



Livre

2015

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le délit de commission par omission : éléments de droit suisse et comparé

Dan, Adrian

How to cite

DAN, Adrian. Le délit de commission par omission : éléments de droit suisse et comparé. Genève : Schulthess éd. romandes, 2015. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:83442>

Adrian Dan

Le délit de commission
par omission : éléments
de droit suisse et comparé



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

Schulthess §
ÉDITIONS ROMANDES

CG
Collection
Genevoise

Adrian Dan

Le délit de commission par omission :
éléments de droit suisse et comparé



Adrian Dan

Le délit de commission
par omission : éléments
de droit suisse et comparé



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



2015

Thèse n° 822 de la Faculté de droit de l'Université de Genève

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là une opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2015

ISBN 978-3-7255-8538-0

ISBN Collection genevoise: 1661-8963

www.schulthess.com

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont en premier lieu à ma directrice de thèse, Madame la Professeure Ursula CASSANI, pour sa disponibilité, sa patience et son sens de la précision.

Je tiens à également remercier Monsieur le Professeur Robert ROTH, membre du jury et Professeur à la Faculté, pour les nombreuses discussions, les conseils qu'il m'a prodigués, parfois nonobstant la distance géographique, et l'intérêt dont il a fait preuve à l'égard de mon travail.

De même je remercie Monsieur le Professeur Bernhard STRÄULI, membre du jury et Professeur à la Faculté, pour les discussions que nous avons eues et ses remarques qui m'ont permis d'avancer dans mes réflexions.

J'adresse des remerciements particuliers à Monsieur le Professeur Laurent MOREILLON qui a accepté de faire partie de mon jury de thèse et dont le travail a été une source d'inspiration dans le cadre de mes recherches.

Madame la Doyenne de la Faculté, la Professeure Christine CHAPPUIS, a eu la tâche délicate de présider la séance de soutenance et je l'en remercie.

Une thèse est le résultat de rencontres, expériences et discussions diverses. Un grand merci à toutes celles et tous ceux qui ont par leurs paroles ou leurs actes influencé le présent travail, particulièrement mes collègues au Département de Droit pénal et plus largement ceux de la Faculté.

Je tiens ici à remercier ma mère Emilia, ma sœur Delia, son mari Alexander et mon père Viorel, qui ont chacun à leur manière fait de moi la personne que je suis et donc façonné ce texte. Je les remercie de leur soutien et de leurs encouragements, en tous les instants.

Enfin, je souhaite remercier Marianne qui m'a soutenu tout au long de ce travail et qui a eu la délicatesse de ne jamais prendre ombrage de la concurrence que représente la rédaction d'une thèse.

Genève, le 21 août 2014

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	V
---------------------	---

I

Introduction	1
---------------------------	----------

II

« Agir » ou « omettre » du point de vue philosophique	9
2.1 Distinction entre acte et omission	11
2.1.1 Acte	12
2.1.2 Nature et définition de l'« omission »	13
2.1.2.1 Non-réalisation d'un acte défini	15
2.1.2.2 Possibilité d'agir pour l'auteur	16
2.2 Le reproche	18
2.3 Equivalence morale entre acte et omission ?	19
2.4 Conclusion	25

III

La commission par omission en droit suisse	27
3.1 La place de la commission par omission dans la systématique du Code pénal suisse	30
3.2 La commission par omission et le principe de la légalité	31
3.3 Le lieu de la « commission » des délits de commission par omission	34
3.4 Délimitation entre la commission et l'omission	36
3.4.1 Introduction	36
3.4.2 Définitions	40
3.4.2.1 Les délits de commission	40

3.4.2.2	Les délits d'omission	41
3.4.2.2.1	Les délits d'omission proprement dits	41
3.4.2.2.2	Les délits de commission par omission	42
3.4.3	La relation entre la commission et la commission par omission	46
3.4.3.1	Introduction	46
3.4.3.2	La théorie du poids prépondérant du comportement (« <i>Schwerpunkttheorie</i> »)	49
3.4.3.3	Le principe de subsidiarité	49
3.4.3.4	La combinaison entre la théorie de l'élément prépondérant du comportement et le principe de subsidiarité	50
3.4.4	Analyse critique et proposition de solution	52
3.4.4.1	Analyse critique	52
3.4.4.1.1	La théorie du poids prépondérant du comportement	52
3.4.4.1.2	Le principe de subsidiarité	53
3.4.4.1.3	La combinaison entre la théorie de l'élément prépondérant du comportement et le principe de subsidiarité	61
3.4.4.2	Proposition de solution	67
3.4.4.2.1	La relativité de la qualification	67
3.4.4.2.2	Le caractère « graduel » de la qualification du comportement	70
3.4.4.2.3	L'application du principe de subsidiarité	72
3.4.5	Conclusion	75
3.5	La position de garant	76
3.5.1	Le garant	77
3.5.2	La nature du « devoir »	78
3.5.2.1	Un devoir juridique	78
3.5.2.2	Un devoir d'agir	80
3.5.2.2.1	Un bien juridique pénalement protégé	81
3.5.2.2.2	L'étendue et les modalités de la protection « garantie »	82
3.5.2.3	Synthèse	84

3.5.3	Les sources du devoir d'agir	85
3.5.3.1	La loi	87
3.5.3.1.1	Loi au sens formel	88
3.5.3.1.2	Loi au sens matériel	89
3.5.4	Le contrat	90
3.5.5	La communauté de risques librement consentie	94
3.5.6	La création d'un risque	96
3.5.7	Les « autres » sources	99
3.5.7.1	La prise en charge volontaire	99
3.5.7.2	L'attente suscitée d'une protection	100
3.5.7.3	La communauté étroite de vie	100
3.5.7.3.1	Le concubinage de partenaires homosexuels	102
3.5.7.3.2	Le concubinage de partenaires hétérosexuels	102
3.5.7.4	La responsabilité du chef d'entreprise	103
3.5.7.5	La responsabilité des organes	106
3.5.7.6	Une décision	107
3.5.7.7	La gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss CO)	107
3.5.8	Conclusion	108
3.6	La possibilité pour le garant d'agir	111
3.7	L'impossibilité pour la victime de se défendre	114
3.7.1	La notion de « victime »	116
3.7.2	L'impossibilité de se défendre	116
3.7.2.1	Distinctions en fonction du bien juridique protégé	117
3.7.2.2	Distinctions en fonction de la nature du devoir juridique d'agir	118
3.7.3	Conclusion	119
3.8	La causalité	120
3.8.1	Introduction	120
3.8.2	En matière de délits de commission par omission	121
3.8.2.1	La théorie de l'augmentation du risque	122
3.8.2.2	La théorie de la probabilité	123
3.8.2.3	Notre position	124

3.8.3	Conclusion	126
3.9	La culpabilité	126
3.9.1	L'intention	127
3.9.1.1	En général	127
3.9.1.2	En matière de délits de commission par omission	128
3.9.2	La négligence	132
3.9.2.1	Les délits de commission et la négligence	133
3.9.2.2	Les délits de commission par omission et la négligence	133
3.9.2.2.1	L'avis de la doctrine et de la jurisprudence	133
3.9.2.2.2	Notre position	136
3.9.3	Conclusion	139
3.10	La clause d'équivalence	140
3.10.1	Equivalence morale	140
3.10.2	Equivalence juridique	141
3.10.2.1	Aperçu des différentes positions soutenues en doctrine	141
3.10.2.2	Notre position	144
3.10.3	Conclusion	149
3.11	L'atténuation de la peine	150
3.11.1	Les motifs de son introduction à l'art. 11 al. 4 CP	150
3.11.2	Notre position	152
3.12	La participation	153
3.12.1	La participation à titre principal	154
3.12.1.1	Introduction	154
3.12.1.2	La participation par omission, à titre principal	156
3.12.1.3	Notre solution	157
3.12.2	La participation à titre secondaire	159
3.12.2.1	Introduction	159
3.12.2.2	La participation par omission, à titre accessoire	160
3.12.2.3	Notre solution	161
3.12.3	Le concours en matière de participation	164
3.12.3.1	Dans le cas d'une commission	164

3.12.3.2	Notre solution dans le cas d'une commission par omission	164
3.12.4	Conclusion	165
3.13	Les degrés de réalisation	166
3.14	Le concours	168
3.15	La prescription	170
3.16	Deux exemples tirés de la jurisprudence du Tribunal fédéral	171
3.16.1	Le blanchiment d'argent par omission (ATF 136 IV 188)	171
3.16.1.1	L'état de fait	171
3.16.1.2	Le raisonnement du Tribunal fédéral et le résultat auquel il aboutit	171
3.16.1.3	Les points saillants de l'arrêt	173
3.16.1.4	Conclusion	175
3.16.2	Le faux dans les titres par omission (6B_844/2011)	176
3.16.2.1	L'état de fait	176
3.16.2.2	Le raisonnement du Tribunal et le résultat auquel il aboutit	177
3.16.2.3	L'analyse et la critique de l'arrêt	178
3.16.2.4	Conclusion	181
3.17	Conclusion pour le droit suisse	182

IV

La commission par omission en droit comparé : illustration des approches possibles 185

4.1	Allemagne	187
4.1.1	La distinction entre la commission et l'omission	189
4.1.2	La position de garant	190
4.1.3	La clause d'équivalence	193
4.1.4	L'existence d'une situation typique	196
4.1.5	Le garant n'adopte pas le comportement attendu de lui	196
4.1.6	La possibilité pour le garant d'agir	197
4.1.7	La « causalité »	198
4.1.8	Conclusion pour le droit allemand	201

4.2	France	201
4.2.1	Introduction	201
4.2.2	Le traitement de l'« omission » en droit français	203
4.2.2.1	Dans la doctrine	203
4.2.2.2	Dans la loi	203
4.2.2.3	Dans la jurisprudence	205
4.2.3	Conclusion pour le droit français	208
4.3	Conclusion pour le droit comparé	211

V

Conclusion	215
-------------------------	------------

BIBLIOGRAPHIE	223
---------------------	------------

Introduction

Commettre en omettant : deux notions qui semblent apparemment inconciliables. Pourtant, c'est sous le titre « commission par omission » que le droit pénal suisse réprime une manière particulière de violer une disposition pénale. Le parent qui laisse son bébé mourir de faim, le chef qui « reste passif » alors que les personnes sur le chantier ne respectent pas les règles de sécurité et en meurent, le chef d'entreprise qui « ne fait rien » alors que des employés commettent des infractions ou le mari qui « abandonne » sa femme en montagne : ce ne sont qu'une partie des situations que le droit pénal appréhende « traditionnellement » sous l'angle de la commission par omission. 1

Le législateur, la jurisprudence et la doctrine suisses admettent en effet l'idée de punir une personne pour un comportement qui relève de ce qu'il est convenu d'appeler une « omission » qui n'est pas réprimée expressément dans une disposition pénale. Un tel mécanisme peut paraître pour le moins intrigant dans une matière comme le droit pénal gouvernée par le principe de la légalité. Comment peut-on sanctionner une personne qui n'a pas eu de comportement réprimé par une disposition pénale spéciale ? Comment lui adresser un reproche alors que le comportement qu'elle a adopté ne s'inscrit dans aucune des nombreuses interdictions que le droit pénal prévoit et alors qu'aucune disposition pénale ne l'obligeait à agir différemment ? Et, surtout, comment parvenir à éviter que des ces « omissions » ne soient sanctionnées en violation du principe de la légalité ? C'est entre autres à ces questions que répond la figure de la commission par omission. 2

La répression de ce type de comportements est ainsi connue depuis des dizaines d'années en Suisse, et depuis plus longtemps encore dans certains droits étrangers. Au vu des problèmes qui peuvent se poser lors de son application, cette construction a fait l'objet de vifs débats doctrinaux dans plusieurs ordres juridiques. Ces discussions ont également trouvé de nombreux échos dans la doctrine et la jurisprudence suisse très fournies en la matière. La jurisprudence ainsi est le reflet non seulement des avancées sur le plan dogmatique, mais aussi d'une réalité qui veut que le nombre de cas dans lesquels l'auteur est puni pour avoir commis en omettant n'est pas négligeable. 3

4 Déjà largement admise, la figure de la commission par omission paraît vouée à connaître une augmentation de ses cas d'application. Il est difficile de dire si l'introduction d'une disposition dans la partie générale du CP est l'élément déclencheur pour que le TF rende en peu de temps des décisions de principe au sujet de questions jusqu'alors jamais tranchés en lien avec la figure de la commission par omission ; cette hypothèse n'est en tout état pas exclue. Il est par contre plus aisé de constater que le nombre de cas dans lesquels se pose la question d'une omission croît inexorablement. La raison première réside dans la multiplication de normes qui tendent à réglementer de manière précise des domaines de plus en plus étendus. Elles se retrouvent dans les textes légaux et également dans des textes qui relèvent de l'« auto-régulation » au sens large, comme les Directives de l'Académie suisse des sciences médicales ou celles de l'Association suisse des banquiers. Ces dispositions tendent à prescrire des comportements particuliers à adopter dans un domaine précis. L'introduction de l'art. 11 CP est l'occasion idéale pour nous de vérifier que la figure de la commission par omission est une construction cohérente et qu'elle est à même de garantir la sécurité juridique voulue par le législateur, ceci nonobstant les nombre de situations parfois inédites auxquelles elle est censée répondre.

5 Dès le début de nos lectures relatives à cette construction juridique, nous avons constaté que la majorité des contributions en droit suisse sont en langue allemande. Elles sont également parcellaires. Devant l'étendue du sujet, les auteurs ont en effet pratiquement toujours choisi de ne traiter de manière spécifique qu'un aspect à la fois. Même en incluant les manuels généraux de droit pénal, il n'existe pas de travail de recherche, encore moins en langue française, qui traite de l'ensemble des questions que pose la commission par omission – certaines questions n'étant même jamais abordées en lien avec cette construction. La nature du procès pénal impose par ailleurs que les juges se limitent aux questions qui leur sont soumises dans chaque cas d'espèce. Il en découle ici aussi de manière inévitable un aspect « sectoriel », parfois lacunaire, dans le traitement de la matière, ceci malgré le souci des tribunaux de maintenir la cohésion de leur jurisprudence.

6 Nous entendons donc traiter dans un texte bref de la figure de la commission par omission telle que le droit pénal suisse la conçoit et la pratique. Cette démarche vise principalement un double but. D'une part, il s'agit de veiller à ce que les différents apports doctrinaux et jurisprudentiels forment un tout cohérent et fonctionnel. D'autre part, l'ensemble doit être suffisamment solide et clair afin de pouvoir répondre aux questions qui pourraient se poser au praticien, au théoricien, mais aussi à l'étudiant, qui

souhaiteraient avoir dans un même texte en langue française l'ensemble des questions spécifiques que pose la commission par omission.

Pour pouvoir atteindre ces buts, nous avons bien évidemment dû faire des choix. Puisque laisser de côté certains éléments « constitutifs » de la commission par omission n'était pas une option envisagée, nos choix ont porté sur la manière d'aborder chaque point particulier de l'analyse. Nous privilégierons donc la clarté et la concision et non l'exhaustivité. Pour chaque partie de notre travail, nous tenterons de synthétiser et organiser la matière, sans trop condenser.

Avant de parvenir à construire l'ensemble, il est impératif de définir les éléments indispensables – nous pensons ici en premier lieu à des notions telles que « action », « acte » et « omission ». Ceci rendra possible la distinction lors de l'analyse d'un délit de commission par omission entre une commission et une omission. A ce titre, la définition de ce qu'est une omission ne peut se contenter d'être simplement relative et *a contrario* de celle de la notion d'« acte » ou, terme plus parlant pour un pénaliste, « commission ». S'agissant de la définition de ces notions, le droit pénal a été profondément influencé par la philosophie. Pour le sujet qui nous intéresse particulièrement, la philosophie a traité notamment de la nature de l'omission de même que du jugement moral qui y est attaché. C'est donc tout naturellement que la première partie de notre travail aborde le point de vue de la philosophie et étudie des apports de celle-ci dans le domaine qui nous occupe.

La philosophie nous permettra en effet de préciser la notion d'« omission » et les éléments qui la composent. Au risque de mettre fin au suspense, nous tenons d'emblée à préciser que l'omission est comprise dans ce travail dans le sens de « laisser faire »¹ et non pas « ne pas faire », « omettre de faire » ou « ne rien faire ». En droit pénal, la notion d'omission dans le contexte de l'art. 11 CP sera comprise en référence à la violation du devoir de faire ; « [celui] qui aura [...] tué », de l'art. 111 CP devient ainsi : « celui qui aura laissé mourir/se faire tuer, alors qu'il devait agir pour l'empêcher ». S'il est probablement téméraire de définir cette notion avant d'en avoir exposé les éléments qui la composent, que ce soit sous l'angle philosophique ou du droit pénal, nous estimons qu'il est, du point de vue de l'exposé, beaucoup plus agréable pour le lecteur de le savoir dès à présent.

¹ Sur cette notion en philosophie, cf. Foot, p. 19 ss. Pour une définition de l'omission en philosophie, cf. point 2.1.2 ; en droit pénal, cf. point 3.4.2.2.

10 Le recours à la philosophie visera également à aborder la question particulière du « reproche » qui est « attaché » à la notion d'omission. Caractériser ce reproche et en expliciter la fonction facilitera la compréhension de la notion d'« omission » en droit pénal. Le droit pénal basé sur la faute ne peut en effet se dispenser d'une telle analyse, particulièrement en matière de délit de commission par omission. Pour ce type de délits, le législateur a en effet expressément posé la condition de l'existence d'un reproche équivalent à celui attaché au délit de commission.

11 Une fois la notion d'omission définie, ses composantes en droit pénal seront spécifiquement abordées. Le point caractéristique à cet égard en matière de délits de commission par omission est l'existence d'une position de garant. Cette notion a donné lieu à une discussion abondante. Elle reste cependant fréquemment délicate à appréhender en pratique. L'approche « par catégories » des différents devoirs qui en sont la source ne nous apparaît pas adéquate. Nous entendons donc fournir une méthode qui permette, indépendamment du type de devoir ou de sa source, de décider dans un cas concret si celui-ci est à même de fonder une position de garant. Cette méthode vise à permettre en outre de répondre au souci du respect du principe de la légalité. Une des critiques adressée parfois à la figure de la commission par omission est en effet celle du risque de violer ledit principe.

12 Un autre point dont l'analyse est parfois délicate en matière de commission par omission est celui de la causalité : comment une omission peut-elle causer un résultat ? La relation qu'entretient une omission avec le « résultat » a été en partie explicitée mais est loin d'être claire sur le plan dogmatique, malgré les différentes théories avancées. Nous proposerons une manière d'envisager ce lien qui permette une analyse plus aisée de la causalité en matière de délits de commission par omission. Notre solution pourra trouver application en matière de délits d'omission proprement dits également.

13 La question de la relation entre la négligence et les délits de commission par omission se pose pareillement de manière fréquente en pratique. Lorsqu'il s'agit de traiter d'un délit de commission par omission par négligence, les juges n'opèrent de plus pas nécessairement de distinction claire entre les devoirs de prudence et les devoirs de garant. Cette manière de faire rend l'analyse confuse et sujette au risque que sous couvert d'une commission par omission par négligence l'on étende la punissabilité à des personnes qui n'occupent précisément pas de position de garant, voire ont « commis ».

14 S'agissant de la structure que nous avons choisie, l'analyse juridique proprement dite débutera naturellement par la question de la place systé-

matique de la commission par omission dans le Code pénal. L'étude du choix opéré par le législateur permettra au lecteur de mieux comprendre certaines des solutions retenues à l'art. 11 CP. La question de la conformité de la commission par omission au principe de la légalité sera le second sujet de cette partie juridique. La question de la localisation de l'omission sera traitée dans une troisième partie. L'analyse quant au fond traitera la question qui se pose souvent en premier dans la pratique, à savoir celle de la distinction entre la commission et l'omission. Cette partie sera le lieu de définir en droit pénal et sur la base des enseignements tirés de la philosophie la notion d'« omission ». La « position de garant » fera l'objet d'une cinquième partie dans laquelle nous aborderons les sources que la loi mentionne, mais aussi celles que le législateur n'a pas listées. Dans une sixième et septième partie respectivement, nous aborderons les questions de la possibilité pour le garant d'agir et celle, qui pourrait être son pendant, soit la capacité de la victime à se défendre. Seront abordées par la suite, et dans cet ordre, la question de la causalité, de la culpabilité, de la clause d'équivalence, de l'atténuation de la peine, de la participation à l'infraction, de la tentative au sens large et enfin celle du concours. Nous terminerons la partie relative au droit suisse en abordant la question de la prescription en matière de délits de commission par omission, puis nous conclurons.

Nous l'avons déjà mentionné, le droit suisse n'est pas le seul à s'être posé la question de la manière dont les délits de commission par omission devaient être appréhendés. Parmi les ordres juridiques qui nous entourent, ceux de nos deux grands voisins immédiats, la France et l'Allemagne, constituent des illustrations particulièrement intéressantes pour le juriste suisse. Le droit allemand a adopté cette figure juridique depuis de nombreuses années, ce qui a été un élément supplémentaire favorisant l'inspiration des tribunaux, puis du législateur, suisses. Il sera dès lors intéressant de voir certains aspects pour lesquels le droit allemand a été un précurseur. Le droit français sera abordé afin d'illustrer une approche différente de celle choisie en Suisse. Les choix opérés en droit français permettront de discuter de l'opportunité et du bien-fondé de la voie que nous avons choisie à l'art. 11 CP.

15

**« Agir » ou « omettre »
du point de vue philosophique**

Dans le cadre de notre étude, il nous est impossible de rendre compte de tous les domaines et travaux qui ont abordé cette question². Il nous paraît cependant important d'exposer brièvement quelques éléments apportés par la philosophie, tant les influences de cette discipline sont perceptibles en droit, de même que les problèmes juridiques sont débattus en philosophie, par ARISTOTE déjà³. 16

Nous aborderons, dans le cadre de notre travail, uniquement ce qui nous semble être le strict minimum pour pouvoir comprendre le traitement reçu en philosophie par les « omissions ». Les sujets aussi intéressants que la « volonté », la « liberté », le « libre arbitre » ou encore les apports, entre autres, de KANT et HEGEL quant à la notion d'acte ne feront pas l'objet d'une partie dédiée, malgré l'intérêt que nous leur portons. 17

Cette partie de notre travail aura pour sujet la relation entre un acte et une omission du point de vue philosophique. Nous analyserons, dans un premier temps, la distinction faite entre l'acte et l'omission en définissant, tout d'abord, ces termes, puis nous aborderons la notion de « reproche » et terminerons enfin par le sujet de l'équivalence sur le plan moral entre l'acte et l'omission. 18

2.1 Distinction entre acte et omission

La discussion de la distinction entre l'acte et l'omission n'est pas nouvelle, puisqu'elle existait déjà chez THOMAS D'AQUIN, par exemple⁴. Cependant, elle a bénéficié d'un regain d'intérêt au gré des différentes discussions qui ont eu 19

² A titre d'illustration nous pouvons, par exemple, penser à l'Ancien Testament qui prévoit la punition du maître dans le cas où son bœuf, qu'il n'a pas surveillé alors qu'il le savait dangereux, tue une personne, Ancien Testament, Exode, 21.29.

³ ARISTOTE, Livre III, *passim*. Pour illustrer cela, il suffit de penser au nombre de termes employés en droit pour traiter de la relation entre la commission et l'omission : *Begehungsgleichheit, Entsprechung, Gleichstellung, Gleichwertigkeit, Handlungsäquivalenz*. Cela démontre un certain intérêt pour cette discussion. Enumération tirée de HERZBERG, p. 7.

⁴ Cf. point 2.3. THOMAS D'AQUIN (1224/25 - 1274), philosophe et théologien italien.

lieu parmi les auteurs, notamment ceux qui sont partisans de l'utilitarisme⁵ et d'autres théories conséquentialistes⁶.

- 20 Il convient de définir les termes « acte » et « omission » en philosophie, avant de nous intéresser à la distinction qui peut être faite entre le fait d'« agir » et le fait d'« omettre ».

2.1.1 Acte

- 21 La notion d'« acte » a beaucoup occupé les philosophes, particulièrement en lien avec les discussions relatives au « libre arbitre ». Parmi la multitude de définitions de la notion d'acte, nous en avons retenu trois qui nous paraissent suffisamment claires et concises pour expliquer cette notion de manière adéquate, au vu de notre propos.

- 22 Selon la définition proposée par DERBOLAV, « Handlung [...] ist die Umsetzung eines gewollten (oder gesollten) Zweckes in die Realität im Gegensatz zur Herstellung eines Werkes [...], doch schliesst [Handlung] im weiteren Sinn häufig auch Herstellung mit ein ». Cet auteur donne également la définition de ce qui est considéré comme un « acte » en philosophie : « [a]ls < Tat > bezeichnet man in der Regel das Ergebnis der [Handlung] mit Einschluss seiner Folgen »⁷.

