

2055.

19480

DE LA NOTION

DU

DROIT SUBJECTIF DE PUNIR

L'institution à laquelle on donne le nom de *peine* peut être étudiée sous plusieurs aspects. Elle peut l'être d'abord à un point de vue purement social, en la considérant comme la réaction de la société dans le but de défendre son existence et sa conservation personnelles contre le délinquant qui en lèse les conditions vitales. L'étude uniquement descriptive de ce fait ou, ce qui revient au même, de ce rapport social, forme l'objet et la matière de la *Sociologie criminelle*. On peut aussi l'examiner sous le rapport exclusivement politique, comme le moyen ou plutôt comme l'un des moyens aux mains de l'Etat dans sa lutte contre la criminalité. L'étude de ce fait politique, dans ses éléments adéquats au but proposé, forme l'objet et la matière de la *Politique criminelle*. On peut enfin considérer la peine sous un aspect uniquement philosophique, comme une nécessité rationnelle de la justice dans les rapports internes de l'individu avec la société. Dans ce cas, l'étude purement spéculative de la peine devient l'objet et la matière de la *Philosophie du droit pénal*. Mais il est un dernier aspect et un dernier point de vue sous lesquels la peine peut être envisagée, à savoir l'aspect et le point de vue *juridiques*. Le fait social et politique qui porte le nom de « peine », en tant qu'on le conçoit comme déterminé par des règles juridiques positives, c'est-à-dire soumis à l'empire du droit *objectif* (droit pénal) et, en outre, comme partie intégrante d'un rapport juridique et comme objet d'un véritable droit *subjectif*, constitue la matière de la *Science du droit pénal* dans son sens le plus strict et le plus exact. Le droit subjectif, qui a pour objet la peine, est précisément le droit subjectif de punir (*jus puniendi*), et c'est de ce concept que le présent travail a pour objet de donner une brève analyse.

L'existence d'un droit de punir a été généralement admise, dès les temps les plus reculés, par la littérature scientifique du droit pénal (1). Mais le concept que s'en sont formé les auteurs ne

(1) Parmi les auteurs qui affirment l'existence d'un *droit subjectif de punir* sans, toutefois, lui attribuer l'importance qui lui revient dans la théorie du droit pénal positif, V. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen Deutsch. peinlichen Rechts*, 14^e édition, Giessen, 1847, § 1 ; Tittmann, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft*, Neustadt, 1836, § 2 ; Grollmann, *Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft*, Giessen, 1825, § 9 ; Martin, *Lehrbuch des deutschen gemeinen Kriminalrechts*, Heidelberg, 1829, § 84 et s. ; Hälschner, *Grundsätze des preussischen Strafrechts*, Leipzig, 1861, I, 10 ; *System des deutschen Strafrechts*, vol. I, Bonn, 1881, I ; Wächter, *Beilagen zu Vorlesungen über das deutsche Strafrecht*, Stuttgart, 1877, p. 3 ; Geyer, *Grundriss zu Vorlesungen über das deutsche Strafrecht*, Munich, 1884, vol. I, § 1 ; Berner, *Trattato di diritto penale tedesco* (trad. Bertola), Milan, 1892, § 3 ; Meyer, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1895, 5^e tirage., § 6, p. 42 ; Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1900 (10^e éd.), § 1, p. 1 note. — La question avait été mieux traitée par : Luten, *Handbuch des deutschen gemeinen und partikularen Strafrechts*, Vol. I, Iena, 1842, p. 2 et s., 12 et s. ; Heffler, *Lehrbuch des Gemeinen deutschen Strafrechts*, Brunswick, 1857, §§ 4, 6, 7. La véritable importance de la notion du droit subjectif de punir est cependant signalée par Loening, dans la *Zeitschrift für das gesammte Strafrechtswissenschaft*, vol. III (1883), p. 373 ; et *ibid.* (1889), p. 273 ; *Grundriss zur Vorlesungen über das deutsche Strafrecht*, Francfort, 1885, § 16 et s. et par Binding, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1835, §§ 38 et 39, p. 187-196 ; §§ 101-108, p. 477-497 ; *Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1902, §§ 30 et s., qui font justement du droit subjectif de punir appartenant à l'Etat et du rapport juridique corrélatif, la pierre angulaire de la théorie générale du droit pénal. Les auteurs dont les noms suivent, insistent avec raison sur l'importance du droit subjectif de punir et en précisent scientifiquement le concept : Merkel, *Juristische Encyclopädie*, 2^e éd. (œuvres de R. Merkel), Berlin, 1900, §§ 291, 770, 782, 820 ; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 64, p. 171-174 ; Glaser, *Handbuch des Strafprozesses*, vol. I, Leipzig, 1883, p. 12 et suiv. ; Bierling, *Straf- und Strafprozess-Rechtsverhältniss* dans la *Zeitschrift f. die ges. Strafrechtswiss.* X (1890), p. 251 et s. Au contraire, les auteurs suivants nient énergiquement, toujours dans la voie du droit positif, l'existence d'un droit subjectif de punir et l'utilité technique de ce concept : Schutze, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts auf Grund des Reichstrafgesetzbuch*, 2^e éd., Leipzig, 1874, p. 2 : « Mais cette notion subjective (le *ius puniendi*) est, abstraction faite de son caractère équivoque, presque sans valeur pour le droit positif ». Voy. aussi Meyer (H.), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 3^e éd., Erlangen, 1882, p. 3. Mais voy. la 5^e éd., déjà citée (Leipzig, 1895), § 6, p. 42. Semblent aussi être contraires à l'existence d'un droit subjectif de punir, ou tout au moins à son existence autonome et distincte du droit de souveraineté de l'Etat : Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Fribourg, 1892, p. 183 et s. ; Hölder, *Objektives und subjektives Recht*, Leipzig, 1893, p. 36 et s. Pour nous, les auteurs qui nient l'existence d'un *droit subjectif de punir* appartenant à l'Etat, se privent des moyens de comprendre les fondements de tout système du droit pénal.

semble pas, néanmoins, le plus exact au point de vue de la science juridique.

Les uns parlent du droit de punir comme d'une chose préexistant à l'Etat et au droit pénal positif, comme d'une chose logiquement et chronologiquement antérieure à la loi pénale de l'Etat, ou plutôt à l'ordre juridique positif lui-même (2). Dès lors, le lien évident qui unit ce concept au concept métaphysique du droit naturel empêche, d'une part, que l'on donne à ce prétendu droit naturel de punir le nom techniquement précisé par la science juridique de droit *subjectif*; il démontre, d'autre part, que la notion que s'en sont faite ceux qui en ont traité est, non pas juridique, mais simplement philosophique. C'est donc à la philosophie du droit pénal qu'il appartient de dire s'il existe réellement un droit *naturel* de punir en opposition avec le droit *positif* de punir, ou s'il n'existe pas seulement une nécessité rationnelle de punir rattachée au droit positif par les principes mêmes de la *justice*.

D'autres parlent d'un droit de punir comme d'une fonction sociale appartenant non à l'Etat, mais à la société envisagée comme organisme actif essentiellement naturel, à l'aide de laquelle elle défend sa propre existence contre les faits dommageables des criminels vivant dans son sein (3). Dès lors, la relation évidente de cette conception avec celle de la Sociologie, bien qu'elle s'oppose aussi à ce que l'on donne le nom technique de droit « *subjectif* » à cette fonction considérée sous un rapport aussi exclusivement social, conduit, d'autre part, à en renvoyer l'étude à celle de la science qui porte le nom de *Sociologie criminelle*.

Enfin, d'autres auteurs parlent d'un droit de punir prenant sa source dans le droit positif pénal ou, pour se servir d'une expression courante bien que manquant d'exacritude, dans la *loi positive pé-*

(2) V. Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, Naples, 1834, §§ 83, 299, 386 et s.; Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, partie générale (4^e éd.), Lucques, 1871, vol. I, spécialement p. 14 et s.; Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, vol. I, Milan, 1840, partie II^e, chap. XII et s. (V. spécialement chap. XXX, § 389); Pessina, *Elementi di diritto penale*, Naples, 1882, vol. I, p. 29 et s.; Buccellati, *Instituzioni di diritto e procedura penale*, Milan, 1884, n^o 12, p. 20; Ortolan, *Eléments de droit pénal*, Paris, 1863, vol. I, n^o 20, p. 8; Canonico, *Del reato e della pena*, Turin, 1872, p. 21 et s.; Berner, *Trattato di diritto penale*, trad. Bertola, Milan, 1897, § 3.

(3) V. dans ce sens Ferri, *Il diritto di punire come funzione sociale* dans l'*Archivio di Psichiatria scienze penali e antropologia criminale*, 1882, III, fascicule I, *Sociologia criminale*, 4^e éd., Turin, 1900, p. 504 et s.; Garofalo, *Criminologia*, Turin, 1891 (2^e éd.), p. 287 et s.

nale. Mais à ce terme : droit de punir, ils semblent (ainsi que cela se produit dans le langage habituel) attribuer un sens plutôt vulgaire et empirique que technique et juridique. C'est ainsi qu'ils donnent indifféremment ce nom, soit à la faculté qu'a l'Etat de soumettre le coupable à la peine (droit pénal dans le sens subjectif, droit subjectif de punir, *jus puniendi*), soit aux règles juridiques qui consacrent cette faculté (droit pénal dans le sens objectif, droit pénal objectif, droit pénal comme norme) (4) ; ils paraissent aussi faire abstraction des recherches effectuées en vue de rattacher ce concept du droit de punir à ceux des droits subjectifs privés et publics en général, vers lesquels tendent depuis longtemps, dans les autres domaines du droit, des travaux conduits avec patience et habileté (5).

