégories du temps, de l'espace et de la causalité, envisage les rapports entre la vie sociale et la loi comme il envisagerait les rapports des sciences physiques et naturelles. Il cherche les liens de causalité, il décrit, il généralise, il induit, mais il ne juge ni n'agit en vue de l'avenir. Dans la morale et dans le droit, il ne voit que des phénomènes contingents et il cherche des lois naturelles pour réduire les éléments différentiels qu'il constate.

Mais, dit Kant, il n'y a pas que la raison pure, c'est-à-dire le monde de l'observation partant des origines pour aboutir aux derniers effets actuels. Il y a le monde de la raison pratique où l'homme n'est plus un phénomène de la nature et de l'histoire, un agent extérieur comme tous les autres. Il y a ce monde où l'homme, être de volonté, contemplant son être intérieur, devient lui-même facteur initial d'action. L'homme, non plus savant en face de l'univers, mais acteur de son drame et de celui de ses semblables, envisage, non plus ses origines, mais le but

¹¹⁾ Voir Victor Delbos, Figures et doctrines de philosophes, p. 226 et suivantes. Paris, Plon Nourrit et Cie, 1918; Emile Boutroux, Etudes d'histoire de la philosophie, p. 360 et suivantes. Paris, Alcan, 1897; Kant, Kritik der praktischen Vernunft, 1790, Ed. Phil. Rec.

qu'il veut atteindre, sa liberté, celle des autres, le bien-être de sa communauté, le bien ou le mal en général.

Et à cette lumière de la raison pratique, une science morale comme le droit apparaît sous un jour nouveau:

Le droit apparaît tout d'abord comme un instrument dans la main de l'homme pour assurer son présent et réaliser son avenir. Il n'est plus une institution donnée qu'il faut subir comme un fait; il est la forme par laquelle la société cherche à développer son économie, sa vie sociale, sa vie morale. Il devient un art pour atteindre un but placé en avant.

Et ce même homme qui, par la raison pratique, réalise sa liberté d'agir pour l'avenir trouve en dedans de lui le postulat de la distinction du bien et du mal qui lui fait comprendre qu'il y a un droit juste, un droit moins juste, un droit injuste. Lorsqu'un homme poursuit un but, il est guidé par des impératifs. Ces impératifs peuvent être hypothétiques; ils peuvent être catégoriques.

En face de certains objectifs législatifs partiels ou locaux, l'homme en société est conduit par des impératifs hypothétiques. Mais, en face de l'Etat et de son organisation juridique générale, l'homme est pris par cette catégorie morale de l'impératif catégorique qui l'oblige à voir le juste dans toute situation juridique qui aboutit à respecter la dignité humaine de ses semblables et à voir l'injuste ou l'arbitraire dans un droit positif qui viole cette dignité humaine¹²⁾.

¹²⁾ Voir sur la question du positivisme juridique et sur la nécessité de la notion de valeur dans l'organisation de l'Etat, les belles pages 415 à 423 de M. le Professeur W. Oswald dans son rapport à notre société sur Gewaltentrennung im Schweiz. Staatsrecht. (Actes de la Société suisse des juristes, Z. S. R. 403.)

Voir aussi les deux rapports présentés à notre société en 1931 à Schaffhouse, en français, par M. le Prof. Burckhardt sur le sujet „L'Etat et le droit”, par M. le prof. Schindler en allemand. (Z. S. R. 137a, année 1931.) Voir aussi la discussion de Schaffhouse (p. 292a).

Et ainsi nous n'en sommes plus au droit naturel, ensemble de quelques règles sous-jacentes au droit conformes à la nature de l'homme. Nous plaçons la justice partout comme un postulat auquel l'homme, dans chaque cas particulier, répondra ou refusera de répondre, mais qui est constamment présent comme la conscience au coeur de l'homme. Toutes les variétés du droit seront respectées. La science d'observation pourra toujours remonter la chaîne des effets aux causes. La science du droit positif pourra toujours faire son travail déductif. Mais, parallèlement, unie à la science juridique par un dualisme irréductible, la considération du juste droit permettra de dire si une institution atteint ou n'atteint pas son but, si l'institution aide ou n'aide pas les hommes qu'elle veut aider, si elle respecte ou ne respecte pas la dignité des membres du corps social, si elle part d'une claire vision qu'il s'agit d'hommes libres en communauté solidaire, si elle vise au renforcement de cette communauté et au maintien de la liberté de ceux qui la développent.

D. Les définitions de l'Etat fondé sur le droit.

L'Etat fondé sur le droit¹³⁾ est l'Etat qui respecte ce principe de la communauté de volontés libres. Suivant les climats, les moments, suivant les antécédents historiques, suivant la structure intime du peuple, suivant ces élé-

Je recommande aux lecteurs de langue française qui trouveraient mon exposé trop rapide et chercheraient la réponse aux objections qui naissent à l'esprit, la lecture des pages 185 à 218 de l'exposé de M. Burckhardt. Ils trouveront, avec plus de développement, un exposé analogue au mien. J'avais rédigé ce chapitre avant d'avoir lu M. Burckhardt et ai été heureux d'y trouver la même position que moi contre le monisme juridique, mais en dehors d'une adhésion au droit naturel.

¹³⁾ Mes lecteurs, juristes de la Suisse alémanique, devront se rendre compte qu'il est difficile, pour un écrivain de langue française, de s'assimiler les diverses conceptions du „Rechtsstaat“ de la doctrine de langue allemande. Ces conceptions sont, en tous cas, au nombre de quatre:

ments biologiques de l'Etat relevés par M. Schindler, les solutions de droit public, pénal, privé, peuvent être différentes. La part de contrainte imposée à chacun peut

- 1^o Conception initiale de l'Etat fondé sur le droit naturel: die höchste, vernunftrechtliche, freiheitliche Kulturstufe; Vorherrschaft der reflektierenden, prüfenden sittlichen Vernunft und ihrer Gesetze.
- 2^o Conception qui fonde l'Etat sur une forme constitutionnelle donnée avec les notions de nationalité, séparation des pouvoirs, représentation populaire, droits individuels garantis, reconnaissance de la propriété, indépendance des juges, etc. C'est la définition admise par D. Schindler dans son remarquable „Über den Rechtsstaat“ (Festgabe für Max Huber, Zürich 1934).
- 3^o La conception de l'Etat où la loi, le droit positif, est la norme du pouvoir de l'Etat pour la détermination des devoirs des particuliers vis-à-vis de lui. Sous réserve du rôle laissé à la coutume, à la doctrine et à la jurisprudence (C. C. S. art. 1) le pouvoir et l'administration ne peuvent exiger obéissance des sujets individuels de droit que dans les limites de la loi, qu'elle soit bonne ou mauvaise. Avec cette conception plus restreinte, on cherche surtout à soumettre l'exercice du pouvoir au contrôle judiciaire. On parlera alors de tribunal administratif, ou, en France, de Conseil d'Etat. (Der rein formale Rechtsstaatsgedanke de M. le Prof. Oswald. Procès-verbal de la 77ème ass. Fribourg 1943, p. 633a.)
- 4^o Le „Rechtsstaat“ considéré non plus comme un idéal, mais comme une étape dépassée est traité par les théoriciens du IIIe Reich comme une forme erronée d'un Etat qui s'appuie sur des formes extérieures constitutionnelles au lieu de réaliser l'unité autour du principe totalitaire du chef et de la communauté nationale.

Nous prenons comme point de départ de notre étude un *Rechtsstaat* qui ne correspond entièrement à aucune de ces quatre définitions, mais comprend néanmoins des éléments des trois premières. Rejetant la notion statique du droit naturel, nous entendons quand même, avec la première définition, que l'Etat fondé sur le droit tend à établir des normes constitutionnelles et légales orientées vers la justice et la réalisation de l'idéal social de solidarité et de liberté individuelle. Cet Etat s'oppose à celui où, par la loi, le législateur cherche à assurer aux détenteurs du pouvoir, des priviléges. Au lieu d'opposer le droit naturel au droit positif, nous opposons l'Etat avec un juste droit à l'Etat

différer, mais le but reste constant: le devoir de l'Etat est d'ordre général, il doit éviter l'arbitraire, les institutions doivent respecter en chacun cette dignité humaine, cette

avec un injuste droit. Nous revenons donc, avec des notions philosophiques plus modernes, à cette première définition.

Nous reconnaissons volontiers que, pour réaliser l'Etat équilibré que doit être l'Etat fondé sur le droit, il faut l'Etat constitutionnel organique de M. Schindler et nous nous rencontrons avec lui lorsqu'il dit: „Die Rechtsstaatsidee beruht viel mehr, als heute viele geneigt sind anzunehmen, auf wahrer Einsicht in die soziologischen Bedingtheiten des Volkslebens und in das Wesen der Gerechtigkeit, und ihre Befürworter sind sich der Notwendigkeit jenes plastischen politischen Vermögens meist durchaus bewusst.“

Ce n'est pas non plus dans le sens de la troisième définition que nous disons „Etat fondé sur le droit“, car la nature même de notre sujet implique, non pas seulement l'affirmation du règne du droit positif, en l'espèce, le droit pénal, mais aussi l'appréciation du droit positif en regard du richtiges Recht, c'est-à-dire l'énoncé d'un jugement de valeur en regard du droit en vigueur.

Si nous admettions de traiter notre sujet dans le cadre de cette troisième définition du Rechtsstaat, notre champ de travail serait très limité et se bornerait à examiner dans quelle mesure les organes d'exécution du droit pénal — magistrature, police — peuvent être entraînés à agir en dehors des normes du droit positif suivant leur fantaisie ou avec arbitraire. Nous ne pourrions examiner les normes générales du droit positif puisqu'elles sont les normes du Rechtsstaat considéré comme un édifice de droit positif donné.

Cette notion de Rechtsstaat étant plus étroite que celle que nous adoptons, il va sans dire que nous aurons aussi à examiner le problème spécial de l'application du droit pénal par les organes d'exécution et de la nécessité de rester dans le cadre de la loi (*nulla poena ou bien nullum crimen sine lege*).

Nous constatons avec plaisir que M. le Professeur Oswald (procès-verbal de l'Assemblée de Fribourg 1943, p. 633a) admet comme nous qu'on peut considérer au-dessus du Rechtsstaat formel, une notion plus large et moins technique: „Wichtiger als die doktrinäre Überspannung des rein formalen Rechtsstaatsgedankens ist seine bewusste Ausrichtung auf die höheren Werte einer geistig metaphysischen und damit sozialen Ordnung. In diesem Sinne muss der ‚Wille zum Recht‘ der das eigentliche,

part incoordonnable de la personne qui n'appartient qu'à elle seule¹⁴⁾). Et en même temps l'Etat représente les intérêts supérieurs de la communauté où un effort solidaire doit maintenir la fermeté de l'édifice et contribuer à la prospérité de tous.

La détermination du critère objectif du juste droit sur le terrain de la raison pratique et du postulat de la valeur de la personne humaine a tous les avantages d'une solution large qui laisse à l'esprit dans le domaine du contenu du droit une grande liberté, mais qui, pourtant, donne à l'édifice social une valeur ultime, gage de sa fermeté et encouragement à poursuivre son développement. Sur le terrain de la raison pure, l'intelligence reste libre de rechercher dans les institutions existantes les éléments d'hédonisme, d'intérêt bien entendu, d'arbitraire, de volonté de puissance qui les ont conditionnées; mais, face à la raison pratique, l'homme qui appartient à un pays qui veut l'Etat fondé sur le droit, est, en face de toute tâche législative nouvelle, devant le postulat du respect de la personne humaine et d'une communauté solidaire de volontés libres.

Cet objectif, comme l'a bien défini Stammel, a toujours deux éléments que l'organisation constitutionnelle de l'Etat doit accorder:

Une communauté solidaire où les forces de tous s'harmonisent pour le bien de l'ensemble. Une garantie Lebensprinzip und die Lebenskraft der Eidgenossenschaft ist, verstanden werden, wenn die schweizerische Staatsidee, die mehr sein will als blosse Verwirklichung einer rationalistisch-technischen Ordnung, jene höchste Verwirklichung der Staatlichkeit, die allein den Namen Rechtsstaat verdient.”

¹⁴⁾ M. Werner Kaegi (Suisse contemporaine, février 1944, p. 103) souligne à juste titre que „l'idéalisme juridique sous ses formes les plus différentes, parallèlement au positivisme, jusqu'à l'époque contemporaine exige plus ou moins, d'une façon plus ou moins conséquente, la légitimation du droit positif par l'idée de justice: le droit représente donc seulement celles des normes à caractère de contrainte qui correspondent à l'idée de justice ou du moins qui ne sont pas en contradiction avec elle“.

de la liberté personnelle laissée à chacun pour l'essor de sa personnalité intellectuelle et spirituelle.

L'Etat, conçu par un libéralisme doctrinaire et considéré comme un mal nécessaire uniquement pour défendre la liberté par la gendarmerie et les tribunaux, a pu être, mais n'est plus un véritable Etat fondé sur le droit parce qu'il répudie toute idée de solidarité, que nous considérons, au XXe siècle, comme essentielle à la notion d'Etat. L'Etat conçu par les totalitaires comme une communauté dans laquelle l'individu doit être absorbé n'est pas non plus un Etat fondé sur le droit, car il ne remplit pas sa fonction de garant de la personne humaine¹⁵⁾.

Si l'on envisage l'Etat moderne, dans notre civilisation actuelle, on conçoit difficilement qu'il ne soit pas, dans son essence, comme Etat fondé sur le droit, dans l'obligation de garantir l'égalité devant la loi, d'assurer des droits individuels précis, notamment ceux de la liberté de pensée, de foi, de confession, de pratiquer, en fait ou en droit une saine séparation des pouvoirs¹⁶⁾, une juste représentation des opinions des divers milieux, une organisation respectueuse des diversités des régions, respectueuse des forces biologiques légitimes de l'économie. Il doit enfin garantir la personne contre tout excès, tout emploi abusif des moyens puissants de l'arme pénale.

¹⁵⁾ Nous verrons plus loin, à propos de droit pénal, que les juristes du IIIe Reich admettent eux-mêmes qu'ils ont abandonné la conception du Rechtsstaat, garant de liberté.

¹⁶⁾ W. Röpke, *Civitas humana*. Zurich 1944, p. 228: „In der Tat; wieviel auch sonst der Gewaltenteignungslehre Montesquieus heute noch übrig geblieben sein mag, so hat sich doch die Forderung die Rechtsprechung von der Gesetzgebung und Exekutive zu trennen als völlig unerschütterlich erwiesen, so sehr dass wir ohne ihre Erfüllung den Gedanken des Rechtsstaates überhaupt nicht zu fassen vermögen. Hier ist der Wall gegenüber unerträglicher Willkür und Tyrannie, den selbst heute noch kein Staat ohne verschleiernde Wortkünste abzutragen wagt.“

Ce postulat n'exige pas tel Etat donné déduit a priori du postulat lui-même. Il oriente la volonté en face des éléments donnés par les multiples éléments de la vie sociale. Les divergences d'opinion ne sont pas exclues, puisque chacun n'a souvent que des vues fragmentaires des faits sociaux, mais toutes les volontés droites tendent à se rejoindre, puisqu'elles cherchent toutes le renforcement d'une communauté unie de volontés libres. Si nous n'avions à traiter dans ce rapport que des questions de droit public, nous nous appliquerions à rechercher les réalisations de l'Etat fondé sur le droit dans notre Confédération suisse, mais nous devons nous borner à les rechercher sur le terrain du droit pénal.

L'Etat fondé sur le droit peut, dans des circonstances spéciales, limiter des libertés. Il peut employer, ici ou là, pour son salut, de fortes contraintes, mais le but poursuivi comporte toujours la préoccupation de rester fidèle ou de revenir à la ligne qui permet la réalisation de l'objectif final.

Pour l'ensemble du sujet, sur le terrain de notre patrie, nous nous contenterons de constater qu'avec son organisation fédérative et démocratique, avec l'équilibre établi entre l'action des droits populaires et les limites apportées à cette action par l'autonomie des cellules régionales, communes et cantons, avec l'organisation rationnelle des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire sur les divers plans de l'action publique, nous possédons un Etat fondé sur le droit et aussi les virtualités de son développement et de son adaptation à des situations nouvelles.

Une longue expérience morale et politique nous a engagés à trouver le chemin entre les besoins d'une action commune et favorable à la communauté et ceux d'une protection normale des droits de la personne.

La Société suisse des juristes en 1936 s'est préoccupée du problème général de la protection des droits individuels en Suisse. Nous ne saurions mieux faire qu'en renvoyant nos lecteurs à ce débat en citant, pour finir, cette belle

formule d'un des rapporteurs, M. le Prof. Antoine Favre (p. 318a):

„La société est un organisme moral au sein duquel chaque être humain, parce qu'il est un être social, doit poursuivre socialement sa fin personnelle. La collaboration, qui est une loi de la nature humaine, doit être organisée en fonction de la finalité humaine.“

Nous nous trouvons ici amenés, par ce premier chapitre, à pied d'oeuvre pour aborder le domaine du droit pénal et y rechercher les exigences de l'Etat fondé sur le droit.

En face de l'idéal jamais atteint, mais toujours en face de nous, d'un Etat qui cherche à réaliser une communauté solidaire de volontés libres, nous voulons savoir quelles sont les exigences d'un droit pénal qui doit, dans la justice, protéger le corps social et les intérêts qu'il représente contre le crime, tout en laissant aux volontés libres la sécurité et le champ d'action dont elles ont besoin.

Chapitre II

La recherche, au XVIIIe siècle, d'un droit pénal qui réponde à la notion d'un Etat fondé sur le droit.

„Les connaissances que l'on a acquises dans quelques pays et que l'on acquerra dans d'autres sur les règles les plus sûres que l'on puisse tenir dans les jugements criminels, intéressent le genre humain plus qu'aucune chose qu'il y ait au monde.“ Montesquieu. *Esprit des lois*.

Dans aucun domaine, la préoccupation de rester fidèle à une conception de l'Etat fondé sur le droit n'est plus importante que dans celui du droit pénal. L'Etat intervient ici, pour sa propre défense et pour celle de la société, d'une façon particulièrement incisive dans la vie des individus. Il porte atteinte à leur vie, à leur liberté, à leur honneur, à leur patrimoine, et cela dans une mesure qui

peut aller jusqu'à l'anéantissement de la personne visée, à la ruine de toute réputation et de tout avenir viable.

La conception générale du droit pénal, la façon dont s'exerce la justice répressive sont révélatrices, non seulement des moeurs d'un peuple, mais aussi de la façon dont il conçoit le rôle de l'Etat, l'étendue de son pouvoir souverain, le respect accordé à la personne humaine¹⁷⁾.