- 23 BIRNBACHER définit le fait d'agir comme « die Ausführung von Körperbewegungen oder inneren Akten, die für die jeweilige Handlung *h konstitutiv* sind »⁸. Cet auteur vise tant les actes internes qu'externes. Au sujet des ces deux aspects que peuvent revêtir les actes, BENTHAM donne la définition suivante : « [by] external, are meant corporal acts; acts of the body: by internal, mental acts; acts of the mind »⁹.

⁵ « L'utilitarisme est une théorie morale qui permet de coordonner de manière précise l'évaluation et l'action morales. Il possède *trois* dimensions essentielles : un critère du bien et du mal (*welfarisme*), un impératif moral : maximiser ce bien (*prescriptivisme*), une règle d'évaluation de l'action morale grâce à ce critère (*conséquentialisme*) », AUDARD, p. 1657. Ses plus éminents représentants sont BENTHAM et MILL.

⁶ HOSSFELD, p. 7. Le terme « conséquentialisme » se réfère aux théories morales qui se basent sur les conséquences d'un acte donné pour juger sur le plan moral dudit acte. En tant que ces théories adoptent une perspective téléologique, elles s'opposent au kantisme qui adopte, lui, une perspective déontologique. Pour plus de détails sur les théories conséquentialistes, cf. PETTIT, p. 329 ss.

⁷ DERBOLAV, p. 992. Sur la notion d'« acte », cf., par exemple, BENNETT, Act, *in toto* ; BENTHAM, p. 74 ss ; THOMSON, *in toto*.

⁸ BIRNBACHER, p. 34.

⁹ BENTHAM, p. 76.

Pour VON WRIGHT, la définition de l'acte est la suivante : « [an] act is not a change in the world. [...] To act is, in a sense, to *interfere* with < the course of nature > ». Cet auteur lie la notion d'acte à celle d'« évènement »¹⁰. Il distingue ainsi entre l'acte lui-même et le fait qu'un évènement survienne. 24

2.1.2 Nature et définition de l'« omission »

La notion d'« omission », bien que claire en apparence, pose de nombreuses difficultés dès lors qu'il s'agit de la définir et la circonscrire. 25

Dans le langage courant, il est fréquemment possible de décrire un même comportement de manière soit active, soit passive¹¹. Selon SEEBASS, « ne rien faire » en apparence, peut, dans le cas des omissions, avoir un statut de « faire »¹². Des actes peuvent aussi être parfois décrits comme des omissions dans le langage courant, lorsque l'on souhaite insister sur l'aspect « mauvais comportement »¹³. 26

La constatation que des comportements actifs sont désignés comme des omissions et des comportements passifs comme des actes doit être mise en relation avec le fait que la description d'un comportement est faite, bien souvent, non pas en tenant compte uniquement du comportement physique, mais qu'elle renferme aussi les indications quant aux buts et fonctions, causes et conséquences, contexte et signification dudit comportement. Le langage courant s'intéresse surtout à certains aspects normatifs et fonctionnels du comportement, non à décrire celui-ci de manière adéquate ou précise¹⁴. Il en découle ainsi une certaine relativité lorsqu'il s'agit de qualifier un comportement donné¹⁵, ce qui peut ajouter à la difficulté de définir ce qu'est une « omission ». Pour identifier celle-ci, les auteurs ne s'arrêtent pas à l'emploi qui en est fait dans le langage courant, mais recherchent quels sont les éléments indispensables pour que l'on puisse parler d'« omission ». 27

¹⁰ « An event [...] is a transition from one state of affairs to another, or from a state to a process, or from a process to a state; or it is a transformation of processes », VON WRIGHT, p. 36.

¹¹ BENTHAM, p. 76 ; BOTROS, Acte, p. 3 ; HOSSFELD, p. 11.

¹² SEEBASS, p. 258, note 99. BENNETT parle de négativité *de dicto* au sujet des omissions, par opposition à négativité *de re*, BENNETT, Morality, p. 54.

¹³ BIRNBACHER, p. 25.

¹⁴ BIRNBACHER, p. 26 s. ; GRUBMILLER, p. 28 s. ; HOSSFELD, p. 11. Ainsi, LADD, par exemple : « What is to be taken as central in describing acts is basically an ethical issue and one that can be described only on ethical grounds », LADD, p. 179.

¹⁵ Sur la relativité de la qualification en droit pénal, cf. point 3.4.4.2.1.

28 Les auteurs récents considèrent qu'une omission est une variante de l'acte, non sa négation. Ainsi, selon VON WRIGHT, les actes et les omissions sont deux modes de l'action, celle-ci étant comprise comme l'ensemble des comportements que l'auteur peut adopter¹⁶. BIRNBACHER, pour sa part, qualifie l'omission de « Kontrastbegriff »¹⁷ par rapport à l'acte.

29 Différents éléments ont été avancés pour tenter de caractériser une omission. Pour BENNETT, le critère déterminant est ce qu'il appelle l'« instrumentalité ». Selon ce critère, pour décider si un comportement est « instrumentalement positif ou négatif » par rapport à la survenance d'un événement, il faut prendre en considération tous les comportements possibles de l'auteur, au moment où l'évènement s'est produit. S'il existait pour l'auteur un très grand nombre de façons de se comporter qui auraient eu pour effet que l'évènement ne se produisît pas, alors, le comportement de l'auteur est « instrumentalement positif ». A l'inverse, si la survenance de l'évènement ne pouvait être évitée que par l'adoption d'un certain comportement, alors celui-ci est « instrumentalement négatif ». L'instrumentalité est ainsi négative dans le cas d'une omission¹⁸.

30 Pour BIRNBACHER, les éléments indispensables à l'existence d'une omission sont le fait, pour l'auteur, de ne pas accomplir un acte qu'il aurait pu accomplir¹⁹. HOSSFELD, comme la majeure partie des auteurs, adhère à cette conception. Cet auteur y ajoute une composante normative qui a pour but d'éviter que la notion d'omission ne soit trop étendue²⁰. BENTHAM comprend l'omission comme « keeping at rest »²¹.

¹⁶ VON WRIGHT, p. 48. Dans le même sens, HOSSFELD, p. 11 ; LOCKE, p. 1 ss. *Contra* : HARTMANN, p. 357 ss. Plus nuancé, BENTHAM, p. 75 s. Sur le plan ontologique, le caractère négatif de l'omission ne correspond pas à « ne rien faire », mais plutôt à « ne pas faire un certain quelque chose que l'auteur pourrait faire », BIRNBACHER, p. 53. *Contra* : HARTMANN, p. 358 ; SCHÜNEMANN, p. 13.

¹⁷ BIRNBACHER, p. 44.

¹⁸ BENNETT, *Morality*, p. 52 ss. Ce critère doit être précisé par le critère de la liberté, pour expliquer le fait que, dans le cas d'une omission, l'auteur n'a pas l'inactivité totale comme seule alternative au fait d'accomplir l'acte A, mais que, au contraire, il peut également accomplir n'importe quel autre acte excepté A (BIRNBACHER, p. 116). Nous résumons ici, par souci de concision, le discours de BENNETT. Le critère qu'il a adopté a plusieurs implications, parmi lesquelles, celle d'expliquer la différence quant à l'impact sur la liberté d'action d'une personne et les coûts entre un devoir de faire et une interdiction de faire : « Compare being banished to Liechtenstein with being banished from Liechtenstein », BENNETT, p. 78.

¹⁹ BIRNBACHER, p. 32 ss.

²⁰ HOSSFELD parle de « Handlungsnorm », HOSSFELD, p. 16 ss.

²¹ BENTHAM, p. 75.

La diversité des théories montre la difficulté de circonscrire ce qu'est une omission et l'importance de l'identification de cette notion. Cependant, toutes ces théories aboutissent aux mêmes résultats dans la très grande majorité des cas. C'est donc, avant tout, le cheminement intellectuel qui permet d'aboutir à une solution satisfaisante qui est différent. Pour les besoins de l'exposé, nous partirons de la méthode proposée par BIRNBACHER et signalerons, si nécessaire, les divergences avec les autres théories rencontrées. 31

La notion d'« omission » doit être distinguée de certains éléments, comme par exemple le fait que « le comportement ait été attendu de la part de l'auteur », qui sont, en réalité, des conditions supplémentaires qui qualifient la notion de base²². 32

L'omission se présente ainsi comme un acte A que l'auteur ne réalise pas, alors qu'il aurait pu le faire. Il y a donc deux éléments principaux : le fait de ne pas réaliser un acte A (défini) et d'avoir été en mesure de le faire²³. 33

2.1.2.1 Non-réalisation d'un acte défini

Pour pouvoir parler d'une omission, il faut qu'un certain acte ait été omis. L'analyse se fait toujours par rapport à un comportement précis que l'auteur n'a pas adopté. Il faut identifier clairement le comportement visé, en revenir au « comportement de base », en somme²⁴. Ce n'est que dans le cas où le comportement B, effectivement adopté par l'auteur, diverge du comportement A, par rapport auquel la comparaison est faite, que l'on peut parler d'« omission » . 34

Il existe bien entendu une multitude de comportements que l'auteur n'adopte pas dans un cas concret²⁵. Ce sont donc autant d'« omissions » qu'il est envisageable de retenir à son encontre. Malgré l'impression que l'on pourrait avoir *a priori*, en soi, le simple fait qu'il existe, potentiellement, un grand nombre de comportements « omis » n'est en rien problématique pour définir ce qu'est une « omission »²⁶. 35

²² BIRNBACHER, p. 47 s.

²³ BIRNBACHER, p. 32 ; HOSSFELD, p. 12 s ; VON WRIGHT, p. 45.

²⁴ HOSSFELD, p. 12. Par « comportement de base », l'on entend un comportement qui est en lien, à un certain moment, avec un sujet sur lequel il s'exerce. L'on tente ainsi d'isoler un comportement qui ne soit pas lui-même composé de plusieurs comportements qui formeraient un comportement global ou des comportements alternatifs. Sur la notion de « comportement de base », cf. TRAPP, p. 411 ss.

²⁵ Sur ce sujet en particulier, cf. BIRNBACHER, p. 45 ss.

²⁶ Critique à ce sujet, HOSSFELD, p. 17.

36 En effet, le risque de retenir à l'encontre d'un auteur une infinité d'omissions possibles est réduit par plusieurs critères. Il importe peu que, potentiellement, il puisse exister de nombreuses « omissions » ; ce qui est au contraire essentiel, c'est le fait qu'il existe des critères clairs et logiques pour limiter et préciser l'étendue de ce qui peut être constitutif d'une omission. La possibilité pour l'auteur d'agir dans le cas concret constitue l'un de ces critères et remplit le rôle de filtre. Cette condition est constituée de plusieurs éléments.

2.1.2.2 Possibilité d'agir pour l'auteur

37 La possibilité pour l'auteur d'agir signifie que celui-ci doit à tout le moins avoir les capacités physiques et psychiques d'accomplir l'acte dont il est question. Sur le plan objectif, les conditions sont l'existence d'une situation dans laquelle agir, la capacité physique, la capacité psychique et l'existence d'un moyen objectivement reconnaissable d'agir. Sur le plan subjectif, l'auteur doit avoir identifié la situation qui exige son intervention et les moyens d'intervenir, de même qu'il doit reconnaître la nécessité de l'intervention. Ces conditions s'analysent *in concreto*²⁷. Nous allons brièvement les exposer et les illustrer.

38 La notion d'« existence d'une situation dans laquelle agir », signifie qu'il existe objectivement une situation qui nécessite une intervention de la part de l'auteur. A titre d'exemple de ce genre de situation, il est possible de penser au cas dans lequel une personne Y est en train de se noyer²⁸. Il est bien entendu impossible de retenir une omission dans le cas où il n'existe pas de situation de cette sorte.

39 La condition de la capacité physique renvoie simplement au fait que l'auteur, au vu de ses capacités physiques, doit être, objectivement, en mesure d'adopter le comportement visé. Ces éléments peuvent relever des caractéristiques physiques, au sens étroit, de l'auteur, de ses aptitudes²⁹ ou d'éléments spatio-temporels. Ainsi, les points de savoir nager ou d'être sur la plage lorsqu'il

27 GRUBMILLER, p. 61 s. Pour une analyse détaillée de ces critères, BIRNBACHER, p. 36 ss ; VON WRIGHT, p. 48 ss. Selon HOSSFELD, la distinction entre possible et impossible, déjà, soulève quatre questions quant à sa nature. Une impossibilité peut, selon cet auteur, être d'ordre logique, relative aux lois naturelles, factuelle ou morale, HOSSFELD, p. 14 ss. Le critère de la capacité d'agir est également connu en droit pénal, comme nous le verrons lors de son analyse point 3.6.

28 Exemple tiré de BIRNBACHER, p. 36.

29 Les auteurs distinguent parfois entre « skills » et « abilities », cf., par exemple, VON WRIGHT, p. 50.

y a une personne en train de se noyer, font partie de cette catégorie³⁰. Par voie de conséquence, l'on ne dira pas d'un auteur qui ne sait pas nager, qu'il a omis de nager jusqu'à la victime qui était en train de se noyer.

La capacité psychique de l'auteur doit être telle qu'il soit, *a priori*, en mesure d'agir. Il s'agit d'une analyse individuelle, mais objective, des capacités psychiques de l'auteur au moment où la situation d'intervention existait. Cette condition exclut les cas dans lesquels une personne se trouve dans un état psychique qui l'empêche d'agir, que ce soit de manière passagère ou permanente, comme le cas d'une maladie mentale qui affecterait la conscience de l'auteur³¹. 40

Il doit objectivement exister au moins un moyen identifiable d'agir dans la situation en question. Pour reprendre le cas de la personne qui se noie, le fait qu'il existe une bouée à proximité ne suffit pas à ce que cette condition soit satisfaite. Il faut que cette bouée soit visible et accessible, de manière à ce que l'auteur puisse, le cas échéant, l'utiliser pour le sauvetage de la personne qui est en train de se noyer. Si la bouée existe, mais n'est pas accessible ou visible, alors, malgré le fait qu'objectivement il existe un moyen d'intervention, celui-ci n'est pas reconnaissable pour l'auteur et la condition n'est pas remplie. 41

Sur le plan subjectif, la première condition est celle de l'identification, par l'auteur, de la « situation d'intervention ». Celui-ci doit être conscient du fait qu'une personne est en train de se noyer. 42

La seconde condition exige que l'auteur ait identifié le, ou un, moyen d'intervenir, de sorte qu'il soit conscient de l'existence de celui-ci. Il doit, par exemple, avoir vu la bouée posée sur le sol, librement accessible³². 43

La troisième condition, soit, selon les termes de BIRNBACHER, le fait que la personne « reconnaisse réellement » qu'il lui incombait d'intervenir, est plus controversée. Pour cet auteur, cette condition signifie que l'individu en question doit avoir connaissance de la nécessité d'agir, donc savoir. L'auteur doit ainsi omettre « intentionnellement »³³. Pour d'autres auteurs, la connaissance stricte n'est pas requise³⁴. 44

³⁰ FEINBERG, p. 160.

³¹ Nous laissons ici de côté la discussion de l'*omissio libera in causa*.

³² BIRNBACHER, p. 37 ss ; FEINBERG, p. 160.

³³ BIRNBACHER, p. 38 ss. Cet auteur distingue deux sortes d'intentions : « < Vorsatz > kann in einem schwächeren und einem stärkeren Sinne verstanden werden – einmal als wissentliches, ein andermal als wissentliches und willentliches handlungsartiges, d. h. willentlich steuerbares Verhalten », BIRNBACHER, p. 41. Critique à cet égard, SCHÜNEMANN, p. 30. A noter que, sur le plan pénal, lorsque seule la composante cognitive est présente, l'intention est exclue, seule la négligence, qu'elle soit consciente ou inconsciente, est possible, cf. point 3.9.2.

³⁴ FEINBERG, p. 172.

45 Ces conditions sont cumulatives. Si l'une d'entre elles manque, l'on ne pourra pas dire que l'auteur avait la capacité d'agir. Pour les cas dans lesquels l'auteur n'a pas agi, alors que cette capacité était donnée, se pose la question du reproche qui lui est adressé au vu de son omission.

2.2 Le reproche

46 S'agissant d'un acte qui transgresse une règle, le reproche vise le comportement de l'auteur. Dans le cas d'une omission, le reproche ne porte pas tant sur ce que l'auteur a fait, que sur ce qu'il n'a pas entrepris³⁵.

47 La notion de « reproche » est une composante qui qualifie la notion de base de l'omission. Ce « reproche » peut être d'ordre moral ou juridique, en fonction de la « norme » à laquelle il renvoie. Il est dit « moral » lorsqu'il n'est pas prévu dans une norme juridique, et « juridique » lorsque tel est le cas³⁶. Ainsi, afin de distinguer les deux types de situations, dans le premier cas, l'on peut dire qu'un certain comportement « est attendu » de la part de l'auteur, dans le second cas, que l'auteur « est tenu », sous-entendu : juridiquement, d'adopter un certain comportement. La condition du « reproche » élargit ainsi la notion de base d'« omission »³⁷.

48 La condition de l'exigibilité de l'acte est une manifestation du reproche qui est fait à l'auteur. En effet, dans les cas dans lesquels l'auteur avait la capacité d'agir³⁸, mais ne l'a pas fait, il se verra reprocher son omission, si le comportement omis était exigible de lui³⁹.

49 L'exigibilité implique l'existence d'une attente par rapport au comportement que l'auteur doit adopter. Une telle attente peut exister dans différents cas de figure, à l'exemple de ceux dans lesquels l'auteur a pour habitude de réagir d'une certaine manière, a un rôle social qui crée ce type d'attente, a un

³⁵ Cf. la définition de l'omission, point 2.1.2.

³⁶ Sur la nature « juridique », cf. point 3.5.2.1 N 195 et note de bas de page 390.

³⁷ BIRNBACHER, p. 47 ss. *Contra* : HOSSFELD pour qui la dimension normative fait partie intégrante de la définition de l'omission : « Unterlassungen sind also [...] immer normativ relevant », HOSSFELD, p. 19, p. 17 ss. Dans le même sens, FEINBERG, p. 161 ss. Sur l'omission en tant que notion de base, cf. point 2.1.2.

³⁸ Cf. point 2.1.2.2.

³⁹ HOSSFELD, p. 30 ss. Pour cet auteur, la condition de l'exigibilité morale fait partie de la définition de l'omission elle-même. Dans le même sens, FEINBERG, p. 161 ss. *Contra* : BIRNBACHER pour qui, ce critère est une condition supplémentaire qui qualifie l'omission, BIRNBACHER, p. 48 ss.

lien particulier avec la victime ou encore a un devoir moral qu'auraient tous les gens placés dans la même situation que lui⁴⁰.

L'exigibilité peut également découler d'une norme qui fait naître un devoir l'auteur. Cette norme peut être d'ordre moral ou/et juridique⁴¹. Au titre de norme « morale », l'on peut penser aux règles de politesse ou de courtoisie, tenir la porte à une dame ou saluer son voisin lorsqu'on le rencontre. Pour ce qui est des devoirs juridiques, l'art. 413 al. 2 CC⁴² : le devoir, pour le tuteur de tenir des comptes et de les soumettre périodiquement à l'autorité tutélaire, est un exemple approprié. Comme devoir qui soit à la fois moral et juridique, les exemples sont nombreux, nous citerons l'art. 159 al. 3 CC : le devoir réciproque de fidélité et assistance des époux.

La condition de l'exigibilité limite le nombre de comportements qui peuvent être reprochés à l'auteur⁴³, en même temps qu'elle fait naître la question de savoir si, une fois admise, le jugement moral porté sur ce que l'auteur n'a pas accompli est comparable à celui qui viserait un acte qu'il aurait accompli.

2.3 Equivalence morale entre acte et omission ?

Parce que notre jugement moral nous suggère que tuer est, *a priori*, plus grave que laisser mourir⁴⁴, qu'agir semble plus critiquable que laisser quelque chose arriver ou que mentir est plus condamnable que taire des informations importantes, il nous semble essentiel de traiter de la relation sur le plan moral entre l'acte et l'omission.

Le jugement moral que nous portons sur un comportement ne dépend pas uniquement du fait que ledit comportement soit considéré comme un acte ou une omission, mais aussi d'autres éléments comme les conséquences positives ou négatives de ce comportement ou la distance sociale qui existe entre deux

⁴⁰ BIRNBACHER, p. 279 ss ; FEINBERG, p. 161. Dans le même sens, HOSSFELD qui parle de « Handlungsnorm », HOSSFELD, p. 16 ss.

⁴¹ BIRNBACHER, p. 48 ss ; FEINBERG, p. 161 ss ; HOSSFELD, p. 16 ss. Dans cette partie de notre travail, nous nous contenterons d'exposer uniquement la version « morale » de l'exigibilité, donc à viser les devoirs moraux. Pour les devoirs d'ordre juridique et l'exigibilité, cf. point 3.6, pour le droit suisse et point 4.1.6, pour le droit allemand. Pour l'usage et la distinction entre « devoir » et « obligation », cf., entre autres, RAWLS, p. 113.

⁴² Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210.

⁴³ BIRNBACHER, p. 48 ss ; FEINBERG, p. 161 ss ; HOSSFELD, p. 30 ss.

⁴⁴ Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Unterlassungsdelikt, p. 330 ; ROXIN, Kausalität, p. 84, par exemple.

protagonistes. Ainsi, dans le cas de comportements qui ont une conséquence positive, la différenciation entre acte et omission est moins marquée. De même, une mère qui affame son enfant de manière volontaire et avec cruauté, dans le but de le tuer, sera, moralement, tout aussi sévèrement jugée que la mère qui étouffe son enfant avec un coussin. Le fait que l'on parle dans le premier cas aussi de « tuer » et non de « laisser mourir », est simplement le reflet du jugement moral porté sur ce comportement⁴⁵.

54 Selon les auteurs qui ont étudié cette question, la différence de jugement sur le plan psychologique entre l'acte et l'omission se manifeste dans le fait que lorsque quelqu'un nous parle d'un homicide actif, nous tendons à penser à l'assassinat, alors que dans le cas de la forme passive de l'homicide nous pensons à une omission par négligence. De même, dans le cas d'une tromperie, la forme active fait penser à un mensonge d'une certaine importance, alors que la forme passive peut renvoyer à une idée de décence ou retenue diplomate. Les homicides actifs semblent ainsi être associés à des qualificatifs qui les font paraître comme les infractions les plus dramatiques, alors que les actes passifs paraissent être de moindre gravité⁴⁶. Ces qualificatifs ont le rôle de stéréotypes, ce qui ne signifie pas qu'ils répondent à une réalité statistique⁴⁷, mais simplement que ce sont les conditions qui illustrent le mieux la différence que celui qui les emploie essaie de mettre en exergue⁴⁸.

55 Il existe ainsi une tendance à juger, sur le plan moral, différemment un acte et une omission, même lorsque ceux-ci sont, dans leurs motivations, buts et conséquences, pas ou peu différents, le premier apparaissant, à première vue, plus condamnable⁴⁹. De même, la citation de CLOUGH⁵⁰ malgré l'ironie dont elle est empreinte, est souvent comprise et utilisée au premier degré :

⁴⁵ BIRNBACHER, p. 20 s. Les progrès technologiques sont également un facteur qui a modifié la manière dont la différenciation est faite, sur le plan moral, entre les actes et les omissions, cf. BIRNBACHER, p. 22.

⁴⁶ GLOVER, p. 95 ; GRUZALSKI, p. 78.

⁴⁷ A titre d'exemple, il suffit de se souvenir que, pour ce qui est de « tuer », dans notre société du moins, le nombre d'homicides par négligence dus à des accidents de la route est de loin plus élevé que le nombre d'assassinats. Etant donné leur nombre, les homicides par négligence pris dans leur ensemble devraient être considérés comme plus « graves » que les homicides intentionnels, si l'on se référait uniquement à la réalité statistique.

⁴⁸ BIRNBACHER, p. 132 s.

⁴⁹ BIRNBACHER, p. 9 ; BOTROS, Acte, p. 1. A titre d'exemple, nous pouvons renvoyer à l'éminent théologue catholique GRÜNDEL, cité dans la bibliographie, pour qui la nécessité de distinguer, sur le plan moral, entre un comportement actif et une omission paraît aller tellement de soi, qu'il n'estime même pas nécessaire de l'expliquer.

⁵⁰ CLOUGH, p. 61.

« Thou shalt not kill; but needst not strive
 Officially to keep alive ».

L'idée qu'un acte est plus condamnable qu'une omission, remonterait au 56
 « *maius delictum est in faciendo quam in omittendo* » d'ACCURSIUS⁵¹. Cet auteur
 avait énoncé cette idée à propos d'un cas dans lequel un maître se fait tuer par
 une partie de ses esclaves, sans que ses autres esclaves n'interviennent. Cette
 règle a, par la suite, été reprise par BARTOLE⁵² et BALDE⁵³. Appliquée à d'autres
 états de fait, sans égard au contexte dans lequel elle avait été énoncée, elle a
 fini par avoir le statut d'un principe général⁵⁴.