Ceci étant, la détermination technico-juridique de la notion du droit de punir comme droit subjectif et celle qui lui est étroitement connexe du rapport juridique pénal créé par lui entre l'Etat et le délinquant, semble s'imposer désormais comme une évidente nécessité, non seulement pour la théorie scientifique, mais encore pour l'application pratique du droit pénal en vigueur ; et si en Allemagne Binding, après s'être le premier efforcé de combler, du moins en partie, cette lacune (6), a pu tout récemment encore faire remarquer que « la théorie du droit subjectif pénal est à tort négligée » (7), il ne semblera pas étrange, nous le

(4) Voy. dans le même sens Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1900 (10^e éd.), § I, p. 1, note I, qui fait très exactement observer que « comme e droit est, d'une manière générale, la politique du pouvoir, de même le droit de punir appartenant à l'Etat est le pouvoir de punir de l'Etat juridiquement délimité. Et cette délimitation est faite par le droit pénal dans le sens objectif ». Mais cet auteur en tire une conséquence inexacte : « Et de là il appert qu'il s'agit seulement d'exprimer la même chose sous deux aspects d'une même notion : le droit de punir mis en lumière dans le sens objectif et dans le sens subjectif. » Dans le sens indiqué au texte, voir encore Meyer (H.), *Lehrbuch des deutsch. Strafrechts*, Leipzig, 1895, § 6, p. 42 ; Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, Paris, 1869, n^o 2 et s. ; Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 2^e éd., vol. I, Paris, 1898, n^o 1, p. 3, n^o 33 et s., p. 62 et s., *Précis de droit criminel*, 7^e éd., Paris, 1901, nos 1 et 9 ; Vidal, *Cours de droit pénal et de science pénitentiaire*, Paris, 1902, p. 54 et s.

(5) On ne trouve trace de cette recherche dans aucun ouvrage si ce n'est dans ceux de Binding, Loening et Merkel ; on doit à ces auteurs les meilleurs essais d'une théorie juridique du droit de punir ; ils insistent particulièrement sur la nécessité et l'importance de cette théorie.

(6) Binding, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1885, § 39 et §§ 101-108.

(7) Déjà, en 1885, Binding faisait cette observation à la doctrine allemande

supposons, que l'écho de cette plainte retentisse en Italie. Le présent mémoire, sous sa forme modeste, ne peut avoir la prétention de retracer en quelques pages la théorie si importante et si délicate du droit subjectif de punir et du rapport juridique pénal. Un traité complet sur ce sujet pourrait à lui seul fournir matière à un volume. L'auteur veut simplement en effleurer pour ainsi dire la notion, en procédant par affirmations dogmatiques, là où de plus amples démonstrations et discussions critiques seraient nécessaires, et en tenant d'avance pour connu tout ce qui ne rentre pas dans les limites très restreintes de ce travail, notamment la notion du *droit subjectif* dont il sera fait ici une application particulière (8).

* *

Le droit subjectif de punir (*jus puniendi*) est la faculté qui appartient à l'Etat, d'agir conformément aux règles du droit (droit pénal dans le sens objectif) en vue de garantir la réalisation d'une de ses fins : la répression du crime, et par suite, d'obtenir d'autrui (du délinquant) ce à quoi il est obligé en vertu des mêmes règles.

Dé même que dans le droit subjectif en général (9), il faut aussi,

(*Handbuch*, § 39, p. 188, note 4) et y persistait jusqu'à la fin dans les éditions successives du *Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts* (V. par exemple, 5^e éd., vol. I, Leipzig, 1897, § 30, p. 76 ; 6^e éd., § 30, Leipzig, 1902).

(8) Il nous est aussi arrivé déjà de déplorer cette lacune (V. *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Extrait de la *Rivista penale*, Turin, éd. 1902, p. 76, note 2, n^o 43, p. 76-78, et n^o 44, p. 78-82). Ces notions ainsi esquissées et exposées sont recueillies dans le présent travail.

(9) Sur la notion présumée par nous, mais aussi très controversée du droit subjectif, voyez, entr'autres : Merkel, *Elemente der allgemeine Rechtslehre* dans l'*Encyclopädie der Rechtswissenschaft* d'Holtzendorff, Leipzig, 1890 (5^e éd.), § 21 ; *Juristische Encyclopädie*, Berlin, 1900, §§ 159-170 ; Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, p. 108 et s. ; Bierling, *Juristische Principienlehre*, Fribourg et Leipzig, 1894-1898, vol. I, §§ 9-12 ; Windscheid, *Lehrbuch d. Pandektenrechts* (trad. Fadda et Bensa), § 37 ; Ferrini, *Manuale di Pandette*, Milan, 1900, nos 29 et 30 ; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895, vol. I, §§ 15 à 27 ; Baron, *Pandekten*, Leipzig, 1893 (8^e éd.), § 16 ; Regelsberger, *Pandekten*, Leipzig, 1893, § 14 ; Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Leipzig, 1865, vol. III, § 61 ; *Zweck im Rechte*, vol. I, Leipzig, 1893, p. 443 et s. ; vol. II, p. 188-212 ; Savigny, *Sistema del diritto attuale romano*, trad. de Scialoja, Turin, 1886, vol. I, p. 36 ; Schuppe, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, Breslau, 1887 ; Bernatzik, *Die juristische Persönlichkeit der Behörden*, Fribourg, 1890, §§ 5 et 8 ; Jellinek, *System d. subjektiven öffentlichen Rechte*, Fribourg, 1892, p. 41 et s. ; Frenzel, *Recht und Rechtssätze*, Leipzig, 1892, p. 79-89 ; Heimberger, dans la *Kritische Vierteljahrschrift*, 1894, p. 237 ; Duši, *Il diritto subiettivo e la legge*, Camerino, 1896 ; Vanni, *Filosofia del diritto*, Bologne, 1904, p. 119, 132-160 ; Chironi et Abello, *Trattato di diritto civile*, Turin, 1904, p. 109-132 ; Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia giuridica* (4^e éd.), Naples, 1904, § 6, p. 10-11. Je dis, en général, car il y a des droits subjectifs

dans le droit de punir, distinguer deux aspects : celui de la « *facultas agendi* » et celui de l'action pénale (*pretesa*). L'expression même « droit de punir » indique l'aspect de la « *facultas agendi* » (10). Considéré sous ce rapport, le droit de punir n'est que le pouvoir « politique » pénal (*Strafgewalt*), originairement absolu et illimité, lequel étant juridiquement ordonné, limité et organisé par les règles du droit pénal, est, au contraire, transformé en un pouvoir juridique, en une faculté véritable et particulière ou possibilité juridique de vouloir et d'agir en vue d'une fin déterminée (droit subjectif) (11). Ainsi envisagé, le droit de punir apparaît comme un droit subjectif public de l'Etat ; plus exactement comme un droit spécial de suprématie (12), dérivant du *status subjectionis* général,

dont la notion se résout dans celle d'une simple *action* (*pretesa* juridique) ; ainsi, par exemple, les *droits de créance* (ou droits privés d'obligations).

(10) La notion de la *faculté d'agir*, contenue dans le droit, s'énonce généralement par la préposition « de », celle de l'*action* (*pretesa*) par la préposition « à ».

(11) L'existence d'un pouvoir politique ou souverain est un *postulatum* nécessaire de la fonction pénale de l'Etat dans chacune de ses phases : législative — exécutive, judiciaire — et, de nouveau, exécutive. En tant qu'il préexiste en particulier au droit objectif pénal matériel et formel qui le limite, le réglemente et le régit, c'est-à-dire le transforme en un droit, ce pouvoir est exclusivement politique ou souverain ; il ferme cette partie du pouvoir souverain désigné sous le nom de pouvoir de punir (*Strafgewalt*, selon l'expression allemande). C'est ce que Listz a très bien fait observer (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 10^e éd., Berlin, 1900, § I, p. 1) lorsqu'il a écrit : « Il est à remarquer qu'il ne peut être parlé d'un droit de punir de l'Etat dans le sens subjectif, que dans la supposition que le pouvoir de punir de l'Etat, en soi illimité, a dans une sage auto-limitation, déterminé l'hypothèse et le mode de son application (délit et peine). »

Sur ses traces et dans le même sens, Garraud, dans son *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 2^e éd., vol. I, Paris, 1898, n^o 1, p. 4, a écrit : « L'Etat qui constitue la force organisée et collective mise au service du droit, a, au point de vue spécial de la répression, un pouvoir de punir, en fait, illimité. Mais il l'exerce dans des conditions qu'il se trace, lui-même, à l'avance, dans sa législation. Et, comme le droit est la politique du pouvoir, le droit de punir est le pouvoir de punir de l'Etat, *limité par le droit*. » De même Civoli, *Manuale de diritto penale*, Milan, Soc. Ed. Libr., 1900, p. 6 et 1, parle dans les mêmes termes d'une faculté appartenant à l'Etat de soumettre à des peines les auteurs de faits déterminés, comme préexistante au droit pénal et limitée par lui ; mais il n'explique pas ensuite quelle est la nature de cette faculté. Depuis longtemps déjà, Grotius (*De jure belli ac pacis*, II, 20, 22, 1), se référant manifestement à la théorie du droit naturel dont il peut, à juste titre, être considéré comme le fondateur, avait observé : « Ante legem pœnalem constitutum tamen non est quin pœnae locus esse possit, quia naturaliter qui deliquit eo statu est ut punire licite possit. »

(12) Dans ses origines historiques, le *pouvoir de punir* joint à la *fonction* qui lui correspond, a une physionomie et un caractère exclusivement *exécutifs*

du rapport général de soumission et d'obéissance politiques (13).

Le sujet du droit de punir est cependant l'Etat (14), c'est-à-dire la personne juridique du peuple, juridiquement organisé sous un

et gouvernementaux (Cf. à l'appui les observations de Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 56 et s.). Mais dans l'Etat juridique moderne, (Rechtsstaat), le pouvoir et la fonction de punir apparaissent rigoureusement disciplinées et réglées par les dispositions du droit objectif (règles du droit pénal, de l'organisation judiciaire, du droit de procédure pénale). Par suite, au-dessus du pouvoir et de la fonction de punir, comme pouvoir et fonction de caractère gouvernemental, se dresse un pouvoir et une fonction pénale législative *nullum crimen, nulla pœna sine lege* : V. Binding, *Handbuch d. deutsch. Straf.*, § 4, p. 17-28). A côté s'y joint, comme conséquence nécessaire et suite indispensable, une puissance et une fonction judiciaire pénale. Ainsi, le pouvoir de punir se transforme en un droit de punir, lequel, comme le fait justement remarquer Binding, *Grundriss d. gem. deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1902, § 87, « n'est autre chose que la transformation d'un droit en la domination et la sujétion vis-à-vis du délinquant », c'est-à-dire, un droit subjectif, public de suprématie (d'obéissance, de soumission) politique appartenant à l'Etat. — Sur les droits de suprématie politique en général, en dehors de Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, vol. I, 2^e éd., Leipzig 1890 p. 423 et s., V. aussi Jellineck, *System d. subj. öff. Rechte*, Fribourg, 1892, p. 79, 187 et s. ; Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* (3^e éd.), Leipzig, 1880, p. 45 et 226 ; Laband, *Das deutsche Staatsrecht*, Leipzig, 1895, p. 131 ; Stengel, *Öffentliche Rechte und öffentliche Pflichten*, dans son *Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, p. 179. V. parmi les auteurs italiens : Romano, *Diritti pubblici subietivi*, p. 39 et s.