Il y a lieu cependant de bien considérer que les partisans d'un Etat fondé sur le droit ne se préoccupent pas seulement de la protection des droits individuels, mais aussi d'une défense efficace de la société. On ne doit pas envisager nécessairement celui qui poursuit la préoccupation de justice visée par ce rapport comme devant être nécessairement partisan, dans tous les cas, de peines douces et de procédures restreignant l'action pénale. Pas plus qu'il ne serait équitable d'accuser de volonté d'injustice celui qui demande une justice efficace. Entre les deux pôles d'une saine garantie des droits de la personne et une efficace défense sociale, il y a une zone très large de possibilités où, *in concreto*, des solutions diverses peuvent intervenir. L'important est que, partout, règne la préoccupation de ne pas négliger un des objectifs sociaux — la protection de la personne, au profit de l'autre — la défense efficace de la communauté —, et qu'en sens inverse, le souci soit le même.

On remarquera que les réformateurs du droit pénal ont toujours dû se défendre contre leurs détracteurs du reproche de vouloir affaiblir la société. Beccaria¹⁸⁾ disait déjà: „Loin de penser à diminuer l'autorité légitime, on verra que tous mes efforts ne tendent qu'à l'agrandir; et elle s'agrandira en effet, lorsque l'opinion publique sera

¹⁷⁾ Voir Merkel, *Über den Zusammenhang zwischen der Entwicklung des Strafrechts und der Gesamtentwicklung der öffentlichen Zustände und des geistigen Lebens der Völker*. Rektoratsrede, Strasbourg 1889.

¹⁸⁾ Beccaria, *Des délits et des peines*. Milan 1764, éd. Paris 1822, préface p. XXV.

plus puissante que la force; lorsque la douceur et l'humanité feront pardonner aux princes la puissance.“

Montesquieu s'attache à provoquer la diminution des peines pour renforcer le pouvoir: „Plus on voyait augmenter les supplices, plus la révolte était prochaine“¹⁹⁾.

Ceux que les partisans d'un juste droit pénal veulent combattre sont ceux qui, sans souci du but final de l'action sociale, veulent assurer à l'Etat un pouvoir inconditionné, rejettent toute garantie, toute égalité des droits, en un mot, donnent à l'Etat un pouvoir qui peut dépasser le but pour lequel il a été créé, qui supprime tout contrôle et conduit à l'arbitraire²⁰⁾.

¹⁹⁾ Montesquieu, *Esprit des lois*. Livre VI. Chap. IX.

²⁰⁾ Merkel, op. cit. p. 42, 43, a très justement fait remarquer qu'une des garanties les meilleures du justiciable en matière pénale réside dans la force de l'Etat. C'est aux époques où la société est affaiblie et peu sûre d'elle-même que la répression pénale devient cruelle et invente des supplices raffinés.

„Dahin gehört zunächst eine beherrschende Kraft des staatlichen Willens. Von einer ohnmächtigen Staatsgewalt kann Masshaftigkeit, Besonnenheit und Gewissenhaftigkeit in der Führung des Kampfes mit den antisozialen Elementen nicht erwartet werden. Sie schlägt zu, wo und wie sie kann; ihre Wirksamkeit ist ungleichmäßig, leidenschaftlich und durch die Rücksicht auf momentane Erfolge beherrscht. So zeigte unsere mittelalterliche Strafjustiz Züge, welche mit der Schwäche der Staatsgewalt in dem zersplitterten deutschen Gemeinwesen innerlich zusammenhingen.

Der spöttische Sinn des Satzes: „Die Nürnberger hängen keinen, sie hätten ihn denn vor‘, liess eine Beziehung auf die Strafrechtpflege der meisten deutschen Territorien zu. Um so mehr suchte man durch harte Strafdrohungen zu schrecken und zugleich die Bestrafung im einzelnen Falle möglichst furchtbar zu machen. Daher die Bevorzugung öffentlich zur Vollziehung gelangender und den Abscheu der Gesellschaft vor dem Schuldigen und seiner Tat in möglichst schreckhafter Weise zum Ausdruck bringender Strafen, wie die öffentlich vollzogene körperliche Züchtigung oder Verstümmelung oder Brandmarkung, die Ausstellung am Pranger sollte hier weitreichende Wirkungen äussern. Daher die Gestaltung ihres Vollzuges zu einem Schauspiele für die Menge, in welchem das siegreiche Prinzip und die Majestät

Comme von Liszt l'a bien défini, le droit, dans son ensemble, poursuit la protection des intérêts humains. Matériellement, le droit civil et le droit pénal²¹⁾ protègent les mêmes intérêts, mais la méthode de protection est différente. Le droit civil ordonne; le droit pénal n'intervient

des Staates durch den Henker repräsentiert und der unterliegende Bösewicht ‚Andern zum abscheulichen Exempel‘ möglichst sinnenfälligen Qualen unterworfen wurde. Aber das Mitleid mit den Schuldigen und wohl auch uneingestandene Zweifel in bezug auf den Wert dieser Strafgerichtigkeit liessen zugleich mancherlei Gegenwirkungen gegen jene hervortreten — sie haben u. a. ihren Anteil an der Eröffnung von Zufluchtsstätten für flüchtige Verbrecher, in welche die Organe der Justiz nicht eindringen durften — und vermehrten auf diese Weise die Unsicherheit und Ungleichmässigkeit in der Handhabung der Gesetze und damit in vitiösem Zirkel die Ursachen der Übel, um deren Abschwächung es sich handelte.

Auch gewinnen neben einer ihrer Aufgabe in genügender Weise nicht entsprechenden Strafrechtspflege in der Regel alte oder neue Formen der Selbsthilfe — ich erinnere an das mittelalterliche Fehderecht und an die amerikanische Lynchjustiz — eine Bedeutung und eröffnen einen Prozess sozialer Rückbildung.

Wo dagegen eine starke, auf sicheren Grundlagen ruhende Gewalt in stetiger Wirksamkeit staatliche Aufgaben erfüllt, da mindert sich die Bedeutung des einzelnen Straffalles; es entfällt das Bedürfnis, die Macht der Gesetze jedesmal der Menge in möglichst aufregender und handgreilicher Weise zu demonstrieren. Zugleich mindert sich die Kraft der Affekte des Hasses und der Furcht und ihr Einfluss auf den Inhalt und die Verwirklichungsformen des Strafrechtes. Unter begünstigenden Umständen findet der Widerstreit zwischen diesen Affekten und den Sympathien mit den Schuldigen oder deren Angehörigen einen gewissen Ausgleich in minder strengen, aber regelmässiger zur Anwendung gelangenden Gesetzen, und die Aufmerksamkeit wird von der Vollziehung der Strafen abgelenkt auf die geistigeren Funktionen des Richteramtes: auf die Gesetzesanwendung in öffentlichen Gerichtsverhandlungen.“

Voir aussi, en faveur de l'Etat fort dans l'intérêt de la société: Ant. Favre, Notes sur la condition de l'homme libre dans l'Etat fort. Mélanges de la Faculté de droit de Fribourg, 1943, p. 31 et suivantes.

²¹⁾ Voir Prof. Dr. Max Gmur, Übereinstimmung der Begriffe im Zivil- und Strafrecht. Z. S. R. N. F. 22, 1903, p. 587.

qu'en cas de violation de certains commandements. Il intervient par la menace de sanctions ou encore pour l'exécution des sanctions et cela lorsque le législateur estime que les violations sont assez graves pour justifier l'emploi de l'arme pénale.

Le droit pénal, chapitre du droit public, est une partie du droit. Si l'on doit examiner le droit pénal dans ses rapports avec l'ensemble de l'édifice de l'Etat, on se trouve en présence de deux tendances dans l'examen du sujet.

1^o *Une tendance positive* par laquelle on s'applique à voir les services que le droit pénal rend à la société en protégeant l'ordre public et privé contre les délinquants. Les institutions publiques et les libertés individuelles ont besoin de la force publique pour échapper aux coups de ceux qui violent les normes établies dans l'intérêt de l'ordre social. Conformément à cette tendance, on reconnaît la nécessité de la défense sociale, celle d'une justice ferme, celle d'une police habile et active, celle d'une vigilance constante des organes qui ont l'initiative de la poursuite. Cette vision de la collaboration nécessaire de l'arme pénale en faveur de la société et de l'Etat n'est pas contestée. Pour satisfaire à cette tendance, il importe de fortifier l'appareil de la justice et de la police dans les limites nécessaires. Il s'agit d'avoir de bonnes lois pénales, des tribunaux actifs, une police techniquement bien armée, une bonne organisation de la prévention des délits.

2^o *Une tendance négative* qui considère que l'emploi de la force dans la société doit toujours rester exceptionnel et que, pour la bonne garantie de la personne humaine, dans sa sphère individuelle, il est aussi important d'éviter tout abus de l'arme pénale que d'aiguiser celle-ci. On se préoccupe dès lors, avant tout, de développer la législation de telle façon qu'elle n'étende pas le cercle des sanctions pénales au delà des limites strictement nécessaires et que, notamment, on ne crée pas des délits pour des actes, ou, peut-être, des opinions que l'on considère comme un attribut de la personne. On cherche aussi que l'organisa-

tion judiciaire et la procédure pénale donnent toute garantie de défense à l'innocent prévenu. On cherche à éviter tout abus de pouvoir, tout arbitraire des organes de la police.

Lorsqu'on étudie le droit pénal en fonction de l'Etat fondé sur le droit, ce sont les problèmes de cette tendance négative qui ont été posés le plus souvent par les penseurs et les juristes devant l'opinion publique. Une étude impartiale ne doit pas, toutefois, négliger une tendance au profit de l'autre²²⁾.

Pour se rendre compte des normes essentielles d'un juste droit pénal, il y a lieu de commencer par rechercher comment ceux qui se sont, sous l'influence du droit naturel, préoccupés spécialement de la recherche de ces normes au XVIIIe siècle, ont formulé leur idéal, comment cet idéal a été critiqué au XIXe et quels éléments de cette formulation peuvent être conservés.

Au début du XVIIIe siècle, les Etats modernes, avec le lent développement de leur puissance en face des forces féodales affaiblies, exercent la justice pénale avec rigueur et sans donner aux justiciables des garanties suffisantes d'impartialité et de justice²³⁾.

En France, le droit pénal n'est pas officiellement publié. Il résulte des ordonnances et des arrêts du Conseil ainsi que des arrêts de règlement des parlements. Le droit

²²⁾ Voir sur ces deux tendances, l'étude du Prof. O. A. Germann (R. P. S. 49, 1935, p. 257) *Zur Rechtssicherheit*. L'auteur distingue les mesures dans l'„intérêt de la liberté“ et les mesures dans l'„intérêt de la protection“. Il se plaint que ces dernières soient trop souvent négligées et qu'on insiste par trop exclusivement sur les premières (v. 266 et 291). Pour ce qui nous concerne, nous ne contestons pas la légitimité de la tendance positive, mais en 1944, nous sommes de nouveau en Europe, à une époque où la tendance négative est bien nécessaire.

²³⁾ Voir Laborde, *Cours de droit criminel*, p. 25. Ad. Prins, *Science pénale et droit positif*, p. 7 à 10. Voir Jean Graven, *De la vengeance privée à la peine conditionnelle*. R. P. S. 1944, n° 1, p. 19 à 22.

romain et le droit canonique viennent encore compléter le droit royal. En matière d'adultère, on pratique les peines prononcées par la Novelle qui fait partie de la loi 30, ad legem Julianam de adult. C. Just. q. q. Avant 1752, les dispositions répressives si diverses sont inconnues du public et elles sont alors imprimées, à titre privé, par Laverdy. Le pouvoir central exerce le pouvoir à sa guise et l'on invente des supplices atroces; la folie et l'idiotie n'excluent pas l'imputabilité; les peines ne sont pas personnelles et s'entendent à la famille du coupable. Des supplices comme celui de Damiens, coupable de tentative d'assassinat contre Louis XV dépassent tout ce que l'on peut imaginer dans l'ordre de la cruauté.

En Allemagne, le droit est également incertain. Malgré l'autorité de la Carolina votée par l'Empire en 1532, cette loi est munie de la *clausula salvatoria*; chaque Etat conserve ses prérogatives. La loi est plus un code de procédure qu'un code pénal. Schwarzenberg lui-même désire conserver à la doctrine son autorité et vers le milieu du XVIIe siècle, le droit pénal est singulièrement disparate, souvent produit „d'ordonnances de chancellerie longues par leur texte, courtes par leur durée et qui ne peuvent qu'exceptionnellement renier l'esprit d'un absolutisme navrant“²⁴⁾.

Par la dangereuse théorie des *delicta excepta*, les poursuites, avec torture, contre des sorcières notamment, sont nombreuses.

En Italie, le droit pénal s'appuie sur le droit romain et sur les commentateurs de l'école de Bologne. Les interprétations les plus variées sont possibles.

Il n'est, dès lors, pas étonnant que le grand mouvement intellectuel du XVIIIe siècle de critique des notions d'autorité et d'essai d'instaurer une vie publique fondée sur la raison et la justice, ait accordé une attention spéciale à la question du droit pénal.

²⁴⁾ Von Liszt, *Traité de droit pénal allemand*. Trad. Lobstein, Paris 1911. Tome 1, p. 36.

Le droit pénal archaïque, secret, irrationnel, constitue une cible évidente pour ceux qui veulent faire du droit une science indépendante et lui donner une pratique publique, ouverte et équitable.

Il n'est pas question pour nous ici, de faire un tableau détaillé de l'histoire des théories pénales des novateurs du XVIII^e siècle et d'établir la filiation des idées de Hugo Grotius avec celles des esprits qui ont plus particulièrement, un siècle après, affirmé la nécessité d'un juste droit pénal.

Par contre, nous pensons éclairer notre sujet en montrant quelles sont les normes proclamées par cette école comme ayant un caractère d'évidence et d'absolue clarté.

L'*Esprit des lois* de Montesquieu a paru en 1748. L'illustre écrivain, comme il l'explique dans sa préface, a traité dans son livre „un nombre infini de choses“. Au milieu de la diversité des lois et des moeurs, il a cherché des principes fondés sur la nature. En face d'immenses horizons, il n'a traité qu'ici et là du droit pénal, mais il l'a fait en donnant comme but de l'action de ce droit une influence civilisatrice et rationnelle:

„C'est de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen.“

„Un bon législateur s'attache plus à punir les crimes qu'à les prévenir; il s'applique plus à donner des moeurs qu'à infliger des supplices.“

„Plus on voyait augmenter les supplices, plus la révolution était prochaine.“

„Les peines ont diminué ou augmenté à mesure qu'on s'est plus approché ou plus éloigné de la liberté.“

Les peines doivent être modérées:

„Si les peines sont terrifiantes, on ne trouve plus personne ni pour accuser, ni pour juger.“

„Il faut une juste proportion des peines avec le crime.“

„Il faut rentrer le plus tôt que l'on peut dans le train ordinaire du gouvernement où les lois protègent tout en ne s'armant contre personne.“

Le justiciable doit avoir la garantie de la loi et de la procédure:

„Les formalités augmentent en raison du cas que l'on y fait de l'honneur, de la fortune, de la vie, de la liberté des citoyens.“

„Dans les Etats modérés, où la tête du moindre citoyen est considérable, on ne lui ôte son honneur qu'après un long examen; on ne le prive de la vie que lorsque la patrie elle-même l'attaque; et elle ne l'attaque qu'en lui laissant tous les moyens de se défendre.“

Montesquieu donne bien ici les grandes lignes de l'école du XVIII^e siècle, mais sans méthode et avec son scepticisme de grand savant.

Il appartenait à Beccaria²⁵⁾, deux ans après le supplice de Calas, de publier en 1764 un livre qui marque nettement la recherche objective d'un droit pénal fondé sur la justice et dont le retentissement fut tel qu'il provoqua, dans les pays les plus divers, des réformes importantes, notamment celles de Frédéric le Grand, de Catherine de Russie et de Léopold de Toscane. C'est là que nous trouverons la tentative la plus nette de rechercher quel doit être un droit pénal qui soit fondé „sur les principes qui portent les hommes à vivre en société“²⁶⁾.

La nécessité a constraint les hommes à céder une partie de leur liberté; chacun n'a voulu mettre dans le dépôt commun que la plus petite portion possible, c'est-à-dire, précisément ce qu'il en fallait pour engager les autres à le maintenir dans la possession du reste²⁷⁾. L'assemblage de toutes ces petites portions de liberté est le fondement du droit de punir. Tout exercice du pouvoir qui s'écarte de cette base est abus et non justice; pouvoir de fait et non de droit; usurpation, non plus pouvoir légitime.

²⁵⁾ Voir R. P. S. 1939, vol. 53, p. 332. Bernasconi, Beccaria et la réforme de la justice pénale.

²⁶⁾ Beccaria, op. cit. préface p. XXVII.

²⁷⁾ Beccaria, op. cit. p. 11.

Tout châtiment est inique aussitôt qu'il n'est pas nécessaire à la conservation du dépôt de la liberté publique; les peines sont d'autant plus justes que le souverain conserve aux sujets une liberté plus grande et qu'en même temps les droits et la sûreté de tous seront plus sacrés et plus inviolables.

Ces principes généraux entraînent à l'observation d'une série de règles que nous tenons à détailler ici, car elles constituent, dans leur réalité historique, un excellent point de départ pour notre étude actuelle. Avec l'intuition du génie, Beccaria a posé des principes que l'avenir amendera, mais que l'on ne peut modifier sans raison nouvelle et pertinente.

1^o Le droit de faire des lois pénales n'appartient qu'au législateur.

Seule, la puissance souveraine de l'Etat peut légiférer.

Cette règle exclut le droit pénal né de pouvoirs secondaires, d'administrations policières.

Cette règle exclut l'application d'un droit demandé à l'histoire comme le droit romain, ou récolté chez des savants comme les Catprovius, les Clarus, les Farinaccius ou les exégètes de Bologne honnis par l'auteur.

Le droit doit être écrit en langue vulgaire et non en latin. L'imprimerie doit faire connaître la loi.

2^o Il n'y a pas d'autres peines que celles fixées par la loi. (*Nulla poena ultra legem.*)

Le souverain établit la maxime légale; l'accusateur public poursuit; le juge décide par sa constatation que la maxime est applicable.

La loi est appliquée strictement et le juge n'a pas de pouvoirs d'interprétation.

Beccaria est spécialement rigoriste dans l'application du principe du règne de la loi, car il veut précisément réagir contre une liberté sans frein dans la magistrature, contre un arbitraire qui dominait partout.

3^o Les peines doivent être modérées et proportionnées aux délits²⁸⁾.

Le châtiment n'a pas d'autre but que d'empêcher le coupable de nuire désormais à la société et de détourner ses concitoyens de la voie du crime. L'action doit être efficace, mais la moins cruelle possible. Le droit pénal émane d'un pouvoir qui gouverne des hommes libres; il ne cherche pas à dominer des esclaves.