Cette règle a traversé les siècles en tant que « *communis regula* » jusqu'à 57
 THOMAS D'AQUIN qui écrit : « [...] *facilius est abstinere a malo faciendo quam
 implere bonum. Ergo gravius peccat qui non abstinere a malo faciendo, quod
 est transgredi, quam qui non implet bonum, quod est omittere* »⁵⁵. Cependant,
 THOMAS D'AQUIN précise que même si, d'une manière générale, il est possible
 de considérer que la transgression d'une règle est plus grave qu'une omis-
 sion, il y a des cas dans lesquels l'omission peut apparaître comme plus
 condamnable⁵⁶.

Parmi les auteurs actuels, BIRNBACHER identifie ainsi les facteurs, qui 58
 semblent varier, lors de la comparaison entre un acte et une omission et justi-
 fier sur le plan moral un traitement différent entre ces deux catégories de
 comportements. Parmi ces critères, il distingue ceux qui concernent l'auteur,

51 Traduction libre : « Le fait de faire quelque chose constitue un délit plus lourd que le fait d'omettre ». ACCURSIUS (1181/85 – 1259/63), juriste italien et professeur de droit. Pour de plus amples détails biographiques, cf. DEJ-DORN, p. 13 ss.

52 BARTOLUS DE SAXOFERRATO (1313/14 - 1357), jurisconsulte italien et professeur de droit. Pour de plus amples détails biographiques, cf. DEJ-KRAUSS, p. 44 ss.

53 BALDUS DE UBALDIS (1319/1327 - 1400), jurisconsulte italien et professeur de droit, disciple de BARTOLE. Pour de plus amples détails biographiques, cf. DEJ-KRAUSS, p. 40 ss.

54 HONIG, p. 25 ss.

55 THOMAS D'AQUIN, Quaestio 79, Art. 4. Traduction libre : « Il est plus facile de s'abstenir de faire le mal que de faire le bien. Donc, celui qui fait le mal, ce qui revient à commettre une transgression, commet un péché plus lourd que celui qui ne fait pas le bien, ce qui revient à omettre ».

56 « Unde manifestum est quod, simpliciter et absolute loquendo, transgressio est gravius peccatum quam omissio, licet aliqua omissio possit esse gravior aliqua transgressione », THOMAS D'AQUIN, Quaestio 79, Art. 4. Traduction libre : « De cela l'on peut tirer, en parlant simplement et d'une manière générale, que le péché de transgression est plus grave que celui d'omission, bien qu'il puisse exister des cas dans lesquels une omission est plus grave qu'une transgression ». THOMAS D'AQUIN traite ici de l'exemple d'un enfant qui ne montrerait pas le respect dû aux parents (omission) et celui qui les injurierait (transgression). C'est donc, dans ce contexte, qu'il faut comprendre sa conclusion.

la victime et les tiers. Dans la première catégorie, entrent les critères de l'effort imposé à l'auteur, l'existence ou l'absence d'intention de la part de celui-ci, l'importance de l'impact psychologique que le comportement en question a sur lui et le fait que la responsabilité soit partagée ou non. Pour la deuxième catégorie, l'« atteinte », respectivement le bienfait omis, le degré de certitude quant à la survenance du dommage, la survenance directe ou incidente du dommage, le fait que la victime soit connue ou non, sont des critères qui peuvent influencer le jugement moral que l'on peut porter sur un comportement. Enfin, dans la troisième catégorie de critères, figurent le fait que ledit comportement soit perçu comme plus ou moins menaçant⁵⁷. Nous allons brièvement aborder ces points en commençant par ceux qui concernent l'auteur.

59 L'auteur est celui qui omet. La question de l'effort fourni par l'auteur se poserait différemment selon qu'il s'agit d'un acte ou une omission, l'effort étant plus important dans le premier cas. Cette question a souvent été traitée au titre des « coûts » en philosophie⁵⁸. L'existence ou l'absence d'intention est un critère important lorsqu'il s'agit de juger de la gravité d'un acte sur le plan moral, tout comme cette condition est essentielle en droit pénal⁵⁹. Dans le cas des omissions, il y a une tendance naturelle à penser que l'intention est moins forte, voire absente. L'impact psychologique que l'accomplissement d'un acte aurait sur l'auteur serait plus important que celui d'une omission. Enfin, dans le cas d'un acte, l'auteur est souvent le seul responsable dudit acte, alors que dans le cas d'une omission, cette responsabilité pourrait être partagée entre plusieurs personnes qui seraient intervenues dans le déroulement des événements.

60 La notion de « victime » fait référence à la personne qui est atteinte par le comportement adopté par l'auteur. En partant des éléments qui touchent la situation de la victime, les différences entre un acte et une omission seraient également visibles et justifieraient une distinction quant au jugement moral entre ces deux types de comportements. Ainsi, dans le cas d'un acte, la victime subit une « atteinte », alors que dans le cas d'une omission, il s'agit d'un « bienfait » que l'auteur ne lui aurait pas accordé. Ce second cas est considéré comme moins grave. Le degré de certitude quant à la survenance du dommage serait plus grand dans le cas d'un acte que dans celui d'une omission. La survenance du dommage serait directe dans le cas d'un acte, puisque celui-ci serait directement provoqué par ledit acte, alors que dans le cas d'une

⁵⁷ BIRNBACHER, p. 131. Cet auteur reprend divers critères qui ont été énoncés et traités par FEINBERG, GLOVER et SINGER dans leurs travaux respectifs.

⁵⁸ BENNETT, p. 47 ss ; BIRNBACHER, p. 134.

⁵⁹ Cf. point 3.9.

omission, le dommage surviendrait de manière incidente et ultérieure, à cause d'éléments autres que le comportement de l'auteur en tant que tel ; le lien serait ainsi plus lâche. Enfin, la victime serait connue dans le cas d'un acte, tandis qu'elle ne le serait que peu souvent dans le cas d'une omission, réduisant ainsi les reproches adressés à l'auteur dans ce deuxième cas de figure.

Le tiers est une personne qui n'est ni l'auteur, ni la victime – il est un observateur. Du point de vue de cette personne, un acte serait perçu comme plus menaçant, et donc potentiellement plus condamnable, qu'une omission, dont le caractère diffus rendrait celle-ci moins immédiatement identifiable. 61

Ces critères sont analysés en détail par BIRNBACHER dans son ouvrage⁶⁰. Nous ne les exposerons pas plus avant. Il nous faut cependant revenir sur l'un d'entre eux, au vu de l'importance qu'il a eue dans la discussion philosophique⁶¹. Ce critère est celui de la survenance directe ou incidente du dommage, plus connu sous l'appellation de la théorie du double effet. 62

Cette théorie aurait été énoncée en premier par THOMAS D'AQUIN : « nihil prohibet unius actus esse duos effectus, quorum alter solum sit in intentione, alius vero sit praeter intentionem »⁶². Cette citation vise un cas de légitime défense dans lequel le but premier de l'auteur est de défendre sa vie, le but secondaire étant de repousser l'assaillant. La distinction est ici faite entre les conséquences principales et secondaires d'un acte, ainsi que la différence de degré d'intention entre ces deux types de conséquences ; la conséquence principale étant intentionnelle. 63

Basée sur les propos de THOMAS D'AQUIN, la théorie du double effet postule en substance que les critères pour juger un acte dont les conséquences premières sont mauvaises, mais les conséquences secondaires bonnes, sont en principe différents de ceux qui s'appliquent à un comportement dont les conséquences premières sont bonnes, alors que les conséquences secondaires sont mauvaises. Sans entrer dans les détails, cette théorie connaît plusieurs variantes, selon que les conséquences premières surviennent directement immédiatement après l'acte ou à une certaine échéance ou que cette survenance est directe ou indirecte⁶³. 64

⁶⁰ BIRNBACHER, p. 129 ss.

⁶¹ HOSSFELD, p. 99.

⁶² THOMAS D'AQUIN, Quaestio 64, Art. 7. Traduction libre : « Rien n'empêche qu'un seul et même acte ait deux effets dont le premier serait voulu, le second indépendant de la volonté ».

⁶³ Pour un aperçu de la discussion en philosophie actuellement, cf. BOTROS, Error, p. 71 ss.

65 La théorie du double effet prévoit qu'un acte peut être moralement permis ou même exigé, même s'il a pour conséquences secondaires de léser gravement un autre bien. Un tel acte doit répondre à quatre conditions : il doit lui-même être bon ou au moins moralement neutre, avoir pour but uniquement les bonnes conséquences, les mauvaises conséquences ne doivent pas être un moyen d'atteindre ledit but et les avantages de cet acte doivent être suffisamment importants pour justifier le dommage causé⁶⁴. Appliquée aux omissions, cette théorie distingue la manière de juger celles-ci par rapport aux actes, le degré d'intention étant un point central dans la discussion.

66 Même si cette théorie a influencé, et influence encore, de nombreux auteurs, lorsqu'il s'agit de répondre à la question de la différence qui est faite sur le plan moral entre un acte et une omission, la majorité des auteurs modernes arrivent à la conclusion que cette différence de jugement existe bel et bien, mais qu'elle n'est pas due à une différence structurelle entre l'acte et l'omission.

67 Ainsi, pour BIRNBACHER : « [die] Legitimität der Differenzierung beruht dabei nicht auf etwaigen inneren Merkmalen von Handeln und Unterlassen als Verhaltensformen, sondern auf dem anthropologisch-psychologischen Faktor der größeren wahrgenommenen Bedrohlichkeit aktiv-vorsätzlicher Schadenszufügungen »⁶⁵. Les différences sont dues, selon cet auteur, à un « facteur caché »⁶⁶ qui ne relève pas de la structure elle-même de l'acte ou de l'omission.

68 HOSSFELD constate également qu'il existe des différences, mais que celles-ci sont dues au facteur normatif, non à la qualité d'acte ou omission du comportement : « die Qualifizierung einer Handlung als Tun oder Unterlassen [stellt] noch kein Präjudiz für deren normative Bewertung [dar]. Ein normativer Unterschied lässt sich erst entdecken, wenn man die Bewertung von Unterlassungen innerhalb eines Rechtssystems genauer untersucht »⁶⁷. Cette distinction n'est ainsi pas due à la différence qualitative elle-même entre un acte et une omission⁶⁸.

69 Pour VON WRIGHT, il n'y a pas de différence de principe entre les conséquences des actes et des omissions. Cet auteur ajoute que cette observation d'ordre logique peut avoir de l'importance pour certaines théories morales⁶⁹.

64 BOTROS, Error, p. 72.

65 BIRNBACHER, p. 232.

66 BIRNBACHER parle de « verborgene Parameter », BIRNBACHER, p. 129 ss.

67 HOSSFELD, p. 59.

68 HOSSFELD, p. 115.

69 VON WRIGHT, p. 48.

2.4 Conclusion

Au vu des points abordés dans cette partie, nous avons pu nous rendre compte que la notion d'omission est en tout cas connue et discutée en philosophie depuis le temps d'ARISTOTE. La discussion à ce sujet est d'une grande richesse. De la simple prise en considération de la notion d'omission, la discussion a évolué vers l'apparition de théories élaborées ayant trait à l'existence et la nature de cette notion et donc à son analyse proprement dite. 70

L'omission est considérée par les auteurs modernes comme une notion complémentaire à celle d'acte. Les deux notions sont d'ailleurs regroupées sous le concept d'action, même si la terminologie varie selon les auteurs, en fonction des distinctions qu'ils jugent important de faire⁷⁰. Dans la suite de notre travail, et sauf exception, nous utiliserons le terme « acte » pour désigner un comportement actif ; les termes « action » ou « comportement », sans autre précision, seront compris dans un sens qui regroupe tant les comportements actifs que les omissions. 71

Les conditions minimales pour l'existence d'une omission sont le fait que l'auteur n'ait pas accompli un certain acte défini, alors qu'il pouvait le faire. Ces deux volets de l'omission impliquent l'existence d'autres conditions qui sont le fait que l'acte doit être défini, donc analysé par rapport une situation particulière et que l'auteur ait eu la capacité d'agir. L'existence de capacités physico-psychiques pour l'auteur d'agir a pour conséquence que l'acte devenait exigible de lui, dans le cas où ce comportement était attendu de lui, que ce soit en vertu d'une norme morale ou juridique. 72

Le caractère exigible de l'acte permet en cas d'omission d'adresser un reproche à l'auteur pour ne pas avoir adopté le comportement attendu. Le reproche tend à être moins grand dans le cas où l'auteur omet que dans celui où il commet. Cette différence d'appréciation est due à des facteurs qui sont extérieurs à la comparaison structurelle entre l'acte et l'omission. Ces facteurs relèvent plutôt et au contraire des aspects psychologique ou normatif au sens large. 73

De « simple » problème de gardiennage de bœufs, l'omission est devenue au fil des temps une figure qui occupe une place importante dans la philosophie, la science religieuse et le droit. Les apports de la philosophie seront d'un grand secours puisqu'ils ont été discutés et modifiés pour, ainsi que nous allons le voir dans la suite de notre travail, être adoptés par le droit. 74

⁷⁰ VON WRIGHT, p. 48.

**La commission par omission
en droit suisse**

La problématique de la qualification d'une action, acte ou omission⁷¹, respectivement, commission ou omission, se pose en droit pénal d'une façon différente de celle qui se pose sous l'angle philosophique⁷². Dans les deux cas, il s'agit de qualifier un comportement humain. Cependant, là où la philosophie tente de qualifier ce comportement d'une façon « générale », le droit pénal utilise ses propres « filtres ». Ceux-ci ont pour effet à la fois de faciliter et de compliquer la qualification pénale d'un comportement. 75

La facilitation vient du fait qu'en droit pénal, contrairement à la philosophie, la distinction doit se faire à la lumière du principe de la légalité (« *Legalitätsprinzip* ») consacré à l'art. 1 CP⁷³. Son application restreint la marge de manœuvre, diminuant par là le champ d'investigation et réduisant le nombre de critères qui peuvent être pris en compte. Nous constaterons ci-après que l'application de ce principe conduit à qualifier d'omissions punissables certains comportements considérés comme actifs dans d'autres domaines⁷⁴. 76

La complication, quant à elle, surgit lorsque l'effort de distinguer se heurte aux limites posées par les principes régissant le droit pénal⁷⁵. En effet, là où le philosophe peut laisser sa pensée explorer en toute liberté des aspects théoriques, le juriste reste soumis aux principes généraux du droit pénal qu'il lui faut respecter, sous peine d'arriver à un résultat peut-être logique, mais qui serait contraire au droit. Nous allons donc analyser la notion de commission par omission en droit pénal en commençant par traiter de la place que cette figure occupe dans la systématique du Code pénal suisse. 77

⁷¹ Sur ces notions, cf. point 2.1 N 19 ss.

⁷² Cf. point 2.

⁷³ Sur le principe lui-même et sa relation avec les omissions en droit pénal, cf. point 3.2.

⁷⁴ Cf. point 3.4.2.2 point et point 2.1.2.

⁷⁵ Par exemple l'interdiction de l'analogie qui est une composante du principe de la légalité, DONATSCH/TAG, I, p. 31 s. ; BSK StGB I-POPP/BERKEMEIER, art. 1 N 21 ss ; STRATENWERTH, AT I, § 4 N 29 ss. Cf. point 3.2.

3.1 La place de la commission par omission dans la systématique du Code pénal suisse

78 La place systématique de la commission par omission dans la nouvelle partie générale du Code pénal a fait l'objet de discussions lors de l'élaboration de la norme. Celle-ci se trouve actuellement à l'art. 11 CP, à la suite de la disposition qui définit les notions de « crime » et de « délit ». Le CF explique les raisons qui ont conduit à ce choix : « [a]lors que la commission d'experts proposait d'insérer cette nouvelle disposition après les normes sur la participation, nous avons préféré la placer suivant ainsi l'avant-projet Schultz et le code pénal allemand, à la suite de la définition des crimes et des délits. Le délit de commission par omission n'est en effet pas une forme de participation, mais un mode punissable du comportement. Il est donc logique que la disposition qui en traite figure juste après celle qui définit la notion de crime et de délit »⁷⁶.

79 Le choix du législateur suisse doit être approuvé et préféré à celui que KAUFMANN préconise, soit que les délits de commission par omission soient définis dans la partie spéciale et non dans la partie générale du code⁷⁷. Une telle manière de voir ne convainc pas. En effet, en plus de devoir reformuler toutes les dispositions spéciales, y compris dans le droit pénal accessoire, une telle entreprise ne signifierait pas nécessairement que le résultat serait plus clair. Les difficultés conceptuelles que pose la figure de la commission par omission ne relèvent pas de la systématique ou de la rédaction uniquement, mais bien du fond. Pour pouvoir concrètement répondre à la question de savoir à quelles conditions une personne est tenue de répondre de son comportement, il n'est absolument pas indispensable de le faire dans la norme spéciale : les dispositions sur l'intention et la négligence (art. 12 s. CP), la tentative (art. 22 s. CP) ou la participation (art. 24 ss CP) sont là pour servir d'exemples.

80 CASSANI, GRAVEN, ROTH et STRÄULI estiment que la question de la commission par omission relève de la typicité de l'infraction⁷⁸. Nous consi-

⁷⁶ MCF 1998, p. 1808.

⁷⁷ KAUFMANN, Dogmatik, p. 205, 287. Dans le même sens, GRÜNWARD, p. 72 ss. Favorables également à cette solution en droit suisse : GRAVEN, Chef d'entreprise, p. 513 s. ; SCHUBARTH, Geschäftsherr, p. 395.

⁷⁸ CR CP I-CASSANI, art. 11 N 6 ; GRAVEN, DPG, p. 78 ; ROTH, A Berne, p. 22 ; CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 1. Dans le même sens, mais sans le dire explicitement, DONATSCH/TAG, I, p. 300 ss ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 1 ss ; en partie aussi, SEELMANN, AT, p. 102 ss.

dérons l'art. 11 CP comme une disposition qui étend la typicité d'une infraction de commission en suppléant à l'acte constitutif d'une disposition pénale spéciale (cf. schéma ci-dessous). Sa place dans le Code pénal est donc logiquement avant les dispositions qui traitent de la participation ou de la tentative, même si la norme, telle qu'elle est rédigée, contient certains éléments qui ne relèvent pas de la typicité *stricto sensu*, à l'image de la clause d'équivalence ou de celle de l'atténuation de la peine (al. 3 et 4 de l'art. 11 CP, respectivement)⁷⁹.

3.2 La commission par omission et le principe de la légalité

Le principe de la légalité de est un principe cardinal de l'Etat de droit, dont il régit l'activité⁸⁰. En droit pénal, ce principe se compose de plusieurs sous-principes : *nullum crimen sine lege scripta*, *nullum crimen sine lege certa*, *nullum crimen sine lege praevia*, *nullum crimen sine lege stricta*⁸¹. Parmi ceux-ci, celui de précision de la base légale (« *Bestimmtheitsgebot* »)⁸² est plus particulièrement concerné par la discussion relative à la commission par omission. Ce principe impose au législateur d'indiquer, entre autres, les comportements qu'il entend réprimer. Les comportements actifs qui ne sont pas visés par une disposition pénale ne sont en principe pas punissables⁸³.

En droit suisse, le principe de la légalité trouve son ancrage dans plusieurs articles de différents textes⁸⁴, soit les art. 9 Cst⁸⁵, 5 al. 1 *cum* 164 al. 1 lit. c Cst, 7 CEDH⁸⁶ et 15 al. 1 Pacte II⁸⁷ et 1 CP. Ce principe a un rang constitutionnel⁸⁸.

⁷⁹ Au sujet de la clause d'équivalence, cf. point 3.10, pour la clause d'atténuation de la peine, cf. point 3.11.

⁸⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, I, N 1763 ss ; GRAVEN, DPG, p. 19 ss ; HURTADO POZO, DPG, N 117 ss.

⁸¹ MEYER, p. 55 ss.

⁸² Cf., par exemple, ATF 119 IV 242, consid. 1-c, JT 1995 IV 171.

⁸³ Cf. GRAVEN, DPG, p. 19 ss ; BSK StGB I- POPP/BERKEMEIER, art. 1 N 5.

⁸⁴ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, I, N 1763 ss, 1779 ; GRUBMILLER, p. 223 s. ; BSK StGB I- POPP/BERKEMEIER, art. 1 N 8 ss.

⁸⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

⁸⁶ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, RS 0.101. Voir ATF 129 IV 276, consid. 1.1.1, JT 2005 IV 43. Ce principe était, avant le 1^{er} janvier 2000, déduit de l'art. 4 aCst : ATF 112 la 107, consid. 3-a, JT 1986 IV 149 ; ATF 119 IV 242, consid. 1-c, JT 1995 IV 171.

⁸⁷ Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques, RS 0.103.2.

⁸⁸ GRAVEN, DPG, p. 19 ; STRATENWERTH, AT I, § 4 N 6.

83 Fixer abstraitement le degré de précision requis est une gageure⁸⁹. Selon le TF cependant, « [...] das Gesetz [muss] lediglich so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann »⁹⁰. L'auteur de la norme doit donc tendre vers le plus de précision possible lors de l'élaboration, ce qui n'exclut pas le recours à des notions juridiques indéterminées.

84 Depuis le 1^{er} janvier 2007, la partie générale du Code pénal suisse contient une norme, l'art. 11, qui réprime expressément les délits de commission par omission (« *Begehen durch Unterlassen* »)⁹¹, ce qui ne signifie cependant pas que cette figure était inconnue de la doctrine et la jurisprudence suisses auparavant. Bien au contraire, les auteurs suisses avaient contribué à préciser cette notion à laquelle nos tribunaux, qu'ils soient cantonaux ou fédéraux, recourraient même en l'absence de base légale expresse⁹².

85 Malgré cette pratique jurisprudentielle clairement établie, la discussion au sujet du respect du principe de la légalité revenait régulièrement parmi les auteurs et même dans les arrêts du TF⁹³. Pour PFANDER, par exemple, étaient problématiques au regard du principe de la légalité le fait que l'auteur de la commission par omission, ainsi que le comportement reproché, ne soient pas assez précisément définis⁹⁴. L'adoption d'une disposition relative à la répression de la commission par omission visait ainsi à répondre au souci de respecter le principe de la légalité⁹⁵. Cet article est rédigé comme suit :

89 BSK StGB I- POPP/BERKEMEIER, art. 1 N 45 : « Ein bestimmtes Mindestmass an Bestimmtheit lässt sich nicht festlegen ». Voir également ATF 123 I 1, consid. 4-b, JT 1999 I 547 : « Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen ».

90 ATF 119 IV 242, consid. 1-c, JT 1995 IV 171. Dans le même sens, entre autres, ATF 109 la 273, consid. 4-d, JT 1985 I 116 ; ATF 123 I 1, consid. 4-b, JT 1999 I 547 ; ATF 124 IV 297, consid. II-4-d, JT 2000 IV 106.

91 RO 2006 3459, p. 3535 ; FF 1999 1787.

92 A titre d'illustration d'arrêts du TF rendus avant l'entrée en vigueur de l'art. 11 CP l'on peut mentionner, parmi les plus célèbres, les ATF 96 IV 155 (Bührlé), JT 1974 IV 104 ; ATF 122 IV 103 (Von Roll), JT 1997 IV 124 (résumé de l'arrêt), datant de 1970 et 1996, respectivement.

93 Cf. par exemple ATF 105 IV 172, consid. 4-a, JT 1981 IV 17 ; CASSANI, Infraction sociale, p. 52 ; GRAVEN, Chef d'entreprise, p. 501 ; GRAVEN, DPG, p. 80 ; HEINE, Allgemeiner Teil, p. 116 ; LÜTOLF, p. 64 ; MEYER, p. 66 ss ; RIKLIN, AT I, § 19 N 11 ; SCHUBARTH, Kommentar, Systematische Einleitung, N 129 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 243.

94 PFANDER, p. 109. Au sujet de ces deux éléments, cf. point 3.5.2.

95 « En Suisse, les auteurs approuvent l'extension de la répression aux comportements passifs, mais appellent de leurs vœux une base légale. Aussi, afin de respecter strictement

Art. 11

Commission par omission

¹ Un crime ou un délit peut aussi être commis par le fait d'un comportement passif contraire à une obligation d'agir.

² Reste passif en violation d'une obligation d'agir celui qui n'empêche pas la mise en danger ou la lésion d'un bien juridique protégé par la loi pénale bien qu'il y soit tenu à raison de sa situation juridique, notamment en vertu :

- a. de la loi ;
- b. d'un contrat ;
- c. d'une communauté de risques librement consentie ;
- d. de la création d'un risque.

³ Celui qui reste passif en violation d'une obligation d'agir n'est punissable à raison de l'infraction considérée que si, compte tenu des circonstances, il encourt le même reproche que s'il avait commis cette infraction par un comportement actif.

⁴ Le juge peut atténuer la peine.

Si le fait que la figure de la commission par omission ait été codifiée est accueilli favorablement⁹⁶, la formulation actuelle de l'art. 11 CP continue à faire l'objet de critiques sous l'angle de la précision de la base légale. Les critiques émises par la doctrine sont diverses : imprécision dans la description du comportement réprimé, absence d'énumération des éléments constitutifs de l'omission ou encore présence d'une liste simplement exemplative des sources à l'art. 11 al. 2 CP⁹⁷.