(13) Le fondement « juridique » du droit de punir est donc la souveraineté de l'Etat. Cette souveraineté est, en fait, la cause ultime à laquelle peut se rattacher, au point de vue juridique le *jus puniendi* de l'Etat. En dehors d'elle, on pourra trouver un fondement éthique ou philosophique, mais non un fondement juridique de la peine. — Cf. Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, chap. I, § 6, p. 20, 21 et suiv. ; Jellineck, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, p. 205, note 1 ; Hertauld, *Etude sur le droit de punir*, appendice au *Cours sur le Code pénal*, 4^e éd., 1873. — V. aussi Romano, *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche*, Extrait de l'*Archivio di diritto pubblico e dell'Amministrazione italiana*, Roma 1903, lequel fait observer (p. 15) : « le fondement du droit de punir — dans le sens juridique, non philosophique — est aussi d'ordre constitutionnel : notre science, en examinant les moyens qui expliquent la souveraineté de l'Etat sur la personne des citoyens et en les classant d'après leur importance et leurs effets, ne pouvait pas passer sous silence le plus important et le plus délicat d'entre eux ».

Donc, sous le rapport juridique, le droit subjectif de punir, en remontant à sa cause, à son fondement juridique, c'est-à-dire à la souveraineté de l'Etat, n'a pas besoin d'être justifié et légitimé dans son existence, pas plus que l'existence de l'Etat et de sa souveraineté (Cfr. aussi Carnevale, *Critica penale*, Lipari, 1889, p. 50 ; Civoli, *Manuale di diritto penale*, Milan, 1900, n^o 31, p. 88-91).

(14) Cfr. Binding, *Grundriss d. gem. deutsch. Strafrechts*, § 87, p. 167 ; Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 64, p. 172. Voy. en outre Luden, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Iena, 1842, vol. I, p. 12 et suiv. ; Glaser, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1883, vol. I, p. 12 et suiv.

pouvoir suprême, dans les limites d'un territoire déterminé, ayant ainsi acquis la capacité de vouloir et d'agir comme un tout unique pour la réalisation de ses fins collectives (biens, intérêts) au nombre desquelles figure son but de punir (15).

L'objet (16) du droit de punir est, au contraire, la personne de l'individu sur laquelle, en tant que cet individu est l'auteur de la violation d'un précepte juridique pénal (délinquant), l'Etat a, de ce chef, un pouvoir propre et personnel (*Servitus pœnæ*) (17).

Le droit de punir est donc un droit sur la personne d'autrui (18).

(15) L'étude du concept de « l'Etat » et de sa personnalité juridique dans le domaine du droit pénal est généralement négligée. C'est, sans doute, faute d'avoir construit une théorie juridique des personnes ou des sujets du droit pénal, dans laquelle, évidemment, figurerait l'Etat comme personne juridique. V. toutefois, les auteurs cités dans la note précédente et spécialement Binding, *Handbuch d. deutsch. Strafr.*, § 38, p. 191 et s. ; § 101, p. 177 et s. V. aussi mon travail : *La responsabilità dello Stato nel diritto processuale penale*, Extrait de la *Rivista penale*, Turin, 1904, n° 7. Sur la personnalité juridique de l'Etat dans le domaine du droit public interne en général, V. Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 3^e éd., Leipzig, 1880, Appendice II, p. 225 et s. ; Jellinek, *System d. subj. öff. Rechte*, chap. III, p. 12 et s., spécialement, p. 26 et s. ; *Das Recht des modernen Staates*, Berlin, 1900, vol. I, livre II, p. 115 et s. ; Arndt, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Berlin, 1901, livre I, § 9, p. 38 et s. ; Laband, *Das deutsche Staatsrecht*, § 7 ; Merkel, *Juristische Encyclopädie*, Berlin, 1900, §§ 365-384 ; et parmi les auteurs italiens : Grasso, *I presupposti giuridici del diritto costituzionale*, Genève, 1898, p. 95-176 ; Romano, *Diritti pubblici subiettivi*, p. 35-37 ; Orlando, *Introduzione al diritto amministrativo nel Primo completo trattato di Diritto Amministrativo*, Milan, Soc. Ed. Lib., 1900, p. 17 et s. ; Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologne, 1904, p. 136, 162-177 ; Ruffini, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi e in Federigo Carlo di Savigny*, Turin, 1898, p. 46 et s.

(16) L'expression « objet du droit » est prise ici (comme dans les droits réels et dans les droits de famille) dans le sens d'objet sur lequel s'exerce la puissance de vouloir et d'agir du sujet, puissance contenue dans le droit. — En ce qui concerne les divers sens dans lesquels cette notion peut être prise, voyez : Unger, *System d. osterreichischen Privatrechts*, Leipzig, 1892 (5^e éd.), I, § 59, p. 459 ; Scheurl, *Institutionen*, 1855 (2^e éd.), § 41 ; Chironi, *Trattato di diritto civile italiano*, Turin, 1904, p. 124-125 ; Ravà, *I diritti sulla propria persona* (Extrait de la *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*), Turin, 1901, p. 126 et s.

(17) Cfr. Binding, *Grundriss d. deutsch. Strafr.*, Leipzig, 1902, § 87, p. 168 : « Allgemeines object des Strafrechts ist der Schuldige », et plus complètement, *Handbuch d. deutsch. Strafrechts*, § 102, p. 483. A un point de vue commun à tous les droits de suprématie, voyez Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 3^e éd., Leipzig, 1880, p. 45 et 226 ; Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, 3^e éd., Leipzig, 1895, p. 131, qui ont explicitement affirmé que ce droit est « l'objet » du droit de souveraineté de l'Etat.

(18) Selon l'objet sur lequel ils s'exercent (V. note 16), les droits se distinguent en droits sur les choses et droits sur les personnes (V. Windscheid, *Pandette* trad. Fadda et Bensa, §§ 38, 39, 40, 41 note ; Vanni, *Filosofia del diritto*,

Il trouve d'ailleurs son application la plus précise dans cette série de pouvoirs juridiques de répression et de correction (peines domestiques, disciplinaires, contractuelles, etc...) qui sont la conséquence de tout pouvoir général ou spécial sur la personne d'autrui (19). Comme droit sur la personne d'autrui, le droit de punir a, jusqu'à un certain point, un caractère absolu, en ce sens que l'Etat a, vis-à-vis des tiers, le droit de faire respecter le statut spécial de sujétion (*Status subjectionis*) auquel se trouve entièrement soumis le délinquant (20).

p.140, 150). Quant aux droits de personnalité, improprement appelés droits sur la personne même (V. Ravà, *I diritti sulla propria persona*, spécialement p. 169), ils se placent aussi (comme des droits vis-à-vis d'autrui relatifs aux biens purement personnels) dans cette même catégorie, à laquelle appartiennent encore les obligations (de droit privé et de droit public) comme les droits proprement dits sur la personnalité d'autrui (puissance paternelle, maritale, souveraineté, etc...). Parmi ces derniers, notamment parmi les droits de souveraineté est classé (V. note 12), le droit subjectif de punir, entendu comme droit de l'Etat sur la personne du délinquant (notes 14 et 17).

(19) Il est évident que tout droit général ou particulier sur la personne d'autrui, en un certain sens, a pour conséquence nécessaire ou, tout au moins possible, un pouvoir de punir. Ainsi, de la soumission domestique dépend le droit de correction du père sur ses enfants ; de la subordination hiérarchique, le pouvoir disciplinaire de l'administration publique sur le fonctionnaire, et ainsi de suite. Mais cela n'empêche pas la peine prise dans son sens juridique (*Rechtsstrafe*) de se distinguer dans sa substance de toute autre peine domestique, disciplinaire, réglementaire, conventionnelle, etc..., en tant qu'elle dérive toujours du rapport général de subordination et d'obéissance politique, du *status subjectionis* général des citoyens envers l'Etat. Ces peines, au contraire, ou sont des moyens de nature pédagogique, ou dérivent de rapports spéciaux de commandement et d'obéissance, d'un *status subjectionis* spécial de l'individu envers l'Etat, ou dépendent de certains rapports volontaires d'obligation. Voy. à cet égard, Jellinek, *System de Subj. öff. Rechts*, p. 205-206, note 1 ; Laband, *Das Staatsrecht d. deutsch. Reichs*, I, p. 439 et s. ; Meves, dans l'*Handbuch d. deutsch. Strafrechts* de Holtzendorff, III, p. 913 et s. ; IV, p. 339 et s. ; Von Bar, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1882, vol. I, p. 352 et s. ; Oppenheim, *Die Rechtsbeugungsverbrechen*, Leipzig, 1876, p. 11-23 ; Binding, *Die Normen u. ihre Uebertretung*, vol. I, p. 500 et s. ; *Grundriss d. deutsch. Strafr.*, § 87 ; Von Wachter, *Handbuch des Strafrechts*, Stuttgart, 1857, p. 301 et s. ; Pfeiffer, *Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft*, Cassel, 1825-1846, vol. III, p. 361 et s. ; Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, p. 46 et s. ; Von Listz, *Ordnungs und Disciplinarstrafen*, dans le *Rechtslexicon* d'Holtzendorff, II, p. 966 et s. ; parmi les Italiens, V. Romano, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni* (Extrait de la *Giurispr. Italiana*), Turin, 1898, p. 3 et s. ; Brusa, *Prolegomeni al diritto penale*, Turin, 1888, n° 11 ; Civoli, *Manuale di dir. penale*, n° 87, p. 258 et s.