La cause des relâchements, a déjà dit Montesquieu, vient de l'impunité des crimes, non pas de la modération des peines.

Pour que le châtiment produise l'effet que l'on en doit attendre, il suffit que le mal qu'il cause surpassé le bien que le coupable a retiré du crime. Toute sévérité qui passe ces limites devient superflue et par conséquent tyrannique.

4^o L'exercice de la justice doit donner à l'accusé ses juges naturels, des procédures rapides, des procédures publiques.

Le prince n'a pas le droit de substituer des juges forcés aux organes ordinaires de la loi.

L'accusé ne doit pas languir à cause de l'indolence du juge.

5^o Le prévenu ne peut pas subir un châtiment, et la torture doit être abolie.

Un homme ne peut être considéré comme coupable avant la sentence du juge, et la société ne peut lui retirer la protection publique qu'après qu'il est convaincu d'avoir violé les conditions auxquelles elle lui avait été accordée. Le droit de la force peut donc seul autoriser un juge à infliger une peine à un citoyen, lorsqu'on doute encore s'il est innocent ou coupable²⁹⁾.

²⁸⁾ Beccaria, op. cit. p. 15, 101, 103, 104, 107, 167.

²⁹⁾ Beccaria, op. cit. p. 65.

6^o Les peines sont les mêmes pour tous les hommes à égalité de faute et de délit.

Les peines des personnes du plus haut rang devront être les mêmes que celles du dernier des citoyens. L'égalité civile est antérieure à toutes les distinctions d'honneurs et de richesses³⁰⁾. Si tous les citoyens ne dépendent pas également des mêmes lois, les distinctions ne sont plus légitimes.

Avec moins d'élan et de génie, mais avec plus de méthode et d'esprit de système, on retrouvera des principes analogues dans le grand ouvrage, *Science de la législation*, publié par Gaetano Filangieri de Naples, en 1780³¹⁾.

Enfin, d'un tout autre côté, non plus avec l'idéalisme italien, mais avec cette doctrine utilitaire qui se croit réaliste, mais qui reste pleine de sentiment, on trouvera l'expression de l'effort de pensée et de recherche de justice du XVIII^e siècle dans la *Théorie des récompenses* de Bentham qui fut composée en 1775 et que le Genevois Etienne Dumont sortit de l'obscurité par son art de donner une forme française et claire aux manuscrits du grand penseur anglais³²⁾.

Bentham se réclame de Montesquieu et de Beccaria, mais il estime ses prédécesseurs dépourvus de méthode, et avec une rigueur beaucoup plus grande, sans beaucoup s'éloigner de leur tendance générale, il chercha des définitions plus subtiles, des classifications plus logiques pour tout ce qui concerne le but de la peine, et la mesure d'une juste peine³³⁾. Il arrive ainsi à des normes où l'élément individuel disparaît :

³⁰⁾ Beccaria, op. cit. p. 188.

³¹⁾ Voir œuvres de Filangieri avec un commentaire de Benjamin Constant, trad. française, Paris 1840. Tome I, 271 à 419 et Tome II, p. 1 à 111.

³²⁾ *Théorie des peines et des récompenses* par Jérémie Bentham, ed. Etienne Dumont, membre du Conseil représentatif de Genève. Paris 1818.

³³⁾ Bentham, op. cit. p. 25, 28, 29.

1ère règle. Il faut que le mal de la peine surpassé le profit du délit.

2ème règle. Quand l'acte est de nature à fournir une preuve concluante d'une habitude, il faut que la peine soit assez forte pour excéder, non seulement le profit du délit individuel, mais encore de tous les délits semblables qu'on peut supposer avoir été commis impunément par le même délinquant.

3ème règle. La peine doit excéder le profit du délit au point de compenser ce qui lui manque en fait de certitude et de proximité.

4ème règle. Si deux ou plusieurs délits sont en concurrence, le plus nuisible doit être soumis à une peine plus forte, afin que le délinquant ait un motif pour s'arrêter au moindre.

5ème règle. Plus un délit est nuisible, plus on peut hasarder une grande peine pour la chance de le prévenir.

6ème règle. La même peine ne doit pas être infligée pour le même délit à tous les délinquants sans exception. Il faut avoir égard aux circonstances qui influent sur la sensibilité.

Vues avec le recul du temps, les théories du XVIII^e siècle, nées au moment du succès des Encyclopédistes Voltaire, Diderot et d'Alembert, à une époque de critique du droit traditionnel et d'essai vigoureux de construction d'une conception rationnelle de l'Etat, aboutissent, sur le terrain du droit pénal, à des conceptions qui peuvent se résumer ainsi :

1^o Tout d'abord le souci loyal d'un juste droit applicable à tous et exclusif de tout arbitraire. Cette justice est l'idéal qu'on poursuit en première ligne.

2^o L'application de cette justice s'adresse à une humanité que l'on conçoit abstrairement, comme composée d'hommes conscients et responsables et où les différences de milieu, de classe, ne sont à considérer que comme des inégalités qui tendent à disparaître.

3^o L'appareil essentiel de cette justice est la loi dont la connaissance et la publicité instruisent l'homme et l'avertissent des risques qu'il court en face des armes légales.

4^o Le juge n'est que l'agent qui applique la loi. La procédure donne à l'accusé les garanties nécessaires contre l'arbitraire du juge et pour l'application de la loi.

Ces notions générales, corrigées dans une certaine mesure par la force de la tradition, par certaines nécessités vitales, vont inspirer la rédaction des législations du début du XIX^e siècle et les doctrines enseignées. Elles constituent, à n'en pas douter, le plus grand effort fourni au cours de l'histoire pour ériger le droit pénal sur une conception de l'Etat fondée sur le droit. Cela ne veut pas dire cependant qu'elles donnent entière satisfaction.

Pour s'en convaincre, il faut voir quelle a été la réaction des écoles anthropologiste et sociologique au XIX^e siècle en réaction contre le XVIII^e siècle.

Chapitre III.

La réaction réaliste du XIX^e siècle. L'apport de l'école anthropologique et de l'école sociologique au développement du droit pénal. Ces écoles infirment-elles la possibilité de construire le droit pénal sur les bases de l'Etat fondé sur le droit ? Le rôle des notions de responsabilité, de légalité et de pénalité.

„Lutter pour retrouver l'homme chez le criminel.“ Conseiller national Seiler.

Le XVIII^e siècle, époque du développement des mathématiques et de la physique, a eu le sens des constantes. En politique, comme en droit, il a voulu s'appuyer sur une raison logique envisagée comme semblable à elle-même à toutes les époques et sous toutes les latitudes. Sa méthode apparaît comme claire, mais elle simplifie les

problèmes. Elle discute de l'homme comme d'un facteur commun sans se soucier d'éléments différentiels qui peuvent être singulièrement nombreux et complexes.

C'est ce que remarquera le XIXe siècle, époque des sciences naturelles et époque des théories sur l'évolution et la différentiation des espèces, époque des considérations sur les contingences de l'histoire. A un siècle de foi dans un homme social et de relative bonne volonté, succède un siècle d'analyse scientifique et de conception déterministe et évolutive de l'homme. La psychophysiologie et les sciences sociales l'emportent sur la politique et le droit; le positivisme tourne les intelligences plus vers l'élément différentiel de la connaissance que vers l'élément similaire. L'effort de justice du droit pénal est passé au crible, à la lumière de diverses données de la science et une révision des valeurs s'impose. Détruira-t-elle tout l'édifice? Une reconstruction fondée sur la justice sera-t-elle encore possible? C'est ce que nous allons examiner ici.

Le premier assaut vient de l'école anthropologique.

Il s'agit des théories développées dans le pays de Beccaria et de Filangieri par Lombroso, Enrico Ferri et Garofalo dès la publication de l'*Uomo delinquente*, en 1871. Avec un talent remarquable, un art consommé de projeter dans les théories pénales les idées de Darwin et de Spencer, avec un sens aigu de la polémique, l'école italienne s'attache à voir, non plus le délit et la loi, le syllogisme de la condamnation, mais le criminel avec sa psychologie, sa physiologie, ses tares constitutionnelles. On développe l'idée que le coupable, au lieu d'être un être responsable que la menace de la peine aurait pu effrayer, et que le châtiment amendera, est, ou bien un être sauvage, descendant d'un homme primitif bestial, ou bien plutôt un dégénéré qui révèle les stigmates de l'aliénation mentale.

Il n'est pas question ici de discuter en détail les théories de l'école italienne. Il nous suffira de faire remarquer que ses données scientifiques ont rapidement prêté à discussion.

Comme l'a dit spirituellement G. Tarde en 1891³⁴⁾), le type criminel de Lombroso est sorti des congrès d'anthropologie de 1885 à Rome et de 1889 à Paris, déjà „bien estropié ou plutôt réduit à l'état de fantôme en train de s'évanouir“. Les criminels ne sont pas une race ancienne de sauvages qui se survivrait; s'ils sont en partie des aliénés, ils ressortent de diverses catégories de malades de la tête et il n'y a pas une maladie déterminée qui se manifeste somatiquement et physiologiquement par le crime.

Si nous citons Lombroso et son école, ce n'est pas pour sa science, mais pour relever sa tendance générale, l'accent mis sur la personne du criminel et y revenir tout à l'heure.

Le second assaut vient de l'école sociologique qui veut étudier les criminels et le crime avec les méthodes de la science exacte et qui recherche avec la statistique, avec les dossiers individuels, avec les expériences des tribunaux et des prisons, les causes qui ont un caractère plus général et plus lointain que la personnalité du criminel lui-même. La recherche poursuivie établit l'influence du climat, de la région rurale ou citadine, de l'état du logement, du nombre des débits de boisson, du degré de misère, sur le développement de la criminalité. Puis, quittant le domaine de la science objective pour celui de la doctrine, l'école se tourne contre l'école classique et, en vertu de ses affirmations déterministes et des faits qu'elle invoque, elle nie la responsabilité du délinquant, l'influence de l'exemplarité de la peine, l'efficacité de la sanction.

Les deux écoles, l'anthropologique et la sociologique, s'allient contre l'adversaire commun, soutenues l'une et l'autre par leur positivisme déterministe et leur conviction que la science infirme la conception générale du XVIII^e siècle. Mais si l'on y regarde de près, on verra que ces deux alliés sont, à bien des égards aussi, en lutte l'un contre l'autre. L'anthropologie criminelle s'attache au criminel

³⁴⁾ G. Tarde, Philosophie sociale, p. 46. Voir aussi von Liszt, op. cit. p. 106. „Toute conception purement biologique du crime est erronée“.

lui-même pour en faire un être à part, sauvage ou aliéné et le séparer de la famille humaine. C'est une doctrine pessimiste qui ferme la porte à l'espérance. La sociologie criminelle au contraire, néglige le criminel lui-même, considéré comme un effet, pour remonter à des causes dont toute la société, même la plus honnête, est responsable. Elle n'abdique pas la prétention optimiste de régénérer la société pour faire diminuer les délits et elle est souvent en faveur dans les milieux socialistes idéalistes, qui caressent l'espoir d'une régénération des hommes par la société.

Il est impossible de ne pas admettre que ces deux écoles ont apporté à la science pénale des éléments précieux et que les classiques avaient négligés. Leur immense travail est bien loin d'être perdu et l'on ne peut que souhaiter de le voir se poursuivre.

L'anthropologie a attiré l'attention sur le fait que de nombreux délinquants sont des êtres tarés, dégénérés, en tous cas de formation psychopathique spéciale. Elle a permis de constater qu'il y a parmi eux des êtres curables pour lesquels il faut un traitement approprié et des êtres incurables qui constituent un danger permanent. Elle a relevé la différence essentielle entre les délinquants d'occasion et les délinquants d'habitude. Ses exagérations et ses généralisations ont pu lui nuire, mais elle a eu raison de tourner ses regards vers les anomalies du délinquant.

La science sociale, en recherchant plus exactement les causes secondes des délits, a rendu l'immense service d'attirer beaucoup plus que par le passé l'attention sur les éléments sociaux qui entraînent au crime et sur les possibilités de prévention antérieure au délit. Quelle que soit l'excellence du régime pénal lui-même, la société n'est pas dispensée de sa première tâche qui consiste à éléver l'homme et à organiser la société de telle façon que le nombre de ceux qui ont à faire avec la justice soit le plus restreint possible.

Nous ne critiquons donc en aucune façon l'apport scientifique³⁵⁾ de ces écoles. Par contre, nous nous demandons jusqu'à quel point elles sont fondées à décourager l'esprit humain à poursuivre l'effort du XVIIIe siècle et à rechercher un droit pénal fondé sur le respect de la dignité humaine dans chaque personnalité. Nous posons alors deux questions distinctes: Dans quelle mesure les écoles nouvelles renversent-elles l'édifice du XVIIIe? Dans quelle mesure empêchent-elles l'élaboration d'un droit pénal fondé sur la justice?

Les questions sont distinctes, car, comme nous l'avons relevé au chapitre I, le droit naturel du XVIIIe est un essai parmi d'autres, de recherche de justice, et cet essai a pour fondement une croyance discutable dans l'„état de nature“. Par contre, on peut concevoir d'une façon plus large la recherche de la justice au milieu des complexités de la vie sociale.

L'Etat fondé sur le droit postule l'idéal social de dignité humaine, de respect de la personne, dans une communauté solidaire et le donne comme le but final de l'action législative. Le droit pénal du XVIIIe, avec son optimisme, construit un droit sur cet idéal comme si, nécessairement, la société était à son niveau et ainsi il oublie qu'entre la réalité et le but poursuivi, il y a de gros obstacles que le droit doit connaître et surmonter. Ce sont ces obstacles que le positivisme pénal voit beaucoup plus clairement. L'anthropologie révèle des hommes réfractaires à l'amendement. La sociologie révèle la complexité d'un état social qui aliène en partie la volonté de l'individu.

La conception générale d'un juste droit pénal fondé sur la responsabilité de volontés libres dans une communauté consciente de son but social et qui se traduit en

³⁵⁾ Nous renvoyons nos lecteurs à l'ouvrage de Raoul de la Grasserie. Principes sociologiques de la criminologie, pourtant muni d'une préface de Lombroso (Paris 1901) pour qu'ils se rendent compte combien, ici, on a souvent beaucoup plus argumenté que prouvé.

droit pénal par la responsabilité du délinquant, la souveraineté de la loi, la détermination juste de la peine, est attaquée ainsi sur plusieurs fronts différents :

- 1^o Si l'homme criminel est un être à part prédestiné au crime ou encore si l'élément psychopathique domine chez le criminel, il n'y a plus de liberté de l'homme et plus de responsabilité du délit commis. Si le crime est un produit de la contexture sociale prise dans son ensemble, comme le „sucre et le vitriol“ de M. Taine, sont des produits de la nature, la responsabilité individuelle disparaît également. Le droit pénal se réduit à une défense pénale, analogue à la défense de la société contre la maladie ou les animaux nuisibles. L'anthropologue demande que le délinquant cesse de nuire, le sociologue cherche une formule de réforme de la société qui supprime la cause de la chute.
- 2^o Le rôle éminent de la loi tend à disparaître car, tout d'abord, il n'y a plus de corrélation nécessaire entre la connaissance de la loi et la crainte qu'a l'homme de commettre un délit. Des conditions plus fortes que la loi, somatisme ou misère, entraînent à l'acte, que le délinquant sache ou ne sache pas ce qui l'attend au prétoire. Enfin la loi, à elle seule, ne peut conduire un juge pénal qui se trouve devant une variété infinie de cas individuels et qui, pour défendre la société, doit recevoir un pouvoir suffisant.
- 3^o La peine cesse de pouvoir être adéquate au délit, car ce qui importe n'est pas tant cet élément de justice distributive relevé par Bentham, mais les mesures prises pour une défense durable de la société. Prins³⁶⁾ insiste sur le fait que le délinquant le plus nuisible n'est pas le plus responsable et qu'il n'est pas possible de maintenir ce qu'il appelle le „faux parallélisme“ de la responsabilité et de la peine. La quantité de la responsabilité n'est pas la vraie mesure de l'intensité néces-

³⁶⁾ Prins, Science pénale et droit positif. Préface p. XLIII.

saire de la défense sociale. Ce n'est pas la nature de la peine qui agit sur l'homme; la nature de l'homme doit au contraire dicter au législateur le mode de pénalité le mieux approprié au but poursuivi.

Reprenez ces trois éléments:

1^o Responsabilité.

On peut admettre facilement, avec les écoles déterministes qu'il peut toujours y avoir, lorsqu'on examine les circonstances d'un délit, un ensemble de causes proches et lointaines qui expliquent l'événement. L'esprit humain se meut nécessairement dans les catégories du temps, de l'espace et de la causalité et un être tout-sachant pourrait toujours expliquer un acte par des causes de plus en plus impersonnelles. Cette explication causale postérieure à l'acte est conforme à la méthode scientifique. De même que la science peut prétendre expliquer la fleur d'un jardin par les éléments de chaleur, de force et de chimie qui se trouvent dans le terreau nourricier, de même l'action humaine la plus héroïque ou la plus vile peut trouver sa cause lointaine dans des notions physiologiques ou sociales déterminées. Mais la fleur existe comme l'action humaine, avec un élément originel qui ne se trouve pas dans les causes et l'on sait bien que la science n'est pas toute la réalité.

Des philosophies comme celles de Renouvier, Bergson, Boutroux, Hamelin, des théories scientifiques comme celles de W. James et de Einstein ont relevé le caractère contingent des lois de la nature et le pouvoir créateur de la réalité³⁷⁾.

Surtout l'homme, en face de sa destinée, vit sous l'angle de la raison pratique et de cette raison sort la

³⁷⁾ Voir P. Janet et G. Séailles, Histoire de la philosophie. Problème de la liberté, p. 324. Voir surtout le supplément de 1929, p. 63. Voir Bergson, Matière et mémoire, p. 205. W. James, Pragmatisme, Ed. française 118. Voir aussi Eug. Huber (Recht und Rechtsverwirklichung, p. 161 et suivantes).

notion de la personne humaine et celle de la responsabilité personnelle.

Intellectuellement, sous l'angle de la métaphysique et de la théorie de la connaissance, il est aussi raisonnable d'admettre la personne humaine responsable et libre que de la nier et de noyer l'homme dans les éléments physiologiques, climatiques, sociaux qui, certes, le conditionnent fortement, mais ne l'empêchent pas d'exister en tant que personne³⁸⁾.