86

Ces différents points seront abordés dans la suite de notre travail, de sorte que nous ne les détaillerons pas plus avant ici. Nous pouvons cependant déjà indiquer que, bien que certaines critiques paraissent légitimes, l'analyse de chaque élément composant la commission par omission permet de vérifier que cette première impression se révèle souvent être inexacte. Il en va ainsi de la critique faite au sujet de la description du comportement punissable à l'art. 11 CP : à première vue, la formulation choisie semble poser un problème sous l'angle

87

le principe de la légalité, vous proposons-nous d'introduire une règle sur le délit de commission par omission », MCF 1998, p.1807.

⁹⁶ « Insofern dient denn Art. 11 StGB auch der Rechtsklarheit und in der Folge auch der Rechtssicherheit », TAG/GRUBMILLER, p. 13. Dans le même sens, HEINE, Totalrevision, 502.

⁹⁷ Sur ces divers points, cf. DONATSCH/TAG, I, p. 301 ; GRUBMILLER, p. 228 s. ; SEELMANN, AT, p. 100 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 9.

de la précision de la base légale. Cependant et comme nous le verrons, l'imprécision apparente dans la description du comportement visé ne constitue pas, en soi, une violation du principe de la légalité. A titre de comparaison, il suffit de penser à l'art. 117 CP aux termes duquel le législateur n'a pas décrit de comportement punissable, mais uniquement un résultat, ce qui fait dire à CORBOZ que « [l']article 117 CP apporte une sanction pénale à un éventail illimité de comportements dangereux pour la vie humaine »⁹⁸ : est-il possible d'être moins précis dans la description d'un comportement ? Autre exemple de critique, et nous nous contenterons simplement de le mentionner ici : le caractère exemplatif de la liste qui figure à l'art. 11 al. 2 CP. Malgré les apparences, celle-ci ne pose pas, en soi, de problèmes au regard de l'exigence de la précision de la base légale⁹⁹.

88 Nous faisons ici le choix de traiter de la question que peut poser la formulation de l'art. 11 CP au regard du principe de la légalité à la manière d'un « fil rouge » présent tout au long de ce travail. Nous mettrons en évidence le cas échéant les problèmes qui pourraient se poser relativement au respect de ce principe et tenterons de les expliquer et les résoudre lors de l'analyse de chaque condition d'application de l'art. 11 CP.

3.3 Le lieu de la « commission » des délits de commission par omission

89 L'art. 8 CP traite de la question du lieu de commission de l'acte. Cet article doit être lu en rapport avec l'art. 3 CP : il concrétise la notion de « commission en Suisse », dont parle l'art. 3 al. 1 CP. A teneur de l'art. 8 al. 1 CP, « [u]n crime ou un délit est réputé commis tant au lieu où l'auteur a agi ou aurait dû agir qu'au lieu où le résultat s'est produit ». Cet article prévoit ainsi deux critères de rattachement en matière de délit de commission par omission, le premier étant l'endroit où l'auteur aurait dû agir, le second, celui du résultat.

90 Sous l'ancien droit, l'art. 7 aCP ne traitait pas de la question du lieu de « commission » des délits de commission par omission. Le TF avait cependant eu à se poser la question du lieu de « commission » de délits d'omission¹⁰⁰.

⁹⁸ CORBOZ, Homicide, p. 171. En ce qui concerne la répression des omissions, KILLIAS *et al.* estiment que le fait d'étendre la punissabilité aux omissions « frôle le raisonnement par analogie », KILLIAS *et al.*, DPG, p. 64.

⁹⁹ Au sujet du caractère exemplatif de la liste de l'art. 11 al. 2 CP, *cf.* point 3.5.3. Pour l'explication de notre position, *cf.* point 3.5.8.

¹⁰⁰ ATF 69 IV 126, consid. 1, JT 1943 IV 48 ; ATF 82 IV 65, consid. 3, JT 1956 IV 117 ; ATF 98 IV 205, consid. 1 ; ATF 105 IV 326 ; COLOMBINI, p. 31 ; CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, art. 8 N 15.

Dans un ATF 105 IV 326, le TF avait ainsi tranché la question : « on constate que la question du lieu de commission de ce genre de délits par omission peut parfaitement être résolue, en aboutissant probablement aux mêmes solutions pratiques, par une interprétation de la notion de < lieu où l’auteur a agi > au sens de l’art. 7 al. 1 ; dans de tels cas il s’agirait notamment du < lieu où l’auteur aurait dû agir > »¹⁰¹.

La Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats avait proposé d’ajouter la partie de phrase suivante à l’art. 8 CP : « ... tant au lieu où l’auteur a agi ou est resté inactif contrairement à ses devoirs qu’au lieu ... »¹⁰². Cette formulation avait été acceptée par le Conseil national¹⁰³. Malgré ces discussions, le texte actuel est identique à celui que le CF avait originellement proposé, lui-même basé sur l’interprétation que la jurisprudence faisait de l’art. 7 aCP¹⁰⁴. 91

Si une partie de la doctrine prend acte de la mention expresse du lieu de commission en matière de délits d’omission sans formuler de critiques particulières¹⁰⁵, une autre partie craint que cette formulation n’entraîne une extension importante de la possibilité de rattacher l’infraction à la Suisse. En effet, la localisation d’une obligation d’agir n’est pas toujours fixe. Ces auteurs craignent donc que puisse fonder un point de rattachement chaque endroit dans lequel a séjourné l’auteur qui, en violation de son devoir, n’a pas agi¹⁰⁶. La crainte exprimée par ces auteurs est à notre sens infondée. S’il est abstraitement possible d’imaginer qu’il puisse exister une multitude de points de rattachement, il est concrètement peu probable que dans un cas donné il puisse y avoir une multiplication aberrante de points de rattachement. La possibilité pour le garant d’agir notamment est une limite qui est de nature à réduire les points de rattachement¹⁰⁷, de même que le principe de la concomitance et les règles en matière de compétence. 92

¹⁰¹ ATF 105 IV 326, consid. 3-f. Sur la notion de « résultat au sens technique », cf. point 3.4.2.2 N 119.

¹⁰² BOCE 1999 1105, p. 1111. WICKI expliquait le choix rédactionnel : « [i]n Artikel 8 wird unter anderem auch der Begehungsort der Unterlassungsdelikte festgelegt. Ihre Kommission hat das Unterlassungsdelikt gegenüber dem Bundesrat etwas verständlicher formuliert », WICKI, BOCE 1999 1105, p. 1111.

¹⁰³ BOCN, 2001 532, p. 543.

¹⁰⁴ MCF 1998, p. 2104 ; « En l’occurrence, il s’agit surtout de préciser le texte légal, que la jurisprudence interprète dans ce sens aujourd’hui déjà », MCF 1998, p. 1805.

¹⁰⁵ DONATSCH/TAG, I, p. 51 ; HURTADO POZO, DPG, N 202 ; STRATENWERTH, AT I, § 5 N 7 ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 8 N 5.

¹⁰⁶ CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, art. 8 N 20 ; BSK StGB I-POPP/KESHELAVA, art. 8 N 11.

¹⁰⁷ Sur la possibilité pour le garant d’agir, cf. point 3.6.

93 La question du lieu du résultat a donné lieu à de nombreuses discussions dans la doctrine. Dans l'ATF 105 IV 326 précité, le TF a saisi l'occasion de revenir sur la notion de « résultat » de l'art. 7 aCP et qui est mentionnée aux deux alinéas de l'art. 8 CP. Le TF a ainsi considéré alors que la notion de « résultat » devait être comprise dans son sens technique, contrairement à ce qu'il soutenait jusqu'alors. Malgré cette jurisprudence, la discussion au sujet de ce qu'il convient d'entendre par « résultat » au sens de l'art. 8 CP n'est pas close¹⁰⁸. Les principes dégagés par la jurisprudence au sujet des infractions de commission sont, ou seront, une fois que l'interprétation de la notion de « résultat » de l'art. 8 CP sera tranchée, applicables *mutatis mutandis* à la commission par omission. Ainsi, pour une infraction matérielle, soit la violation de l'art. 11 *cum* 111 CP, le lieu du « résultat » sera tant celui où le décès de la victime sera survenu que celui où la personne qui a omis aurait dû agir (art. 8 al. 1 CP).

3.4 Délimitation entre la commission et l'omission

3.4.1 Introduction

94 Le droit pénal s'attache aux comportements et non à la simple pensée¹⁰⁹. L'on parle généralement de comportement pénalement relevant (« *Handlungsbegriff* »). Cette notion relève de la typicité et est censée remplir plusieurs fonctions, parmi lesquelles celle de regrouper dans une grande catégorie, qu'il s'agisse de commissions ou d'omissions, les différents types de comportements pénalement relevant, servir de point commun à ces différents comportements ou encore les délimiter par rapport à des comportements pénalement irrelevants¹¹⁰. La notion est cependant comprise et définie de manières diverses au sein de la doctrine. La discussion a ainsi été particulièrement âpre en Allemagne, même si elle n'a plus aujourd'hui la même place que dans les années cinquante et soixante¹¹¹. Il n'y a, à l'heure actuelle, aucune théorie qui parvient à satisfaire toutes les attentes et remporter l'adhésion de tous. Chacune des théories développées connaît ses points forts et ses défauts, ce qui explique qu'elles continuent à coexister. La doctrine

¹⁰⁸ Le TF a rendu plusieurs arrêts qui, malgré la précision que souhaitait apporter l'ATF 105 IV 326, ont à nouveau élargi la notion de « résultat », *cf.*, entre autres, ATF 109 IV 1, consid. 3-c ; ATF 124 IV 241, consid. 4-d ; ATF 125 IV 177, consid. 2-b et 3, JT 2003 IV 138.

¹⁰⁹ GRAVEN, DPG, p. 74.

¹¹⁰ Sur les différentes fonctions, ROXIN, AT I, § 8 A N 1 ss.

¹¹¹ BACIGALUPO, p. 61.

allemande a élaboré plusieurs théories dont trois, principalement, ont été ou sont représentées en Suisse : la théorie finaliste, sociale et causaliste¹¹².

La théorie finaliste (« *finale Handlungslehre* »)¹¹³ repose sur l'idée que l'être humain, du fait de sa connaissance causale des conséquences de son comportement, peut prévoir les contours de celui-ci, de sorte qu'il lui est possible de se fixer des buts et choisir les moyens de parvenir à ces buts¹¹⁴. Le point central de cette théorie est la relation entre la finalité et l'intention¹¹⁵. La conséquence pratique en est que l'analyse de l'intention se fait au titre de la typicité¹¹⁶. Cette théorie est critiquée pour n'être pas adaptée aux délits d'omission¹¹⁷, ni à ceux qui répriment la négligence¹¹⁸. Elle ne distingue, notamment, pas de manière suffisamment claire les devoirs qui incombent à celui qui omet au sens de l'art. 11 CP, des devoirs de prudence, analysés en cas de négligence (art. 12 al. 3 CP). Selon cette théorie, l'ensemble de ces devoirs sont en effet analysés au titre de la typicité¹¹⁹. Il s'agit là de l'une des raisons pour lesquelles nous ne l'avons pas adoptée dans le cadre de notre travail.

La théorie sociale (« *soziale Handlungslehre* »)¹²⁰ est centrée sur la notion d'action socialement relevante (« *sozialerhebliches Verhalten* »). Cette théorie adopte donc une approche très large de la notion d'action¹²¹. Pour cette raison, il existe différentes conceptions parmi ses adhérents, en fonction du poids que ceux-ci accordent aux éléments personnel, final, causal et normatif qui la composent¹²². Parmi les critiques adressées à cette théorie figure le

¹¹² Pour un exposé au sujet de ces différentes théories, cf. ROXIN, AT I, § 8 B et C.

¹¹³ Aussi appelée « *der finale Handlungsbegriff* ».

¹¹⁴ DONATSCH/TAG, I, p. 90 s. ; ROXIN, AT I, § 8 B N 17 ss ; STRATENWERTH, AT I, § 7 N 6 ss. WESSELS/BEULKE disent à ce sujet : « [f]inales Handeln ist somit ein bewusst vom Ziel her gelenktes Wirken », WESSELS/BEULKE, AT, § 3 II 1 N 90. Cf. également, CEREZO MIR : « [d]ie menschliche Handlung ist [...] eine Lenkung von kausalen Faktoren durch den menschlichen Willen », CEREZO MIR, p. 102. Cette théorie était également traitée en sociologie ; ainsi PARETO parlait de « *azioni logiche* », PARETO, p. 81 ss.

¹¹⁵ CEREZO MIR, p. 103. Sur la notion de « finalité » : WELZEL, Strafrecht, p. 34 ss.

¹¹⁶ FLACHSMANN, p. 5.

¹¹⁷ ROXIN, AT I, § 8 B N 19 ; STRATENWERTH, AT I, § 7 N 8. Dans le même sens, FLACHSMANN, p. 117. Pour résoudre cette difficulté, KAUFMANN, qui adhère à la théorie finaliste, retient que les délits d'omission répondent à une structure différente de celle des délits de commission, KAUFMANN, Dogmatik, p. 252 ss.

¹¹⁸ ROXIN, AT I, § 8 B n 20 ; STRATENWERTH, AT I, § 7 n 8.

¹¹⁹ KAUFMANN, Dogmatik, p. 16 ss ; WELZEL, Strafrecht, p. 37.

¹²⁰ Ce concept est également appelé *der soziale Handlungsbegriff*.

¹²¹ ROXIN, AT I, § 8 B N 29 ; STRATENWERTH, AT I, § 7 N 10.

¹²² DONATSCH/TAG, I, p. 92 s. ; ROXIN, AT I, § 8 B N 27 ss ; WESSELS/BEULKE, AT, § 3 II 1 N 91.

fait que sa conception est trop large et englobe des comportements qui ont certes un aspect social, mais ne sont pas pénalement pertinents¹²³. Elle ne remplit donc pas correctement sa fonction de délimitation entre les actions relevant du droit pénal et celles qui sont pénalement indifférentes¹²⁴. Il lui est également reproché de créer une interdépendance entre l'appréciation juridique et sociale de l'action¹²⁵. Pour ces raisons, nous avons renoncé à recourir à cette théorie, bien qu'elle soit, dans sa variante personnelle (« *personale Unrechtslehre* ») largement adoptée par la doctrine allemande, mais aussi suisse-allemande¹²⁶.

97 La théorie causaliste (« *kausale Handlungslehre* »)¹²⁷ est la théorie qui considère comme une action pénalement pertinente le comportement, guidé par la volonté (« *willkürlich* »), qui entraîne, en causant ou en n'empêchant pas, une modification du monde extérieur¹²⁸. VON LISZT, BELING et RADBRUCH sont considérés comme ses premiers représentants¹²⁹. GRAVEN explique à ce sujet que « [I]a volonté ainsi entendue est [...] une faculté psychomotrice juridiquement et moralement neutre, dont les aliénés eux-mêmes peuvent être dotés »¹³⁰. Une des conséquences de cette théorie est que l'intention (« *Vorsatz* ») et la négligence (« *Fahrlässigkeit* ») s'analysent au titre de la culpabilité (« *Schuld* »), non de la typicité¹³¹. Malgré le fait qu'elle paraît démodée aux yeux de certains auteurs¹³², cette théorie a le mérite de clairement distinguer entre les éléments constitutifs (« *Tatbestandsmerkmale* ») d'une infraction et la culpabilité de l'auteur ; les premiers étant le reflet

¹²³ Cf. ROXIN qui mentionne les mouvements dus aux réflexes, voire non maîtrisables et les conséquences de la contrainte absolue (*vis absoluta*), ROXIN, AT I, § 8 B N 29.

¹²⁴ ROXIN, AT I, § 8 B N 29.

¹²⁵ Pour la critique et les conséquences de cette interdépendance, cf. ROXIN, AT I, § 8 B N 30 s.

¹²⁶ DONATSCH/TAG, I, p. 93. Pour la doctrine allemande, cf. WESSELS/BEULKE, AT, § 3 II 1 N 91.

¹²⁷ Ce concept est également appelé « *der natürliche/naturalistische/kausale Handlungsbegriff* », cf. ROXIN, AT I, § 8 B N 10.

¹²⁸ VON LISZT, Vorträge, p. 241 ; ROXIN, AT I, § 8 B N 10. Cf. VON LISZT : « *Handlung ist willkürliches Verhalten zur Aussenwelt; genauer: Veränderung, d.h. Verursachung oder Nichthinderung einer Veränderung (eines Erfolges) der Aussenwelt durch willkürliches Verhalten* », VON LISZT, p. 116.

¹²⁹ DStGB LK-WALTER, Vor § 13 ss N 22.

¹³⁰ GRAVEN, DPG, p. 74. Cf. également ATF 115 IV 221, consid. 1.

¹³¹ DONATSCH/TAG, I, p. 91 s. ; GRAVEN, DPG, p. 15 ; STRATENWERTH, AT I, § 8 N 25. Les éléments constitutifs subjectifs que sont, par exemple, le dessein d'appropriation ou d'enrichissement illégitime, relèvent de la typicité. Sur les notions de typicité, illicéité et culpabilité selon la théorie causaliste, cf. GRAVEN, DPG, p. 14 s., 19 ss, 99 ss et 163 ss.

¹³² CEREZO MIR, p. 110 ; STRATENWERTH, AT I, § 7 N 5 *in fine*. WELZEL reproche à cette théorie de ne pas être en mesure de comprendre l'acte en tant que phénomène social, WELZEL, Abhandlungen, p. 125.

de conditions générales et abstraites¹³³, la seconde, celui du for intérieur de l'auteur¹³⁴. La théorie causaliste évite ainsi les confusions¹³⁵ entre les devoirs juridiques particuliers qui incombent à celui qui se voit reprocher une commission par omission et les devoirs de prudence analysés en cas de négligence¹³⁶. Elle est à notre sens celle qui permet également le mieux de distinguer l'acte de l'omission¹³⁷.

Comme nous l'avons dit, ces différentes théories ont chacune leurs qualités et leurs défauts, aucune n'étant absolument satisfaisante¹³⁸. Puisque l'impact pratique réside, en définitive, dans le fait que les différents éléments de l'infraction ne sont pas analysés au même titre d'une méthode à l'autre, le choix d'une méthode aux dépens d'une autre est *in fine* une question d'affinité et ne rend jamais l'analyse absolument impossible, ni le résultat inévitablement erroné. Pour les raisons mentionnées, nous opterons cependant dans le cadre de ce travail pour la théorie causaliste. 98

Le choix de la théorie causaliste n'élimine pas la difficulté de savoir comment régler la relation entre une « commission » et une « omission ». Cette difficulté appelle bien entendu une solution, puisque de la qualification du comportement de l'auteur en droit pénal dépendra la sanction qui sera prononcée à son encontre¹³⁹. Même si l'analyse diffère quelque peu selon la théorie adoptée, notre exposé est transposable, *mutatis mutandis*, aux autres théories mentionnées. 99

Nous nous attacherons ainsi dans cette partie de notre travail à définir les notions nécessaires à notre analyse. Nous exposerons, puis analyserons, les différentes solutions retenues pour régler la relation entre les délits de commission et ceux d'omission en droit suisse. Nous prendrons position et 100

¹³³ GRAVEN, DPG, p. 20 s.

¹³⁴ GRAVEN, DPG, p. 163 ss.

¹³⁵ Cf. certains arrêts dans lesquels le TF analyse simultanément les devoirs de prudence et les devoirs incombant au garant donnant ainsi l'impression que cela est la même chose, par exemple ATF 121 IV 207, consid. 2-a.

¹³⁶ Cf. points 3.5 pour le devoir juridique d'agir et 3.9.2 pour ce qui a trait à la négligence.

¹³⁷ Dans le même sens, JAEGER, p. 19.

¹³⁸ Dans le même sens, GRUBMILLER, p. 53 s.

¹³⁹ STRATENWERTH, AT I, § 7 N 13. Dans le même sens, pour le droit allemand, VON COELLN, qui voit deux raisons principales qui imposent de distinguer entre la commission et l'omission : la première raison est le fait que seul celui sur qui pèsent les devoirs particuliers peut être punissable pour une omission, alors que n'importe qui peut, en principe être auteur d'une commission ; la seconde raison réside dans la possibilité, dans le cas des commissions par omission, d'atténuer la peine, possibilité qui n'existe pas, aux mêmes conditions, pour les commissions, VON COELLN, p. 61. Cf., cependant, point 3.4.5 N 186.

proposerons une solution claire, praticable, cohérente et respectueuse des principes qui régissent le droit pénal ; puis nous concluons.

3.4.2 Définitions

101 De manière schématique, l'on peut voir que les dispositions pénales appréhendent les comportements humains de deux manières¹⁴⁰ : elles répriment soit un acte commis au mépris d'une interdiction (« *Verbotnormen* »), soit une abstention alors qu'elles imposaient un acte (« *Gebotsnormen* »)¹⁴¹. Dans le premier cas, l'on parle de délits¹⁴² de commission (« *Begehungsdelikte* »)¹⁴³, alors que dans le second, l'on parle de délits d'omission proprement dits¹⁴⁴ (« *echte Unterlassungsdelikte* »)¹⁴⁵.

3.4.2.1 Les délits de commission

102 Les délits de commission constituent la catégorie principale de délits réprimés par les dispositions pénales¹⁴⁶ ; une simple lecture de la partie générale du Code pénal permet déjà de s'en rendre compte. La doctrine¹⁴⁷ définit la commission (« *Begehung* ») comme une activité positive, soit « agir au mépris d'une obligation de s'abstenir »¹⁴⁸. Cette notion ne nous satisfait pas pleinement car elle reporte le problème sur la qualification de ce qui est une « activité positive ».

103 Nous définirons, dans le cadre de notre travail, la « commission » comme un comportement qui remplit les conditions de l'acte constitutif d'une norme pénale réprimant une interdiction d'agir.

¹⁴⁰ GRAVEN, DPG, p. 76 ; KAUFMANN, Dogmatik, p. 3 ; MEYER, p. 4 s. ; RÖHL, p. 895 ; STRATENWERTH, AT I, § 7 N 13.

¹⁴¹ GRAVEN, DPG, p. 76 ; MEYER, p. 4 s. Critique au sujet de cette distinction : ENGISCH, Tun, p. 187.

¹⁴² Nous entendons ici le mot « délit » au sens large d'« infraction » et non, au sens de l'art. 10 al. 3 CP.

¹⁴³ CR CP I-CASSANI, art. 11 N 1 ; GRAVEN, DPG, p. 76 ; MEYER, p. 3 ; STRATENWERTH parle de « *Handlungsdelikt* », STRATENWERTH, AT I, § 9 N 1.

¹⁴⁴ Cf., point 3.4.2.2.1.

¹⁴⁵ DONATSCH/TAG, I, p. 294 s. ; KAUFMANN, Dogmatik, p. 3 ss ; MEYER, p. 4, 13 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 4 ss. Pour la distinction entre une norme qui impose un comportement et celle qui interdit un comportement, le critère de l'instrumentalité de BENNETT nous paraît adéquat. Dans le même sens, RÖHL, p. 896. Au sujet de ce critère, cf. point 2.1.2.

¹⁴⁶ CR CP I-CASSANI, art. 11 N 1 ; DONATSCH/TAG, I, p. 81, 288 ; GRAVEN, DPG, p. 76 ; LOGOZ, p. 62 ; POPP, Kommentar, Vorbem., N 27 ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 1 ; STRATENWERTH, AT I, § 7 N 14 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 248.

¹⁴⁷ GRAVEN, DPG, p. 76 ; STRATENWERTH, AT I, § 7 N 13 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 81.

¹⁴⁸ GRAVEN, DPG, p. 76. Voir également LOGOZ, p. 62.

Nous appellerons donc « délits de commission » les infractions qui énoncent une interdiction d'adopter certains comportements face aux biens juridiques pénalement protégés. 104

3.4.2.2 Les délits d'omission

La catégorie des délits d'omission est divisée elle-même en deux sous-catégories, à savoir les délits d'omission proprement dits et les délits d'omission improprement dits (« *unechte Unterlassungsdelikte* »)¹⁴⁹. Ces délits se distinguent des délits de commission par le fait que ce qui est réprimé ici est, pour l'auteur, de ne pas avoir adopté un ou des comportements attendus. 105

Une omission en droit pénal répond à trois conditions principales, la première est, comme pour la philosophie, la non-réalisation d'un acte précis, la seconde, le fait que l'auteur ait été en mesure d'agir et la troisième, l'existence d'un devoir d'agir¹⁵⁰. Une « omission » en droit pénal est donc une « omission qualifiée » en philosophie¹⁵¹. Ainsi, c'est bien la violation d'un devoir qui est sanctionnée, non le comportement que l'auteur a eu lors de la violation dudit devoir¹⁵². 106

3.4.2.2.1 Les délits d'omission proprement dits

Lorsqu'une disposition pénale énonce expressément un devoir d'agir, l'on parle d'une omission proprement dite¹⁵³. Le législateur souhaite dans ces cas 107

¹⁴⁹ Pour un aperçu historique du délit d'omission, cf. GEISLER, p. 11 ss ; HONIG, p. 3 ss.

¹⁵⁰ Pour un parallèle avec la philosophie, cf. point 2.1.2. Sur la nature et les sources de ce devoir pour la commission par omission, cf. point 3.5.