(20) Ce côté absolu du droit de punir n'enlève pas naturellement au droit lui-même son caractère de droit relatif auquel correspond une obligation spécifique sur une personne déterminée (le délinquant) (Cfr. *infra*). De même, les droits de famille (puissance paternelle, maritale, etc...) et les droits privés



Dans son origine et, en partie, dans son développement historique, le droit de punir se présente plutôt comme une suprématie de fait que comme un pouvoir de droit, et l'assujettissement de la personne du délinquant à l'Etat est complète et arrive jusqu'à l'anéantissement de sa personnalité (21). Mais le droit positif ayant affirmé la dignité de la personne humaine, c'est-à-dire la qualité juridique appartenant à tout homme comme tel (22), il en est résulté, non l'impossibilité d'un droit de punir comme droit absolu de l'Etat sur la personne du délinquant, mais seulement l'obligation qui lui incombe de respecter la personnalité (abolition des peines corporelles, de l'infamie, de la mise hors la loi, de la mort civile, de la peine de mort) (23), la personne à laquelle est juridiquement

d'obligations eux-mêmes (droits de créance), qui sont des droits relatifs par excellence, ont-ils, sous un certain aspect, un caractère, ou plutôt un côté absolu qui est précisément la faculté d'exiger des tiers le respect de la jouissance de ce droit personnel (Cfr. Neuner, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, Kiel, 1866, p. 40 et s. ; 70 et s. ; Windscheid, *Pandekten*, § 41, n° 1). Que ce côté absolu du droit de punir existe effectivement, cela est prouvé surabondamment par ce fait que l'opposition des tiers à son application, constitue souvent un délit (Voy. Code pénal, art. 228, 229, 231, 233, articles punissant les tiers qui procurent ou facilitent l'évasion). Aussi Binding, *Handbuch des Strafrechts*, § 38, p. 192, fait-il très justement l'observation suivante : « A côté de ce droit (le droit de punir) une fois établi, apparaît aussi la défense d'y porter atteinte. Ainsi, il existe dans toutes les lois pénales une règle de droit non promulguée qui interdit la lésion de ce droit, c'est-à-dire l'empêchement à l'exécution des lois pénales établies ». Cette règle est générale : sa violation consciente constitue le délit qui consiste à favoriser le délinquant (*vergehen der Begünstigung*) sous toutes ses formes. Ce droit de l'Etat (*pretesa*) vis-à-vis des tiers, de faire respecter le droit de punir et le rapport juridique pénal, n'est pas cependant distinct du droit général de souveraineté de l'Etat.

(21) C'est l'époque des peines afflictives ou corporelles (la fustigation, les fers, la marque, les mutilations), des peines infamantes (l'infamie, le carcan, le pilori), des peines supprimant l'intégralité de la capacité juridique (*capitis diminutio maxima*, le bannissement, la mise hors la loi, la proscription, la mort civile), de la confiscation générale et enfin de la peine capitale. Voyez à ce propos : Desmazes, *Les pénalités anciennes*, Paris, 1866, p. 3 et s. ; D'Olivérona, *De la peine de mort* (trad. Beauchet), Paris, 1893, p. 13 et s. ; Marezoll, *Ueber die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung*, Giessen, 1824, p. 85 et s., 205 et s. ; Hillebrand, *Ueber die gänzliche und theilweise Entziehung der bürgerlichen Ehre*, Giessen, 1884, p. 2 et s., 32 et s.

(22) Cpr. Merkel, *Juristische Encyclopädie*, Berlin, 1900, §§ 183-184 ; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895, §§ 40-57 ; Windscheid, *Pandekten*, § 49 ; Gianturco, *Sistema di diritto civile italiano*, partie générale, vol. I (2^e éd.), Naples, 1894, §§ 25-27, p. 78 et s.

(23) De même, Pessina, *Elementi di diritto penale*, Naples, 1882, vol. I, § 144, p. 333, reconnaît que la peine ne doit pas frapper de diminution la

reconnue la qualité de « fin » ne pouvant prendre entre les mains de l'Etat la qualité de « moyen » et parce qu'elle est l'objet d'un droit, perdre la qualité de *sujet* de ce même droit (24). D'où ces deux conséquences : 1° la peine, en tant que pouvoir juridique de l'Etat sur la personne du délinquant ne l'étreint jamais complètement (25), mais laisse toujours ouvert à la possibilité d'un droit corrélatif du délinquant envers l'Etat (*droit de liberté*, (26) ;

personnalité humaine. « Car, dit-il, si, comme conséquence de la peine, on supprimait le droit de personnalité du délinquant, on nierait par là même son obligation juridique de se soumettre à cette peine, puisque le droit de personnalité contient le devoir indélébile de l'individu d'être le sujet non seulement des droits, mais aussi des obligations juridiques. La peine qui arriverait à nier la personnalité humaine, se nierait elle-même comme institution juridique et se transformerait en un acte de violence de la société contre l'individu. V. aussi dans ce sens Civilli, *Manuale di diritto penale*, Milan, 1900, n° 34, p. 98 ; n° 38, p. 115-116 ; n° 68, p. 205.

(24) La façon dont on comprend le droit subjectif de punir, à savoir qu'il trouve une limite dans la personnalité humaine juridiquement reconnue, est aujourd'hui un principe commun à tous les droits sur les personnes au regard desquels on a constaté une évolution historique identique. Il en est ainsi, par exemple, des *droits de famille* (V. Puchta, *Institutionen*, Leipzig, 1881, *Einleitung*, § XXX ; Bekker, *Zur Lehre vom Rechtssubjekt* dans *Jahrbücher für Dogmatik* de Jhering, vol. XII (1873), p. 1 et s., spécialement p. 7 et s. ; *System des heutigen Pandektenrechts*, vol. I, Weimar-Böhlau, 1886, § 25, spécialement p. 82 : « L'homme est fait pour agir ; la chose ne peut agir. Tout droit sur l'homme doit respecter sa capacité d'agir ; tout droit sur la chose la considère comme incapable d'agir. Par suite, comme conséquence de ce fait que l'exercice du droit sur l'homme consiste principalement dans l'activité, le droit sur les choses consiste exclusivement dans la passivité de l'objet » : Il en est de même du droit de souveraineté de l'Etat sur le citoyen (V. Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, p. 229 ; Vanni, *Filosofia del diritto*, p. 148-149, qui étendent cette notion à tous les droits sur autrui, sans y comprendre le droit subjectif de punir).

(25) D'où la notion de la peine, comme privation des biens juridiques, généralement temporaire et toujours partielle. La peine qui aujourd'hui, en règle générale, est seulement une limitation de la personnalité, peut consister exceptionnellement dans son anéantissement quasi-absolu ; V. par exemple, la peine perpétuelle de *ergastolo*. — Cette peine est subie dans un établissement spécial où le condamné reste, durant les six premières années, en isolement cellulaire continu, avec soumission au travail. Pendant les années ultérieures, il est admis au travail avec d'autres condamnés, sous l'obligation du silence (art. 12, C. pén.). V. aussi Jellinek, *System*, p. 106.

(26) La faculté du délinquant de vouloir et d'agir dans cette partie ou sphère d'activité nonobstant son assujettissement à la peine, faculté qui lui est laissée par la loi pénale et lui permet de s'opposer à l'envahissement illégitime des agents du pouvoir exécutif pénal de l'Etat (par exemple de l'administration pénitentiaire), constitue le droit de liberté du délinquant vis-à-vis de l'Etat considéré comme sujet du droit de punir. Ce droit de liberté se manifeste de plusieurs manières (V. par exemple : C. pén., art. 12, 13, § 3, 15, § 2, 17, 19, § 3, 21, § 2) [Le condamné à la peine de *ergastolo* a droit au travail en

2° le délinquant, en tant qu'il est soumis à la peine, ne la subit pas comme un « factum », de même, par exemple, que dans l'ancien droit romain, le *filius familias* subissait le *jus vitæ ac necis* du *paterfamilias* (27), mais il y est, au contraire, juridiquement obligé.

La personne du délinquant qui, de prime abord, apparaît comme objet du droit de punir, apparaît à un second point de vue comme sujet passif de ce droit. Le droit de punir s'explique ainsi comme un droit en même temps sur lui et vis-à-vis de lui (28). Ce second aspect, sous lequel le droit de punir, en dehors d'un droit sur le délinquant, se présente comme un droit vis-à-vis de sa personne

commun après les six premières années (*suprà*, note 25) ; après un certain temps, le condamné à la réclusion, d'abord soumis à l'isolement absolu, subit l'isolement cellulaire seulement pendant la nuit (art. 13, § 3). Le condamné à la détention a le droit de choisir son genre de travail (art. 15, § 2), etc.]. A ce droit de liberté correspond de la part de l'Etat, et par lui de la part de ses agents, un véritable devoir juridique de s'abstenir de tout acte de nature à léser indubitablement cette sphère de liberté maintenue au délinquant par le droit pénal. Les auteurs ne signalent pas d'habitude l'existence de ce droit de liberté du délinquant. Seul, Binding, *Handbuch*, § 402, p. 485, parle d'un droit du délinquant, mais sans indiquer en quoi il consiste.

(27) Ou de la manière dont encore aujourd'hui, la chose subit le *dominium*, dans le droit de propriété. Sur le pouvoir de punir du *paterfamilias* à l'égard de ses enfants, de sa femme, de ses serviteurs, V. Di Marzo, *Storia della procedura criminale romana* (La giurisdizione dalle origini alle XII tavole), Palerme, 1898, p. 13-40 et, en particulier sur la *vitæ necisque potestas*, p. 23-25.

(28) Il en est de même de tous les droits sur les personnes, à l'égard desquels Gerber affirme justement (*Grundzüge d. deutsch. Staatsrechts*, p. 229), « que c'est un principe général que le sujet soit en même temps objet et *vice versa* ». Ainsi le droit des époux est à la fois un droit sur le conjoint et vis-à-vis du conjoint ; la puissance paternelle un droit sur l'enfant et vis-à-vis de l'enfant ; la souveraineté un droit sur l'individu et vis-à-vis de lui. Il n'y a dans cette simultanéité existant en la même personne, de la qualité d'objet et de sujet du droit, ainsi que le pense Romano (*Teoria dei diritti pubblici subiettivi*, Milan, Soc. Ed. Lib., 1897, p. 44), aucune contradiction dans les termes, car l'affirmation doit être entendue en ce sens « qu'il faut distinguer deux phases différentes ; dans l'une la personne est le sujet, dans l'autre l'objet. L'une commence là seulement où l'autre finit, en sorte qu'il n'y a jamais coïncidence de temps ou de situation (Romano, *Teoria*, cit., p. 47). Plus exactement : la qualité dans une personne d'être objet d'un droit, correspond à la phase chez une autre personne de l'existence et de l'exercice du droit que cette dernière prétend exercer sur la première. A l'inverse, la qualité qu'a cette même personne d'être sujet d'un droit, correspond à la phase de l'existence et de l'exercice du droit que la personne assujettie a envers celle qui exerce sur elle le pouvoir juridique. De même, au moment où se manifeste l'existence et l'exercice de ce pouvoir, la personne qui y est assujettie peut aussi être considérée comme sujet d'un droit ; elle est, en fait, sujet du devoir juridique de subir le pouvoir d'autrui et, par suite, sujet passif du rapport juridique qui, au moyen de ce pouvoir, s'établit entre elle et la personne qui possède le droit.