Et il ne s'agit pas essentiellement ici de métaphysique³⁹⁾. Sur le plan pratique où se meut le droit, il s'agit bien plutôt, comme l'a souligné G. Tarde⁴⁰⁾, de l'identité de la personne humaine et du droit de la société vis-à-vis de ses membres, de considérer que, dans un acte, et jusqu'au moment où il y a aliénation, infantilisme, sénilité ou idiotisme, les causes inhérentes à la personne l'emportent sur les causes secondes sociales plus lointaines.

En droit pénal comme en droit civil, il y a des actes imputables à une personne et non pas à une autre et le droit part des personnes comme d'une entité nécessaire. Il lui faut, pour exister, des hommes vivants, debout, et non pas une humanité-produit, une masse humaine, effet occasionnel de causes diverses et multiples.

Nous disons bien „personne“ et non pas „individu“, car c'est là que notre droit pénal du XXe siècle, à la suite

³⁸⁾ Voir Lequier (*Philosophie analytique de l'histoire*, Paris 1924): „En résumé, deux hypothèses: la liberté ou la nécessité. A choisir entre l'une et l'autre, avec l'une ou avec l'autre. Je ne puis affirmer ou nier que par le moyen de l'une ou de l'autre. Je préfère affirmer la liberté et affirmer que je l'affirme au moyen de la liberté. Mon affirmation me sauve, m'affranchit. Je renonce à poursuivre l'oeuvre d'une connaissance qui ne serait pas la mienne. La liberté est la condition de la connaissance. La formule de la science est faire. Non pas devenir, mais faire, et, en faisant, se faire.“

³⁹⁾ Voir von Liszt, op. cit., p. 119 et 120.

⁴⁰⁾ Tarde, op. cit., chapitre sur la responsabilité, p. 83 à 148, et Alfred Fouillée, *L'idée moderne du droit*, p. 247.

des travaux du XIX^e, peut faire un pas en avant vis-à-vis du XVIII^e. Non plus le droit pénal d'un homme abstrait, toujours semblable à lui-même et auquel des normes légales s'appliquent logiquement lorsque les faits sont établis, mais une personne⁴¹⁾ humaine qui, malgré son unité irréductible, possède des caractères très différents, des degrés de responsabilité très divers et dont l'Etat doit tenir compte dans son maniement de l'arme pénale.

La société moderne, en présence des armées du crime, de la recrudescence des délits dans les bas-fonds des grandes villes, des ravages moraux des plaies sociales comme l'alcoolisme ou les maladies vénériennes, ne nie pas la part de

⁴¹⁾ Denis de Rougemont, *Politique de la personne*. Genève, Ed. Labor, 1934, p. 22. „Une politique à hauteur d'homme, c'est une politique dont le principe de cohérence s'appelle la responsabilité de la personne humaine. En d'autres termes, c'est une politique dont chaque temps et chaque but se trouve subordonné à l'affirmation et à la défense de la personne, module universel de toutes les institutions. Cette politique s'oppose au gigantisme américain, soviétique et capitaliste . . . , à l'exploitation de l'homme par ses créations, par l'Etat.“ — p. 49: „Voulons-nous être des éléments de statistique ou bien des hommes de chair et de sang connaissant leur condition concrète, connaissant aussi leur dignité?“

Voir encore *Revue de théologie et de philosophie*. Nouv. série, XXXI, p. 182. *Découverte de la personne*, par André Burnier: „Il faut déclarer la guerre à la partie inférieure de nous-même, à l'appétit de nos instincts qui précipitent notre personne dans un épais matérialisme, mais il faut livrer une guerre aussi impitoyable aux stériles idéalismes, qui désincarnent la personne, la réduisent à l'individu abstrait, juridique et anonyme qui ne connaît plus dans la société ni responsabilités ni devoirs. Cette réduction de la personne à l'individu s'accorde d'ailleurs fort bien avec la réduction de la personne à l'instinct, car celui-ci aussi ne connaît que des individus anonymes et irresponsables. Une société ainsi corrompue dans ses éléments constitutifs ne peut aboutir qu'au déséquilibre capitaliste de la lutte des classes ou au totalitarisme niveleur des révolutions anti-personnalistes. Il faut donc restaurer la réalité de la personne qui est incarnation de l'esprit, présence du spirituel dans la matière, c'est-à-dire réalité vivante et consciente et non abstraite et veule.“

l'irresponsabilité, la faiblesse de beaucoup d'organismes humains, mais ces tares, ces ombres sociales ne justifient pas un abandon du concept nécessaire de la personne humaine. On traitera celle-ci sur le plan d'une humanité qui n'a rien de glorieux, qui n'est ni une pléïade de personnages cornéliens, ni une réunion de savants raisonneurs et conscients, mais pourtant une humanité composée de personnes qui ont leur réalité et leur responsabilité.

Le maintien de la notion de responsabilité personnelle a surtout cette grande importance. Avec une conception naturaliste du délinquant et du crime, la défense sociale devient unilatérale. Elle réalise la menace de tous par le crime et elle frappe. Elle tue et elle „endort“ sans grand souci de la victime, de ses coups. Il est essentiel de maintenir la notion d'un idéal social qui connaît comme personne, toutes les personnes, même le criminel, le pire, et le traite en homme. Pour rien au monde, l'humanité ne doit abandonner cet héritage du christianisme, car, hors cette notion de la valeur de l'homme⁴²⁾, il n'y a plus de limite dans l'action pénale et plus de critère de véritable justice.

2^e Rôle de la loi.

C'est à juste titre que le XIX^e siècle a fait remarquer que, chez beaucoup de délinquants, la connaissance ou l'ignorance de la loi jouaient un rôle secondaire. Mais ce fait ne saurait infirmer la nécessité de fonder l'action pénale sur la loi. Il ne s'agit pas seulement ici des coupables qui, peut-être, n'ont pas songé un instant au Code

⁴²⁾ Sur la possibilité inattendue de régénération des pires criminels, voir Le testament de Mathilde Wrede, par Esther Stählerberg, Neuchâtel 1942. Voir aussi Strafe und Strafvollzug im Lichte der schweiz. Strafrechtsreform par M. le Conseiller national Dr. A. Seiler. Liestal, 23 mai 1929. Verhandlungen des schweiz. Vereins für Straf- und Gefängniswesen. Aarau 1929 et son mot d'ordre: ein Kampf um die Erhaltung des Menschen im Verbrecher.

lorsqu'ils ont failli. Il s'agit de l'ensemble de la société et de la garantie donnée à tous que l'arme pénale n'est employée que dans les limites données par le législateur et dans des limites discutées publiquement et connues par la promulgation de la loi. Il s'agit d'une des plus puissantes garanties données à l'homme dans le domaine de la sécurité juridique (voir plus loin chap. IV). Ici la doctrine de Beccaria reste entièrement vraie.

Par contre, les règles du XVIII^e siècle doivent être revisées qui voulaient la loi détaillée et le juge simple ordonnateur du syllogisme pénal. La science moderne qui a approfondi les observations relatives au monde du crime, a établi qu'un texte écrit, s'il était nécessaire, n'est pourtant pas encore suffisant pour permettre l'exercice d'une bonne justice. Du moment que la personne du délinquant et les circonstances de sa vie et du délit doivent être étudiées de près, pour aboutir à des solutions complexes, il faut non seulement la loi, garantie pour tous, mais une certaine liberté du magistrat éclairé, capable de l'appliquer dans la réalité.

3^o Caractère de la peine.

Nous nous trouvons ici devant le difficile problème de la justification de la peine, si souvent traité à fond par les uns⁴³⁾ et éludé quelquefois par les autres⁴⁴⁾.

⁴³⁾ Le professeur Wach de Leipzig signalait cinq théories relatives sur la peine et trois théories absolues:

Théories relatives:

- 1^o La peine justifiée par la peur qu'elle doit inspirer. (*Abschreckungstheorie*).
- 2^o La peine justifiée par le besoin de protéger l'Etat et la société (*Präventionstheorie* de Grollmann).
- 3^o La peine justifiée par la contrainte psychologique (*Theorie des psychologischen Zwangs* de Feuerbach).
- 4^o La peine justifiée par le besoin de transformer la mala voluntas en bona voluntas (*Besserungstheorie*).
- 5^o La peine justifiée comme défense sociale (*Notwehrtheorie*).

Après les théories classiques et positivistes, il faut, pour voir clair, bien distinguer la question de la notion même de peine (la justification du droit de punir) et celle de la nature de celle-ci, suivant le but concret que l'on poursuit.

Si nous pensons au principe même de la peine, nous restons fidèle à la conception du XVIII^e siècle fondée sur la responsabilité de l'homme et les droits d'une communauté solidaire à punir les délinquants.

C'est précisément le postulat pratique de cette communauté d'hommes libres qui permet l'application de la sanction considérée comme juste.

Pour la réalisation du droit, la puissance publique intervient. Le délit donne le droit de punir, et s'il n'y a pas de délit, il n'y a pas de peine.

Le positivisme n'arrive pas à justifier une véritable peine, qui soit acceptée comme juste par le délinquant raisonnable, qui soit considérée comme une satisfaction

Théories absolues:

- 1^o La peine justifiée par l'impératif catégorique moral qui postule une sanction (Théorie de Kant).
- 2^o Nécessité dialectique de la peine. La négation du droit par le délit doit être à son tour reniée par la peine (Théorie de Hegel).
- 3^o La peine est la satisfaction donnée à l'ordre juridique en cas de violation de cet ordre (Théorie de Binding).

Nous insistons sur le fait qu'il y a, avant tout, en présence, deux conceptions, celle des classiques qui accordent une valeur morale à la peine et y distinguent un élément de justice; celle des positivistes qui ne voient que l'action de défense sociale. Nous indiquons une solution dans la distinction entre la nature de la peine et ses modalités en vue du but pratiqué poursuivi.

⁴⁴⁾ Voir p. ex. A. Prins, partisan de la défense sociale (op. cit. p. 30) et sa reconnaissance que les autres théories sont aussi fondées. Voir Laborde (op. cit. p. 17) et son appel tardif à la notion d'humanité pour tempérer l'excessive sévérité des peines. Ces auteurs ne semblent pas voir qu'une notion générale de l'Etat fondé sur le droit explique autant la défense sociale énergique que la modération de certaines peines.

par le lésé, qui soit jugée nécessaire et équitable par la communauté⁴⁵⁾.

La notion de simple défense sociale, si importante soit-elle, ne suffit pas. Avec elle, la survenance du délit n'est plus un élément déterminant de la peine et l'action publique n'a plus de limite dans la notion de justice. La notion de la satisfaction morale de la peine s'évanouit⁴⁶⁾). La responsabilité s'efface devant la notion de nuisance du délinquant et, sans réserve, non pas le plus responsable, mais le plus nuisible est puni.

Il faut reconnaître que, sur le terrain de la raison pratique, la société ne peut se borner à considérer l'appareil de la justice humaine comme un simple appareil de défense sociale. La vie même du prétoire dans un pays comme le nôtre, l'attitude des juges, des avocats, des échevins, du jury, du public, montre qu'il y a un élément de justice en jeu dans chaque affaire criminelle. Malgré les savants, l'âme du peuple considère dans la poursuite du délinquant, la question de responsabilité et envisage dans l'acte de punir le droit indiscutable à la sanction considérée comme juste et non pas seulement comme efficace⁴⁷⁾.

⁴⁵⁾ Voir dans le même sens que moi: R. P. S. Vol. 51, 1937, p. 170 un article du Prof. Kadecka de Vienne: Über Schuld und Strafe, Moral und Recht.

⁴⁶⁾ Voir le développement de cette idée dans Eugène Huber, op. cit. p. 366. L'auteur (p. 373) fait très justement remarquer comme la peine est considérée par la société comme chose de la communauté. Celle-ci cherche à satisfaire le droit en infligeant au coupable la peine. Le coupable est le débiteur de la société et il acquitte sa dette vis-à-vis d'elle. La peine n'est pas une prime du risque couru par le coupable. Le délinquant a conscience de son appartenance à la communauté juridique, qui a le droit de le punir.

Voir aussi die Strafe im Rechtssystem von Prof. Dr. Nawiasky R. P. S. 55, 1941, p. 51: „Auch Angriffe gegen die Privatinteressen. werden strafrechtlich als eine Angelegenheit der Gesamtheit betrachtet.“

⁴⁷⁾ Voir Prof. Hafter, Lehrbuch: „Ob der Vergeltungsbegriff aufzugeben oder beizubehalten ist, wird nicht durch die Wissen-

Rechercher l'origine de ce droit de punir dans un contrat social historique est sans doute une erreur ou plutôt une fiction destinée à expliquer rationnellement l'irrationnel. Son origine est dans un postulat initial de la raison pratique qui est à la base même de l'Etat fondé sur le droit.

Ces principes doivent trouver la plus large application dans la pratique et constituer un idéal vers lequel tend tout bon code pénal. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'en face des deux pôles du droit pénal, intérêt de la communauté solidaire et respect de la personne humaine, la société, en face d'êtres dangereux et difficilement amendables, prendra des mesures spéciales, les mesures de sûreté, où l'élément objectif du danger social, la nécessité de la prévention, les nécessités de la politique criminelle l'emporteront sur l'élément subjectif de la responsabilité. Le but de pure défense sociale semble alors passer avant le but de justice. Mais précisément, à cause de ce dualisme apparent dans la construction du droit pénal, le législateur doit se rappeler mieux encore les bases de l'Etat fondé sur le droit et faire en sorte que le justiciable ne soit traité d'une façon spéciale, comme dangereux, qu'avec les garanties les plus rigoureuses de juste appréciation de son cas. Les mesures de sûreté, si parentes des sanctions pénales par la privation de la liberté, ne doivent être appliquées dans l'intérêt de la communauté qu'à ceux qui répudient d'une façon manifeste l'appartenance à la communauté. Autant

schaft entschieden. Der Vergeltungsgedanke lebt im Volksbewusstsein und er ist von der Auffassung, die das Volk vom Strafrecht hat, nicht zu trennen.“

(Voir aussi Seiler, Bull. stén. Cons. nat. 1928, p. 3, et Feuille centrale de Zofingue, 1944, 4/5, p. 245. Eric Homburger, Bedeutung des Strafrechts.)

M. le conseiller fédéral Haeberlin, lors du débat d'entrée en matière au Conseil national a également bien marqué (1928, Bull. stén., p. 47) l'exigence populaire d'une véritable peine.

que pour le prononcé d'une peine, le juge doit intervenir avec tout l'appareil de la garantie judiciaire⁴⁸⁾.

Nous reviendrons sur toute cette question au chapitre IV.

Notre accord avec les classiques sur la question essentielle est donc complet. Mais nous n'allons pas plus loin.

Conserver le droit de punir dans le cadre de la notion de justice et refuser de lui donner seulement une base scientifique expérimentale ne signifie pas qu'il y ait lieu de fixer la nature de la peine en établissant par la doctrine et par la loi, un barème pour ainsi dire „a prioristique“ de la condamnation à prononcer. Les anthropologistes et les sociologues sont fondés dans leur critique lorsqu'ils disent que le législateur ne peut apprécier entièrement l'opportunité de la peine et qu'il appartient à l'agent d'exécution, le juge — ou l'expert —, de dire dans chaque cas quel sera le moyen efficace de corriger le délinquant ou de l'empêcher de nuire.

La science moderne nous révèle toute la complexité du problème de la peine qui sera efficace pour le délinquant d'occasion, inefficace pour le délinquant d'habitude. Elle nous révèle la difficulté du problème pénitentiaire, ses graves inconvénients pour le délinquant primaire, la nécessité d'une individualisation de la peine, d'une liberté à laisser au juge pour surseoir à la peine ou pour l'abréger ensuite. Elle nous révèle la nécessité d'aller au delà de la peine et de recourir aux mesures de sûreté pour l'être radicalement nuisible.

La conception générale de l'Etat fondé sur le droit n'est pas hostile à l'idée d'une communauté qui individualise son action vis-à-vis de ses sujets de droit. Elle fait simplement passer la peine, dans une certaine mesure, du plan légal au plan judiciaire et cela ne signifie pas qu'il

⁴⁸⁾ Voir sur cet objet l'important article de M. le Prof. O. A. Germann, R. P. S. 57 (1943) p. 28.

Voir aussi le débat sur cet objet entre M. Hafter (R. P. S. 17 1904, p. 211) et M. Carl Stooss (R. P. S. 18, 1905, p. 1).

ne s'agisse plus que de défense sociale. Le juge se trouve en face du délinquant qui est un homme et il scrute son caractère et ses intentions. Il détermine la peine, pour une part, par la mesure des intentions. Jusqu'aux dernières limites, il cherchera l'amendement par la peine et il ne recourra à une défense sociale sans justice qu'à la dernière extrémité⁴⁹⁾.

Nous sommes là dans un domaine où l'évolution des institutions et des lois a été, en apparence seulement, dans le sens des doctrines positivistes; en réalité, elle a inconsciemment travaillé encore dans le sens de l'humanité envisagée comme consciente et libre. On a parlé de science pénale, de déterminisme et de défense sociale, mais en réalité, lorsqu'on a découvert la fatalité de beaucoup de délits, les inconvénients d'une pénologie trop abstraite, la part de l'inconscient dans beaucoup de délits, on n'a pas recouru à la défense sociale pure. On a bien plutôt introduit ces modalités d'une justice plus nuancée et plus humaine qui s'appellent: la peine conditionnelle, la liberté conditionnelle, la juridiction de l'enfant, les maisons de rééducation, etc., toutes institutions qui relèvent de l'idéal social de la communauté d'hommes libres qui est à la base de toute civilisation digne de ce nom.

Nous arrivons ainsi à répondre aux deux questions que nous avons posées plus haut:

L'édifice du XVIII^e siècle subsiste dans sa tendance de fonder le droit pénal sur la justice et non plus seulement sur la défense du pouvoir établi, dans sa tendance de réaliser un droit qui soit connu de tous, légal, rationnel. Mais les lignes de l'édifice doivent être modifiées en ce sens que l'époque moderne a révélé l'importance du facteur individuel et du facteur social dans l'élaboration du délit et ainsi les notions du pouvoir déterminant de la loi, de la restriction du pouvoir du juge, de la détermination

⁴⁹⁾ M. le Prof. Logoz (Bull. stén. du Cons. nat. 1928, p. 10) a remarquablement défini le double caractère de la pénalité fondée encore sur la notion de justice, mais individualisée.

abstraite de la peine doivent être revisées. Les nouvelles tendances, par contre, ne sauraient faire reculer l'homme dans sa recherche d'un droit pénal qui tienne compte, dans son ensemble, de la notion de la société composée de personnes humaines ayant toutes leur valeur propre et de la société munie du droit de réellement punir avec justice.

Le droit pénal agit sur tous les hommes par la proclamation de la peine et l'exemplarité de son exécution; il agit en faveur du lésé par la satisfaction que lui procure la peine du lésant; il agit sur le criminel en le mettant hors d'état de nuire, en l'intimidant afin qu'il ne récidive pas, en l'amendant par un traitement approprié.