¹⁵¹ Sur cette notion, cf. point 2.1.2 N 32 et point 2.2 N 46 ss. Contrairement à ce que soutient GRUBMILLER (p. 58), nous estimons que la notion d'omission ne contient pas, en elle-même, un jugement de valeur. Ce n'est que lorsqu'il est fait référence à l'omission en droit pénal, donc à une omission qualifiée, que cette notion de « jugement » peut apparaître. Ceci est dû au fait que lorsque, en droit pénal, l'on fait référence à la notion d'« omission », l'on sous-entend, une référence à un devoir particulier d'agir. Sur la nature et les sources de ce devoir dans le cas de la commission par omission, cf. point 3.5.

¹⁵² Nous insistons sur ce point car il permet d'expliquer plusieurs malentendus relatifs aux omissions, ainsi que nous le verrons points 3.5, 3.8 et 3.17.

¹⁵³ CR CP I-CASSANI, art. 11 N 1 ; DONATSCH, Garantienpflicht, p. 356 ; GRAVEN, DPG, p. 76 ; JEANNERET, Devoirs, p. 39 ; KAUFMANN, Dogmatik, p. 277 ; LOGOZ, p. 62 ; MEYER, p. 9 ss ; MOREILLON, Infraction par omission, p. 48 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 4 ss ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 1. Pour un exposé plus détaillé au sujet de cette distinction, cf. ROXIN, AT II, § 31 III N 16 ss. Il peut arriver, à l'instar de l'art. 332 CP, que seule la sanction soit prévue dans la norme pénale, renvoyant, quant au contenu exact du devoir à une norme extra-pénale. Cette technique législative se retrouve très souvent dans le droit pénal accessoire, à l'exemple de l'art. 37 de la Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA), RS 955.0.

punir celui qui n'agit pas pour éviter l'atteinte ou la mise en danger d'un bien juridique pénalement protégé¹⁵⁴.

108 Cette définition correspond à celle adoptée par la jurisprudence et la majorité de la doctrine suisse¹⁵⁵. Nous souhaitons cependant insister sur un point : il faut que la violation du devoir d'agir soit expressément sanctionnée par une norme pénale, même si ce devoir a été prévu dans une autre disposition, que celle-ci soit de droit civil ou administratif¹⁵⁶. Il ne suffit pas que le devoir figure dans une disposition légale¹⁵⁷, sinon l'art. 11 al. 2 lit. a CP serait vidé de son sens. Admettre le contraire pourrait mener à parler d'omission proprement dite au sujet d'une omission réprimée par le biais de l'art. 11 CP, norme qui prévoit précisément la punissabilité de la commission par omission.

109 S'agissant des normes pénales qui énoncent à la fois une interdiction et un devoir d'agir¹⁵⁸, nous parlerons de « commission » lorsque nous viserons l'interdiction et « d'omission proprement dite » lorsque nous nous référerons au devoir d'agir prévu expressément par la norme¹⁵⁹.

3.4.2.2 Les délits de commission par omission

110 La figure de la commission par omission est une notion qui semble assez évidente, y compris pour des « non pénalistes », voire des non juristes qui n'ont aucune peine à concevoir que, pour une mère (ou un père), laisser son nourrisson mourir de faim « c'est comme si elle (ou il) le tuait ». Il faut cependant reconnaître que ce qui paraît facile à comprendre *prima facie* peut nécessiter et donner lieu à de nombreuses explications – il suffit pour cela de se référer à la bibliographie mentionnée.

¹⁵⁴ STRATENWERTH, AT I, § 14 N 5 s. Voir par exemple les art. 127, 128, 217 CP et l'art. 92 de la Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR), RS 741.01. Pour une définition par un auteur de droit allemand, cf. KÖHLER, p. 206.

¹⁵⁵ CR CP I-CASSANI, art. 11 N 1 ; GRAVEN, DPG, p. 76 ; JEANNERET, Devoirs, p. 39 ; MEYER, p. 18 s. ; MOREILLON, Infraction par omission, p. 48 ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 1.

¹⁵⁶ A l'exemple de l'art. 332 CP qui réprime la violation du devoir prévu aux art. 720 al. 2, 720a et 725 al. 1 CC.

¹⁵⁷ Nous laissons volontairement la question de la nature de cette disposition ouverte. Cette question sera précisée point 3.5.3.1.

¹⁵⁸ A l'exemple de l'art. 127 CP où sont réprimés alternativement l'exposition et l'abandon à un danger grave et imminent pour la vie de la victime. Cf. également l'art. 230 CP qui réprime, entre autres, la destruction d'un « appareil destiné à prévenir les accidents [...] » (ch. 1 al. 1) ou l'omission d'installer d'un tel appareil (ch. 1 al. 2) ou encore l'art. 158 ch. 1 al. 1 CP.

¹⁵⁹ Cf. point 3.4.2.2.1 au sujet des délits d'omission proprement dits.

La commission par omission n'était, nous l'avons dit, pas expressément prévue par le Code pénal de 1937¹⁶⁰. L'absence de base légale formelle n'était pourtant pas un obstacle à la punissabilité d'un auteur, le garant (« *Garant* »)¹⁶¹, pour une omission contraire aux devoirs particuliers qui lui incombait¹⁶². Cette catégorie de délits est aussi appelée « délits d'omission improprement dits »¹⁶³.

111

Selon le TF, « [un] délit d'omission improprement dit est réalisé lorsque la survenance du résultat par une action est expressément menacée d'une sanction pénale, que l'accusé par son action aurait effectivement pu éviter le résultat et qu'en raison de sa situation juridique particulière il y était à ce point obligé que son omission apparaît comparable au fait de provoquer le résultat par un comportement actif »¹⁶⁴. Cette définition, qui provient d'un ATF de 1991, soit avant l'entrée en vigueur de l'art. 11 CP, contient la plupart des éléments essentiels de la définition que nous retenons.

112

L'analyse de ces éléments sera l'objet de la majeure partie de notre travail. Ceux-ci seront donc abordés spécifiquement par la suite. Nous devons dès à présent brièvement définir certains d'entre eux pour les besoins de l'exposé. Dans le cas d'une commission par omission, l'existence du devoir particulier dont parle le TF fonde la position de garant (« *Garantenstellung* »)¹⁶⁵. Le TF définit la position de garant comme une situation dans laquelle : « [...] l'auteur [est obligé] à ce point à protéger un bien déterminé contre des dangers indéterminés (devoir de protection), ou à empêcher la réalisation de risques connus auxquels des biens indéterminés [sont] exposés (devoir de surveillance), que son omission peut être assimilée au fait de provoquer le résultat

113

¹⁶⁰ Cf. point 3.2 N 84.

¹⁶¹ Par souci de clarté nous réservons donc l'usage du terme « garant » aux cas dans lesquels nous parlons d'une commission par omission, à l'exclusion des omissions proprement dites. Sur cette notion, cf. point 3.5.1 également.

¹⁶² A titre d'exemple, nous citerons quelques arrêts rendus bien avant le 1^{er} janvier 2007, soit les ATF 96 IV 155, consid. II.4-a, JT 1974 IV 104 ; ATF 106 IV 276, JT 1982 IV 20 ; ATF 113 IV 68, consid. 5-a, JT 1988 IV 74 ; ATF 117 IV 130, consid. 2-a. Pour un exemple datant d'une période antérieure à 1937, voir le cas rapporté par PEDOTTI du forgeron suisse, bon nageur, décapité en 1615 pour ne pas avoir secouru sa femme lors du naufrage du bateau, PEDOTTI, p. 24.

¹⁶³ GRAVEN, DPG, p. 76.

¹⁶⁴ ATF 117 IV 130, consid. 2-a. Le TF parle « d'omission improprement dite », cette notion est synonyme de celle de « commission par omission », voir à ce sujet GRAVEN, DPG, p. 76 s. Cf. également ATF 113 IV 68, consid. 5-a, JT 1988 IV 74 ; ATF 118 IV 309, consid. 1-c.

¹⁶⁵ Sur cette notion, cf. point 3.5. *Contra* : CORBOZ pour qui la « position de garant fonde le devoir juridique d'agir », CORBOZ, Homicide, p. 179.

par un comportement actif »¹⁶⁶. Les termes « position de garant » font ainsi référence à la situation dans laquelle se trouve la personne à qui incombe ce devoir d’agir dans le cas de la commission par omission, de même que le terme « rapport de représentation », par exemple, fait référence à la situation « générale » dans laquelle se trouve le « représentant » à l’art. 158 ch. 2 CP. La notion de position de garant ne comprend donc nullement la référence à la culpabilité du garant, par exemple ; elle n’est que l’expression du fait que sont définis tant le devoir d’agir et son contenu que la personne sur laquelle ledit devoir pèse.

114 Nous parlerons de « commission par omission » lorsque nous nous référerons à une situation dans laquelle le garant n’a pas eu un comportement conforme au devoir¹⁶⁷ qui lui incombait à l’égard d’un bien juridiquement protégé¹⁶⁸. Nous nous efforcerons tout au long de ce travail de développer et préciser ces différents éléments auxquels nous ajouterons un autre critère qui nous paraît également d’importance, à savoir l’impossibilité pour la « victime » de se défendre¹⁶⁹.

115 L’existence d’une définition uniquement jurisprudentielle et doctrinale d’une catégorie de délits que le Code pénal ne réprimait pas expressément pourrait surprendre dans une branche du droit gouvernée par le principe de la légalité. Cependant, il faut savoir que, déjà pour STOOSS¹⁷⁰, il semblait aller de soi qu’une infraction pût aussi être commise par une omission contraire à un devoir d’agir. Cela paraissait si évident qu’il a été jugé inutile de l’énoncer dans l’avant-projet de Code pénal de 1893¹⁷¹. La commission d’experts avait modifié l’art. 1 de l’avant-projet pour y ajouter, en 1896, la phrase : « [l’] omission est assimilée à l’action »¹⁷². Cette phrase « qui ne marquait pas nettement l’antithèse, n’a pas paru satisfaisante, et faute d’en trouver une meilleure »¹⁷³, a finalement été supprimée.

¹⁶⁶ ATF 134 IV 255, consid. 4.2.1.

¹⁶⁷ Sur la nature de ce devoir, cf. point 3.5.2.

¹⁶⁸ Un seul garant peut avoir plusieurs devoirs particuliers qui lui incombent et cela, en rapport avec un ou plusieurs biens juridiquement protégés, bien entendu. Sur la nature et les sources de ce devoir dans le cas de la commission par omission, cf. point 3.5.

¹⁶⁹ Cf. point 3.7.

¹⁷⁰ GRUBMILLER, p. 100 ; ZÜRCHER, Motifs, p. 46 s.

¹⁷¹ Pour un bref historique à ce sujet, cf. GUBMILLER, p. 98 ss et STRATENWERTH, AT I, § 14 N 8. De nombreuses omissions étaient réprimées en « Suisse », sous l’ancien droit d’avant 1798 déjà, cf. PFENNINGER, p. 40 ss. Selon LÜTHI, l’influence de la *Constitutio Criminalis Carolina* sur certains cantons suisses explique également cela, LÜTHI, p. 4. PFENNINGER est plus nuancé au sujet de cette influence, PFENNINGER, p. 80 ss.

¹⁷² SCHULTZ, p. 26 ; ZÜRCHER, Motifs, p. 46.

¹⁷³ ZÜRCHER, Motifs, p. 46.

L'absence de base légale était également relevée par la doctrine, sans toutefois que cette absence remît en cause l'application de cette figure de délits¹⁷⁴. Le droit suisse, contrairement au droit français¹⁷⁵, réprimait donc la commission par omission malgré l'absence de base légale – le silence du texte légal ne devait ainsi pas être compris comme un silence qualifié¹⁷⁶, mais « permissif »¹⁷⁷. 116

A ce stade, il nous faut préciser que l'art. 11 CP trouve application tant en ce qui concerne les délits formels que matériels¹⁷⁸. Cette conception correspond à ce que SCHULTZ avait à l'esprit lors de la rédaction de cet article¹⁷⁹. Nous ne reviendrons pas en détail sur la controverse qui a eu lieu à ce sujet par le passé, mais traiterons brièvement au cours de ce texte de certains points qui appellent une précision. 117

L'on appelle ainsi délits formels (« *schlichte Tätigkeitsdelikte* ») les infractions qui sont réalisées par la simple adoption du comportement incriminé, en l'absence d'un quelconque changement du monde extérieur¹⁸⁰. 118

Les délits matériels (« *Erfolgsdelikte* ») sont ceux pour lesquels le comportement constitutif ne se confond pas avec le résultat au sens technique¹⁸¹. La notion de « résultat » se définit comme « de[s] conséquences qui peuvent se distinguer, dans le temps et dans l'espace, du comportement destiné à les produire »¹⁸². Lorsque dans la suite de notre texte nous viserons le résultat au sens précité, nous le préciserons. Sans indication particulière, la notion de « résultat » devra être comprise dans son acception large et courante. 119

174 DONATSCH, Garantenpflicht, p. 356 ; GRAVEN, DPG, p. 80 ; MEYER, p. 77 ss ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 4 ; SCHULTZ, Bericht, p. 25 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 9 ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 3.

175 Cf. point 4.2.

176 Sur cette notion, LE ROY/SCHOENENBERGER, p. 333.

177 CR CP I-CASSANI, art. 11 N 3.

178 MCF 1998, p. 1808 ; CR CPI-CASSANI, art. 11 N 18 ; GRUBMILLER, p. 235 ; HEINE, Allgemeiner Teil, p. 116 ; HEINE, Totalrevision, p. 503 ; MEYER, p. 10 ss et 27 ; SCHILD TRAPPE, p. 9 ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 2. Pour le droit allemand, cf., par exemple, DStGB K-STREE, Vorbem. §§ 13 ss N 161. *Contra* : DONATSCH/TAG, I, p. 298 s. ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 2. Plus nuancés, BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 90 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 33.

179 SCHULTZ, Bericht, p. 26 et 28.

180 ARZT, Erfolgsdelikt, p. 168 ; DONATSCH/TAG, I, p. 97 ; GRAVEN, DPG, p. 87 ss ; KILLIAS *et al.*, DPG, p. 33 s. ; STRATENWERTH, AT I, § 9 N 9. La définition est la même en droit allemand, cf. ROXIN, AT I, § 10 H N 102 ; WESSELS/BEULKE, AT, § 1 II 2 N 23.

181 ARZT, Erfolgsdelikt, p. 168 s. ; DONATSCH/TAG, I, p. 98 ; GRAVEN, DPG, p. 89 ; KILLIAS *et al.*, DPG, p. 33 s. ; STRATENWERTH, AT I, § 9 N 11. Même acception en droit allemand, cf. ROXIN, AT I, § 10 H N 103 ; WESSELS/BEULKE, AT, § 1 II 2 N 25.

182 GRAVEN, DPG, p. 89. Sur la notion de « résultat », cf. également CASSANI, Wirtschaftsdelikte, p. 248 ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 8 N 6.

120 Ces différentes définitions, malgré leurs qualités, ne peuvent clarifier entièrement les relations entre ces différents types de délits, particulièrement en ce qui concerne les délits de commission et ceux de commission par omission. A cette fin, il nous faut préalablement exposer les différentes théories défendues en droit suisse¹⁸³.

121 Certains auteurs soutiennent que la figure du délit de commission par omission ne peut être retenue pour certaines infractions qui, de par leur formulation même, semblent logiquement l'exclure. Il en irait de même pour les délits formels et les infractions qui ne sont rédigés que sous la forme d'une référence à un comportement positif particulier¹⁸⁴. A notre sens, et nous y reviendrons au cours de notre travail, ces restrictions n'ont pas lieu d'être posées *a priori* et d'une manière générale. Contrairement à ce que soutient MEYER, il est possible d'envisager l'application de l'art. 11 CP en combinaison avec l'art. 137 ch. 1 aCP (actuel art. 139 CP), lorsque celui à qui incombait le devoir de protéger la chose mobilière appartenant à autrui a permis à un tiers de s'approprier celle-ci¹⁸⁵. De même, une violation de domicile peut être commise par omission par un auteur qui laisse un tiers pénétrer dans un domicile dont il doit garder l'accès ou ne fait rien pour interdire à son chauffeur de pénétrer dans un jardin dans lequel il n'a pas été autorisé à pénétrer¹⁸⁶. Enfin, il est envisageable que l'auteur qui a permis qu'un vol avec violence soit perpétré se voie reprocher sa passivité, pour autant que les autres conditions d'application soient remplies.

3.4.3 La relation entre la commission et la commission par omission

3.4.3.1 Introduction

122 Nous avons vu que les comportements pénalement réprimés peuvent être classés en deux grandes catégories¹⁸⁷, soit les infractions de commission et les omissions (proprement ou improprement dites). Le comportement est considéré actif dans le premier cas, passif dans le deuxième. L'image d'une personne adoptant un

¹⁸³ Cf. points 3.4.3 ss.

¹⁸⁴ Arrêt (non publié) du 18 juin 2012, dans la cause 6B_844/2011, consid. 3.1.1 ; DONATSCH/TAG, I, p. 298 ; MEYER, p. 27 ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 90 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 33. Cf. note de bas de page 682 également.

¹⁸⁵ Cf. point 3.12.2 N 471, au sujet de la complicité par omission à un vol.

¹⁸⁶ Nous remercions la Professeure CASSANI pour cet exemple.

¹⁸⁷ Cf. point 3.4.2 N 101.

comportement qui ne serait qu'actif ou que passif est plutôt théorique, ne reflétant que très imparfaitement la multitude de formes que peut revêtir l'action humaine. Les exemples qui suivent serviront de point de départ à notre discussion.

La diversité de comportements peut être illustrée par quelques exemples tirés de la jurisprudence et de la doctrine : la personne qui continue de conduire alors que deux de ses passagers en étranglent une troisième¹⁸⁸, un vendeur qui livre un élévateur impropre à l'usage pour lequel il est prévu¹⁸⁹, un serrurier qui installe une porte de garage coulissante dépourvue de système de sécurité adéquate¹⁹⁰, le dirigeant d'une organisation qui recommande des guides qui ne disposent pas des autorisations nécessaires¹⁹¹, le médecin qui débranche l'appareil de réanimation d'un patient inconscient qui n'avait plus aucune chance de reprendre connaissance¹⁹².

123

Dans tous ces exemples, il est possible d'identifier au moins un comportement actif et un ou plusieurs comportements passifs. En effet, conduire une voiture, vendre un élévateur, installer une porte de garage, recommander des guides, débrancher un appareil, sont des comportements que l'on tend à qualifier d'actifs. De même, ne pas secourir la personne qui se fait étrangler, ne pas donner les consignes d'utilisation adéquates, ne pas installer le système de sécurité, ne pas vérifier si les guides ont les autorisations adéquates, ne pas donner les soins indispensables, peuvent être considérés comme des « comportements passifs ».

124

La question qui se pose dans de tels cas est de savoir s'il faut, et le cas échéant comment, distinguer entre les comportements actifs et passifs. Au sujet de la distinction entre « faire » et « omettre », VOLK est d'avis que : « die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen ist entweder evident und unproblematisch oder sehr schwierig, dann aber nicht möglich oder nicht nötig »¹⁹³. Si l'on peut être d'accord sur le fait que cette distinction peut être parfois facile, voire évidente, l'on a plus de peine à suivre cet auteur lorsqu'il parle de l'inutilité de la distinction. Celle-ci n'est, en tous les cas, pas inutile¹⁹⁴, si l'on pense

125

¹⁸⁸ ATF 120 IV 265, JT 1996 IV 95.

¹⁸⁹ ATF 121 IV 10 (non traduit).

¹⁹⁰ ATF 122 IV 145.

¹⁹¹ ATF 129 IV 119.

¹⁹² BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 22.

¹⁹³ VOLK, p. 223. Cet auteur considère que la distinction entre agir et omettre est sans importance du point de vue de la politique criminelle. Dans le même sens, ROXIN, AT II, § 31 VI N 71.

¹⁹⁴ Cf. point 3.4.5 N 186.

au devoir particulier qui incombe au garant¹⁹⁵ ou aux différences quant aux conditions d'application entre la commission et la commission par omission¹⁹⁶.

126 Le domaine médical offre des exemples de situations dans lesquelles la qualification du comportement est délicate. Il en va ainsi du cas du médecin qui débranche les appareils qui maintiennent en vie le patient dont la mort est inévitable¹⁹⁷ : la question se pose dans une telle situation de savoir si l'on qualifie comportement du médecin d'actif ou, comme le fait la doctrine majoritaire suisse¹⁹⁸, de passif¹⁹⁹.

127 Plusieurs auteurs mentionnent la difficulté de distinguer la commission de l'omission dans les cas où une personne interrompt ou empêche une autre de porter secours à la victime (« *Unterlassen durch Handeln* »)²⁰⁰. L'un des exemples donnés est celui du propriétaire d'un bateau qui refuse de permettre à un tiers de s'en servir pour secourir une personne en train de se noyer. Le fait de retenir le bateau peut être considéré comme un comportement actif, mais il n'est pas la *causa efficiens* de la noyade²⁰¹. Les auteurs allemands ont même été plus loin, se demandant comment il fallait qualifier le comportement de celui qui ne se contente pas de retenir le bateau, mais le détruit²⁰².

128 Pour sa part, SEELMANN relève également les situations dans lesquelles le comportement est doublement relevant du point de vue pénal (« *doppelrelevantes Verhalten* ») et qui posent des problèmes de qualification. Selon cet auteur, ces cas se rencontrent principalement en présence d'infractions commises par négligence²⁰³.

129 Pour distinguer entre ces différents comportements, la doctrine suisse et le TF font appel à différentes théories, parmi lesquelles les principales sont la théorie

¹⁹⁵ Cf. entre autres DONATSCH/TAG, I, p. 299 ; MEYER, p. 41 ; ROXIN, AT II, § 31 III N 28 ss ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 11 ; STRATENWERTH, AT I, § 10 N 73 ; WESSELS/BEULKE, AT, § 16 I 2 N 700. Sur la nature de ce devoir, cf. point 3.5.2.

¹⁹⁶ KAUFMANN, Dogmatik, p. 252 ss ; STRATENWERTH, AT I, Vorbem. § 14 N 1. Nous précisons ces conditions au cours de notre travail, il n'y a donc pas lieu ici de les lister.

¹⁹⁷ ROXIN, AT II, § 31 IV N 115 ss ; SCHNEIDER, *in toto* ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 22 ; DStGB K-STREE, Vorbem. §§ 13 ss N 160 ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 9.

¹⁹⁸ DONATSCH/TAG, I, p. 290 ; RIKLIN, Sterbehilfe, p. 336 s. ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 22 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 249.

¹⁹⁹ Au sujet de cet exemple, cf. N 136, 151.

²⁰⁰ BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 23. Cette figure, que l'on peut traduire par « omission par commission » est aussi appelée « *Unterlassung durch Tun* » ou « *Unterlassung durch Begehung* », cf. ROXIN, AT II, § 31 VI N 99 s. ; DStGB K-STREE, Vorbem. §§ 13 ss N 159.

²⁰¹ BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 23. Sur la question de la causalité, cf. point 3.8.

²⁰² DStGB K-STREE, Vorbem. §§ 13 ss N 159.

²⁰³ BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 25 ss.

du poids prépondérant du comportement (« *Schwerpunkttheorie* »), le principe de subsidiarité (« *Subsidiaritätsprinzip* ») et enfin, une combinaison de ces deux théories.

3.4.3.2 La théorie du poids prépondérant du comportement (« *Schwerpunkttheorie* »)

Cette théorie est celle adoptée en Allemagne²⁰⁴, principalement par la jurisprudence²⁰⁵, mais aussi une partie de la doctrine²⁰⁶. Elle tend à qualifier le comportement de l'auteur en fonction du poids prépondérant (« *Schwerpunkt* ») de l'acte ou de l'omission. Ainsi, lorsqu'il s'agit de retenir une commission ou une omission (« *Unterlassung* »), « [d]ie Entscheidung hängt davon ab, bei welcher Verhaltensform der Schwerpunkt liegt »²⁰⁷.

La doctrine allemande n'est cependant pas unanime au sujet de l'application de cette théorie²⁰⁸. La critique principale adressée à celle-ci réside dans le fait qu'elle ne contient pas de critère de distinction proprement dit et mène ainsi à des décisions « dictées par les sentiments »²⁰⁹, donc implicitement qu'elle nuit à la sécurité du droit²¹⁰.

3.4.3.3 Le principe de subsidiarité

Cette théorie est celle qu'ont adoptée le TF²¹¹ et la doctrine majoritaire suisse²¹². Elle commande de ne retenir une omission que dans les cas où l'on ne peut

²⁰⁴ C.f. point 4.1.1.

²⁰⁵ BGHSt 6 46, spéc. 59 ; BGH NSTz 1999 607 ; BGH NSTz 2005 446, spéc. 447.

²⁰⁶ DStGB K-STREE, Vorbem. §§ 13 ss N 158 ; WESSELS/BEULKE, AT, § 16 I 2 N 700.

²⁰⁷ DStGB K-STREE, Vorbem. §§ 13 ss N 158.