(droit relatif) (29), est celui de l'action pénale (*pretesa*) (30) et, sous cet aspect, à ce droit correspond une obligation qui, naissant aussi elle-même du droit pénal objectif, constitue un véritable *devoir juridique*.

*
*
*

En somme, la peine, considérée objectivement comme élément de la loi pénale, est la sanction juridique de l'observation d'une règle juridique (précepte pénal) (31); envisagée au regard de

(29) Sur la notion d'un droit *relatif* et sur la différence entre les droits *relatifs* et *absolus*, Voy. Windscheid, *Pandekten*, § 41; Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, p. 189 et s.; Merkel, *Juristische Encyclopädie*, §§ 200-202, p. 79 et s.; Cosak, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, Iéna, 1899, vol. I, § 15; Crome, *System d. deutschen bürgerlichen Rechts*, Tübingen et Leipzig, 1900, vol. I, § 30. — Est contraire à cette distinction, mais à tort selon nous: Neuner, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, Kiel, 1866, p. 40 et s., 70 et s. — Le côté absolu que ces auteurs voient à juste titre dans tout droit, même le plus relatif (par exemple le droit de créance), n'autorise pas à combattre la distinction. Ce côté absolu, qui consiste dans la faculté de faire respecter l'exercice de tout droit, qu'il soit relatif ou absolu, ne doit pas être considéré comme une portion de ce même droit. Il est, au contraire, l'exercice du droit général (privé) de liberté individuelle.

(30) Sur le concept de la « *pretesa giuridica* », voy. Windscheid, *Pandekten*, § 43 (qui sépare à tort l'élément de la *pretesa* du concept du droit subjectif, en en faisant un droit subjectif par lui-même); Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, p. 223-282.

[Faute d'un terme plus exact, on a traduit, dans le texte, le mot *pretesa* par *action*. Mais ce dernier terme doit être entendu dans un sens spécial: la *pretesa* (anspruch) est à proprement parler la faculté, chez le sujet actif d'un droit, d'exiger d'autrui (l'obligé) une attitude déterminée, positive ou négative, (une action ou une omission). L'action est la mise en exercice de cette faculté (Conf. notes 10 et 57).]

(31) Que la sanction pénale ait été précisément édictée pour assurer l'observation du précepte pénal, c'est pour nous une vérité incontestable. Thon, *Rechtsnorm u. subjektives Recht*, Vorwort, p. XI; Binding, *Handbuch d. Strafrechts*, § 30, p. 155; *Die Normen und ihre Uebertretung*, vol. I (2^e éd.), p. 35 et s.; 45 et s.; Bierling, *Zur Kritik d. juristischen Grundbegriffe*, Gotha, 1877-1883, vol. I, p. 135, enseignent le contraire par cette considération que la sanction pénale est précisément applicable quand la règle est violée: la violation de la règle est donc inséparable de l'hypothèse même de la peine qui se manifeste comme indépendante de la règle juridique et ne saurait, par là même, être considérée comme en assurant l'exécution. En dehors de la division erronée de la règle (précepte) avec la sanction (éléments constitutifs et indissolubles du droit pénal au sens objectif), le vice de cette opinion consiste en ce qu'elle confond la sanction juridique avec son application effective. La peine, dans le stade de son *application* et de son *exécution*, est certainement indépendante du précepte supposé violé. Il n'en est pas ainsi dans le stade de la simple menace législative qui a précisément pour but d'empêcher la violation du précepte pénal et d'en assurer par là même l'observation pratique.

l'acte humain contraire aux prescriptions du droit pénal objectif (infraction), elle se présente comme une conséquence (ou un effet juridique) de l'acte lui-même (cause juridique, fait juridique) (32) ; examinée dans ses rapports avec l'auteur de la règle (l'Etat) et ceux qui se révoltent contre elle (les individus), elle apparaît comme un droit de l'Etat sur la personne du délinquant, avec le droit, vis-à-vis des tiers, d'exiger le respect de sa faculté d'agir (33). Si d'autre part, on la considère en qui concerne le sujet actif de l'infraction (le délinquant) et le sujet actif de la peine (l'Etat), elle apparaît comme un rapport juridique né entre eux : rapport de caractère obligatoire en vertu duquel la personne de l'Etat peut prétendre à ce à quoi est tenue la personne du délinquant (34). Ce rapport est le rapport juridique pénal, qui pourrait être qualifié plus exactement de « *punitif* » (*Strafrechtsverhältniss* des Allemands) (35). Il est déterminé et garanti par les règles du droit pénal objectif, ou plutôt par la *loi pénale* qui, considérée en elle-même, indépendamment du précepte juridique qu'elle suppose comme une pure sanction, n'engendre, en fait, aucune obligation pour les particuliers, ne comporte aucun commandement ni pour le juge pénal, ni pour les organes de l'accusation, ni pour

(32) Cfr. Binding, *Grundriss d. gem. deutsch. Strafrechts*, §§ 87, p. 168 et 166. — V. aussi *Handbuch*, § 109 et s. ; Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, § 65 et s. ; *Juristische Encyclopädie*, § 291 et s. ; Liszt, *Lehrbuch d. deutschen Strafrechts* (10^e éd.), § 1, p. 1.

(33) Cfr. *suprà*, p. 9, texte et note 20.

(34) Dans la *Juristische Encyclopädie*, § 770, p. 272, Merkel affirme d'une façon magistrale : « Une action dans laquelle sont réunis les caractères du délit en général et d'un délit particulier, engendre régulièrement un rapport de droit entre le coupable et l'Etat, en vertu duquel ce dernier apparaît comme sujet d'un droit à l'application d'une peine déterminée contre le coupable et le premier comme sujet à l'exécution de cette peine » (V. aussi § 291, p. 107). *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 64, p. 171-172 : « Les délits engendrent des rapports de droit entre les coupables et certaines autorités par la force desquelles ils doivent être frappés de peines, et, d'ordinaire, d'autres dommages. Les délinquants sont ici les sujets d'un devoir juridique : celui de se laisser infliger ces suites du délit et, parfois (quand il s'agit, par exemple, d'une amende), de se les infliger eux-mêmes. Corrélativement, existe une action juridique tendant à cet accomplissement ». De même, Binding, *Handbuch d. deutschen Strafrechts*, § 38, p. 191, dit : « La loi est en réalité l'établissement et la fixation d'un rapport de droit entre celui qui est autorisé à punir et le délinquant. »

(35) Sur le rapport juridique pénal (*Strafrechtsverhältniss*), dans l'examen particulier duquel il ne serait pas possible d'entrer ici sans pénétrer dans toute la théorie générale de la peine et du crime, voyez la complète et magistrale étude de Binding, *Handbuch des deutsch. Strafr.*, §§ 101-108, p. 477-497.

ceux de l'exécution, mais constitue une règle juridique, qui alors qu'elle attribue taxativement à l'Etat une *faculté* et une *action* juridique (droit de punir), impose au délinquant un devoir juridique corrélatif, établit et détermine ainsi entre l'un et l'autre un rapport juridique certain et particulier qui ne repose pas seulement sur l'intérêt du sujet autorisé à punir, mais aussi sur l'intérêt même de celui qui est soumis à la peine (36). Semblable en cela à tout autre rapport juridique, le rapport juridique pénal comprend donc deux termes : l'un est le droit d'imposer la peine (*pretesa giuridica penale*, la *strafanspruch* susmentionnée des Allemands) (38), l'autre est le devoir juridique corrélatif du délinquant de se soumettre obligatoirement et forcément à la peine. Ce devoir juridique du délinquant est éminemment personnel (38). Ce qui le démontre, c'est la défense (conséquence du droit), faite au délinquant de se soustraire à l'application de la peine. L'auto-inobservation de la peine (39), éventuellement par l'évasion, encore

(36) V. Binding, *Handbuch*, § 38, p. 187-192. Sur la théorie de la *loi pénale* en tant que règle juridique renfermant des sanctions en vue d'assurer l'observation des autres règles juridiques (c'est-à-dire des prescriptions pénales), voyez la forte thèse scientifique de Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, vol. I, Leipzig, 1890, §§ 5-20 ; *Handbuch d. Strafrechts*, Leipzig, 1885, §§ 30-47, p. 155-222, théorie qu'il n'est pas possible de rapporter ici. Nous remarquerons seulement que, par erreur, Binding (*Normen*, I, p. 35 et suiv.), détache la règle de la sanction et par conséquent de la loi pénale. La prescription juridique et la sanction juridique sont, au contraire, des éléments essentiels et indissolubles de la loi pénale comme de toute autre loi : elles donnent ensemble la notion du droit pénal objectif. Les règles juridiques qui garantissent les intérêts humains n'appartiennent pas toutes, comme l'affirme Binding (*Handbuch*, I, § 30, p. 164, 183), aux autres branches du droit ; ce sont des règles de conduite exclusivement imposées par le droit pénal et par les intérêts qui dans ce droit seul trouvent leur reconnaissance législative explicite. D'autre part, quand la sanction pénale est sous la protection d'autres règles renfermées dans d'autres lois, il n'en existe pas moins une prescription et précisément une *défense* directement imposée par la sanction pénale. En fait, dans toute règle, il existe toujours un côté prohibitif (négatif) et ce côté, dans ce cas, est toujours révélé par le précepte pénal et complété par la sanction pénale (V. encore Filomusi, *Enciclopedia*, p. 570, note 3).