Toutes les écoles de droit pénal arrivent à cette action du droit pénal qui contient un élément de prévention générale à l'égard de tous et de prévention spéciale à l'égard du délinquant.

Le XVIII^e siècle, par idéalisme et simplification rationnelle, insiste sur la prévention générale en s'occupant du crime, des définitions des délits, de l'équivalence exacte des délits et des peines. Il pense que l'élément subjectif, l'effet de l'exemplarité, l'amendement suivent, de par la logique des choses et la loi de nature.

Les écoles positivistes, en s'attachant au criminel, à son état physique et mental, à son milieu social, relèvent la difficulté de faire jouer ensemble la prévention générale et la prévention spéciale. Elles s'attachent plutôt qu'à la détermination des délits, à celle des catégories de criminels et à la répression de l'action antisociale. Elles font, avant tout, de la prévention particulière.

Une conception de l'Etat fondé sur le droit fait profit de ces deux tendances. Elle conserve la poursuite du but final de tout droit et oblige à maintenir dans le droit pénal la notion de justice, les garanties légales et judiciaires indispensables. Elle écarte, par contre, volontiers, le caractère trop impersonnel et „a prioristique“ de l'école classique et accepte de se servir des armes de la science

positive pour améliorer la prévention particulière et individualiser l'action pénale.

En le faisant, elle se refuse à agir dans un but exclusif de pure défense sociale positive. Elle voit la valeur de l'homme en tout homme. Et si elle abandonne la doctrine abstraite du XVIII^e siècle et descend dans le positif et l'individuel, ce n'est pas uniquement pour frapper plus efficacement, c'est aussi pour agir avec autorité, mieux prévenir et mieux guérir.

Bien souvent dans l'histoire des idées, une époque a cru nécessaire à la défense des droits de l'esprit, une position doctrinale spéciale. Puis l'avenir a démontré que l'esprit souffle où il veut et qu'à une autre époque, en face d'une autre situation sociale, les droits de l'esprit trouvaient un autre terrain de défense. Ainsi dans le domaine du droit pénal: l'école classique a voulu voir dans la généralité et l'abstraction des normes la défense de la justice. Notre époque reste à la recherche de la justice, en maintient le caractère universel, mais c'est dans la descente vers l'homme considéré comme une personne spéciale qu'elle trouve la voie ouverte vers une réalisation de la tâche du droit pénal compatible avec une conception de la communauté fondée sur le droit.

La pensée suisse émane d'une patrie née de l'accord des volontés contractuelles inscrites dès 1291 dans les pactes et les lois. Elle est ainsi fille d'un pays où la volonté libre et la solidarité nationale jouent un grand rôle et elle doit constamment se retremper dans la vision d'un état social fondé, non pas sur la fatalité, les destins naturels et matériels, mais sur l'activité d'hommes responsables.

Elle doit maintenir cette vision dans les couches profondes du peuple pour que, particulièrement, dans le domaine de l'action pénale, les considérations de science déterministe ne viennent pas affaiblir une nation qui doit continuer à se développer par l'action de volontés conscientes de la responsabilité personnelle de chacun.

La société unie par les liens du droit est une réalité vivante. Elle a le droit de poursuivre celui qui viole les normes essentielles à son maintien. Elle le fait dans le cadre même de la loi, sous le signe de la justice, avec l'intelligence de ses devoirs divers vis-à-vis de ses membres qui, tous, sont fondés à se réclamer des droits de la personne humaine.

Chapitre IV.

Le Code pénal suisse en face de l'Etat fondé sur le droit. Nullum crimen sine lege. La mesure de la peine. Les mesures de sûreté. L'internement administratif.

„C'est donc de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen.“ Montesquieu. *Esprit des lois*.

Les autorités suisses ont consacré 48 ans à l'élaboration du Code pénal suisse. Les travaux préparatoires demandés à M. le Prof. Stooss ont paru en 1890 et en 1892⁵⁰⁾. Le message relatif à l'unification du droit est de 1896⁵¹⁾. La révision constitutionnelle date du 13 novembre 1898. Les avant-projets portent les dates de 1893—94; 1896; 1903; 1908; 1915; 1916. Le projet soumis aux Chambres est du 23 juillet 1918⁵²⁾. Le vote final des deux conseils législatifs est du 21 décembre 1937⁵³⁾. La votation populaire est du 3 juillet 1938. C'est à cette dernière date que le peuple a accepté le code par 358,438 „oui“ contre 312,030 „non“ et par les voix de dix cantons.

Le premier projet a donc été préparé à l'époque des grandes luttes entre l'école classique et l'école positiviste.

⁵⁰⁾ Les codes pénaux suisses rangés par ordre de matière par Carl Stooss, Genève 1890. Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts. Même auteur, 1892.

⁵¹⁾ F. féd. 1896. Vol IV, p. 574.

⁵²⁾ F. féd. 1918. Vol. IV, p. 1.

⁵³⁾ Bull. stén. 1937, p. 871.

Le vote final a eu lieu à la veille de la guerre actuelle, à un moment de préoccupations réalistes et de soucis politiques graves, peu propres à favoriser les méditations sur les principes. Malgré la grande différence de climat entre l'époque des débuts et celle du couronnement des travaux, l'orientation générale⁵⁴⁾ du projet n'a pas été modifiée et la personnalité éminente de Carl Stooss, bien comprise par ses interprètes, les Zurcher, les Gautier, les Hafter, les Seiler, les Logoz, a donné au code, d'une manière générale, le caractère d'une synthèse entre les exigences juridiques de l'école classique et les apports nouveaux de la science du XIXe siècle⁵⁵⁾.

Il est intéressant de constater que dans l'opinion publique, la question la plus discutée au moment du vote populaire a été celle du fédéralisme⁵⁶⁾ et la réfutation des arguments de ceux qui voulaient conserver les compétences cantonales dans cette matière. Par contre, le problème qui fait l'objet du présent rapport, la position du code pénal en face des exigences de l'Etat fondé sur le droit n'a presque pas été débattue⁵⁷⁾. Peut-être un peu parce que

⁵⁴⁾ Prof. Mittermaier, Giessen, Entwicklung der Strafgesetzgebung seit dem Entwurf Stooss von 1893, R. P. S. 43 (1929) p. 73.

⁵⁵⁾ Voir J. Graven, De la vengeance privée à la peine conditionnelle. Leçon inaug. p. 33 (R. P. S. n° 1, 1944). L'auteur rend hommage à C. Stooss „qui a su saisir, cristalliser, coordonner et appliquer dans un système législatif, les meilleures de ces idées.“

⁵⁶⁾ Voir mon exposé au Conseil national du 21 décembre 1937 (Bull. stén. p. 871). Aux Chambres fédérales, il y a un débat général lors de l'entrée en matière. Il n'y en a pas après la discussion des articles. Lorsque celle-ci a duré dix ans, on peut regretter que les Conseils ne puissent instituer un vrai débat. Le 21 décembre 1937, l'anomalie était si évidente qu'on a cherché à y remédier en permettant à chaque groupe politique de faire une déclaration. Cette procédure étroquée n'a pas permis une réelle discussion.

⁵⁷⁾ Dans les messages, on ne trouvera sur les rapports du code avec les courants intellectuels modernes qu'une page du message de 1918 (F. féd. 1918, p. 6) intitulée „réforme du droit pénal“ d'une certaine pauvreté de pensée. Celui qui l'a écrite

le peuple suisse n'aime pas beaucoup les idées générales. Peut-être aussi parce que la volonté de faire un juste droit est si évidente et si claire chez les auteurs du code qu'on aurait paru avoir mauvaise grâce à discuter si, effectivement et objectivement, les exigences du droit étaient respectées.

Nous dirons presque un truisme si nous affirmons que la préoccupation du droit, du respect de la personne humaine, de la communauté solidaire des membres de la société apparaît, continuellement, à côté de l'oeuvre de répression pénale poursuivie par ce code.

La notion du respect de la loi apparaît, avant tout, dans l'article 1 (Nullum crimen sine lege) et dans la règle de non-rétroactivité de l'article 2.

La notion de responsabilité est concrétisée dans les articles 11, 12, 13, surtout 18—23.

La notion de prévention spéciale de la peine et la poursuite de l'amendement se voit dans les art. 37, 38 et 41.

Le souci d'humanité apparaît dans une série d'articles en faveur de l'accusé et pour la modération des peines: Art. 2 a, 2; 5; 6, dans les articles en faveur du patronage art. 40 a, 2; 41; 47; 49, 3 a, 2.

Si nous voulons aller plus loin dans notre examen et toucher à la contexture interne du code, nous devons examiner la position du législateur fédéral en face de trois problèmes fondamentaux:

1^o L'empire de la règle „Nullum crimen sine lege“.

2^o La mesure de la peine.

3^o Les mesures de sûreté.

semble croire que le code est né des recherches de l'école positiviste italienne et que c'est là son principal honneur. Il ne paraît pas comprendre que le législateur suisse a vu plus juste que les réformateurs italiens et a su rester dans un cadre d'où ceux-ci étaient sortis pour le plus grand préjudice du droit.

MM. Logoz et Seiler, par contre, dans le débat d'entrée en matière de 1928 (Bull. stén. Cons. nat. p. 4 et 12) ont très bien défini la position du code en face du problème de la peine et indiqué que la législation nouvelle n'abandonne pas le principe même de la pénalité.

Avec chacune de ces questions, nous verrons mieux dans quelle mesure le code a maintenu les règles de l'édifice classique, dans quelle mesure il a cédé ou refusé de céder à d'autres sollicitations provenant des préoccupations du positivisme moderne ou encore d'autres préoccupations plus politiques éloignées de l'idéal de l'Etat fondé sur le droit.

1^o Nullum crimen sine lege⁵⁸⁾.

Le Code pénal suisse, comme la plupart des lois cantonales antérieures, a adopté, pour ainsi dire, sans discussion, la règle générale: „Nul ne peut être puni s'il n'a commis un acte expressément réprimé par la loi“. Ce n'est pas la traduction de l'adage de Feuerbach „Nulla poena sine lege“, mais seulement celle d'une règle plus restreinte „Nullum crimen sine lege“. Le code exige que l'on ne punisse que les délits fixés par la loi. Le montant et la nature de la peine ne sont pas nécessairement connus. Le sujet sait que s'il viole une norme de droit pénal, il est délinquant. Il ne doit pas savoir d'avance la sanction. Le règne de la loi est donc diminué en face de celui qui est laissé au juge pour la fixation de la peine.

Le principe général, amendé ou non⁵⁹⁾, a sa justification originaire dans trois éléments:

1^o Le principe de la séparation des pouvoirs et la volonté du législateur de conserver son autorité contre le risque d'arbitraire du juge. C'est le motif invoqué par Montesquieu qui ne voit dans le juge que la „bouche qui prononce les paroles de la loi „et qui aboutit, s'il est poussé trop loin, à enlever au magistrat une liberté d'action né-

⁵⁸⁾ Voir Commentaires du Code pénal suisse, ad. art. 1. Germann, op. cit. R. P. S. 49 (1935) p. 271. Pfenninger, Liberalismus und Strafrecht (Festgabe Fleiner 1937) p. 268. Dr. Franz Gurtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Allg. Teil, p. 200: Etude du Dr. Schäfer du Reichsjustizministerium. C. Stooss, Codes pénaux suisses, p. 1. Mesures administratives Grundzüge p. 129.

⁵⁹⁾ Voir K. Binding, Handbuch des Strafrechts, 1885, p. 17.

cessaire à l'exercice d'une bonne justice. Nous avons déjà indiqué, au chapitre III, la nécessité d'un élargissement dans l'application de cette règle qui aboutit à une codification abstraite, casuistique, pédante et insupportable.

2^o La recherche d'une prévention générale des délits. La loi constitue une indication nette de la menace de sanctions contre un délinquant éventuel.

3^o Le souci de la sécurité juridique. Comme le dit Germann (op. cit., p. 269) la limitation de l'action pénale aux cas prévus par la loi est considérée comme l'indication qu'il s'agit d'un Etat fondé sur le droit en opposition avec l'arbitraire d'un Etat policier.

Pour nous, la règle est essentielle à l'ordre juridique. Elle est une des plus solides garanties des individus contre l'arbitraire de l'Etat et c'est avec raison que le code l'a mise en tête de ses stipulations.

Le code pénal de l'U. R. S. S. de 1926 (art. 6) contient un concept tout à fait général de délit, l'action dangereuse au point de vue social et l'on doit considérer comme telle „tout acte ou toute omission d'acte qui est dirigée contre le régime des Soviets ou lèse l'ordre juridique qui est établi par le gouvernement des ouvriers et des paysans pour l'époque de la transformation orientée vers l'ordre social communiste“. Avec une pareille stipulation, l'arme pénale n'est plus une arme purement juridique, elle devient essentiellement politique et tout citoyen est sans défense, à la merci du juge pénal.

Si l'on ajoute que les sanctions peuvent atteindre non seulement les personnes qui ont agi d'une façon antisociale „mais aussi celles qui, par leur relation avec le milieu coupable ou par leur activité antérieure, constituent un danger“, ou conçoit l'abîme vers lequel on marche avec un pareil abandon des principes de l'Etat fondé sur le droit. Le sol mouvant de cette législation fait apprécier le sol ferme sur lequel nous vivons.

Il est intéressant de constater que le IIIe Reich, malgré son mépris de l'ancien Etat libéral, n'est pas allé

aussi loin que l'U. R. S. S. et n'est pas réellement sorti des limites de la maxime générale.

La doctrine allemande (voir Binding, op. cit., p. 17 et suivantes) déjà au XIXe siècle, a longuement discuté si la règle „Nulla poena“ devait être interprétée strictement ou si l'on pouvait, malgré elle, raisonner par analogie.

La commission qui s'est réunie en 1933 pour adapter la législation pénale aux principes du régime national-socialiste a nettement marqué qu'il n'y avait pas lieu d'adopter la solution de l'article 6 du code pénal soviétique et que la sécurité juridique exigeait le maintien de la règle générale⁶⁰⁾.

„La conception soviétique ne répondrait pas au sens juridique allemand. On ne doit pas donner au juge une procuration générale de punir tous les actes qui heurtent les exigences de la communauté nationale et faire une loi qui ne cite des délits qu'à titre d'exemple et pour rendre le cas plus compréhensible. On donnerait ainsi au juge le rôle du législateur et c'est lui qui dirait ce qui est défendu et permis. On lui transférerait ainsi la tâche la plus importante de la direction politique (Politische Führung). Le juge — non plus le législateur — déciderait ainsi les questions de principe de la vie du peuple, même celles que le législateur n'aurait pas voulu décider. Cette position du juge est incompatible avec l'essence de l'autoritaire „Führerstaat“. On aboutirait à un insuccès juridique dont on ne pourrait se sauver que par le culte des décisions jurisprudentielles“.

La commission s'appuie ainsi autant sur le principe du rôle à laisser au législateur que sur le principe de la sécurité juridique pour ne pas abandonner la règle générale déjà énoncée dans le Code pénal allemand à son article 2⁶¹⁾.

⁶⁰⁾ Gurtner, op. cit. p. 200.

⁶¹⁾ „Eine Tat kann nur dann mit Strafe belegt werden, wenn sie im Gesetz ausdrücklich für strafbar erklärt war, bevor sie begangen war.“

Par contre, la commission, marquant bien son opposition à „l'expression de la pensée libérale“ d'un état fondé sur le droit du siècle passé“ (Gurtner p. 202) s'élève contre l'interdiction de toute application par analogie de la loi. Elle estime que cette méthode stricte permet au criminel russe de passer entre les mailles du filet et que le Nullum crimen sine lege a pu se révéler comme la Magna charta du criminel. Et l'on cite à l'appui de cette thèse l'exemple de l'impunité du vol de l'électricité, des délits contre les appareils téléphoniques automatiques, des délits contre les cartes postales, alors que la loi ne parlait que de lettres.

Et pour diminuer l'empire de la règle générale, il lui suffit d'invoquer les principes généraux de l'Etat national-socialiste qui lui donnent grande liberté à cet égard:

„Le droit de l'Etat libéral voulait garantir à l'individu vis-à-vis de l'Etat une sphère de liberté à l'intérieur de laquelle il pouvait se mouvoir et dont les limites légales lui étaient garanties d'une façon indubitable et visible pour chacun. Une semblable argumentation, avec la victoire du national-socialisme n'a plus d'appui et le citoyen a vu cesser les égards pour ses prétentions tandis que l'intérêt public, la communauté populaire, la conservation et le développement du tout devenaient l'objet de toute l'activité de l'Etat. Le nouvel Etat ne voit pas sa tâche dans le devoir d'entrer aussi peu que possible dans la sphère individuelle et de n'intervenir que si c'est absolument urgent. Il fait appel à l'individu et le force à bander toutes ses énergies pour le bien de l'ensemble; il s'empare de l'individu pour atteindre son but, avec toute sa personne. Un Etat avec un tel but ne peut tolérer l'abus des forces individuelles contre l'Etat. On garde le principe de la sécurité juridique, mais pas à tel point que le formulé insuffisant de la loi empêche une action pénale à laquelle le législateur n'a pas pu songer, mais qu'il aurait eu l'intention de punir. Celui qui doute si le législateur le vise ou non doit s'abstenir. S'il agit, c'est à ses risques et périls.“

Et le commissaire K. Schaefer ajoute encore: „On ne doit pas, par souci de garantir, par la sécurité juridique, la sphère de liberté de l'individu, abaisser le juge au rang d'une machine à faire des syllogismes. L'Etat nouveau a la tendance de laisser aux personnes chargées de l'exécution de la volonté d'Etat une mesure de liberté de mouvement qui leur permet de prendre, dans un sentiment de joyeuse responsabilité, les décisions convenables au but poursuivi. Le juge ne se place pas à la place du législateur, mais il a assez d'espace pour reconnaître la volonté du législateur là où il n'a pas réussi à prévoir une éventualité“.

Ces conclusions ont abouti à la loi du 28 juin 1935⁶²⁾ qui maintient le principe général, mais y ajoute la possibilité de raisonner par analogie et le droit de punir aussi par interprétation de la loi, les actions qui méritent sanc-

⁶²⁾ „Est punissable quiconque commet un acte que la loi déclare punissable ou qui, d'après l'idée fondamentale d'une loi pénale et d'après la saine appréciation du peuple, mérite d'être puni. Si aucune loi pénale n'est immédiatement applicable à cet acte, l'acte est puni d'après la loi dont l'idée fondamentale s'y applique le plus exactement“. „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient.“

Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.“

Voir sur cet objet le livre français de M. le Prof. H. Donnedieu de Vabres sur la politique criminelle des Etats autoritaires, notamment p. 93: le droit pénal national-socialiste et p. 135: le commentaire de la loi du 28 juin 1935.