²⁰⁸ DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 6 et les références citées par cet auteur aux notes de bas de page 12 à 15.

²⁰⁹ DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 6, WEIGEND parle de « *gefühlsmässige Entscheidungen* ». Cf. également PFANDER, p. 6. Différentes théories sont proposées, par la doctrine allemande, comme alternatives à la théorie du poids prépondérant du comportement. Parmi celles-ci, l'on peut citer celle de l'« *Energieeinsatz* », de la causalité ou encore une combinaison de ces deux théories, cf. ROXIN, AT II, § 31 IV N 73 ss ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 6 ; WESSELS/BEULKE, AT, § 16 I 2 N 700. Cf. point 4.1.1 également.

²¹⁰ ROXIN, AT II, § 31 IV N 77.

²¹¹ ATF 115 IV 199, consid. 2-a, JT 1991 IV 71 ; ATF 120 IV 265, consid. 2-b, JT 1996 IV 95 ; ATF 121 IV 10, consid. 2-b (non traduit) ; ATF 121 IV 109, consid. 3-b ; ATF 122 IV 17, consid. 2-b-aa ; ATF 122 IV 145, consid. 2 ; ATF 129 IV 119, consid. 2-2 ; ATF 134 IV 149, consid. 5.1 (non traduit) ; arrêt (non publié) du 23 décembre 2010, dans les causes 6B_748/2010 et 6B_753/2010, consid. 4.3.

²¹² CR CPI-CASSANI, art. 11 N 9 ; CR CPI-CORBOZ, art. 12 N 122 ; GRAVEN, DPG, p. 78 ; KILLIAS *et al.*, DPG, p. 65 s. ; MOREILLON, Infraction par omission, p. 61 ; RIKLIN, AT I, § 19 N 8 ; STRATENWERTH,

identifier un comportement actif qui remplit les conditions de la typicité, de l'illicéité (« *Rechtswidrigkeit* ») et de la culpabilité²¹³.

133 Des problèmes de qualification délicats se posent en pratique lorsqu'un auteur a adopté un comportement dangereux. Il peut être difficile dans ce genre de cas de qualifier le comportement qui est reproché à l'auteur. La doctrine²¹⁴ et le TF retiennent que « [d]ès qu'une action a contribué à créer ou à accroître le danger à l'origine du résultat, il convient de considérer que c'est une action qui a causé l'infraction »²¹⁵. Il y a ainsi une commission, selon l'avis du TF et de ces auteurs, lorsque le comportement a créé ou augmenté le risque qui, en se concrétisant, a entraîné la réalisation de l'infraction.

134 A l'inverse, le TF²¹⁶ et ces auteurs²¹⁷ retiennent une omission dans les cas où l'auteur n'a pas pris de mesures pour diminuer ce risque sans que l'on puisse lui reprocher par ailleurs un autre comportement actif. Le reproche adressé à l'auteur consiste ici dans l'omission de diminuer le risque.

3.4.3.4 La combinaison entre la théorie de l'élément prépondérant du comportement et le principe de subsidiarité

135 Une partie de la doctrine minoritaire propose de retenir une combinaison entre la théorie de l'élément prépondérant du comportement et le principe de subsidiarité²¹⁸. Ces auteurs considèrent que pour pouvoir choisir entre la

AT I, Vorbem. § 14 N 2 ; SEELMANN, AT, p. 104 ss ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 20 ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 6 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 246 ss. Dans le même sens, FLACHSMANN qui insiste cependant sur la « *täterschaftliche Zielvorstellung* », FLACHSMANN, p. 21 s.

213 ATF 120 IV 265, consid. 2-b, JT 1996 IV 95 : « Die Abgrenzung zwischen Handlung und Unterlassung ist im Zweifel nach dem Subsidiaritätsprinzip vorzunehmen. Es ist immer zuerst zu prüfen, ob ein aktives Tun vorliegt, das tatbestandsmässig, rechtswidrig und schuldhaft ist ». Même formulation dans l'ATF 115 IV 199, consid. 2-a, JT 1991 IV 71 : « Danach ist immer zuerst zu prüfen, ob ein aktives Tun vorliegt, das tatbestandsmässig, rechtswidrig und schuldhaft ist ». DONATSCH/TAG, I, p. 290. Sur ces notions, cf. note de bas de page 131.

214 FLACHSMANN, p. 20 ; HURTADO POZO, DPG, N 1291 ; STRATENWERTH, AT I, Vorbem. § 14 N 2. Au sujet de la théorie de l'augmentation du risque, cf. STRATENWERTH, AT I, § 9 N 29 ss.

215 ATF 122 IV 145, consid. 2. Cf. également ATF 115 IV 199, consid. 2-a, JT 1991 IV 71. Dans un sens apparemment contraire, ATF 106 IV 276, JT 1982 IV 20 ; ATF 108 IV 3, consid. 1-b, JT 1983 IV 100 : « [e]ine solche Garantenstellung wird angenommen [...] wenn [der Täter] durch sein Tun eine Gefahr geschaffen oder eine solche vergrößert hat und deshalb gehalten ist, dafür zu sorgen, dass die Gefahr zu keiner Verletzung fremder Rechtsgüter führt ».

216 ATF 122 IV 145, consid. 2, ainsi que l'ATF 115 IV 199, consid. 2-a, JT 1991 IV 71.

217 Cf. les auteurs cités à la note de bas de page 214.

218 DONATSCH/TAG, I, p. 293. GRUBMILLER est aussi d'avis qu'une combinaison de plusieurs théories est la meilleure solution, avec une prépondérance pour l'élément social, GRUBMILLER, p. 86.

commission et l'omission, il faut prendre en considération la signification sociale du comportement analysé en tenant compte du déroulement complet des événements²¹⁹. Sans cette évaluation, il n'est pas possible de trancher cette question²²⁰. Ils évoquent plusieurs arguments à l'appui de leur position.

Le premier argument est tiré du cas du médecin qui met fin aux mesures qui maintiennent en vie un patient en phase terminale pour lequel la mort est inévitable²²¹. Ces auteurs indiquent que la doctrine majoritaire qualifie cette situation d'omission²²². Or, poursuivent-ils, si l'on appliquait le principe de subsidiarité, que ce soit de manière purement ontologique²²³ ou, même un peu moins étroitement compris, il faudrait aboutir à la conclusion qu'il s'agit d'une commission et non d'une omission²²⁴. Pour que la doctrine majoritaire retienne une omission, il faut donc nécessairement, selon ces auteurs, qu'elle ait recours à un critère de distinction autre que le principe de subsidiarité. DONATSCH/TAG citent également trois décisions²²⁵ dans lesquelles selon leur avis le TF n'a pas appliqué le principe de subsidiarité, mais s'est livré à une estimation du comportement reproché aux différents auteurs²²⁶.

Le deuxième argument invoqué est qu'il est nécessaire de se livrer à une estimation du comportement au moment de qualifier celui-ci de commission ou d'omission, donc au moment où il s'agit d'identifier l'acte constitutif²²⁷. Ils citent à cet égard un ATF qui traite de l'excursion malheureuse en montagne d'un mari et de sa femme, excursion au cours de laquelle la femme a perdu la vie²²⁸. Les auteurs considèrent que, vu la diversité de comportements que le mari a eus (entre autres : partir en montagne insuffisamment équipé, par

²¹⁹ « Die Eingrenzung des strafrechtlich zu beurteilenden Verhaltens kann nur dann in sachgerechter Weise erfolgen, wenn dessen soziale Bedeutung im Gesamtverlauf des Geschehens berücksichtigt wird », DONATSCH/TAG, I, p. 292.

²²⁰ DONATSCH/TAG, I, p. 292.

²²¹ DONATSCH/TAG, I, p. 290. Pour des exemples similaires, cf. ROXIN, AT II, § 31 IV N 115 ss ; SCHNEIDER, *in toto* ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 22 ; DStGB K-STREE, Vorbem. §§ 13 ss N 160 ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 9.

²²² DONATSCH/TAG, I, p. 290. SEELMANN donne le même exemple et indique également que c'est une omission que la doctrine majoritaire retient. Il considère qu'il est acceptable d'aboutir à cette conclusion, mais que celle-ci est incompatible avec une délimitation claire entre la commission et l'omission, BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 22.

²²³ L'ontologie se définit comme « [p]artie de la métaphysique qui s'applique à l'être en tant qu'être, indépendamment de ses déterminations particulières », Le petit Robert.

²²⁴ DONATSCH/TAG, I, p. 290.

²²⁵ ATF 103 IV 289, JT 1979 IV 68 ; ATF 108 IV 3, JT 1983 IV 100 ; ATF 117 IV 130.

²²⁶ DONATSCH/TAG, I, p. 290 s.

²²⁷ DONATSCH/TAG, I, p. 291.

²²⁸ ATF 83 IV 9, JT 1957 IV 34.

136

137

mauvais temps, avec une personne peu habituée à la montagne, continuer l'excursion malgré le mauvais temps, prendre le chemin le plus difficile, passer la nuit sur le glacier, prendre le sac avec tout le matériel en abandonnant sa femme sur place alors qu'elle était incapable de marcher et se tromper dans les indications données aux secouristes), le TF a dû se livrer à une estimation de ceux-ci pour décider lequel méritait la sanction pénale. Selon les auteurs, le TF aurait pu retenir comme pertinent le comportement de l'auteur lorsqu'il a donné de mauvaises indications ou le fait d'avoir abandonné son épouse en prenant le sac qui contenait tout le matériel, de même que tous les autres moments cités. Le fait que, malgré les différents comportements actifs identifiables, une omission ait été retenue, implique que les juges n'ont pas appliqué le principe de subsidiarité, mais considéré l'omission comme le comportement ayant une signification sociale déterminante²²⁹.

138 Les auteurs tirent de l'existence de l'art. 11 al. 2 lit. d CP, soit la création d'un risque (« *Ingerenz* »), un troisième argument pour écarter l'application du principe de subsidiarité. Ils expliquent que le fait de créer un risque doit être compris comme une commission. La création d'un risque ne pourrait donc pas être considérée comme une omission, ni, par voie de conséquence, comme une commission par omission. Il serait ainsi exclu que le législateur parle de devoirs de garant dans ce cas. Or, le fait que le législateur ait prévu cette situation comme source du devoir de garant signifie qu'il ne s'est pas basé sur le principe de subsidiarité pour distinguer entre la commission et l'omission, puisque ce principe mènerait, selon ces auteurs, à retenir une commission et exclure, par conséquent, une quelconque commission par omission²³⁰.

3.4.4 Analyse critique et proposition de solution

3.4.4.1 Analyse critique

3.4.4.1.1 La théorie du poids prépondérant du comportement

139 Bien que cette théorie ne soit pas la seule qui recoure à un jugement de valeur²³¹, la principale critique que l'on peut lui adresser est son imprécision. En effet, il n'existe pas d'unités qui permettraient de quantifier précisément

²²⁹ DONATSCH/TAG, I, p. 292.

²³⁰ DONATSCH/TAG, I, p. 292 s.

²³¹ GRUBMILLER, p. 85.

le comportement d'un auteur²³². Or, cette théorie repose justement sur l'idée qu'il faut évaluer les actes de l'auteur pour décider si ceux-ci tendent plus du côté de la commission ou de l'omission²³³. Il est impensable de pouvoir quantifier la commission ou l'omission d'un comportement si l'on ne dispose d'aucune unité de mesure. En recourant à cette théorie, le juge ne peut rendre que des « *gefühlsmässige Entscheidungen* »²³⁴ qui, certes, peuvent apparaître comme acceptables, mais qui mettent à mal la sécurité du droit. Cette critique est également faite par la doctrine allemande.

Cette théorie a bien sûr pour qualité de tenir compte du jugement social attaché à un comportement donné²³⁵. De cette façon, le droit pénal peut rester en adéquation avec l'évolution des valeurs sociales. Cependant, cette qualité doit, à notre avis, céder le pas devant la nécessité de garantir la sécurité du droit.

140

3.4.4.1.2 Le principe de subsidiarité

Dans les cas où le comportement de l'auteur viole un devoir particulier d'agir²³⁶, sans que l'on puisse identifier un comportement actif par ailleurs²³⁷, cette théorie donne des résultats probants. Cependant, elle ne résout pas de manière sûre et satisfaisante, à notre sens, les cas dans lesquels il y a une création ou augmentation du danger par l'auteur ou une pluralité de comportements adoptés par celui-ci.

141

La création ou l'augmentation d'un danger ne devrait pas être, sans autre, qualifiée de commission, contrairement à ce que soutiennent une partie de la doctrine²³⁸ et le TF²³⁹ dans certains arrêts. A la suite de la doctrine

142

²³² PFANDER, p. 6 ; ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, p. 417 s. ; ROXIN, AT II, § 31 VI N 80 ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 6.

²³³ Cf. point 4.1.1 N 558.

²³⁴ DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 6. Cf. également ROXIN qui énonce cela comme suit : « Ob man den Vorwurf mehr gegen das riskante Tun oder gegen das Unterlassen von Sicherungsmassregeln richten will, ist ziemlich beliebig und liefert die Abgrenzung einem irrationalen Gefühlsurteil aus », ROXIN, AT II, § 31 VI N 80. Pour d'autres critiques adressées à cette théorie, cf. ROXIN, AT II, § 31 VI N 79 ss. Cf. également point 3.4.3.2 N 131 et, pour le droit allemand, point 4.1.1 N 558.

²³⁵ DONATSCH/TAG, I, p. 290.

²³⁶ Sur la nature et les sources de ce devoir dans le cas de la commission par omission, cf. point 3.5.

²³⁷ Par exemple, le cas de la mère qui laisse son bébé mourir de faim.

²³⁸ FLACHSMANN, p. 20 ; HURTADO POZO, DPG, N 1291 ; STRATENWERTH, AT I, Vorbem. § 14 N 2. Au sujet de la théorie de l'augmentation du risque, cf. STRATENWERTH, AT I, § 9 N 29 ss.

²³⁹ ATF 115 IV 199, consid. 2-a, JT 1991 IV 71 ; ATF 122 IV 145, consid. 2. Le TF considère qu'une « prestation positive » ou une « action » suffit à écarter une omission, ATF 121 IV 109, consid. 3-b.

précitée²⁴⁰, nous estimons qu'une telle interprétation viderait l'art. 11 al. 2 lit. d CP de son sens, puisque dans la majorité des cas, la création d'un risque est due, logiquement, à un acte. Cependant, toute action ne remplit pas les conditions de l'acte constitutif²⁴¹. Le législateur a prévu que la création²⁴² d'un risque peut fonder une position de garant ; notre Haute Cour l'a également dit : « [e]ine solche sog. Garantenstellung besteht insbesondere für den Täter, [...] der zuvor durch sein Tun die Gefahr geschaffen hat »²⁴³. Il faut ajouter que la création d'un risque n'est pas forcément illicite²⁴⁴. Il est ainsi parfaitement concevable que, par un acte que le droit pénal ne réprime pas, l'auteur ait créé un risque, ce qui fonde sa position de garant²⁴⁵. Pour toutes les situations dans lesquelles la création n'a pas été contraire au droit, le fait que le comportement ait été actif n'empêchera pas le recours à l'art. 11 al. 2 lit. d CP.

143 Dans les quatre affaires rappelées ci-dessus (point 3.4.3.1), le TF a à chaque fois retenu un comportement actif²⁴⁶. Nous allons discuter ces arrêts de façon à dégager les critères qui permettent de qualifier les comportements des différents auteurs.

144 Dans le cas du chauffeur, le comportement reproché à celui-ci a été de continuer à conduire, traversant une localité habitée sans s'arrêter, s'éloignant ainsi des secours potentiels, alors qu'il connaissait depuis peu les intentions de ses passagers à l'égard de la victime²⁴⁷. Cet arrêt n'a pas trait à la commission par omission, faute de source fondant un devoir particulier d'agir²⁴⁸. Il ne

²⁴⁰ Cf. p. 52.

²⁴¹ Cf. point 3.4.4.1.2 N 146 au sujet de l'ATF 122 IV 145.

²⁴² Le fait d'aggraver un risque préexistant est assimilé à cela, cf. ATF 101 IV 28, consid. 2-b et c, JT 1976 IV 104 ; ATF 108 IV 3, consid. 1-c, JT 1983 IV 100 ; DONATSCH/TAG, I, p. 307 ; GRAVEN, DPG, p. 83.

²⁴³ ATF 106 IV 276, JT 1982 IV 20. Dans le même sens, ATF 83 IV 9, consid. 1 ss, JT 1957 IV 34 ; ATF 101 IV 28, consid. 2-b et c, JT 1976 IV 104 ; ATF 108 IV 3, consid. 1-b, JT 1983 IV 100 ; ATF 116 la 202, consid. 2, JT 1992 IV 122 ; GRAVEN, DPG, p. 83 ; HURTADO POZO, DPG, N 1330 ; MEYER, p. 154 ; MOREILLON, Infraction par omission, p. 252 ss ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 18 s. ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 255 s. ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 14.

²⁴⁴ CR CP I-CASSANI, art. 11 N 44 ; DONATSCH/TAG, I, p. 308 ; MEYER, p. 154 ; MOREILLON, Infraction par omission, p. 257 s. ; SEELMANN, AT, p. 113 s. *Contra* : HURTADO POZO, DPG, N 1330 ; SCHUBARTH, Kommentar, Systematische Einleitung, N 155 s. ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 20 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 255 s. ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 14.

²⁴⁵ Au sujet de la création d'un risque, cf. point 3.5.6.

²⁴⁶ ATF 120 IV 265, consid. 2-b, JT 1996 IV 95 ; ATF 121 IV 10, consid. 2-b (non traduit) ; ATF 122 IV 145, consid. 2 ; ATF 129 IV 119, consid. 2-2.

²⁴⁷ ATF 120 IV 265, consid. 2-b, JT 1996 IV 95.

²⁴⁸ *Contra* : BSK StGB I-FORSTER, Vor art. 24 N 51. Sur la nature et les sources de ce devoir dans le cas de la commission par omission, cf. point 3.5.

reste ainsi que la discussion sur la complicité à un homicide²⁴⁹ et l'omission de prêter concours. Le TF a retenu la complicité (« *Gehilfenschaft* »)²⁵⁰ à un homicide²⁵¹. Certains auteurs considèrent que c'est l'omission de prêter secours (art. 128 CP) qui aurait dû être retenue²⁵². Le chauffeur a, par son comportement, « prêté assistance » aux auteurs (art. 25 CP)²⁵³. Il est vrai cependant que son comportement peut relever également de l'art. 128 CP qui réprime un délit formel²⁵⁴ de mise en danger (« *Gefährungsdelikt* »)²⁵⁵. Puisque la tentative d'homicide absorbe l'art. 128 CP²⁵⁶, la complicité à cette infraction devrait également suivre ce régime ; le fait que le chauffeur soit complice d'un homicide (art. 25 *cum* 111 CP) devrait donc absorber l'art. 128 CP. Le concours idéal doit être imparfait, ainsi seule la complicité d'homicide s'applique, à l'exclusion de l'art. 128 CP. Celui-ci ne peut absorber la complicité d'homicide puisqu'il ne réprime pas un délit de lésion, mais seulement un délit formel de mise en danger²⁵⁷. L'art. 128 CP aurait trouvé application, à notre sens, dans le cas où

²⁴⁹ Pour le rapport entre la participation accessoire à un délit de commission et la commission par omission, cf. point 3.12.2.

²⁵⁰ *Beihilfe* dans la terminologie allemande, cf. ROXIN, AT II, § 26 I n 184 ss ; WESSELS/BEULKE, AT, § 13 IV 5 n 581 ss.

²⁵¹ Bien que les deux passagers aient été condamnés pour assassinat, le TF a considéré que seules les personnes qui ont agi elles-mêmes avec une absence particulière de scrupules répondent d'assassinat, ATF 120 IV 265, consid. 3-a, JT 1996 IV 95. Le chauffeur n'a pas agi avec une absence de scrupules, mais était plutôt dans une *Konfliktsituation*, consid. 3-b de cet ATF.

²⁵² CR CP I-CASSANI, art. 11 n 12 ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 n 6 et 23.

²⁵³ Sur la notion de complicité (*Gehilfenschaft*), cf. ATF 98 IV 83, consid. 2-c, JT 1973 IV 16 ; ATF 106 IV 72, consid. 2-a, JT 1981 IV 56 ; ATF 113 IV 90, consid. 2-a, JT 1988 IV 79 ; ATF 117 IV 186, consid. 3 (non traduit) ; ATF 118 IV 309, consid. 1-a et b ; 119 IV 289, consid. 2-c-aa et bb, JT 1995 IV 135 ; ATF 120 IV 265, consid. 2-c-cc, JT 1996 IV 95 ; ATF 121 IV 109, consid. 3-a et c ; ATF 129 IV 124, consid. 3.2, JT 2005 IV 112 ; DONATSCH/TAG, I, p. 158 ss ; GRAVEN, DPG, p. 308 ss ; KILLIAS *et al.*, DPG, p. 96 ss ; STRATENWERTH, AT I, § 13 n 112 ss.

²⁵⁴ ATF 121 IV 18, consid. 2-a ; MOREILLON, Omission de porter secours, p. 249. Sur la notion de délit formel, cf. point 3.4.2.2.2 n 118. Sur la notion de mise en danger, cf. DONATSCH/TAG, I, p. 102 s. ; GRAVEN, DPG, p. 85 ss ; KILLIAS *et al.*, DPG, p. 33 s. ; STRATENWERTH, AT I, § 9 n 15.

²⁵⁵ ATF 111 IV 124, consid. 2 ; ATF 121 IV 18, consid. 2-a. MOREILLON retient qu'il s'agit d'une mise en danger abstrait, MOREILLON, Omission de porter secours, p. 238. Du même avis : TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 128 n 4 ; KILLIAS *et al.* considèrent que l'art. 128 CP « vise différents cas de figure dont certains constituent un délit de mise en danger concret, d'autres une mise en danger abstraite », KILLIAS *et al.*, DPG, p. 33, note de bas de page 10.

²⁵⁶ ATF 87 IV 7, JT 1961 IV 127 ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 128 n 4.

²⁵⁷ A notre avis, la question porte plus sur l'étendue de la notion de complicité que sur la nature active ou passive du comportement qui conditionnerait l'existence d'une omission. Une analyse approfondie de la notion de complicité en droit suisse dépasserait le cadre de notre étude, raison pour laquelle nous ne trancherons pas la question de savoir si le TF a retenu à juste titre ou non la complicité.

le chauffeur, voyant les agissements de ses passagers, aurait arrêté le véhicule et aurait pris la fuite alors que ceux-ci auraient continué d'étrangler la victime.

145

Le comportement reproché au vendeur de l'élévateur est celui d'avoir vendu et livré un appareil qui était inapproprié et dangereux pour l'usage auquel il était destiné²⁵⁸. Ce comportement actif remplit les exigences de l'acte constitutif de l'homicide selon les juges²⁵⁹. Le TF a considéré que le danger créé par la vente de cet appareil impliquait que le comportement du vendeur devait être qualifié d'actif. Cependant, si l'on peut sans autre admettre que le fait de recommander et vendre un produit doit être qualifié de comportement actif (ce qui ne signifie pas encore qu'il soit pénalement relevant ou répréhensible), il nous est difficile, d'une part, de voir en quoi ceci est *per se* une « commission »²⁶⁰ et, d'autre part, a causé la mort de l'utilisateur dans le cas d'espèce. La vente d'un appareil qui serait défectueux et mettrait en danger ou léserait le bien juridiquement protégé permettrait de considérer que, non seulement le comportement du vendeur remplit les conditions de l'acte constitutif²⁶¹, mais que ce comportement remplit la condition de la causalité naturelle et adéquate²⁶². Cependant, tel ne semble pas être le cas ici, puisque cet élévateur avait servi pendant deux ans et demi sans problèmes et que, au moment de l'accident, il avait été chargé à hauteur de 1'030 kg, alors qu'il était prévu pour supporter une charge maximale de 800 kg. En chargeant cet appareil au-delà de ses capacités, l'utilisateur en fait un usage qui n'était pas conforme. La cause de l'accident semble de fait résider dans l'usage impropre qui a été fait, non dans la vente. En retenant que l'appareil était inapproprié et dangereux pour l'usage pour lequel il était prévu, le TF ne convainc pas : l'appareil n'était pas prévu pour être utilisé avec une charge de 1'030 kg. Faute d'acte constitutif, le cas aurait dû être analysé sous l'angle de la commission par omission. Il aurait ainsi été opportun de vérifier si une éventuelle position de garant pouvait être retenue et, le cas échéant, sur quelle base²⁶³ ; chose que

²⁵⁸ Selon les mots du TF : « Dem Beschwerdeführer wird jedoch vorgeworfen, eine Hebebühne zu einem Zweck geliefert zu haben, für welchen sie ungeeignet und gefährlich war », ATF 121 IV 10, consid. 2-b (non traduit).

²⁵⁹ Le fait que le TF ait retenu un homicide par négligence ne change pas l'acte constitutif de l'infraction, mais joue un rôle au niveau de la culpabilité, selon la théorie causaliste. Cf. point 3.4.1 N 97 et point 3.9.