(37) Sur la notion de la *pretesa penale* (*Strafanspruch*), V. d'une façon générale les auteurs cités à la page 2, note 1, et en particulier Merkel et Binding, *loc. cit.*

(38) Cfr. Binding, *Handbuch*, § 402, p. 484 ; contre l'existence de ce devoir juridique personnel du délinquant, V. Carmignani, *Elementi di diritto criminale* (trad.), Naples, 1854, §§ 394-398, p. 116. Mais cet auteur méconnaît le principe qu'à tout droit subjectif correspond nécessairement un devoir juridique.

(39) C. pén., art. 234 (peines portées contre celui qui transgresse les obliga-

qu'elle ne constitue pas un délit, (40) ou soit, en toute hypothèse, exempte de peine (41), est toujours, en fait, un acte juridiquement illicite (42). Ce qui le démontre encore, c'est la défense pour toute autre personne de subir la peine à la place du coupable, s'agirait-il même d'une peine pécuniaire ; la défense de déclarer des tiers subsidiairement responsables, aucune substitution volontaire ou forcée, conventionnelle ou légale, n'étant admise dans l'accomplissement de l'obligation pénale (43).

*
*

Les personnes entre lesquelles le rapport juridique pénal existe sont, comme on l'a déjà dit, l'Etat et le délinquant, l'un sujet actif, l'autre passif, dudit rapport. Il peut bien arriver cependant qu'il y ait plusieurs sujets actifs de ce rapport (concours de plusieurs Etats dans la punition d'un seul délinquant) (44), ou passifs, (concours de plusieurs personnes dans la perpétration d'un même délit) (45). Cependant le rapport juridique pénal demeure unique en lui-même parce que son unité ne dépend ni de l'unité du sujet ayant le droit de punir, ni de celle de l'individu personnellement obligé à la punition, pas plus que de l'unité du délit commis (46), ni enfin de l'unité des moyens coercitifs que ce rapport renferme (47), mais consiste, au contraire, dans l'unité de l'objet de l'action (*pretesa*) juridique de l'Etat et, en outre, dans l'unité, non des espèces pénales, mais de la peine (48).

tions dérivant de la condamnation, par exemple en matière d'interdiction des fonctions publiques ou de surveillance de l'autorité).

(40) C. pén., art. 226, 227 (évasion par violences ou bris).

(41) V. par exemple, C. pén., art. 18 (confinement), 19 (amende), 21 (arrêts). — [La peine des arrêts est subie dans un établissement spécial. Relativement aux femmes et aux mineurs non récidivistes, si la peine n'excède pas un mois, le juge peut ordonner qu'elle sera subie dans leur habitation. — Au cas de transgression, l'entière peine reçoit son exécution dans les conditions ordinaires.]

(42) Binding, *Handbuch*, § 102, p. 485 et s. ; V. aussi p. 192.

(43) Binding, *Handbuch*, § 102, p. 495.

(44) Sur cette hypothèse, V. Binding, *Handbuch*, § 104, p. 487, 488.

(45) C. pén., art. 63-66 ; sur ce point, entr'autres, Binding, *Handbuch* § 105 p. 488-491.

(46) Le droit de punir et le rapport juridique pénal restent donc uniques malgré la pluralité des délits (*Concours d'infractions*, C. pén., art. 67 et s. ; *récidive*, C. pén., art. 80, 84) ; Binding, *Handbuch*, p. 486, sub. II.

(47) En fait, plusieurs espèces pénales peuvent donner lieu à un droit unique de punir ; Binding, *Handbuch*, p. 486, sub. I.

(48) Binding, *Handbuch*, § 103, p. 485-487.

L'objet (49) du rapport en question est, en général, un *pati quidam* (50), comme dans les peines restrictives de la liberté individuelle (51), excepté le confinement (51 bis), et dans celles qui restreignent la capacité juridique (52). Il peut aussi consister exceptionnellement en un « *facere* » ou en un « *omittere* » (comme dans les peines pécuniaires (53), dans les prestations pénales (54), dans la réprimande judiciaire (55), dans le confinement (56), et, dans ce cas, l'élément obligatoire du rapport devient plus évident (57). Mais dans son dernier concept (par la possibilité de conversion de toute peine non restrictive des droits en une peine restrictive de

(49) On entend ici le mot « *objet* » d'un rapport juridique (ou d'un droit), non dans le sens d'objet, chose ou personne sur laquelle s'exerce la puissance de vouloir et d'agir contenue dans le droit (*facultas agendi*) dont nous avons déjà parlé, mais d'*objet* de la *pretesa* juridique qui est toujours une action (ou une *omission*) du sujet passif du droit et ne concerne jamais l'action du sujet actif.

(50) Cfr. Pessina, *Trattato di penalità generale secondo le leggi delle Due-Sicilie*, Naples, 1858, p. 145 ; *Elementi di diritto penale*, Naples, 1882, vol. I, § 144, p. 332 ; *Manuale di diritto penale italiano*, 2^e éd., vol. I, Naples, 1899, § 109, p. 112.

(51) Sur la portée de l'expression : peine restrictive de la liberté individuelle, V. C. pén., art. 11, al. 2^o ; sur les peines particulièrement restrictives de la liberté individuelle, C. pén., art. 12, 13, 15 et s., 18, 21 et s.

(51 bis) [La peine du *confinement* consiste en l'obligation imposée au condamné de demeurer, durant un temps non inférieur à un mois et n'excédant pas trois ans, dans une commune désignée par la sentence, à une distance d'au moins soixante kilomètres, tant de la commune où a été commis le délit que de celles où, soit les parties lésées, soit le condamné lui-même, ont leur résidence. Si le condamné transgresse l'obligation susdite, la peine du *confinement* est convertie en celle de la détention pour le temps de *confinement* qui restait à courir (art. 18, C. pén.).]

(52) Interdiction des fonctions publiques (C. pén., art. 20, 31, 34, 35) interdiction légale (art. 33), privation de la puissance paternelle, de l'autorité maritale et de la capacité de *tester* (art. 33, al. 1 et 2), *suspension* de l'exercice d'une profession ou d'un art (art. 25, 35).

(53) Amende en matière de délit (*multa*) (C. pén., art. 19), et en matière de contravention (*ammenda*) (C. pén., art. 21).

(54) C. pén., art. 19, 22 : Dispositions pour la mise en vigueur du Code pénal, art. 6.

(55) C. pén., art. 26, 27 (réprimande substituée à la peine corporelle avec obligation de payer une amende en cas de nouvelle infraction).

(56) C. pén., art. 18 [Voir *suprà*, note 51 bis, la définition de la peine du *confinement*].

(57) Il s'agit donc d'une véritable obligation de droit public et dans ce cas, l'élément fondamental du droit subjectif de punir est précisément — comme dans les droits privés d'obligations (V. Scialoia, *Lezioni sulle obbligazioni*, 1898-1899, p. 119) — représenté par une pure action juridique (*pretesa*) ; la faculté d'agir du sujet actif n'est qu'une voie secondaire, le moyen de faire sortir la *pretesa* à effet ; par exemple, dans le paiement d'une peine pécuniaire.

la liberté individuelle) (58), il est toujours ramené à un « *aliquid pati* » (59), ce en quoi consiste l'essence même de la peine (60).

(58) C. pén., art. 19, 24, 26 dernier alinéa, 27 ; en ce qui concerne le confinement, Cfr., art. 18. A cet égard, Impallomeni observe justement dans son ouvrage intitulé *Fondamento scientifico del diritto penale* dans les *studi giuridici per le onoranze a Francesco Carrara*, Lucques, 1899 (p. 461-478), à la page 477, que « la coaction organique que l'Etat exerce au moyen de la peine consiste dans une souffrance infligée à l'auteur du délit ; et ce qui la distingue généralement de la coaction du droit civil, c'est d'être personnelle, c'est-à-dire qu'elle consiste en une perte ou une diminution des droits personnels ; même lorsque la peine est une diminution de patrimoine, elle se résout, au cas d'insolvabilité, en une restriction de la liberté personnelle. »

(59) Le délinquant n'est pas forcé, pour cela, d'aider à l'exécution de la peine ou de la faciliter ; il doit seulement la souffrir. V. Binding, *Handbuch*, § 102, p. 484.

(60) Binding, *Grundriss d. gem. deutsch. Strafrechts*, § 87, p. 166, a très bien défini la peine : « La peine est une perte de droits ou de biens juridiques que l'Etat inflige à un délinquant par les voies légales, en réparation de son irréparable violation du droit, afin de maintenir l'autorité de la loi transgressée. » D'autre part (*Handbuch d. Straf.*, § 102, p. 483), définit ainsi le droit de punir : « Le droit de punir est le droit de l'Etat d'enlever des droits ou des biens de droits appartenant à un délinquant dont l'acte relève de ses lois et dont la personne relève de son pouvoir de punir, et qui peut recevoir, comme tel, les maux qui lui sont infligés. »

V. aussi Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, vol. I, Leipzig, 1890, p. 106 ; Merkel, *Juristische Encyclopädie*, § 307, p. 112 ; *Lehrbuch des deutsch. Strafrechts*, § 65, p. 175. Comp. Liszt, *Lehrbuch d. deutsch. Strafrechts* (10^e éd.), § 58. V. aussi Meyer (H.), *Lehrbuch des deutsch. Strafrechts*, Leipzig, 1895, § 2 p. 3 ; Carrara, *Programma*, partie générale, vol. I, Lucques, 1871, § 534. Il n'est pas possible de s'appesantir ici sur la conception de la peine ; il nous suffira d'indiquer que si on l'envisage comme étant précisément la perte d'un bien juridique à raison de la violation d'un bien juridique, on aboutit, selon nous, au concept de la peine prise comme rétribution juridique. Dès l'instant que la perte ou la violation d'un « bien » juridique est naturellement un « mal » ou plutôt un « dommage » dans le sens juridique, la définition de la peine se résume en ceci, qu'elle est le dommage juridique infligé par l'Etat à la personne du délinquant à raison du dommage causé sans droit par ce dernier à la personne lésée et, par voie réflexe, à l'Etat lui-même, un « *damnum jure datum* pour un *damnum injuria datum* ». En cela consiste la rétribution. Dans la peine — considérée comme rétribution juridique — se rencontre la mise en action par le droit positif de la faculté d'exiger qu'a la « justice » *sum cuique (necessarium) tribuendi*, c'est-à-dire de cette faculté qui, par l'effet de la loi de causalité naturelle se traduisant comme une nécessité sociale, veut que, dans les rapports entre l'individu et la société, toute action individuelle bonne ou mauvaise soit suivie d'une réaction (sociale et politique) correspondante : pour le bien, le bien ; pour le mal, le mal. On y trouve aussi, juridiquement mise en œuvre, la nécessité de la proportion pénale, c'est-à-dire du *quantum* voulu. (Sur la notion de la rétribution, voyez spécialement comme étant conforme à notre point de vue : Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig, 1867, I, p. 104 et s. ; *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht*, Strasbourg, 1892, *Lehrbuch d. deutsch. Strafrechts*, §§ 69 et 70, p. 187-194 ; Berolzheimer, *Die Entgeltung im Strafrecht*, Munich, 1903 :

De même que tout autre rapport juridique, le rapport pénal parcourt ainsi comme un cycle de vie : il naît, se transforme et s'éteint (61). Les faits qui déterminent sa naissance, ses transformations ou son extinction, sont les faits juridiques pénaux (62). Parmi ces faits, certains ont une importance toute particulière, par exemple, celui qui détermine l'origine et, par suite, la nature du rapport juridique pénal: le délit, c'est-à-dire l'acte humain imputable et illicite produisant la conséquence juridique spéciale qui est précisément la peine (63).