Voir aussi dans la revue Deutsches Strafrecht, année 1939, p. 126, le texte de la conférence faite à Genève par le Prof. Dr. Klee, président du Sénat, le 28 janvier 1939: Das neue schweiz. S. G. B. und das Strafrecht des Dritten Reichs. L'auteur explique la nouvelle de 1935 et estime qu'elle n'a pas une influence considérable sur la jurisprudence.

(Voir encore Deutsche Juristenzeitung 1935, p. 1203 et 1936, p. 601. Articles de Hubernagel et Metzger sur cet objet.)

tion en vertu de la pensée générale d'une loi pénale donnée d'après un sain sens populaire. Nous nous trouvons, avec les commentaires, en face de théories générales qui sapent notre conception d'une communauté dont les forces essentielles sont ces personnes libres que le IIIe Reich ignore.

Mais en face du résultat législatif de 1935, nous restons étonnés. Faut-il admirer la modération du législateur qui est fidèle au principe général et reconnaître dans cette attitude une touchante survivance du vieil esprit juridique des anciens pandectistes allemands du XIXe siècle ? Ou bien, au contraire, faut-il nous inquiéter de l'avenir d'une législation qui ne reconnaît plus les bases doctrinales anciennes comme essentielles, qui ne les tolère plus que par habitude et qui ouvre, par une adjonction subtile, la porte à de dangereuses interprétations politico-jurisprudentielles ? Il ne nous appartient pas de résoudre ces questions dans le cadre de ce rapport⁶³⁾.

Pour en revenir à notre Code pénal, nous sommes persuadé, avec l'ensemble de la doctrine suisse et avec la plupart des commentateurs étrangers du nouvel article allemand, que nous avons raison de nous en tenir sans autre au „Nullum crimen sine lege“ . Sur le terrain pratique, les exemples d'impunité temporaire résultant de l'imprévoyance du législateur en face de situations techniques nouvelles (vol ou détournement d'électricité) sont facilement réparables par une activité rapide du législateur. Et ces cas assez rares ne justifient pas l'abandon du sol de

⁶³⁾ Il va sans dire aussi que ces quelques considérations sur la règle „Nulla poena sine lege“ en droit du IIIe Reich, ne touchent pas à la matière du droit pénal politique ou racial allemand ou à celle des compétences pénales du Führer données par la loi du 3 juillet 1934. Nous ne parlons ici que du droit pénal ordinaire dont les bases générales n'ont pas été modifiées, mais qui est devenu plus répressif: loi du 24 novembre 1933 introduisant la castration; loi du 4 avril 1933 contre les attentats terroristes; lois aggravant le régime pénitentiaire.

Le code pénal italien du régime fasciste est resté fidèle à la doctrine traditionnelle (C. P. I. art. 1).

la sécurité juridique si nécessaire à la société moderne. Nous nous associons aux paroles de M. le Prof. Hafter dans son discours rectoral de 1922, p. 18: „Si les luttes politiques et sociales font rage, la loi et le principe nulla poena sine lege deviennent pour le juge, à juste titre, une borne infranchissable.“

L'application de l'article 1 doit être faite d'une façon rationnelle. Elle exclut le raisonnement par recherche de règles de droit (*Rechtsfindung*) comme il est admis en droit civil. Mais elle n'exclut pas, elle commande au contraire l'interprétation de la loi, la recherche de la *ratio legis*. Si cette dernière indique une volonté réelle du législateur de punir, la peine est juste, même s'il y a équivocation dans les termes.

L'interprétation⁶⁴⁾ doit être la meilleure et le juge n'a aucune raison de choisir une interprétation douteuse parce qu'elle serait plus favorable à l'accusé.“ La loi, dit avec raison M. Germann, doit être toujours interprétée selon sa vraie signification, qu'elle soit favorable ou défavorable au délinquant. Une interprétation à sens unique conduirait à des contradictions et serait incompatible avec la fonction protectrice du droit.“

Le raisonnement par analogie n'est pas comme en droit civil, admis comme méthode de raisonnement s'il s'agit de la règle de l'article 1 C. P. S. et de la délimitation des délits. S'il s'agit, par contre, d'une autre question de droit, le juriste raisonnera par analogie conformément aux règles d'une saine logique. L'analogie n'est plus ainsi qu'un mode de recherche de la *ratio legis*.

2^o La mesure de la peine.

Si l'article 1 du C. P. S. dit „Nullum crimen sine lege“ et non pas „Nulla poena sine lege“, il faut encore

⁶⁴⁾ Voir Germann, op. cit. R. P. S. 49 (1935) p. 278 et ATF 69. IV 179 arrêt du 1^{er} octobre 1943. Procureur général de Neuchâtel c. Strautmann. Voir aussi Cour de Cassation de Genève 26. novembre 1943. Cause Mariot.

voir si la position du code dans la question de la mesure de la peine prête à critique.

Nous sommes ici bien loin des critères objectifs de Bentham (C. P. S. art. 63 à 69). Le juge fixe la peine d'après la culpabilité du délinquant⁶⁵⁾ en tenant compte des mobiles, des antécédents et de la situation personnelle de ce dernier. Le délinquant l'emporte sur le délit dans la fixation de la sanction. Le code reste fidèle à la notion de responsabilité et de faute, mais il déplace la charge de la fixation de la peine, presqu'entièrement des épaules du législateur sur celles du juge et la marge laissée par la loi au juge qui doit individualiser la peine est considérable⁶⁶⁾.

En effet:

- 1^o Pour chaque catégorie de peines, le minimum et le maximum sont très loin l'un de l'autre. La réclusion va d'un an à vingt ans. L'emprisonnement va de trois jours à trois ans, les arrêts vont d'un jour à trois mois, l'amende de 1 à 20,000 francs.
- 2^o Toutes les fois que la loi ne le dit pas expressément, le juge est libre entre le minimum et le maximum. Ces cas sont fréquents: art. 117, 125, 126, 131, 138, 146, etc. Souvent le maximum seul est fixé.
- 3^o Le juge n'est lié dans des limites plus étroites que dans les cas où la loi le dit. Le cas extrême est celui de l'art. 112 (assassinat) où la peine ne peut être que la réclusion à vie, mais l'application de cet article dépend de critères que le juge apprécie.
- 4^o Le juge peut atténuer la peine avec les normes plus basses de l'art. 65 dans le cas de l'art. 64, lorsqu'il con-

⁶⁵⁾ Voir Rev. pén. suisse 1942, 56e année, p. 21. Prof. Germann, Das Ermessen des Richters auf Grund des schweiz. St. Ges.

⁶⁶⁾ M. André Panchaud, juge au Tribunal cantonal vaudois, dans un article intitulé „L'autonomie du juge en droit pénal“, S. J. Z. 39, 1943, p. 461) a énuméré plus en détail que nous ne pouvions le faire les cas d'autonomie du juge. Voir spécialement cet article sur la question de l'autonomie du juge pour refuser le sursis. Critique de l'arrêt Tornare contre Fribourg (A. T. F. 68, IV, 71 J. d. T. 1943, p. 19).

state des circonstances atténuantes énumérées par la loi. L'article 64, malgré diverses oppositions⁶⁷⁾, a donné au juge une autre liberté vis-à-vis des circonstances atténuantes. Quoique celles-ci soient établies, le juge peut ne pas réduire la peine et maintenir le maximum.

5^o Il agrave la peine dans les cas des articles 67 et 68.

6^o Le juge a enfin, par l'article 11, la faculté d'atténuer librement la peine conformément à l'articles 66 jusqu'au minimum legal de chaque genre de peine, si, par suite d'un trouble dans sa santé mentale ou sa conscience, le délinquant, au moment d'agir, ne possédait pas pleinement la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte. A. Favre (R.P. S. 55e année, p. 318) fait remarquer, avec le commentaire de MM. Thormann et von Overbeck, l'extraordinaire liberté accordée au juge qui, dès qu'il applique l'article 11, peut atténuer librement la peine et n'est plus tenu par le minimum spécial prévu pour tel crime ou délit.

Et le juge conserve la même liberté de l'art. 66 dans les cas d'erreur de droit (art. 20), de tentative et de désistement (art. 21), de repentir actif (art. 22 a, 2), de délit impossible (art. 23), de complicité (art. 25), de légitime défense (art. 33) et d'état de nécessité (art. 34).

7^o Il peut exempter de la peine dans les cas de désistement (21 al 2), de larcin commis par détresse (138 al 2) de provocation ou de rétorsion d'une injure (177 al 2 et 3).

En face de ce système, on ne peut que souligner que le C. P. S. dit, à son art. 1, „Nullum crimen“ et non pas „Nulla poena“. Véritablement la fixation de la peine n'est presque pas l'oeuvre de la loi. Le code, dans sa partie spéciale, a remarquablement facilité la tâche du juge par une définition claire des délits, mais il lui a donné la lourde tâche de fixer la peine dans de larges limites.

L'Etat fondé sur le droit conçoit qu'on tente l'expérience de l'individualisation de la peine en faisant grande

⁶⁷⁾ Voir Logoz, Comm. ad. 64, 3 p. 277.

confiance à la magistrature. La justice pénale vaudra ce que vaudront les juges. Une époque de régression du civisme et des moeurs critiquera sans doute qu'une meilleure époque — la nôtre — ait ainsi diminué la garantie légale d'une fixation plus stricte des sanctions dans la loi. Avec de bons juges, c'est la meilleure des solutions, mais il faut alors assurer au justiciable ce bon juge que conçoit la loi. C'est un élément du problème — l'indépendance et la compétence du juge — que nous trouverons plus loin.

3^e Les mesures de sûreté personnelles.

Les mesures de sûreté personnelles⁶⁸⁾ — selon la bonne définition de M. Lavanchy — „sont des mesures coercitives qui peuvent ou doivent être prises à l'occasion d'une infraction lorsque, vis-à-vis de l'auteur, une peine semble devoir être inefficace, insuffisamment efficace ou même nuisible et que l'acte délictueux est le symptôme d'un état personnel de l'auteur, dangereux pour l'ordre juridique.

Les mesures de sûreté tendent à neutraliser ou à supprimer l'état dangereux, même en cas d'incapacité pénale. jeune âge ou troubles mentaux; elles sont ordonnées par le juge pénal, en complément ou en remplacement de la peine, dans des conditions que la loi doit prévoir d'une façon précise; leur but dépend de l'état personnel du sujet et leur durée est en principe déterminée.“

On trouve les mesures de sûreté décrites aux articles 42 et suivants du C. P. S. Nous renvoyons le lecteur à ces articles et aux commentaires du code pour connaître leurs

⁶⁸⁾ C. P. S. art. 42 et suivants et les commentaires du Code aux articles indiqués. Charles J. Lavanchy, *Les mesures de sûreté en droit pénal*. Thèse de Genève 1931. Mohamed Hedayati, *Les mesures de sûreté et la réforme moderne du droit pénal*. Thèse de Genève 1939. 2ème conférence internationale pour la codification du droit pénal à Rome en 1928. Rev. pén. vol. 41, 1928, p. 406 par Potuliki. Antoine Favre, op. cit. Rev. pén. suisse, 1941, p. 302.

modalités. Il s'agit de l'internement des délinquants d'habitude, du renvoi dans une maison d'éducation au travail, du renvoi de buveurs d'habitude dans un asile et du traitement des toxicomanes.

Pour le sujet que nous traitons ici, l'essentiel des mesures de sûreté consiste en ceci qu'elles constituent des mesures de caractère particulier, indépendantes du système de la peine, fondé sur les notions de responsabilité et de faute. Le juge prononce les mesures, non pas comme la répression d'une infraction déterminée, mais en raison de l'état dangereux du délinquant et de la nécessité de l'isoler, pour l'empêcher de nuire ou pour l'amender. Ces mesures sont préventives et non pas répressives.

Ces mesures ont-elles un caractère contraire à la notion d'un Etat fondé sur le droit ?

Quatre réponses différentes peuvent être faites à cette question :

1^o Pour l'école positiviste, la question n'est pas intéressante puisqu'elle ne reconnaît pas la notion de responsabilité et la valeur expiatoire de la peine. Pour elle, tout est défense sociale et mesure de sûreté. „La sanction, pour elle, comme le dit A. Favre (op. cit. p. 309), n'est qu'une mesure de sûreté.“

M. Germann (*Zu den Massnahmen des Strafgesetzbuchs*, R. P. S. 57, 1943, p. 32) considère que cette école remplace le „droit pénal“ par un „droit de mesures de sûreté“ et il cite comme exemple le code pénal de l'U. R. S. S. et le projet italien de code du professeur Ferri.

2^o Pour l'école classique orthodoxe, les mesures de sûreté ne se justifient pas et n'ont pas leur place dans le système pénal qui doit former un tout cohérent. Comme en général les classiques modernes voient quand même l'utilité des mesures prises sur le terrain pratique, ils éludent la difficulté en demandant que ces mesures soient prises administrativement⁶⁹⁾ sur le terrain po-

⁶⁹⁾ Birkmeyer cité par Lavanchy, p. 95.

licier. Curieux résultat qui aboutit à donner en matière d'internement sur le terrain classique, moins de garantie que sur le terrain adverse.

- 3^o Pour beaucoup, la juxtaposition des peines et des mesures de sûreté est un compromis du législateur en face des deux écoles. C'est l'opinion de Hafter en 1904. (RPS 17, p. 211). C'est aussi le point de vue du message ev. pén. suisse fédéral de 1918.
- 4^o Pour nous, nous voyons bien dans l'existence des mesures de sûreté un certain dualisme en ce sens que les peines fondées sur la responsabilité et l'expiation, régime normal du code, se distinguent par leur but, des mesures de sûreté qui poursuivent la prévention des délits contre les éléments insensibles à la peine, ou pour lesquels la peine est sans effet. Mais, derrière ce dualisme, nous voyons une unité réalisable si, précisément, l'on se laisse diriger par la conception d'un Etat fondé sur le droit.

En face de la plus grande partie des hommes, le droit recourt à la peine et lorsque la peine est purgée, l'homme est libre. Il a payé sa dette. C'est le droit pénal tel que le conçoit l'école classique, appliqué aux personnes responsables du corps social.

Mais la société ne peut pas ne pas se rendre compte de l'existence dans son sein d'éléments manifestement dangereux (art. 42 C. P. S.) ou réfractaires à l'action de la peine, et elle se voit obligée de recourir à des modes différenciés, les mesures de sûreté.

Mais en prenant ces mesures, nécessaires dans un corps social imparfait et composé d'hommes débiles, la société se rend compte qu'elle agit encore sur le terrain pénal. Elle voit qu'elle impose à celui que les mesures frappent, la souffrance, la privation de liberté que l'on retrouve dans la peine. Elle réalise que l'élément de justice ne doit pas être absent de ces mesures⁷⁰⁾.

⁷⁰⁾ Carl Stooss, Strafe und sichernde Massnahmen (R. P. S. 18, 1905, p. 6): Es gibt sichernde Massnahmen, die der Behandelte

Surtout elle réalise que le justiciable qui ne mérite pas ce traitement ne doit pas être atteint par lui plus qu'il ne serait atteint par une véritable peine et il s'agit alors de prendre toutes garanties pour que les mesures de sûreté ne frappent que ceux qui, aux termes de la loi, les doivent subir et pour qu'ensuite, dans leur exécution, ces mesures visent encore à l'amendement.

Par le fait même de leur caractère exceptionnel, les mesures de sûreté doivent être entourées des plus strictes précautions pour la garantie des droits individuels⁷¹⁾. Elles doivent d'autant plus être des mesures fondées sur la justice.

C'est à juste titre que M. Lavanchy consacre un chapitre spécial à ces garanties puisque „ces mesures peuvent porter les plus graves atteintes à la liberté personnelle des particuliers“.

Comme l'a dit M. van Hamel au Congrès de Copenhague de l'Int. Krim. Ver. en 1913 „il est ici difficile de réaliser l'harmonie entre la liberté individuelle et la protection sociale“.

wie eine Strafe empfindet und die Funktion einer Strafe ausüben.

L'histoire de l'élaboration de l'article 44 résumée par Logoz (Comm. p. 205) montre l'hésitation du législateur en face des délinquants à soumettre aux mesures de sûreté: malades ou coupables. L'A. P. 1908 prescrivait l'internement à l'asile et seulement, éventuellement, une exécution de la peine à la sortie de l'asile. La seconde commission d'experts vit dans cet article une faiblesse et prescrivit tout d'abord l'exécution de la peine, puis l'asile. Le thèse de 1908 triomphe au Conseil national; celle de 1912 aux Etats. Un compromis donne le choix au juge entre les deux solutions. C'est donc le juge qui décide dans chaque cas si le délinquant doit tout d'abord être considéré comme responsable et ensuite, comme malade. On comprend cette hésitation en face des alcooliques qui se révèlent comme des malades de la volonté, mais desquels on peut toujours penser qu'ils sont les auteurs personnels de leur état misérable.

⁷¹⁾ Comme le dit le Prof. Mittermaier (R. P. S. 43, 78) en parlant des idées de Stooss: Möglichste Vermeidung des Abstellens der Strafe auf das reine objektive Ergebnis der Tat. Ferner Herausarbeiten von Nichtstrafmassregeln und ihr möglichst entschiedenes und praktisches Zusammenpassen mit der Strafe.

Ces garanties sont les suivantes:

- I. Le législateur doit déterminer les conditions auxquelles est subordonnée la reconnaissance de l'état dangereux. Le juge est tenu par la loi. „Nullum crimen sine lege“ trouve ici son application analogique.
- II. Il n'y a pas de mesures de sûreté sans un premier délit.
- III. Le juge et non pas l'autorité administrative décrète les mesures de sûreté.

Le C. P. S. a stipulé ces trois conditions. Il est même allé plus loin, pour l'internement, avec l'article 42, qui ne prévoit pas la mesure pour le délinquant primaire, mais seulement après de nombreux délits.

C'est à juste titre que le C. P. S. n'a pas adopté le système mixte allemand de la „Zulässigkeitserklärung“ où le juge autorise l'administration à prendre des mesures de sûreté, mais n'en fixe pas les modalités. L'autorité de police reçoit alors un pouvoir discrétionnaire sur les délinquants dont elle peut abuser, ou, au contraire, ne pas faire usage.

En droit fédéral suisse „l'autorité compétente exécutive qui peut être administrative n'agit que dans un cadre restreint avec des limites de temps ou, avant tout, pour les mesures de libération.