²⁶⁰ Sur cette notion, cf. point 103.

²⁶¹ Nous laissons de côté la question du risque autorisé (*erlaubtes Risiko*).

²⁶² Pour un tel état de fait, cf. l'arrêt (non publié) du 1^{er} mai 2009, dans la cause 6B_1026/2008.

²⁶³ L'on pourrait songer à une obligation accessoire du vendeur comme, par exemple, renseigner complètement l'acheteur sur la manière d'utiliser correctement l'élévateur.

le TF, contrairement aux instances cantonales argoviennes, n'a pas vérifiée²⁶⁴. La responsabilité du vendeur aurait pu être donnée, mais en vertu d'une omission qui lui fût imputable, non d'une commission inexistante.

Dans l'affaire de la porte de garage²⁶⁵, le TF a retenu une commission à l'encontre de l'installateur car « [l]e danger a été créé par l'installation d'un portillon dans la porte coulissante d'un garage. Il n'est donc pas nécessaire de se demander si l'intimé se trouvait dans une position de garant. En effet, ce n'est que lorsque l'on reproche à l'auteur une pure omission que l'exigence d'une position de garant intervient, afin de déterminer dans quelle mesure il existait un devoir juridique d'agir [...]. Dès qu'une action a contribué à créer ou à accroître le danger à l'origine du résultat, il convient de considérer que c'est une action qui a causé l'infraction (principe de la subsidiarité [...]) »²⁶⁶. Le TF s'attache ici à la création du danger pour qualifier le comportement de l'auteur de commission²⁶⁷. La notion de « danger » fait référence à « [c]e qui menace ou compromet la sûreté, l'existence de qqn ou de qqch. (sic) ; situation qui en résulte »²⁶⁸. Il semble aller de soi que tout « acte » n'est pas une « commission », *i.e* que tout comportement actif n'est pas apte à répondre aux conditions de l'acte constitutif d'une infraction de commission²⁶⁹. Or, et il devrait pareillement aller de soi, le principe de subsidiarité ne devrait trouver application que lorsqu'il faut décider entre un acte qui correspond à l'acte constitutif et un comportement qui viole un devoir particulier fondant une position de garant²⁷⁰. Ce principe commande de donner la préférence à la commission si la typicité, l'illicéité et la culpabilité sont données²⁷¹, mais ne

146

²⁶⁴ Le TF ne revoit pas les faits, ceci a également joué un rôle dans la qualification du comportement, à notre avis, *cf.* consid. 2-a de cet arrêt.

²⁶⁵ ATF 122 IV 145. Voir également l'arrêt (non publié) du 21 septembre 2005, dans la cause 6S.449/2004, dans lequel le TF retient également que c'est l'installation de la porte automatique qui doit être retenue comme comportement pénalement relevant. Cela a pour conséquence d'écarter la commission par omission et retenir la prescription de l'action pénale, les faits s'étant déroulés plus de sept ans auparavant. *Cf.* également KOLLER/REY, au sujet de ce deuxième arrêt, KOLLER/REY, *in toto*.

²⁶⁶ ATF 122 IV 145, consid. 2. Dans le même sens, ATF 121 IV 109, consid. 3-b.

²⁶⁷ La doctrine considère aussi la création ou l'augmentation d'un risque comme relevant d'une commission, cela en vertu du principe de subsidiarité, *cf.* FLACHSMANN, p. 20 ; HURTADO POZO, DPG, N 1291 ; STRATENWERTH, AT I, Vorbem. § 14 N 2. Au sujet de la création ou l'augmentation du risque, STRATENWERTH, AT I, § 9 N 30 ss.

²⁶⁸ Le petit Robert.

²⁶⁹ *Cf.* point 3.4.2.1.

²⁷⁰ Sur la nature et les sources de ce devoir dans le cas de la commission par omission, *cf.* point 3.5.

²⁷¹ ATF 115 IV 199, consid. 2-a, JT 1991 IV 71 ; ATF 120 IV 265, consid. 2-b, JT 1996 IV 95 ; DONATSCH/TAG, I, p. 290. Sur ce principe, *cf.* point 3.4.3.3.

signifie pas que n'importe quelle « action » prime la commission par omission²⁷². Puisqu'il est admis que n'importe quelle omission ne peut entraîner la sanction pénale²⁷³, l'on ne comprend pas comment, vu le principe de la légalité²⁷⁴, il est possible de retenir une commission dans le cas d'un acte qui n'est pas constitutif de l'infraction visée. Dans le cas d'espèce, le TF a ainsi considéré que le fait d'installer, conformément aux instructions reçues, un portillon qui fonctionnait de manière absolument correcte revenait, en soi, à commettre un homicide, dans le cas où, neuf mois après l'installation de la porte, une personne décédait lors de son utilisation²⁷⁵. Même en admettant cette manière de voir, il reste la question du lien de causalité. Bien que le TF traite la question en une phrase²⁷⁶, l'existence du lien de causalité entre le comportement retenu, à savoir l'installation du portillon, et le résultat, le décès, n'est en rien évidente et montre que le comportement auquel le TF raccroche la survenance du décès n'est pas pertinent. A notre avis, il convenait bien plutôt de retenir au niveau de la typicité que la situation dangereuse qu'il avait créée (art. 11 al. 2 lit. d CP) imposait à l'employé de mettre en place, dans l'idéal immédiatement et pour autant qu'il ait pu réaliser l'existence de ce danger, un système de sécurité qui empêchât l'utilisation de la porte pendant que le portillon était ouvert. Ce devoir incombait également à l'employeur en vertu de l'obligation découlant de l'art. 55 CO ou des obligations contractuelles. L'existence du lien de causalité entre la violation du devoir qui incombait à

²⁷² Cf. point 3.4.4.2.3.

²⁷³ Les omissions ne sont sanctionnées que si cela est expressément prévu par une disposition légale (délits d'omission proprement dits, *echte Unterlassungsdelikte*) ou, à défaut de disposition pénale, uniquement dans le cas où « l'auteur » se trouvait dans une position de garant (délits de commission par omission, *Begehen durch Unterlassen*), sur ces définitions, cf. points 3.4.2.2.1 et 3.4.2.2.2. L'exigence de l'existence d'une position de garant (*Garantenstellung*) est l'expression de cela. Sur la position de garant, cf. ATF 105 IV 172, consid. 4, JT 1981 IV 17 ; ATF 106 IV 276, JT 1982 IV 20 ; ATF 108 IV 3, consid. 1-b, JT 1983 IV 100 ; ATF 113 IV 68, consid. 5-a et b, JT 1988 IV 74 ; ATF 117 IV 130, consid. 2-a ; ATF 117 IV 467, consid. 3, JT 1993 IV 149 ; ATF 118 IV 309, consid. 1-d ; ATF 120 IV 98, consid. 2-c, JT 1996 IV 45 ; DONATSCH/TAG, I, p. 300 ss ; GRAVEN, DPG, p. 78 ss ; HURTADO POZO, DPG, N 1317 ss ; KILLIAS *et al.*, DPG, p. 64 s. ; MAYER M., p. 209 s. ; MEYER, p. 77 ss ; POPP, Kommentar, Vorbem., N 17 ss ; ROXIN, AT II, § 32 I n 1 ss ; SCHUBARTH, Kommentar, Systematische Einleitung, N 130 ss ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 7 ss ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 7 ss ; WESSELS/BEULKE, AT, § 16 II 4 N 715 ss. Cf. également point 3.5.

²⁷⁴ Sur la relation entre la commission par omission et le principe de la légalité, cf. point 3.2.

²⁷⁵ Les juges fédéraux n'ayant pas retenu la négligence, l'application de l'art. 117 CP a finalement été exclue.

²⁷⁶ « La première condition [à savoir, « avoir causé la mort d'une personne »] est réalisée, dès lors qu'une fillette est décédée, après avoir emprunté le portillon, pendant que la porte coulissante du garage était en mouvement », ATF 122 IV 145, consid. 3-a.

l'« installateur » et la survenance du décès de la victime est ainsi bien plus clairement identifiable²⁷⁷.

S'agissant de ce dernier arrêt, nous craignons par ailleurs qu'en « étirant » trop la notion de « création d'un danger » dont le TF et la doctrine parlent pour retenir une commission, notre Haute Cour ne vide de sens la notion de « création d'un risque » qui peut fonder l'existence d'une position de garant (art. 11 al. 2 lit. d CP)²⁷⁸. Ces deux notions sont proches, mais ne peuvent être synonymes. L'hypothèse de l'art. 11 al. 2 lit. d CP, lorsqu'elle serait réalisée, signifierait alors que l'on doit retenir une commission, ce qui ne fait clairement pas sens. Le « risque » est défini comme : « [un] danger éventuel plus ou moins prévisible »²⁷⁹. Dans le cas où le TF retient systématiquement que la création ou augmentation d'un danger constitue un comportement actif pénalement punissable, donc une commission²⁸⁰, il ne restera plus guère de place pour une position de garant basée sur la création d'un risque. A notre sens, seuls les cas dans lesquels l'on reproche à l'auteur d'avoir adopté un comportement précis qui est contraire à une norme pénale devraient être compris comme « créant ou augmentant un danger ». Pour reprendre cet arrêt en exemple, si les juges reprochaient à l'accusé d'avoir installé cette porte, il s'agirait effectivement d'un cas de création d'un danger. Tel n'est pas le cas dans cet arrêt : la porte était effectivement dépourvue d'un système empêchant son fonctionnement en cas d'ouverture du portillon, mais ce défaut ne signifiait pas que quiconque utilisait la porte serait blessé. Au contraire, il fallait la conjonction de plusieurs éléments pour que l'accident se produise, comme *in casu* où la porte a été ouverte alors que le portillon était utilisé par une enfant de quatre ans. Cette porte présentait sans aucun doute un danger, cependant, et les juges eux-mêmes le disent, ce qui posait problème, ce n'était pas l'installation en tant que telle, mais le fait que la porte fût dépourvue d'un système empêchant son ouverture lorsque le portillon était utilisé. Si le « reproche » ne porte pas sur le fait d'avoir procédé à l'installation de la porte en tant que telle, mais sur le fait de ne pas avoir prévu de système de sécurité adéquat, le comportement visé est l'omission, non l'installation.

²⁷⁷ Au sujet de la causalité en matière de délits de commission par omission, cf. point 3.8.

²⁷⁸ Le texte allemand de l'art. 11 al. 2. lit. d CP parle de *Gefahr*, soit « danger » en français.

²⁷⁹ Le petit Robert. Le dictionnaire donne également un sens employé dans le langage juridique (« Eventualité d'un événement ne dépendant pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant causer la perte d'un objet ou tout autre dommage ») mais cette définition est utile plutôt en droit des assurances ou en droit bancaire.

²⁸⁰ ATF 115 IV 199, consid. 2-a, JT 1991 IV 71 ; ATF 122 IV 145, consid. 2.

148

L'ATF 129 IV 119 traite quant à lui du cas de Y., « dirigeant d'une organisation dont la tâche consiste à se faire l'intermédiaire entre diverses organisations sportives et des clients potentiels et à organiser avec les uns et les autres certaines activités sportives ». Cette personne a conseillé pour une descente en radeau des guides qui ne disposaient pas des autorisations nécessaires. Le TF a considéré que ce comportement était une « commission » et primait, en vertu du principe de subsidiarité, une quelconque omission²⁸¹. Le fait de conseiller les guides qui ne disposent pas des autorisations voulues, ne revient pas à blesser ou tuer. Il est indiscutable que le fait de conseiller des guides et ne pas vérifier s'ils disposent des autorisations nécessaires, est un comportement actif²⁸², mais comme nous l'avons déjà vu²⁸³, ce n'est pas suffisant pour qualifier ce comportement de « commission ». Le fait que les guides ne disposaient pas des autorisations requises, ne signifie pas encore que les recommander revenait à tuer les gens qui participaient à cette excursion, même si l'absence d'autorisations n'est pas de bon augure quant à la capacité de ces guides à encadrer la pratique de cette activité. Le lien de causalité²⁸⁴ ne nous semble pas donné en l'espèce ; ce comportement n'est pas constitutif d'une infraction de commission. En l'absence d'une commission, nous estimons que le comportement de l'organisateur, de même que l'existence d'un lien de causalité, auraient dû être analysés en lien avec une omission²⁸⁵.

149

Ces quatre arrêts illustrent la difficulté qu'il peut y avoir à identifier les comportements qui relèvent de la commission et ceux qui relèvent de l'omission. Il convient donc d'insister ici sur le fait que ce n'est que lorsque l'on peut identifier tant une commission qu'une commission par omission, soit une fois la qualification du comportement faite, que ce principe permet de trancher la question délicate²⁸⁶ de la distinction entre la commission et l'omission.

²⁸¹ ATF 129 IV 119, consid. 2-2.

²⁸² Sur la distinction entre comportement actif et passif, *cf.* points 2.1, pour la position philosophique et 3.4 pour le droit pénal.

²⁸³ *Cf.* point 3.4.4.1.2 N 146 au sujet de l'ATF 122 IV 145.

²⁸⁴ Sur la question de la causalité, *cf.* point 3.8.

²⁸⁵ La position de garant de Y. pouvait naître du devoir de rendre le service de manière diligente, ici recommander des guides disposant des autorisations nécessaires, devoir qui résultait du contrat de mandat (art. 398 CO) Sur la question de ces devoirs particuliers, *cf.* point 3.5.

²⁸⁶ CR CP I-CASSANI, art. 11 N 10 ; MAYER M., p. 212 ss ; MOREILLON, Infraction par omission, p. 58 ss ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 19 ss ; DStGB K-STREE, Vorbem. § 13 ss N 158 ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 5 ; WESSELS/BEULKE, AT, § 16 I 2 N 699 ss.

3.4.4.1.3 La combinaison entre la théorie de l'élément prépondérant du comportement et le principe de subsidiarité

Cette théorie souffre bien évidemment du reproche fait à la théorie de l'élément prépondérant du comportement, à savoir son imprécision²⁸⁷. Nous ne reviendrons donc pas sur cet argument. Nous reprendrons, en revanche, les différents arguments exposés ci-dessus²⁸⁸ pour les discuter.

Le premier argument a pour base l'exemple du médecin qui débranche les appareils qui permettent au patient inconscient et arrivé en fin de vie de continuer à « vivre ». DONATSCH/TAG estiment que l'application du principe de subsidiarité devrait conduire les auteurs qui ont adopté ce principe à qualifier de commission le comportement du médecin consistant à débrancher ces appareils et non d'omission : « [s]owohl nach der rein ontologisch wie auch sogar nach der weniger eng verstandenen Subsidiaritätstheorie [...] müsste der Abbruch der lebensverlängernden Massnahmen als Begehung qualifiziert werden »²⁸⁹. Ces auteurs ont absolument raison à ce sujet. Le fait de débrancher ces appareils doit être considéré comme une commission et doit primer, en vertu du principe de subsidiarité, l'omission du médecin de continuer à maintenir le patient en vie. Nous comprenons qu'il soit tentant de retenir une omission à l'encontre du médecin dans un cas comme celui-ci, puisque l'on peut ainsi éviter que soit inquiété le médecin qui agit pour soulager le patient d'inutiles souffrances supplémentaires. En effet, si l'on retient une omission, celle-ci n'est punissable que si le médecin occupe une position de garant. Cette position peut résulter pour le médecin de son contrat de mandat (art. 11 al. 2 lit. b CP et art. 398 ss CO)²⁹⁰. Cependant, le médecin peut être délié de son devoir de gérer les intérêts de son mandant si le contrat prend fin ou si un représentant thérapeutique indique que le mandant souhaite renoncer à des soins supplémentaires²⁹¹. L'application du principe de subsidiarité conduit à retenir une commission dans le cas précité. La nature active ou passive du comportement ne préjuge cependant en rien du fait qu'il puisse relever de ce que la doctrine suisse appelle l'« euthanasie passive »²⁹².

²⁸⁷ Cf. point 3.4.4.1.1.

²⁸⁸ Cf. point 3.4.3.4.

²⁸⁹ DONATSCH/TAG, I, p. 290.

²⁹⁰ CR CP I-CASSANI, art. 11 N 37 ; DONATSCH/TAG, I, p. 304 ; GRAVEN, DPG, p. 81 ; LOGOZ, p. 62 ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 10 s.

²⁹¹ Sur le contrat comme fondement de la position de garant, cf. point 3.5.4.

²⁹² La notion d'« euthanasie passive » recouvre tant des formes passives qu'actives du comportement ; le point central est le respect de la volonté du patient qui renonce à recevoir des soins qui prolongeraient sa vie. Sur cette notion, cf., entre autres, CASSANI/CHERBULIEZ, p. 230 ss ; STRATENWERTH, Rechtliche Aspekte, p. 112 s.

Les notions d'omission et d'euthanasie passive ne sont pas des synonymes et ne se situent pas dans le même plan d'analyse. La première fait référence ici à la qualification du comportement en droit pénal, la seconde relève du domaine médical. La référence au principe de subsidiarité pour décider si un comportement relève d'un cas d'euthanasie passive est donc sans objet. Ainsi, dans le cas où le médecin dispose d'un appareil qui s'arrête automatiquement après un certain temps, nécessitant une intervention humaine pour se remettre en marche²⁹³, le fait que ledit médecin renonce à remettre l'appareil en marche est une omission, en même temps qu'un cas d'euthanasie passive ; si le médecin débranche ledit appareil, parce que c'est là la volonté clairement exprimée du patient, il s'agit d'une commission qui reste un acte d'euthanasie passive.

152

Les instances cantonales ont retenu à juste titre une omission à l'encontre des accusés dans l'ATF 103 IV 289²⁹⁴. Le comportement reproché consistait dans le fait qu'ils n'avaient pas posté de gardien à l'arrivée du remonte-pente. D'après l'état de fait, il n'était pas question de leur reprocher l'exploitation du remonte-pente lui-même, ce qui nous semble tout à fait logique vu ce que nous avons exposé ci-dessus²⁹⁵. Lorsque DONATSCH/TAG expliquent que le fait qu'un exploitant de remontées mécaniques permette à des skieurs de remonter en utilisant ses remontées relève d'une « commission »²⁹⁶, mais que malgré l'application du principe de subsidiarité auquel il adhère, le TF a retenu une omission, il nous semble que les auteurs commettent deux confusions. La première est de penser que tout « comportement actif » est une « commission ». La commission étant un comportement qui remplit les conditions de l'acte constitutif de l'infraction envisagée²⁹⁷, elle ne se confond pas avec la notion de « comportement actif », elle n'en est qu'un sous-ensemble. La seconde, qui découle de la première, est de penser que le TF a appliqué le principe de subsidiarité pour arriver à cette conclusion, ce qui n'est pas le

²⁹³ Exemple tiré de DStGB K-STREE, Vorbem. §§ 13 ss N 160.

²⁹⁴ ATF 103 IV 289, JT 1979 IV 68. Les questions soulevées devant le TF ne portaient pas sur la qualification du comportement des accusés.

²⁹⁵ Cf. point 3.4.4.1.2 au sujet des ATF 120 IV 265, JT 1996 IV 95 ; ATF 121 IV 10 (non traduit) ; ATF 122 IV 145 ; ATF 129 IV 119.

²⁹⁶ « Der Betreiber eines Schlepliftes lässt Skifahrer einen Abhang hochziehen. Das kann man als Begehung qualifizieren. [...] Wenn das Bundesgericht in einem derartigen Fall ein Unterlassungsdelikt prüfte, muss es trotz grundsätzlicher Anwendung des Subsidiaritätsprinzips zur Auffassung gekommen sein, es sei nicht an das Hochschleppen der Skifahrer anzuknüpfen, sondern an die unterlassene Einsetzung einer Überwachungsperson. », DONATSCH/TAG, I, p. 290 s.

²⁹⁷ Cf. point 3.4.2.1.

cas. En effet, le TF n'a certainement pas eu à recourir au principe de subsidiarité puisqu'il n'y avait pas de comportement qui remplit les conditions d'une « commission » *in casu*²⁹⁸.

En ce qui concerne l'arrêt ATF 108 IV 3²⁹⁹, le fait pour l'auteur d'avoir encouragé la victime à continuer la cure et écarté les doutes qu'elle avait³⁰⁰, constituent certes des comportements actifs, mais ne signifient pas « tuer », raison pour laquelle le TF a retenu une omission et non une commission³⁰¹. Dans cette affaire, l'auteur a donné l'impression à la victime et à sa fille qu'elles pouvaient se fier à lui. Ce que le TF lui reproche, ce n'est pas d'avoir convaincu la victime de faire une cure, mais de ne pas avoir fait appel à un médecin, alors que lui-même n'avait pas les connaissances nécessaires pour apprécier si l'état de la victime était suffisamment grave pour justifier un arrêt de la cure. Cette appréciation du TF nous paraît juste, dans la mesure où le reproche adressé à l'auteur est de ne pas avoir fait appel à un médecin lorsque l'état de santé de la victime s'est aggravé. Il s'agit donc de la violation d'un devoir particulier³⁰², soit le devoir de veiller sur la personne à qui l'auteur a fait courir ce risque qui s'est réalisé.

Le troisième arrêt que les auteurs citent à titre d'exemple³⁰³ avait trait au décès d'un ouvrier survenu lors de l'utilisation d'une pelle mécanique par un collègue³⁰⁴. Le problème soulevé devant le TF était celui de la définition du devoir particulier que l'auteur avait violé³⁰⁵ et le problème de la causalité³⁰⁶. Le fait que l'entrepreneur ait fait utiliser, comme il était possible³⁰⁷,

²⁹⁸ Cf. point 3.4.4.1.2 N 146 au sujet de l'ATF 122 IV 145 et point 3.4.4.1.3 N 155.

²⁹⁹ ATF 108 IV 3, JT 1983 IV 100.

³⁰⁰ DONATSCH/TAG, I, p. 291.

³⁰¹ ATF 108 IV 3, consid. 1-b et c, JT 1983 IV 100.

³⁰² Sur la nature et les sources de ce devoir dans le cas de la commission par omission, cf. point 3.5.

³⁰³ ATF 117 IV 130.

³⁰⁴ L'ouvrier spécialisé avait, sur les consignes de l'entrepreneur, utilisé la pelle comme une grue. Cet usage était également envisageable (cf. l'état de fait décrit à la page 131 de l'arrêt). L'ouvrier avait manoeuvré la pelle après la pluie sans avoir séché les bandes de freins de celle-ci, alors qu'il savait, bien que cela ne fût pas de la bouche de X., que ce séchage était nécessaire pour le bon fonctionnement de l'appareil. Lorsque l'ouvrier utilisa la « grue » le bloc de béton qui était accroché tomba et tua un autre ouvrier.

³⁰⁵ ATF 117 IV 130, consid. 2-d. Sur la nature et les sources de ce devoir dans le cas de la commission par omission, cf. point 3.5.

³⁰⁶ ATF 117 IV 130, consid. 2-b et c.

³⁰⁷ Cf. l'état de fait décrit à la page 131 de l'arrêt : « L'entrepreneur X. avait décidé d'utiliser cet engin à la manière d'une grue, ce qui en constitue effectivement l'un des modes d'utilisation ».

la pelle mécanique comme une grue, ne constitue pas une commission³⁰⁸. Selon DONATSCH/TAG : « [i]n allen diesen Beispielen finden sich somit aktive Tätigkeiten, weshalb das Bundesgericht bei strenger Anwendung der Subsidiaritätstheorie jeweils von einem Begehungsdelikt hätte ausgehen müssen. Da das Bundesgericht dies nicht getan hat, hat es jedenfalls diesen Entscheiden nicht die strenge Subsidiaritätstheorie zugrunde gelegt, sondern wertende Betrachtungen mit einfließen lassen »³⁰⁹. Au vu des éléments que nous avons exposés ci-dessus, il nous semble que la conclusion à laquelle arrivent ces auteurs au sujet de ces trois arrêts ne peut être soutenue.

155 L'arrêt de l'excursion en montagne du couple mal préparé à cet effet est un exemple parfait, selon ces auteurs, du fait que le TF a dû se livrer à une pesée des intérêts (« *Wertung* ») pour décider quel comportement était déterminant (« *massgebend* ») parmi tous ceux qu'il était possible de retenir. Ils considèrent, ainsi, que le fait de s'être mis en route et d'avoir continué « l'excursion » constitue une commission, tandis que le fait, pour le mari, de ne pas avoir pris des mesures pour protéger sa femme qu'il laissait derrière lui et ne pas avoir consulté le bulletin météo³¹⁰, relève de l'omission³¹¹. En ce qui concerne la décision d'entreprendre cette excursion, même mal équipés, elle n'est pas synonyme de « tuer », bien que, comme le rappelle le TF, une excursion en haute montagne ne soit pas une chose à prendre à la légère, un équipement adéquat étant un des points essentiels auxquels il faut veiller³¹². De même, la décision de continuer l'excursion n'est pas « tuer » ou « causer la mort » (art. 111 et 117 CP). Ces comportements n'étant pas des commissions, ils ne doivent donc pas être pris en compte lors de l'application du principe de subsidiarité, puisque celui-ci ne trouve application que dans les cas où l'on est en présence d'une commission et d'une omission³¹³.