* *

Le droit subjectif de punir, envisagé dans son ensemble, appa-

p. 533). Sur la notion de justice dans le domaine pénal, V. dans le même sens : Heimberger, *Der Begriff der Gerechtigkeit im Strafrecht*, Leipzig, 1903, p. 3-35. La rétribution n'est pas la fin, mais la manière d'être, de la peine. La peine, au point de vue juridique (Rechstrafe) est simplement le moyen juridique direct de la réalisation de cette fin sociale (à ce sujet V. *infra*) (Cfr. Stooss, *Verbrechen und Strafe* dans la *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, année XIV, p. 385 et s. ; Lammasch, *Zwecke und Mittel der Strafe*, *Zeitschrift de Listz*, 1889, vol. IX, p. 423). En réalité, elle constitue l'objet de la *pretesa* juridique pénale laquelle, comme puissance de *vouloir* attribuée à l'Etat par le droit pénal objectif, est nécessairement un moyen direct de réaliser un but social (autrement dit de réaliser un bien ou un intérêt).

(61) Sur l'origine du rapport juridique pénal, V. Binding, *Handbuch d. deutsch. Strafrechts*, § 109, p. 498 et s. ; § 124, p. 538 et s. ; sur sa transformation, V. le même auteur, dans l'ouvrage cité ci-dessus, §§ 106, 107, 108, p. 492-497 ; sur son extinction, Binding, *Handbuch*, § 156 et s., p. 808 et s. ; *Grundriss d. gem. deutsch. Strafrechts*, § 106, p. 219 et s. ; Listz, *Lehrbuch d. deutsch. Strafrechts*, § 74, p. 266.

(62) Une théorie générale du fait juridique pénal fait complètement défaut, dans la littérature du droit : ce n'est cependant pas le cas de l'entreprendre ici. Il suffit de remarquer que les faits dont dépendent l'origine, la transformation ou l'extinction du rapport de droit pénal peuvent être des actions juridiques, c'est-à-dire des actes humains juridiques (exemple typique : le délit) ; ou des faits indépendants de la volonté humaine (exemple : l'espace de temps qui produit l'effet juridique extinctif du droit de punir (la prescription)).

(63) D'après l'excellente définition de Listz, *Lehrbuch d. deutsch. Strafr.*, § 26, p. 97, le délit est le tort auquel l'Etat a donné pour sanction la peine, à raison des dangers qu'il présente pour l'ordre juridique. Le tort se présente comme criminel (délit) ou comme tort purement civil (plus exactement privé). C'est l'acte illicite imputable (littéralement : *coupable*) (V. encore les §§ 27-45, p. 101-174). A un point de vue social et philosophique, sans être cependant anti-juridique, Jhering, *Der Zweck im Recht*, vol. I (2^e éd.), Leipzig, 1893, p. 441, définit l'infraction : « le péril apporté aux conditions d'existence de la société, constaté par le législateur comme ne pouvant être écarté que par la peine ». A un point de vue plus juridique, V. Meyer, *Lehrbuch d. deutsch. Strafr.*, § 20 et s., p. 141 et s. ; Merkel, *Lehrbuch d. deutsch. Strafr.*, spécialement §§ 4-8, p. 10-21 ; Binding, *Handbuch d. deutsch. Strafr.*, § 110 et s., p. 500 et s. ; *Grundriss*, § 31 et s. V. aussi mon ouvrage intitulé : *La Riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, n° 43, note 3 et p. 77 de l'Extrait.

rait non seulement comme *faculté* d'agir, comme *action* (*pre-tesa*) et aussi comme rapport juridique, mais encore comme un *intérêt social*. En fait, ainsi que tout autre droit subjectif, il renferme deux éléments : l'un formel : le pouvoir juridique, la garantie ; l'autre matériel : la fin qu'il garantit. Cette fin est naturellement une fin collective, de même que, par voie de conséquence, est collective, ou mieux, sociale et publique, la volonté qui tend à cette fin. Dès lors que la réalisation de chaque fin est un bien ; dès lors que ce qui objectivement est un bien, considéré subjectivement est un intérêt (64), le droit subjectif de punir apparaît comme basé sur un intérêt collectif ou social, un intérêt de l'État. Cet intérêt n'est naturellement pas autre chose que le bien même qui constitue la fin ou l'essence du droit pénal au sens objectif, c'est-à-dire la protection, au moyen de règles juridiques, des biens ou des intérêts de l'humanité dans son existence individuelle et sociale, contre les actes de l'homme qui leur portent atteinte ou les lèsent, en tant que cette protection est nécessaire à la défense et à la conservation de l'État lui-même, pris comme société juridiquement organisée (65). L'intérêt de punir est donc, en soi, un intérêt essentiellement préventif, toutes les fois qu'il y est donné satisfaction à l'aide d'une répression (ou réaction publique) de la part de l'État et sous la forme d'une sanction juridique dont la menace est d'abord abstraite et générale et dont l'application a lieu ensuite d'une façon concrète et particulière dans la personne du coupable.

En fait, la peine, soit qu'on la considère dans la phase (intéressante pour nous) de la menace législative, soit qu'on la considère aussi dans son application effective à l'aide des organes du pou-

(64) Cfr. Jellinek, *System de subj. öff. Rechte*, p. 45 ; contre l'équivalence des mots « bien » et « intérêt », V. Oppenheim, *Die objekte des Verbrechens*, Basel, 1894, p. 27 ; en sens opposé : Stooss, dans la *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. VII, p. 350.

(65) Cfr. Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Extrait de la *Zeitschrift für die gesammte, Strafrechts*, vol. III, p. 1 et s. (Marbourg, 1832), p. 3 et s. ; *Lehrbuch des deutsch. Strafrechts*, § 13, p. 55 : « De même que le but du droit en général est la protection des intérêts humains, de même le but spécifique du droit pénal est la défense coactive des intérêts légitimes auxquels elle est indispensable, défense accomplie par la menace et l'infliction de la peine comme un mal qui atteint le délinquant. » Voyez dans le sens de l'affirmation énergique de la nécessité sociale de cette tutelle : Jhering, *Zweck im Recht.*, I, p. 474 et s. ; Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, 7^e éd., Milan, 1840, vol. I, chap. XVIII, § 297 et s. ; notamment §§ 320 et 332.

voir judiciaire spécial, a pour fin l'exercice d'une mesure préventive générale sur tous les citoyens juridiquement reconnus capables de comprendre les règles légales et d'y conformer leur conduite, c'est-à-dire sur tous les citoyens ayant la jouissance de leurs droits (66). Le pouvoir juridique de punir est attribué à l'Etat par

(66) Dans le stade de la menace, la peine, d'un côté, fortifie et affermit, par le motif égoïstique de la crainte d'une sanction, les motifs altruistiques d'ordre moral et social qu'a l'individu de ne pas commettre un délit. D'autre part elle contribue à éloigner du délit ceux qui y sont disposés en faisant naître par association dans leur esprit l'idée du mal qu'est la peine avec la pensée du mal qu'est le délit et en ajoutant comme contrepoids dans la balance de leur volonté aux motifs égoïstes de l'acte délictueux, ceux non moins égoïstes qu'engendre la crainte du châtement (prévention générale). Lorsqu'ensuite elle est infligée, la peine reste encore un moyen préventif général, car, d'un côté, elle tend à fortifier l'effet moral de la menace par l'exemple de la réalisation effective, justifiant ainsi par l'insuffisance manifestée de la force psychique l'emploi de la force physique et pour ainsi dire matérielle (coaction), qui caractérise la sanction pénale; d'un autre côté, elle incline à donner satisfaction à la personne lésée, à sa famille et au public ému par l'infraction, en calmant le ressentiment produit par l'offense, en rétablissant la sécurité et la tranquillité sociales et en évitant pour l'avenir les représailles et les vengeances privées. A côté de ce but préventif général et certain, la peine peut avoir, aussi, au moment de son exécution, un but variant selon la nature du délit et du délinquant, but de prévention spéciale à chaque criminel, qui tend à devenir un instrument de défense directe contre le péril de la récidive. En habituant le condamné; à l'aide de l'avertissement du mal que lui a fait éprouver la peine, à se représenter les obstacles qui pourraient se dresser à l'avenir contre les résolutions de sa volonté délictueuse; en développant et affinant chez lui — quand elle le peut — le sens moral et l'instinct social, la répression cherche à faire du coupable un membre utile à la société. Par l'impossibilité matérielle (définitive ou temporaire) où elle le place de commettre de nouveaux délits, lorsque toutefois elle ne produit pas chez lui d'autre résultat, elle a du moins pour conséquence, sinon pour but, d'empêcher le coupable de nuire. V. au point de vue d'une analyse conforme à ce qui précède sur l'idée de la fin, dans le domaine du droit pénal : Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Marbourg, 1882, p. 3 et s.; *Kriminalpolitische Aufgaben* dans la *Zeitschrift* dirigée par lui, vol. IX, X, XI (1889, 1890, 1892), p. 482 et s., 51 et s.; *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe* (*Zeitschrift*, vol. XIII (1893), 325), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 13, sub. III, p. 15-56. V. dans le même sens : Impallomeni, *Fondamento scientifico del diritto penale* dans les *Studi giuridici per le onoranze a Francesco Carrara*, Lucques; 1899, p. 478, sub. VIII; Garraud, *Traité de droit pénal français*, t. I (2^e éd.), Paris, 1898, n^o 41, p. 76-78; Nicoladom, *Die modernen Strafrechtstheorien*, Vienne, 1892, p. 12. — Schmidt (Richard), *Die Aufgabe der Rechtspflege*, Leipzig, 1895, p. 5 et s., bien que partant d'une conception inexacte, c'est-à-dire de la théorie organique de l'Etat, affirme aussi que la fonction pénale est une condition indispensable de l'existence de l'Etat lui-même; il assigne en conséquence à la peine un double but préventif : l'un général, l'autre spécial; mais il fait consister uniquement le premier dans le fait d'agir sur le sentiment public des bons citoyens qui ont l'intention et la volonté de distinguer les actes socialement utiles des actes socialement nuisibles (ce qui comprend, d'après lui, l'idée de ré-