Le régime du C. P. S. assure donc la sécurité juridique que l'on peut souhaiter. Cela veut-il dire que le droit, en Suisse, dans cette manière, soit tout à fait satisfaisant? Nous ne le croyons pas, car, à côté du droit fédéral, un droit cantonal relatif à l'internement administratif est encore possible et ce droit ne contient pas nécessairement les garanties si sérieusement spécifiées par le droit nouveau.

Aujourd'hui, on considère que les mesures de sûreté du C. P. S. applicables seulement à certains délinquants, ne portent pas atteinte au droit des cantons de légiférer pour interner des individus dégradés par le vagabondage, l'ivrognerie ou la paresse, mais qui n'ont pas commis de

délit, ou certains détenus libérés⁷²⁾). Le Tribunal fédéral (A. T. F. XI, 1885, p. 28; 53, 1927 I, p. 107) a déclaré constitutionnel l'internement administratif, spécifiant seulement que l'article 4 de la Constitution garantit aux parties les droits indispensables à leur défense, même en matière administrative, dès que les droits personnels du citoyen sont en cause.

Cette jurisprudence a été encore confirmée, depuis le vote définitif du Code pénal, par un arrêt du 10 mai 1940 (Caillet c. Vaud) et par un arrêt plus récent du 15 octobre 1943 (A.T.F. 69 IV 183, J. d. T. 1943 IV 121). L'internement administratif existe dans les cantons d'Appenzell Rhodes ext., Argovie, Bâle-ville, Berne, Fribourg, Schwyz, St-Gall, Soleure, Valais et Zoug. Le canton de Vaud enfin, a voté, le 8 décembre 1941, une loi particulièrement énergique qui stipule à son article 1 :

- „Toute personne âgée de plus de dix-huit ans qui:
- a) s'adonne habituellement à la prostitution ou au racolage,
ou
- b) tire habituellement tout ou partie de ses moyens d'existence de l'inconduite d'autrui,
ou
- c) trouve dans le jeu interdit par les lois spéciales une partie appréciable de ses moyens d'existence,
ou
- d) compromet par son inconduite ou sa fainéantise la sécurité ou la santé d'autrui,
ou
- e) a subi plusieurs peines privatives de liberté pour crimes ou délits et témoigne d'un penchant marqué à la criminalité, à l'inconduite ou à la fainéantise, peut être internée administrativement.

⁷²⁾ Voir Logoz, Comm. p. 197. Voir (Canton de Vaud) exposé des motifs et projet de loi sur l'internement du 24 octobre 1941, p. 12.

La durée de l'internement est limitée à cinq ans. Toutefois, elle peut être indéterminée pour les personnes visées sous lettre e) ci-dessus."

L'exposé des motifs est à lire en entier. Il relate les expériences faites avant la loi, par un texte semblable voté par le Conseil d'Etat en vertu de ses pleins pouvoirs. On constate les bons effets d'un internement qui a nettoyé les villes vaudoises des prostituées, des souteneurs, de toute la „pègre“ des bas-fonds. Le résultat moral, décrit sur plusieurs pages, est magnifique. La décision d'internement est prise par la commission cantonale d'internement administratif nommée par le Conseil d'Etat. L'instance de recours est le Conseil d'Etat.

Ainsi donc, sans les garanties d'un premier délit, ni celles de l'intervention de la justice, l'autorité exécutive peut enlever la liberté à une personne et celle-ci n'a pas d'autre recours que la voie ultime du recours de droit public au Tribunal fédéral.

Nous ne doutons pas un instant de la haute conscience de la commission vaudoise et de l'autorité exécutive. Nous nous demandons cependant si l'on n'est pas tombé dans une situation juridique erronée.

Les cantons, en vertu de leur compétence de droit public, agissent par l'internement à l'égard des malades que leur maladie rend irresponsables et dangereux, c'est là le domaine normal du traitement des aliénés et nous n'avons rien à dire si ce n'est à émettre le voeu que chaque canton possède une loi de prophylaxie mentale qui évite toute mesure arbitraire et permette tous les contrôles exigés dans ce domaine.

Mais, est-il admissible qu'à côté des mesures de sûreté du C. P. S. que l'on se plaît à entourer de toutes les garanties souhaitables (délinquance effective, contrôle judiciaire) on laisse coexister des mesures de sûreté qui ne connaissent pas les exigences de la loi et cela pour la raison qu'il s'agit de mesures qui, d'une part, ne seraient pas

pénales parce que préventives et, d'autre part, ne seraient pas pénales parce qu'elles ne seraient pas judiciaires ?

Il ne faut pas jouer sur les mots et reconnaître que la loi vaudoise du 8 décembre 1941 et les lois analogues prennent des mesures de répression dans un domaine qui est celui de délinquants visés par le code pénal (racolage, exploitation de la femme, etc.) et que ces mesures sont des mesures de sûreté. Il y a un contraste frappant, d'une part, entre la jurisprudence du Tribunal fédéral dans certains arrêts qui exigent une application restrictive des mesures de sûreté et une limitation du pouvoir pénal des cantons et, d'autre part, sa jurisprudence large pour des mesures préventives qui ressemblent comme des soeurs aux mesures de sûreté du code. Dans l'arrêt Horvath (A. T. F. 69 IV 99) pour motiver le renvoi dans une maison d'internement, il ne faut pas seulement avoir commis de nombreux crimes ou délits, mais avoir déjà subi de nombreuses peines privatives de liberté. Trois peines de cette nature ne suffisent pas, car l'art. 42 C. P. S. exige des peines „nombreuses“. Dans l'arrêt Clavel c. Vaud (A. T. F. 69 IV 4), les cantons ne peuvent, en vertu de l'art. 335 al. 1 du C. P. S. stipuler que des peines attachées, de par le droit fédéral, aux contraventions, c'est-à-dire des arrêts ou de l'amende. Le terme de contravention ne peut pas être pris dans le sens large d'infraction comme l'avait fait le magistrat vaudois. Mais ces mêmes cantons, bridés dans l'interprétation de l'art. 42⁷³⁾, c'est-à-dire du code lui-même, et incomptents pour prescrire pour les délits de leur compétence une autre peine que les arrêts et l'amende, ont toute liberté pour emprisonner sans jugement, à titre administratif, les mêmes personnes. Le Tribunal fédéral, qui cassera un jugement de 15 jours d'emprisonnement contre un vagabond, ne s'occupera pas de l'envoi

⁷³⁾ Voir une nouvelle preuve de la rigueur du Trib. féd. pour les mesures de sûreté du C. P. S. dans l'arrêt Glauser c. Vaud (A. T. F. 70, vol. 1944, p. 4).

simultané de la même personne, pour cinq ans, dans une prison, à titre d'internement administratif.

De *lege lata*, il nous paraît souhaitable que le Tribunal fédéral revoie sa jurisprudence et dise, d'un côté, si le législateur cantonal n'a pas légiféré sur un domaine qui appartient au droit fédéral, d'un autre côté si l'article 4 de la Constitution fédérale n'exigerait pas au moins une procédure de recours qui soit de caractère judiciaire. Cette jurisprudence serait une innovation assez hardie, mais elle serait dans l'esprit de l'article 4 et assurerait une véritable sécurité juridique⁷⁴⁾.

Une autorité exécutive paternelle, comme un Conseil d'Etat cantonal, peut longtemps faire une excellente application d'une loi d'internement administratif, mais est-il normal que le pouvoir politique soit l'instance de recours et qu'il n'y ait aucune intervention du juge dans un domaine où l'on peut faire disparaître un citoyen pour cinq ans et même pour la vie.

La porte est ouverte à de graves abus sitôt que l'autorité politique apporte dans l'application de la loi un peu de passion ou d'esprit partisan. C'est le cas de rappeler le mot de Montesquieu: „Au conseil, on prend les affaires avec une certaine passion. Il faut, au contraire, des tribunaux de judicature, de sang-froid...“⁷⁵⁾.

De *lege ferenda*, il nous paraît que toute cette matière où l'on aboutit à des contradictions flagrantes et à une réelle insécurité juridique, doit être reprise à nouveau en se plaçant sur le plan d'une distinction plus nette des compétences fédérales et cantonales⁷⁶⁾.

⁷⁴⁾ La loi constitutionnelle genevoise du 23 avril 1849 encore en vigueur stipule que nul ne peut être privé de sa liberté qu'en vertu d'un jugement rendu par un tribunal compétent. C'est à cause de cette loi qu'à Genève, l'internement des buveurs ayant délit est confié à la Chambre des tutelles, c'est-à-dire à une instance judiciaire et non administrative.

⁷⁵⁾ *Esprit des lois*, livre 6, chap. 2, p. 78.

⁷⁶⁾ Nous nous trouvons ici devant une des questions difficiles que pose notre Etat fédératif. L'unification du droit pénal n'a

Nous sommes trop fédéraliste, trop respectueux de la souveraineté cantonale pour vouloir enlever aux cantons leur compétence pour prendre des mesures qui ont évidemment un caractère préventif aussi contre le crime, par ex. les mesures contre les aliénés, les fous violents, voire même les alcooliques dangereux. Sous réserve des garanties de l'article 4 de la Constitution fédérale, le canton garde ici ses compétences anciennes, parce qu'il est souverain en matière de soins aux malades et aussi souverain pour les mesures de police ordinaires.

Par contre, est-il admissible qu'un canton puisse prendre des mesures de sûreté de droit pénal pour des délits qui sont dans le C. P. S.: le proxénétisme de l'art. 198, la favorisation de la débauche de l'art. 200 et de l'art. 201, „les sollicitations déshonnêtes“ de l'article 205, le racolage de l'article 206 ?

On justifie l'internement administratif en disant que l'internement des personnes dangereuses pour la société est „une mesure d'ordre purement administratif qui n'a nullement le caractère d'une peine“ (voir rapp. déjà cité de Vaud, p. 15). Cela nous paraît discutable. L'internement pour une longue durée n'est pas une peine en ce sens que c'est une mesure qui ne répond pas à la définition de

heureusement pas supprimé la souveraineté cantonale en matière de droit public dans le domaine de l'organisation judiciaire, de la procédure et de l'action de la police. Il ne faudrait pas cependant que les cantons, en vertu de ces compétences, en arrivent à nous faire perdre les avantages que procure le code sur le plan des garanties juridiques données à la personne humaine et qu'en fin de compte, par la voie administrative, on échappe au système cohérent du code. M. William Rappard a signalé des cas où fédéralisme et libéralisme ne sont pas, comme d'habitude, du même côté, contre le centralisme autoritaire. Si les cantons vont trop loin dans le sens que nous critiquons, ils conduiront les défenseurs du droit de la personne à rechercher dans le droit fédéral un appui contre le droit cantonal. (Voir William Rappard, Les fondements constitutionnels de la politique économique suisse. Redressement national, Zürich 1942, p. 6 et suivantes.)

la peine⁷⁷⁾ fondée sur la responsabilité, mais c'est une mesure étroitement parente qui, comme la peine, constitue une souffrance imposée et surtout, comme la peine, entraîne la perte de la liberté du sujet et pose la question redoutable du danger de voir une autre personne qu'un juge, de voir le pouvoir policier maître de décider de cette liberté essentielle.

Les mesures cantonales ici mises en discussion agissent parallèlement au code sans aucune des garanties accordées par le code. Il est difficile de ne pas voir jusqu'où l'on peut aller si les cantons peuvent ajouter, par cette voie administrative, au code ordinaire, tous les internements imaginables. C'est le cas de dire ici: „Principiis obsta“, car si l'on abandonne le terrain des garanties judiciaires, si l'on n'entoure pas les mesures de sûreté de restrictions, on sort peu à peu du cadre d'un droit pénal qui assure la sécurité juridique et écarte l'injustice pour s'aventurer dans un domaine où, peu à peu, les autorités de police deviendront toutes puissantes. Pour obtenir quelques mesures efficaces contre un certain nombre d'indésirables, on tombera dans un régime policier⁷⁸⁾ qui coûtera fort cher à la société où rien n'est plus précieux que la „liberty of subject“, ce sentiment du citoyen qu'il ne sera pas atteint sans garantie de droit, dans les droits essentiels et sacrés de sa personne.

⁷⁷⁾ La question des rapports de la peine et des mesures de sûreté a été encore discutée au Congrès de Berlin, 1935, de l'Union interne de droit pénal. Les 15 rapporteurs (R. P. S. vol. 49, 1935, p. 415) ont tous admis que, malgré la distinction de principe des deux notions, il y avait pratiquement une fonction de sécurité dans la peine tandis que la mesure de sûreté était ressentie comme une peine par l'intéressé.

⁷⁸⁾ Voir A. Krafft, Totalitarisme juridique. Suisse contemporaine. Juillet 1943, et même auteur R. P. S. 1940, vol. 54, p. 38: Une révolution législative dans le canton de Vaud. Voir la réponse de M. Maurice Veillard, même vol. p. 165. L'auteur, comme le Conseil d'Etat, fait valoir les bons résultats immédiats de la législation vaudoise mais il n'aborde pas la question de principe de la sauvegarde de la liberté individuelle par l'intervention d'un juge.

A la lecture de mes réserves à l'égard de l'internement administratif sans délinquance et, en dehors du cadre du C. P. S. quelques lecteurs, et notamment mon ami M. F. Naville, professeur de médecine légale à l'Université de Genève, diront sans doute: „Tout cela est bel et bon, mais pourquoi renoncez-vous à cette prévention possible du crime qui vaut mieux que la pénalité? Ne peut-on pas, comme en médecine, faire passer les méthodes préventives avant les mesures de réparation consécutives au mal?“

Nous répondrons sur un terrain qui nous paraît solide:

La prévention est, pour nous comme pour vous, essentielle à la lutte contre le crime; mais nous croyons que la Confédération et les cantons l'exercent déjà par des mesures variées et qu'ils peuvent amplifier leur action encore plus qu'aujourd'hui sans par là, donner aux autorités de police un pouvoir discrétionnaire abusif.

Nous ne citons pour mémoire que les actions suivantes⁷⁹⁾:

1^o Les mesures préventives prises par le C. P. S. lui-même.

Patronage (art. 47). Mesures à l'égard de celui qui menace de commettre un délit: cautionnement préventif (art. 57); confiscation d'objets dangereux (art. 58); menace grave alarmant ou effrayant une autre personne (art. 180), Casier judiciaire (art. 62, 359 à 364).

2^o Les lois de contrôle psychiatrique et le pouvoir d'intervention contre les aliénés qui menacent la sécurité de leurs proches ou du public⁸⁰⁾. Examen des personnes emprisonnées prévenues au point de vue psychiatrique.

⁷⁹⁾ Voir sur cet objet: Zum Ausbau der Verbrechensbekämpfung. Amtsstatthalter Dr. K. Zbinden, R. P. S. 1943, Fascicule 4. M. Zbinden indique le travail que pourra faire la Société criminale suisse fondée en 1942. Il propose la création d'un institut central pour la lutte contre le crime. La société suisse de droit pénal a créé une commission pour étudier la réalisation de diverses mesures préventives.

⁸⁰⁾ R. P. S., vol. 52, 1938, p. 357. Dr. Paul Garnier, L'internement des psychopathes criminels.

- 3^o Mesures de police à l'égard du port d'armes (ex. loi vaudoise sur cet objet). Retrait du permis de conduire à l'égard de ceux qui risquent de commettre des délits de la circulation par négligence grave.
- 4^o Mesures de retrait d'établissement à l'égard d'indigents dans les grandes villes et rapatriement à la campagne dans le milieu naturel en vertu de l'art. 45 de la Constitution fédérale.
- 5^o Mesures à l'égard de l'enfance. Retrait de la puissance paternelle. Intervention des activités de tutelle et de protection de l'enfance. Surveillance des enfants soumis à la scolarité. Compétence des services de protection de mineurs pour réprimande, arrêts scolaires, éducation de l'enfant sous surveillance. (Ex. loi genevoise du 7 décembre 1940 sur la Chambre pénale de l'enfance.) Maison d'éducation pour enfants difficiles.
- 6^o Mesures analogues pour les adolescents.
- 7^o Mesures d'ordre social pour éviter la fainéantise et ses suites: lois sur l'apprentissage, lois sur le chômage, allocations familiales, bourses d'apprentissage.
- 8^o Mesures du code civil relatives à la responsabilité civile, à la puissance paternelle, à la tutelle des interdits.

Enfin, d'une manière générale, toutes les mesures de police pour dépister la préparation des délits.

Etudier ces mesures dans les divers cantons, montrer comment elles pourraient être développées dans le sens de la prévention pénale, constituerait une étude qui sort du cadre de notre travail.

Notre énumération nous permet seulement de dire à quel point la lutte contre le crime n'est pas seulement une tâche de la justice pénale, mais celle de tous les organes de la société qui peuvent, par des moyens divers, et toujours à perfectionner, éléver le niveau moral de ceux qui ont un penchant à la délinquance.

Cette lutte est à poursuivre incessamment mais elle ne doit pas enlever à la communauté solidaire l'élément de protection qu'elle doit aux volontés libres de ses membres.

Si l'on remonte à la célèbre image de Bastiat: „Ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas“, il faut savoir ne pas voir exclusivement les indésirables emmenés en prison par la police, mais voir aussi combien peut être grand l'ébranlement de la sécurité individuelle dans un pays où le pouvoir exécutif peut arrêter et interner sans contrôle judiciaire.

La rédaction de ce chapitre nous a obligé à nous refaire, à tête reposée, une image d'ensemble de ce code que nous avons combattu en 1937 et en 1938, non pas pour des raisons intrinsèques, mais par souci de conservation des pouvoirs législatifs des cantons en matière pénale.

En terminant cet examen, nous ne pouvons pas ne pas rendre hommage à cette oeuvre claire et inspirée par la bonne foi. Elle est profondément humaine, elle respecte la dignité de la personne, elle s'efforce de défendre la société dans la justice. L'extraordinaire confiance qu'elle témoigne à la magistrature qui est, avec ce code, libre d'être sévère, libre d'être généreuse, pose évidemment une question. Mais nous sommes sûr que le juge suisse saura toujours y répondre par son souci de justice ferme et équitable.

Chapitre V.

L'Etat fondé sur le droit. L'organisation judiciaire et la procédure pénale.

„Ungerechtigkeit schwächt die Wirksamkeit der Strafe noch mehr als übertriebene Milde.“
Prof. O. A. Germann.

Une étude complète de notre sujet comporterait encore l'examen approfondi de deux problèmes importants, celui de l'organisation judiciaire et celui de la procédure pénale en face des exigences de l'Etat fondé sur le droit. Etant donné les compétences cantonales en ces matières et la

diversité infinie des solutions de droit positif, seul un spécialiste pourrait faire un tableau complet et cohérent de notre droit suisse, de ses mérites et de ses lacunes.