un acte (l'application de la peine) qui déjà ne rentre pas dans la catégorie des actes facultatifs, de ceux que le sujet est libre d'accomplir ou non, mais, au contraire, dans celle des actes obligatoires c'est-à-dire de ceux que le sujet du droit doit absolument effectuer (67). Le droit de punir est donc en même temps, et pour l'Etat même, un devoir juridique de punir (68). En réalité, le but, c'est-à-dire le bien ou l'intérêt qui constitue le droit de punir, est un but non individuel et privé, mais social et public, appartenant à toute la collectivité organisée. Par suite, son application ne peut être laissée à l'arbitraire du sujet, ainsi que cela a lieu lorsqu'il s'agit de droits privés, mais doit, au contraire, appartenir à l'Etat et lui être imposée sous forme d'obligation. L'Etat, en effet, à la différence du simple particulier, non seulement peut, mais nécessairement doit réaliser les fins qui lui sont propres. Le droit subjectif de punir — comme tout autre droit subjectif public (de suprême

tribution), et le second uniquement dans la sécurité de la société en face des délinquants dangereux. — Dans un sens ne différant pas au fond de l'opinion de Liszt, mais envisageant sous un aspect plus unilatéral les fins de la peine, voyez aussi Hrehorovicz, *Die Grundbegriffe des Strafrechts*, 2^e éd., Dorpat, 1882, Vorrede, p. 96 ; Seuffert (H.), *Gutachten für den Juristentag*, 1891, p. 246 et s. ; Iuhr, *Strafrechtspflege und Socialpolitik*, Berlin, 1892, p. 244 ; Appellius, dans la *Zeitschrift für die gesammte Strafr.*, vol. XII (1892), p. 16 ; Thomsen, *Kriminalistische Bekämpfungsmethoden*, Berlin, 1893, p. 38. — En ce qui concerne la direction consciemment réformatrice du droit pénal dans le sens de son but, voyez, dans une opinion diamétralement opposée : Aschaffenburg, *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*, Heidelberg, 1903 (p. XVI-246) ; Velher, *Das Prinzip der Vervollkommnung als Grundlage der Strafrechtsreform*, Berlin, 1900 (notamment p. 307 et s.).

(67) Sur la possibilité de l'existence des droits subjectifs en général, en dehors de la sphère de ce qui est licite ; de même, dans celle des devoirs, V. pour l'affirmative : Romagnosi, *Diritto pubblico universale*, § 181 ; Filomusi, *Enciclopedia*, p. 12, note 2 ; Vanni, *Filosofia del diritto*, Bologne, 1904, p. 120.

(68) Sur le devoir juridique de punir incombant à l'Etat, V. Laistner, *Das Recht im der Strafe*, Munich, 1872, p. 3 et s. ; Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, vol. I (2^e éd.), Leipzig, 1890, p. 487 ; *Handbuch d. deutsch. Strafrechts*, § 38, p. 91 ; *Grundriss d. gem. deutsch. Strafr.*, § 87, p. 170-173. C'est à tort que Binding, tout en considérant le devoir de punir comme un devoir juridique incombant véritablement et spécialement à l'Etat, nie qu'à ce devoir existe et puisse exister comme corrélatif un droit d'action (*pretesa*) de la part d'autrui. Tout devoir, s'il est juridique, est nécessairement exigible, c'est-à-dire qu'il comporte une action corrélatrice de la part d'un autre sujet (Cfr Merkel, *Juristische Encyclopädie*, Berlin, 1900, §§ 5, 18, 146 ; Bierling, *Juristische Principienlehre*, Fribourg, 1894-98, vol. I, § 12, p. 183, et encore Binding, *Handbuch d. deutsch. Strafr.*, § 36, p. 181) ; et lorsqu'un droit d'action ne correspond pas à un devoir, c'est qu'il s'agit alors d'un simple devoir moral.

matie) de l'Etat, correspondant néanmoins à une fonction publique ou sociale (la fonction de *punir*) — implique la nécessité de l'accomplissement de cette fonction, et comporte aussi le devoir d'exercer le droit qu'elle lui confère. Ce devoir de punir incombant à l'Etat est un devoir purement éthique et moral en tant qu'il n'est exigible d'aucun sujet juridique. Mais il se transforme en un véritable devoir juridique, alors qu'à ce devoir correspond, de la part du sujet lésé, le droit d'obliger juridiquement l'Etat à agir en vue de la punition du coupable (droit de plainte). Ce droit à la tutelle juridique pénale, c'est-à-dire à la protection juridique au moyen de la peine, du bien ou de l'intérêt lésé par l'infraction, est un droit public subjectif appartenant à la catégorie des droits civiques (69) et ayant pour objet une prestation positive (obligation de faire) de la part de l'Etat (pouvoir exécutif)(70). Le fondement de ce droit

(69) Sur la nature des droits civiques, V. Jellinek, *System d. subj. öff. Rechte*, p. 82 et suiv., 125 et suiv. ; Romano, *Diritti pubblici subiettivi*, p. 63 et s.

(70) Dans le droit pénal actuel, le droit de plainte (C. proc. pén., art. 2, al. 2) est la seule manifestation du droit subjectif public appartenant à l'offensé pour obtenir la protection juridique pénale de son intérêt lésé par l'infraction. L'opinion commune, dont Borsari est un des défenseurs (V. *Dell'azione penale*, Turin, 1866, p. 371 et s.), alors qu'elle refuse avec raison au droit de plainte le caractère d'un droit d'action pénale, considère à tort la réclamation de la partie lésée (dans les infractions qui ne peuvent être poursuivies que sur sa plainte) comme une simple condition de l'exercice de l'action pénale. Certainement c'est une condition, non de fait (*conditio facti*), mais de droit (*conditio juris*) ; ce n'est pas une condition de l'exercice de l'action pénale, mais de l'exercice du droit de punir, condition d'où dépend précisément l'existence même du droit d'action pénale envisagé comme moyen de parvenir à l'exercice de ce dernier droit. En tant que déclaration de volonté produisant cet effet juridique déterminé, la plainte constitue une action juridique licite et, par suite, l'exercice d'un véritable droit subjectif personnel (droit de plainte). Il consiste dans la faculté qu'a la partie lésée de manifester sa volonté personnelle, son consentement exprès à la poursuite et à la punition du délinquant et, en même temps, dans la mise en demeure de l'Etat d'assurer cette punition. Certes, ce droit ne présuppose pas un droit subjectif du simple particulier à la punition du coupable — droit (de punir) exclusivement réservé à l'Etat —, mais on ne peut cependant nier qu'il soit sous un certain aspect, un droit subjectif. Ce n'est évidemment pas un droit d'action pénale, lequel, même dans les délits dont la poursuite est subordonnée à la plainte de la partie, appartient toujours à l'Etat seul (arg. tiré de l'art. 2, C. pén.) : « L'action pénale est essentiellement *publique* ; elle est exercée par les officiers du ministère public... » Néanmoins, ainsi que le veut Chiovenda (*L'azione nel sistema dei diritti*, Bologne, 1903, p. 77-86 et note 70, p. 95), c'est un droit d'action privée (une action privée pénale, comme le dit encore d'une manière imprécise l'art. 331, C. proc. pén.) compris comme pouvoir de requérir la mise en mouvement de la loi pénale en se conformant à l'intérêt général de punir qu'à l'Etat ; mais c'est aussi un droit subjectif public de la

est l'intérêt qu'a la partie lésée d'obtenir, par la punition infligée, cette satisfaction qui est une des fins de la peine et de voir ainsi calmé le ressentiment que lui a causé l'offense soufferte, et, par suite, rétablies la sécurité et la tranquillité générales en même temps que sa sécurité et sa tranquillité personnelles que les violations ultérieures de ses intérêts juridiques seraient de nature à troubler encore.

partie lésée, et précisément un droit civique en faveur duquel l'Etat, par l'intermédiaire des organes du pouvoir exécutif pénal dont il dispose (officiers du ministère public), met en jeu les règles du droit pénal dans l'intérêt individuel de l'offensé. Ce droit ne doit pas être confondu avec un droit d'action quel qu'il soit (V. dans ce sens Thon, *Rechtsnorm u. subjektives Recht*, Weimar, 1878, p. 136 et suiv., qui cependant en infère à tort qu'il ne s'agit pas là d'un droit subjectif), puisque l'action, qu'elle soit privée (civile) ou politique (pénale), qu'elle appartienne au simple particulier (citoyen) ou à l'Etat, est toujours un droit de poursuite (*prelusa*) public, un droit public subjectif, civique, tendant à une prestation d'ordre juridictionnel, c'est-à-dire à la proclamation du droit objectif par les organes du pouvoir judiciaire, au moyen d'une sentence. En ce qui concerne cette conception doctrinale du droit d'action privée, V. les nombreuses citations de Chiovenda, *op. cit.*, p. 54 et suiv. En particulier, sur la notion du droit d'action pénale, V. mon ouvrage sur les *Riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, n° 44, p. 81 de l'Extrait et avec plus de détails : Bierling, *Strafrechtsverhältniss und Strafprozess rechtsverhältniss*, dans la *Zeitschrift für die ges. Strafrecht*, vol. X, p. 251 et suiv.