Pour nous, nous ne pouvons, dans la logique du travail déjà fait, qu'indiquer quelques grandes lignes, et les exigences majeures de l'Etat fondé sur le droit, dans ces domaines. Qu'il s'agisse de l'efficacité de la lutte contre le crime ou du besoin de garanties contre les abus possibles de l'arme pénale, les questions d'organisation et de procédure sont d'une importance primordiale. On a pu faire souvent de la bonne justice avec de mauvaises lois pénales. Il est difficile d'assurer une bonne sécurité juridique avec des vices profonds d'organisation judiciaire et de procédure et l'on doit se féliciter de voir que la Confédération et plusieurs grands cantons ont maintenant des lois de procédure récemment mises en vigueur après des études au cours desquelles on a cherché à donner au justiciable les garanties compatibles avec un bon exercice de la justice⁸¹⁾. D'autre part, à l'occasion de l'élaboration des lois d'application du nouveau code les cantons ont fait subir aux lois pénales ressortant de leur compétence souvent une toilette fort utile⁸²⁾.

Lorsqu'on étudie les exigences d'une ferme poursuite pénale et celles des garanties à donner au justiciable⁸³⁾, on constate qu'il n'y a pas nécessairement opposition entre celles-ci et celles-là. Il ne s'agit pas de choisir entre une justice forte et une justice faible. Tous souhaitent une justice efficace. Il faut que la justice forte frappe juste et

⁸¹⁾ Zurich. Strafprozessordnung du 4 mai 1919, revisée le 7 mai 1935. Code de proc. pén. du canton de Berne du 20 mai 1928. Bâle. Strafprozessordnung du 15 octobre 1931. Loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934.

⁸²⁾ Voir par exemple lois genevoises de procédure pénale du 7 décembre 1940, d'organisation judiciaire du 22 novembre 1941. Loi pénale du 20 septembre 1941.

⁸³⁾ Germann, Rev. pén. suisse, 49, 1935, p. 292.

non pas à côté. Beaucoup de garanties données au justiciable — l'indépendance du magistrat instructeur, la comparution rapide en cas d'inculpation, l'instruction contradictoire, le contrôle d'une chambre d'accusation — sont rarement une entrave au bon travail de la justice et les décisions finales seront d'autant plus respectées qu'on aura plus le sentiment de leur absolue impartialité.

Les abus des garanties légales viennent en général plus de moeurs judiciaires erronées que des garanties elles-mêmes. Lorsque M. le Ministre Cruppi, dans son livre célèbre sur la Cour d'assises a signalé la partialité de l'interrogatoire du président, lorsque l'on se scandalise du rôle trop spectaculaire des grands maîtres parisiens aux assises de la Seine, la critique porte plus sur des pratiques politico-judiciaires vicieuses que sur la rédaction des lois. Il nous souvient toujours de l'émotion ressentie par M. Cruppi lorsqu'il suivit, trente ans après la publication de son livre, pendant deux ou trois jours à Genève une session d'assises présidée par le regretté juge Charles Rehfous. „Voici le rêve de mon livre réalisé“ s'écria-t-il en sortant du prétoire. Ses cheveux blancs avaient enfin rencontré un juge dont le seul souci était l'impartialité absolue. Les différences des lois françaises et genevoises n'étaient pourtant pas si considérables, mais la conception du rôle du juge était autre.

Devant l'étendue du sujet, nous voulons surtout relever quelques problèmes posés pendant l'instruction, c'est-à-dire cette période où il est si difficile de faire oeuvre de bonne justice sans tomber dans les abus policiers et si difficile de donner des garanties sans compliquer la tâche de ceux qui doivent agir avec rapidité et fermeté.

Au cours de notre exposé, nous sommes pleinement conscient des diversités régionales et du fait que, dans des régions de population peu dense, dans des vallées de haute montagne, il n'est pas possible de créer des organismes judiciaires où chaque fonction est différenciée, et où toutes les incompatibilités souhaitables ne peuvent être réalisées.

I. Indépendance de la magistrature judiciaire.

Cette indépendance est tout d'abord à considérer vis-à-vis des autres pouvoirs de l'Etat, le législatif et l'exécutif. Elle comporte la séparation des fonctions, celle des organes, celle des personnes. Elle existe en fait dans le pouvoir fédéral par les modalités même de l'organisation judiciaire⁸⁴⁾. Elle existe en droit dans diverses constitutions cantonales qui en proclament le principe⁸⁵⁾.

L'indépendance vis-à-vis du monde politique peut être plus ou moins grande suivant le mode de nomination. Beaucoup de cantons confient celle-ci au peuple; d'autres cantons et la Confédération, au pouvoir législatif. Seul, le canton de Fribourg connaît le choix du juge par le Conseil d'Etat et le Tribunal supérieur. Vaud fait désigner les juges subalternes par le Tribunal cantonal et donne ainsi le maximum de garanties.

Une juste rémunération, un régime de retraites équitables assurent aussi l'indépendance du magistrat. Genève assure d'une façon particulièrement louable l'indépendance de la magistrature en faisant du Procureur général un magistrat indépendant du Conseil d'Etat et chef du pouvoir judiciaire.

Sur le terrain fédéral et dans d'autres cantons, on considère que le représentant de la société est le représentant de l'exécutif et le procureur général est un fonctionnaire de l'Etat nommé par l'exécutif⁸⁶⁾. Ailleurs, même nommé par le Grand Conseil, il est sous la surveillance du Conseil d'Etat⁸⁷⁾.

L'indépendance de la magistrature peut aussi être considérée au point de vue interne. Le juge est-il libre vis-à-vis de la société et de la défense⁸⁸⁾?

⁸⁴⁾ Voir Votum de M. le Prof. Nawiasky, Discussion de Fribourg. Soc. suisse des juristes 1943, p. 653a.

⁸⁵⁾ Constitution genevoise, art. 94.

⁸⁶⁾ Zurich. G. V. G. art. 106.

⁸⁷⁾ Bâle-ville. G. O. G. art. 46—53. Berne, O. J. art. 84 et ss. régime mixte de dépendance du judiciaire et de l'exécutif.

⁸⁸⁾ Pfenninger, Liberalismus und Strafrecht, p. 267.

La question se pose d'abord pour le juge d'instruction qui instruit, par exemple à Genève, d'une façon absolument indépendante du Procureur général, tandis que dans d'autres cantons, l'instruction est, pour toute une catégorie d'affaires, confiée au procureur général⁸⁹⁾. Elle se pose ensuite pour le juge du procès qui doit être indépendant de toute charge d'accusation et de défense. Cette garantie est la plus importante et est assurée partout en Suisse. Elle doit être assurée, non seulement légalement, mais aussi psychologiquement par une attitude de l'opinion publique compréhensive de cette impartialité et qui ne doit pas attendre du juge qu'il tienne à honneur d'arriver à une condamnation⁹⁰⁾.

II. Arrestation et premier interrogatoire.

La loi doit donner la garantie que, hors flagrant délit, il n'y a pas de droit à l'arrestation en dehors des personnes qui exercent des fonctions déterminées.

La personne arrêtée doit être conduite sans délai devant un magistrat. Ce magistrat procédera à un interrogatoire et confirmera ou ne confirmera pas le mandat. Le mandat doit être motivé⁹¹⁾.

III. L'information contradictoire.

L'information doit mettre sur le même pied l'accusateur et l'accusé. L'accusé doit assister à l'audition des témoins et des experts et pouvoir leur poser des questions pertinentes⁹²⁾.

⁸⁹⁾ Zurich, S. P. O., art. 25.

⁹⁰⁾ Voir Pfenniger, op. cit. p. 268.

⁹¹⁾ Zurich, S. P. O. 55, 56, 63, 64, 65, 66, 49. Bâle-ville, S. P. O. 120, 62, 53, 55, 61. Berne, Proc. pén. 56, 82, 118, 119, 105, 106, 108, 109, 111, 112. Genève, Proc. pén. 91, 92, 97, 103, 59, 104, 105, 106, 107.

⁹²⁾ Zurich, S. P. O. 14, 15, 17, 18. Bâle-ville, S. P. O. 138, 128, 129, 130. Berne, Solution négative, Proc. pén. 93. Genève, Proc. pén. 64, 65.

Si des considérations d'ordre majeur obligent à procéder à une instruction secrète, le cas est soumis, si cette mesure doit durer plus de huit jours, à la Chambre d'accusation. (Genève, P. pén. 70, 152—155.) (Voir pour l'instruction préparatoire, IV, ci-dessous.)

IV. Droits de la défense.

Pour assurer la défense du prévenu, la loi doit prévoir le droit de chacun à avoir un avocat, et déterminer les cas où un défenseur d'office doit être désigné à celui qui n'a pas d'avocat ou qui n'a pas les moyens d'en réclamer un⁹³⁾ (infirme, procédure pour crime ou délit graves). Une grande différence existe dans le rôle du défenseur suivant la conception de la loi en face de l'instruction. A Genève, (Proc. pén. 64) l'instruction est, en général, contradictoire dès le début; le défenseur y est associé, au même titre que le procureur général, l'accusation et la défense étant sur pied d'égalité. A Zurich, le défenseur est admis dès le début, mais il se trouve en face d'un juge d'instruction qui est le procureur général.

Avec la procédure pénale fédérale et celle de plusieurs autres cantons la phase de l'instruction se déroule en dehors de l'inculpé et de son défenseur et ce n'est qu'à la fin de cette instruction que la loi fédérale nomme préparatoire, que l'inculpé a connaissance du dossier, peut demander un complément d'enquête ou prendre position en face d'une ordonnance de renvoi. Lorsque le cas est difficile et la procédure longue, les droits du prévenu sont singulièrement diminués. Il ne peut pas livrer, témoin par témoin, la lutte pour la démonstration des faits qu'il entend établir et ce n'est souvent pas au moment du débat public qu'il pourra se rattraper. Bien souvent, l'opinion publique a l'impression que l'affaire se perpétue à l'instruction, tandis que l'on maintient le prévenu incarcéré et impuissant.

⁹³⁾ Zurich, S. P. O. art. 11, 12. Bâle-ville, S. P. O. 128 et ss. Berne, Proc. pén. 40 et ss., 93, 96. Genève, Proc. pén. 61 et ss., Proc. pén. féd. 35 et ss., 108, 116.

C'est là un des domaines où la société aurait tout intérêt à l'adoption des solutions les plus conformes à la conception classique de l'égalité des droits de la défense et de l'accusation. Ceci est vrai surtout dans le domaine de la justice fédérale et des délits qui touchent à la politique.

V. Garantie de la Chambre d'accusation.

Une des meilleures garanties de bonne justice est dans l'existence d'une chambre impartiale — en général nommée chambre d'accusation — qui peut être appelée à juger sur recours de la façon dont l'instruction est conduite et qui en fin de compte, prononce le renvoi devant le juge du fond, ordonne une nouvelle instruction, ou dit non-lieu.

Cette garantie est cependant accordée avec plus ou moins de libéralité suivant les lois de procédure. Ici la chambre d'accusation n'agit que dans les affaires criminelles⁹⁴⁾. Là elle agit aussi en matière correctionnelle⁹⁴⁾. Ici la procédure est à huis clos⁹⁵⁾. Là elle est publique ou en tous cas en présence de l'accusé. (Zurich et Genève.) Nous considérons qu'une procédure publique contradictoire et rapide est un grand élément de sécurité pour l'opinion. L'expérience d'une chambre d'accusation qui se réunit en audience publique, régulièrement, plusieurs fois par semaine, pour élucider rapidement les questions de mandat, de caution, de renvoi et de non-lieu est certainement heureuse et concluante.

Comme nous l'avons dit plus haut, nous ne traiterons pas ici les vastes problèmes de procédure et d'organisation judiciaire posés par les tribunaux de répression, qu'ils soient compétents pour les contraventions, les délits ou les crimes.

La Société suisse des juristes les a longuement traités en 1931 avec les rapports de MM. Franz Stämpfli et Albert Rais sur l'avant-projet de loi de procédure pénale fédé-

⁹⁴⁾ Berne, Proc. pén. 184, 192. Genève, Proc. pén. 179.

⁹⁵⁾ Loi proc. pén. féd. 125, Berne, Proc. pén. 194.

rale⁹⁶⁾. Nous nous contenterons de dire combien une expérience séculaire montre que le peuple suisse n'est satisfait de la justice que si celle-ci est exercée par des hommes qu'il considère comme ses pairs. Les juges de carrière doivent diriger les débats; ils doivent avoir un rôle prépondérant et assister aux délibérations du jury si celui-ci subsiste.

Mais ce n'est qu'avec prudence que, pour obtenir plus de compétence, on doit toucher aux institutions qui placent à côté du magistrat des échevins ou mieux encore des jurés, lien nécessaire entre le peuple et ses magistrats⁹⁷⁾.

Chapitre VI.

Conclusions.

Nous arrivons ainsi au bout de ce rapport, trop court et superficiel si l'on songe aux problèmes posés, trop long si l'on pense à la brièveté du temps de nos séances de discussion.

Nous aurions voulu traiter encore la question du droit pénal mis en vigueur depuis le début de la guerre par le Conseil fédéral en vertu de ses pouvoirs extraordinaires⁹⁸⁾.

⁹⁶⁾ Z. S. R. 1931, 1a et ss.

⁹⁷⁾ Voir „le jury et les tribunaux d'échevins en Suisse“, par Jean Graven. Schwur- und Schöffengericht in der Schweiz, par Dr. Pfenninger. Assemblée de la société suisse des juristes 1938. Z. S. R. 1a et 697a. La défense du jury par le professeur Pfenninger mérite d'être longuement méditée. Voir du même auteur, R. P. S., vol. 43, 1930, p. 295. Gedanken zum Schwurgerichtsproblem.

Lire aussi les trois articles du juge fédéral E. Picot dans R. P. S. 1889, p. 344, 1890, p. 441, 1893, p. 62.

Voir aussi: De la démocratie en Amérique par A. de Tocqueville. Tome II, p. 182. Ed. 1888. Du jury aux Etats-Unis considéré comme institution politique.

⁹⁸⁾ Voir M. Feldmann, cons. nat., Schweiz. Monatshefte, 23e année, II, p. 597. „Grenzen der Freiheit“ et pour la période

Nous y avons renoncé, car le sujet constitue un tout pour lequel il aurait fallu discuter des délits politiques, des délits militaires, des contraventions en matière d'économie de guerre et nous aurions été entraînés trop loin.

C'est un sujet que la Société suisse des juristes pourrait mettre à son ordre du jour d'une prochaine session.

Nous résumons ici, pour l'intelligence de notre rapport, les thèses que nous avons mises en relief:

- 1^o L'Etat fondé sur le droit (*Rechtsstaat*), ne doit pas être défini par des critères constitutionnels purement formels. C'est l'Etat qui, reconnaissant la valeur et la dignité de la personne humaine, cherche les formes propres à soutenir la société considérée comme une communauté solidaire de volontés libres. C'est l'Etat qui cherche son équilibre dans la recherche d'un juste droit.
- 2^o L'Etat fondé sur le droit exige que le droit pénal, en luttant contre le crime et en défendant la société, recherche la justice et se préoccupe de la garantie des droits individuels contre l'arbitraire et la force.
- 3^o Un Etat fort est mieux assuré qu'un Etat faible pour accorder largement cette garantie.
- 4^o Au XVIII^e siècle, l'humanité est devenue pleinement consciente des exigences de l'Etat fondé sur le droit vis-à-vis du droit pénal et le plus brillant effort a été fait pour discerner des normes de justice en cette matière.
- 5^o Les écoles anthropologiques et sociologiques du XIX^e siècle, malgré leurs erreurs, résultat d'une conception déterministe et matérialiste de l'homme, ont obligé la

d'avant-guerre: même revue, 23, 8, p. 415. Charles Barde, juge à la Cour de Genève. Fiches juridiques n° 688. Economie de guerre. Org. jud. et proc. publ. Eugène Péquignot, Sec. gén. du Dép. féd. éc. publique 1942. Poursuite et jugement des infractions aux prescriptions de l'économie de guerre. Dr. Duft, Reform - Notwendigkeiten im kriegswirtschaftlichen Strafrecht, St. Gall 1942.

science pénale à mieux considérer la psychologie du ciminel et les causes sociales de la criminalité. Elles ont provoqué l'essor d'un droit pénal nouveau qui ne répudie pas l'Etat fondé sur le droit, mais se révèle plus efficace contre le crime et pourtant plus humain vis-à-vis des criminels pris isolément.

6^o Le droit pénal d'un Etat fondé sur le droit doit s'appuyer sur les principes suivants:

- A. Jusqu'au moment où il y a cause manifeste libéatoire, l'homme est responsable de ses actes vis-à-vis de ses semblables. Les causes inhérentes à la personne l'emportent sur les causes sociales secondaires.
- B. L'action pénale doit toujours s'appuyer sur la loi, mais la loi doit reconnaître au juge la compétence de tenir compte de l'élément individuel de chaque cas.
- C. La peine n'est pas seulement une mesure de défense sociale. Elle comporte un élément de justice. Toute mesure de défense sociale pure (mesures de sûreté) doit être prise avec une préoccupation de justice et d'humanité et être entourée de garanties spéciales.

7^o Le Code pénal suisse est une oeuvre manifestement inspirée par la volonté de respecter la dignité humaine et d'obéir aux principes généraux d'un Etat fondé sur le droit.

8^o A. Le C. P. S. doit rester fidèle à la règle „Nullum crimen sine lege“ de l'article 1 et ne doit pas chercher à éluder ce principe, garantie fondamentale du justiciable, par des amendements analogues à celui du Code pénal du IIIe Reich.
B. Lorsque le C. P. S. donne une très grande latitude pour la fixation de la peine au juge, il tente une expérience qui ne peut réussir qu'avec une magistrature consciente de sa mission et une opinion publique qui la comprenne.

C. Le C. P. S. a entouré les mesures de sûreté de garanties suffisantes.

L'internement administratif, qui se conçoit dans les cas de prophylaxie mentale et pour les buveurs d'habitude, devrait, lorsqu'il s'agit d'atteinte à la liberté, être entouré, par les cantons, de la garantie de l'autorité judiciaire.

Il ne serait pas normal que les cantons, pour échapper à l'empire du droit fédéral, cherchent à prendre, contre les délinquants, des mesures administratives, proches parentes des mesures pénales et qui portent atteinte à la sécurité juridique exigée par l'Etat fondé sur le droit.

9^o L'organisation judiciaire et la procédure pénale peuvent donner de bons moyens de défense au justiciable sans que, par là, la justice efficace soit affaiblie.

10^o L'indépendance du juge vis-à-vis du pouvoir exécutif, l'indépendance interne du juge de la décision, vis-à-vis du procureur général, du juge d'instruction et de la défense, les garanties données contre une arrestation arbitraire, l'information contradictoire, les droits de la défense, les compétences d'une chambre d'accusation libre et indépendante, sont les éléments d'une bonne justice pénale.