156 Ce dernier arrêt est par contre un excellent exemple pour illustrer le fait que la notion de « commission » est une notion qui est continue, progressant par degrés³¹⁴. Par « continue », nous entendons que le passage d'un comportement pénalement indifférent à une commission se fait progressivement, même

³⁰⁸ Selon les mots du TF, « [...] le recourant n'a pas, par sa propre action, provoqué l'accident et causé la mort de la victime », ATF 117 IV 30, consid. 2-a.

³⁰⁹ DONATSCH/TAG, I, p. 291.

³¹⁰ Bien que ce ne soit pas ce comportement qui, en lui-même « tue », mais le fait de partir. Cette remarque vaut également pour les autres omissions identifiées *in casu*.

³¹¹ DONATSCH/TAG, I, p. 292.

³¹² ATF 83 IV 9, consid. 1-a, JT 1957 IV 34.

³¹³ Cf. point 3.4.4.1.2 N 146 au sujet de l'ATF 122 IV 145.

³¹⁴ Cf. point 3.4.4.2.2.

si parfois la rapidité de cette progression peut empêcher de le remarquer. Pour illustrer notre propos, nous pouvons mentionner la relation qui existe entre la commission d'une infraction, sa tentative (simple) (« *Versuch* »)³¹⁵ et les actes préparatoires (« *Vorbereitungshandlungen* »)³¹⁶ : à chacune de ces étapes, il est possible d'observer une évolution du comportement pour se rapprocher de plus en plus jusqu'à parvenir à la qualification de « commission », même si le moment précis du changement de qualification, du passage d'un état à un autre, est difficilement identifiable. Il en va de même dans cet arrêt : la décision de partir malgré le mauvais temps et sans l'équipement adéquat, choisir un itinéraire difficile au lieu d'un plus simple qu'un autre groupe emprunte, continuer, dans le brouillard, lorsque le temps se fait plus difficile encore en ignorant les personnes venues pour montrer la voie d'un refuge pour « aboutir » à donner une mauvaise indication de la localisation de l'endroit où il avait laissé son épouse, constituent chacun une étape vers le fait de « tuer ». En effet, si le fait de partir en excursion ne peut être assimilé à une commission, l'on remarque que le fait de partir en emportant l'entier des affaires avec soi et en laissant son épouse affaiblie seule, est beaucoup plus proche de ce qu'exigent les art. 111 et 117 CP, à savoir « tuer », respectivement « causer la mort », sans toutefois relever d'une commission encore.

Selon certains auteurs, l'existence de l'art. 11 al. 2 lit. d CP, soit la création d'un risque, constitue un argument pour écarter l'application du principe de subsidiarité³¹⁷. Sous prétexte que toute création d'un risque serait due à un comportement actif³¹⁸ (« *aktives Tun* »), ils en déduisent qu'il n'est pas possible de réaliser l'hypothèse de l'art. 11 al. 2 lit. d CP par une omission, puisque la « création » serait toujours due à un acte. Le législateur ne pouvait pas avoir à l'esprit la théorie de la subsidiarité pour départager l'acte de l'omission

157

³¹⁵ Sur la tentative, cf. ATF 120 IV 199, consid. 3-e, JT 1996 IV 69 ; ATF 122 IV 246, consid. 3-a ; DONATSCH/TAG, I, p. 135 ss ; BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, art. 22 ; KILLIAS *et al.*, DPG, p. 67 ss ; STRATENWERTH, AT I, § 12 N 12 ss ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 22 N 1 ss.

³¹⁶ Sur la notion d'actes préparatoires, cf. ATF 111 IV 144, consid. 3-b et 4, JT 1986 IV 72 ; ATF 111 IV 155, consid. 2, JT 1986 IV 7 ; ATF 115 IV 121, consid. 2, JT 1990 IV 148 ; ATF 118 IV 366, consid. 3, JT 1995 IV 12 ; GRAVEN, DPG, p. 257 s. ; BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, Vor art. 22 N 9 ; KILLIAS *et al.*, DPG, p. 68 ss ; STRATENWERTH, AT I, § 12 N 4 ss ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 260^{bis} N 1 ss.

³¹⁷ DONATSCH/TAG, I, p. 292 s. Cf. également point 3.4.3.4 N 138. Sur la création d'un risque, cf. point 3.5.6.

³¹⁸ DONATSCH/TAG, I, p. 292. Pour BRAMMSEN : « [die] Ingerenzsituation gehört zur Begehungshaftung! [...] Die langjährige Diskussion um die Ingerenzhaftung beschränkt sich mithin auf einen einzigen Punkt, der unter dem Stichwort < dolus vel culpa subsequens > allgemein bekannt ist », BRAMMSEN, Entstehungsvoraussetzungen, p. 403. Voir également WELP, p. 124 s.

puisque, si tel était le cas, l'on aurait systématiquement une commission et, subsidiarité oblige, l'on ne pourrait jamais avoir l'hypothèse de l'art. 11 al. 2 lit. d CP. Cette manière de voir ne saurait être suivie pour trois raisons au moins.

158 La première raison est celle que nous avons déjà exposée auparavant³¹⁹, à savoir que tout comportement actif n'est pas une commission. Or, seul un comportement remplissant les conditions de l'acte constitutif de l'infraction envisagée peut primer la violation d'un devoir particulier³²⁰ en rapport avec cette même infraction, en application du principe de subsidiarité. Ainsi que nous l'avons écrit³²¹, nous estimons qu'il n'est pas nécessaire que la création du risque soit illicite pour que l'art. 11 al. 2 lit. d CP trouve application³²². Par conséquent, même lorsque le comportement qui a créé ce risque était un acte, il est possible de retenir une position de garant, en application de l'art. 11 al. 2 lit. d CP.

159 La deuxième raison réside dans le fait qu'un comportement actif qui remplirait les conditions de l'acte constitutif pourrait être justifié (« *gerechtfertigt* »). Le comportement actif, *i.e* la création du danger serait justifié, mais pas l'omission de prendre les mesures nécessaires par la suite. Pour illustrer notre propos, nous pouvons nous inspirer de l'exemple que ces auteurs donnent en le modifiant pour les besoins de l'explication³²³ : si A creuse un trou au milieu de la route, mais qu'il possède une autorisation pour ce faire, son acte sera licite en vertu de l'art. 14 CP. Il aura certes ainsi créé un risque que des gens se blessent en tombant dans le trou, mais le cas échéant ce ne sera pas le fait d'avoir creusé le trou qui lui sera reproché, mais le fait de n'avoir pas signalé celui-ci conformément aux règles de l'art.

160 La troisième raison réside dans le fait que même si l'on identifie un comportement actif à l'origine de la création³²⁴ du risque et que celui-là est qualifié de commission, mais que l'intention (« *Vorsatz* ») fait défaut lors de

³¹⁹ Cf. point 3.4.4.1.2 N 146 au sujet de l'ATF 122 IV 145.

³²⁰ Sur la nature et les sources de ce devoir dans le cas de la commission par omission, cf. point 3.5.

³²¹ Cf. point 3.4.4.1.2 N 142.

³²² Dans le même sens, CR CP I-CASSANI, art. 11 N 44 ; DONATSCH/TAG, I, p. 308 ; MEYER, p. 154 ; MOREILLON, Infraction par omission, p. 257 s. ; SEELMANN, AT, p. 113 s. *Contra* : HURTADO POZO, DPG, N 1330 ; SCHUBARTH, Kommentar, Systematische Einleitung, N 155 s. ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 20 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 255 s. ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 14. Sur la création d'un risque, cf. point 3.5.6.

³²³ DONATSCH/TAG, I, p. 308.

³²⁴ L'aggravation d'un risque est assimilée à la création de celui-ci, cf. ATF 101 IV 28, consid. 2-b et c, JT 1976 IV 104 ; ATF 108 IV 3, consid. 1-c, JT 1983 IV 100 ; DONATSCH/TAG, I, p. 307 ; GRAVEN, DPG, p. 83.

cette « commission »³²⁵, il se peut que ce comportement ne soit pas punissable. En effet, dans le cas où l'auteur n'avait pas l'intention de créer ce risque et que l'infraction n'est réprimée que si l'intention est donnée, il est impossible de le punir pour ce comportement actif, mais il est possible que l'auteur soit puni pour une omission intentionnelle ultérieure. Ainsi, si l'auteur casse sans le faire exprès l'ampoule dans la cage d'escaliers, ceci ne sera pas réprimé puisque l'art. 144 CP exige l'intention. Par contre, il pourra selon les cas lui être reproché des lésions corporelles, s'il ne remplace pas l'ampoule, par exemple, lorsqu'un locataire chutera et se blessera à cause de l'obscurité³²⁶. Le principe de subsidiarité n'est donc pas un obstacle à l'application de l'art. 11 al. 2 lit. d CP dans un cas comme celui-ci.

3.4.4.2 Proposition de solution

Notre proposition de solution est axée sur trois points principaux : la relativité de la qualification du comportement, le caractère « graduel » du comportement résultant de la qualification et l'application du principe de subsidiarité pour trancher entre un comportement actif et passif qui seraient, respectivement, constitutifs d'une commission ou d'une omission. Nous les aborderons donc dans cet ordre.

161

3.4.4.2.1 La relativité de la qualification

Nous avons constaté, au fil de nos lectures, que la qualification du comportement dépendait, entre autres, du ou des filtres utilisés lorsque l'on se livrait à cet exercice. Un même comportement peut, selon les circonstances, être qualifié diversement. Pour prendre un exemple trivial : le « découpage » d'un lapin peut être qualifié, selon la personne qui accomplit cet acte³²⁷, « d'abattage » ou

162

³²⁵ POPP, Kommentar, Vorbem., N 27. *A contrario*, POPP semble implicitement retenir que dans le cas où l'intention est donnée, la position de garant ne peut pas résulter de la création d'un risque (*Ingerenz*) : « [r]ichtigerweise kommt eine Unterlassung (wegen Ingerenz) nur in Betracht, wenn der Vorsatz bei einer zeitlich primären Aktivität fehlt », POPP, Kommentar, Vorbem., N 27.

³²⁶ Dans cet exemple que nous avons imaginé, par son comportement, l'auteur « porte atteinte » au patrimoine et à l'intégrité corporelle (ou la vie, si la personne meurt). Si pour le patrimoine une commission lui est reprochée, seule une omission entre en ligne de compte pour les lésions corporelles ultérieures. Le concierge de l'immeuble, la gérance et le propriétaire seront également tenus de procéder au remplacement de l'ampoule, à des titres différents et de manière parallèle.

³²⁷ La personne qui « observe » est celle dont l'opinion est la plus importante puisque c'est elle qui effectue la qualification. Cependant, nous ferons ici appel à la figure du « tiers observateur neutre », qui devrait percevoir cela d'une manière parfaitement objective.

de « dissection ». L'on parlera d'abattage si cette opération est effectuée par un boucher dans le cadre de son travail et de dissection si elle est le fait d'un biologiste, que l'on imagine en blouse blanche, dans le cadre de ses recherches³²⁸. Objectivement, les deux comportements sont identiques : une personne coupe un lapin. Cependant, la qualification n'est pas la même, car les auteurs de cet acte sont différents et le cadre dans lequel la qualification a lieu, également³²⁹.

163 Un autre exemple de relativité de la qualification est fourni par STOECKER³³⁰ : pour réaliser un gâteau à pâte levée, il faut mélanger la levure avec de l'eau tiède, laisser « lever » le mélange dans un endroit chaud, ensuite préparer une pâte, et la laisser à nouveau « lever », puis l'étaler sur la plaque et l'enfourner pendant un certain temps à une température donnée. Arrivé à ce stade, le lecteur devrait qualifier cette activité de « faire un gâteau ». Supposons que l'on s'arrête à la première étape, sans savoir ce qui doit arriver ensuite : il serait naturel de qualifier cette action de quelque chose comme « mélanger de la levure et de l'eau ». Ce qui change ici la qualification, en plus de la personne qui accomplit ces actes et le cadre de la qualification, c'est le passage du temps. Le boulanger aura ainsi eu un comportement actif, puis passif, etc. Pourtant, l'on qualifiera le tout de comportement actif, à savoir « faire un gâteau »³³¹.

164 Cette longue digression a pour but de montrer que la qualification d'un comportement peut varier selon différents critères. Puisque « [j]uger, c'est comparer à une chose quelque chose pris comme un caractère »³³², l'on peut admettre que cette relativité de la qualification existe également en droit pénal. Elle est due, en grande partie, aux « filtres » que le droit pénal impose³³³ et à l'opération syllogistique³³⁴. Le point de départ est le comportement décrit dans la norme légale. Le comportement doit être jugé à l'aune de cet acte constitutif. Ainsi, lorsqu'il s'agit de qualifier un comportement, le principe de la légalité³³⁵ interdit de réprimer un comportement qui n'ait

³²⁸ Nous laissons ouverte, à dessein, la question de savoir si le biologiste dissèque encore lorsqu'il prend son repas chez lui.

³²⁹ Cf. également point 2.1.2 N 27 sur la question de l'importance du langage dans la qualification d'un comportement.

³³⁰ STOECKER, p. 400.

³³¹ Pour la distinction entre comportement actif et passif, cf. point 2.1 pour l'approche philosophique et 3.4 pour la solution du droit pénal.

³³² KANT, p. 177.

³³³ Sur la notion de « filtres », cf. point 3.4.1.

³³⁴ Sur le syllogisme, cf. point 3.4.4.2.2.

³³⁵ Sur la relation entre l'art. 11 et le principe de la légalité, cf. point 3.2.

été déclaré punissable par le législateur. Pour que le comportement soit visé par la norme pénale, il doit rentrer dans le cadre prévu par la disposition appliquée.

La qualification est une étape délicate du raisonnement juridique bien que réalisée fréquemment de manière inconsciente lors de la subsomption³³⁶. Par exemple, lorsqu'il s'agit de qualifier le fait de blesser avec un couteau une personne, la qualification se fera par rapport aux art. 111, 122, 123. Il conviendra donc de vérifier si ce comportement revient à « tuer », « blesser », « faire subir à une personne une autre atteinte à l'intégrité corporelle ou la santé »³³⁷. Ainsi, si c'est la blessure qui nous intéresse, l'on qualifiera par rapport à l'art. 111, 122 ou 123 CP en fonction du résultat ; si l'intérêt se porte sur les habits, l'on regardera les actes constitutifs de l'art. 144 CP. La qualification est, dans cet exemple, plutôt aisée. Cependant, elle peut être parfois bien plus compliquée : il nous suffit pour l'illustrer de renvoyer le lecteur à l'ATF sur la complicité d'assassinat³³⁸, celui de la porte de garage³³⁹, ou encore celui de l'organisateur de camps sportifs³⁴⁰.

Une des conséquences de cette relativité est ainsi la tentation de forcer la qualification en vue de faire rentrer le comportement dans la « matrice » prévue par le législateur. Il arrive parfois que, dans le souci de réprimer un comportement jugé répréhensible, le TF « joue » avec la relativité de la qualification et étende les éléments constitutifs objectifs (« *objektive Tatbestandsmerkmale* »)³⁴¹, en particulier l'acte constitutif, au risque de violer le principe de la légalité³⁴². Cette tentation se manifeste également, et ce, pour des raisons supplémentaires³⁴³, lorsqu'il s'agit de distinguer entre un

³³⁶ Sur cette notion, cf. LE ROY/SCHOENENBERGER, p. 291 s. Pour un exposé de l'évolution du syllogisme, cf. GASSER, *in toto*.

³³⁷ Nous ne citons pas les expressions allemandes et italiennes, mais il est bien entendu que le même exercice est fait dans ces langues et parfois, vu que les trois langues officielles ont la même valeur d'un point de vue juridique, d'une langue à l'autre.

³³⁸ ATF 120 IV 265, JT 1996 IV 95. Cf. point 3.4.4.1.2 N 144.

³³⁹ ATF 122 IV 145. Cf. point 3.4.4.1.2 N 146.

³⁴⁰ ATF 129 IV 119. Cf. point 3.4.4.1.2 N 148.

³⁴¹ Sur cette notion, cf. GRAVEN, DPG, p. 23 et 58. Cf. également N 97.

³⁴² Pour des cas dans lesquels le TF a élargi la portée de l'acte constitutif d'un délit de commission, cf., par exemple, ATF 95 IV 179 ; ATF 131 IV 16, SJ 2005 I 65. Pour des exemples « d'extension » d'un élément constitutif objectif, ici la « chose mobilière », cf. ATF 87 IV 115, JT 1962 IV 11 ; ATF 116 IV 134, JT 1991 IV 168.

³⁴³ Une des hypothèses envisageables pouvait être la volonté du TF de ne pas étendre, en l'absence de base légale, l'application de la commission par omission au-delà de ce qui était strictement nécessaire, cf. ATF 105 IV 172, consid. 4-a, JT 1981 IV 17 ; MEYER, p. 71 ss ; SCHUBARTH, Kommentar, Systematische Einleitung, N 129 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 9.

comportement actif et un comportement passif. Le TF a eu tendance à avoir une conception très large de la notion de commission³⁴⁴, excluant par là, en application du principe de subsidiarité, la commission par omission.

167 L'on a pu voir que cette relativité rend la qualification délicate. Ceci est encore plus vrai si la relativité de la qualification est combinée, ainsi qu'il arrive fréquemment en pratique, avec une deuxième caractéristique, à savoir la « gradualité ».

3.4.4.2.2 Le caractère « graduel » de la qualification du comportement

168 L'opération syllogistique est, par nature, une comparaison³⁴⁵, comparaison qui se définit comme : « [l]e fait d'envisager ensemble (deux ou plusieurs objets de pensée) pour en chercher les différences ou les ressemblances »³⁴⁶.

169 Lorsque l'on compare un comportement décrit dans une norme à celui d'un auteur, le nombre de similitudes constatées entre le modèle et l'objet de la comparaison peut varier. C'est ce que nous appelons « gradualité du comportement ».

170 La difficulté principale de cette comparaison entre le texte légal et le comportement de l'auteur réside dans l'impossibilité d'identifier précisément à quel moment ce comportement est suffisamment semblable à celui décrit dans la norme pénale pour considérer qu'il remplit les conditions de l'acte constitutif³⁴⁷. En effet, du fait de son caractère général et abstrait, la loi au sens matériel³⁴⁸ ne peut décrire dans le détail tous les comportements que le législateur a souhaité embrasser³⁴⁹. Il en découle que le degré de ressemblance requis entre l'acte décrit par la norme (acte constitutif) et le comportement de

³⁴⁴ CR CP I-CASSANI, art. 11 N 12. *Contra* : TRECHSEL qui estime, pour sa part, que le TF a tendance à retenir trop souvent une omission, TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 6. Cf. point 3.4.4.1.2 également.

³⁴⁵ « *Tout jugement obtenu par un caractère médiat est un syllogisme*, ou, en d'autres termes, il est la comparaison d'un caractère avec une chose au moyen d'un caractère intermédiaire », KANT, p. 178.

³⁴⁶ Le petit Robert.

³⁴⁷ La problématique de la tentative et des actes préparatoires sera traitée à un stade ultérieur de notre analyse, cf. point 3.13.

³⁴⁸ « La loi au sens matériel [...] est tout acte international, constitutionnel, législatif ou réglementaire, énonçant une règle ou un ensemble de règles de droit. La définition de la loi au sens matériel a donc pour critère le **contenu de la loi** : elle contient une ou des normes générales et abstraites », LE ROY/SCHOENENBERGER, p. 109.

³⁴⁹ GRAVEN, DPG, p. 22 ; BSK StGB I-POPP/BERKEMEIER, art. 1 N 44 ss ; STRATENWERTH, AT I, § 4 N 14 ss.

l'auteur n'est pas fixé d'une manière générale³⁵⁰. Il n'existe pas de moyens de quantifier précisément ce degré de ressemblance. Cette comparaison est ainsi le fait d'une approximation résultant de différents critères³⁵¹. Bien entendu, il est impératif que la similitude soit la plus grande possible, eu regard au principe de légalité³⁵².

Le fait, par exemple, qu'un laps de temps sépare le comportement de la conséquence³⁵³, n'empêche pas *per se* de le qualifier de commission. Supposons qu'un auteur mette en route des événements qui sont censés déployer leur(s) conséquence(s) après un certain temps. Si ce laps de temps n'empêche pas la prévisibilité et la reproductibilité de la conséquence, et que celle-ci peut être « aperçue » au moment où l'auteur commence à adopter son comportement, celui-ci peut être qualifié de commission, quand bien même la conséquence est temporellement distante, pour autant que ce comportement corresponde à la définition prévue par la disposition considérée, donc un délit de commission. Ainsi, l'amoureux qui souhaite se débarrasser de son rival marié à celle qu'il convoite et qui administre quotidiennement à celui-ci des doses de poison qui, chacune prise individuellement ne suffirait pas à tuer, commet, même si le décès dû à cet empoisonnement intervient vingt ans après, un assassinat, car « empoisonner tue »³⁵⁴.

A contrario, l'on retient que lorsque les conditions de l'acte constitutif ne sont pas remplies, seule une omission est envisageable pour l'infraction en question, que le comportement soit actif ou passif. Il faut, en effet, toujours garder à l'esprit que la qualification est faite relativement à une norme³⁵⁵. Ainsi, ce n'est pas parce que ce comportement n'est pas, par exemple, une « commission » au sens de l'art. 111 CP, qu'il ne peut l'être pour un autre délit de commission.

³⁵⁰ BSK StGB I-POPP/BERKEMEIER, art. 1 N 45 s.

³⁵¹ BSK StGB I-POPP/BERKEMEIER, art. 1 N 45.

³⁵² Tous les comportements qui ont une connotation pénale ne sont pas forcément des commissions, ni même pénalement relevants. L'on peut penser à cet effet aux notions de tentative ou même, encore plus en amont, aux actes préparatoires : ceux-ci ne sont punissables que si cela est expressément prévu par loi, comme dans le cadre de l'art. 260^{bis} CP, par exemple. Du fait de ces différents comportements qui existent en amont, il est essentiel que seuls soient compris comme « commissions » les comportements qui présentent suffisamment de similarités avec l'acte décrit par la disposition pénale. Sur la tentative en matière de commission par omission, *cf.* point 3.13.

³⁵³ C'est à dessein que nous n'employons pas le terme « résultat ». Nous souhaitons ainsi éviter toute confusion avec le « résultat » au sens technique.

³⁵⁴ Dans un cas comme celui-ci, la figure du délit continu nous paraît la plus appropriée. Les règles sur la prescription devraient donc être appliquées de la même manière. Sur la prescription, *cf.* point 3.15.

³⁵⁵ *Cf.* point 3.4.4.2.1.

173 Il arrive aussi que le comportement remplisse les conditions de l'acte constitutif et viole, dans le même temps, un devoir particulier³⁵⁶. Dans ce genre de situation, il faut recourir à un critère pour décider de ce que l'on retiendra entre la commission et l'omission. A cet effet, il est essentiel de définir, au préalable, aussi précisément que possible, la commission et l'omission³⁵⁷ reprochées, de manière à pouvoir appliquer le critère que nous retenons, à savoir le principe de subsidiarité.

3.4.4.2.3 L'application du principe de subsidiarité

174 Le nombre de cas dans lesquels un reproche pénal est envisageable à l'encontre d'un auteur qui n'a pas agi est potentiellement plus grand que celui dans lesquels l'auteur commet un acte réprimé par une norme. La figure de la commission par omission englobe ainsi, bien souvent, les cas dans lesquels un acte pénalement répréhensible est également commis³⁵⁸. En l'absence du principe de subsidiarité, de nombreuses situations seraient qualifiées de commissions par omission, reléguant la commission au second plan. Or, malgré l'attrait que l'on peut trouver à cette solution, il ne faut pas oublier que la commission par omission exige que l'on vérifie la condition d'équivalence (art. 11 al. 3 CP)³⁵⁹. Sur un plan logique, il serait ainsi étrange de préférer la commission par omission, tout en concluant que le comportement de l'auteur est équivalent à la commission non retenue. Cette raison, déjà, devrait mener à l'application du principe de subsidiarité afin de donner la préférence à la commission. Cependant, ce n'est pas là l'unique argument en faveur de l'application de ce principe. Les éléments abordés ci-dessous plaident également en faveur de cette solution.

³⁵⁶ Sur cette notion, *cf.* point 3.5.

³⁵⁷ Cette omission suppose, bien entendu, la violation d'un devoir particulier. Sur la nature et les sources de ce devoir dans le cas de la commission par omission, *cf.* point 3.5.

³⁵⁸ A titre d'exemple, l'on peut penser au cas dans lequel un conducteur de bus ne freine pas à un feu rouge et renverse ainsi un cycliste. Il serait possible, en théorie, de reprocher à ce chauffeur de ne pas avoir freiné, soit la violation d'un devoir. Cependant, il est également possible de retenir une commission, à savoir le fait de renverser le cycliste avec son véhicule. Dans cette situation, tant la commission, que l'omission sont théoriquement données. En vertu du principe de subsidiarité, la commission doit l'emporter, fût-ce par négligence. Celle-ci est donc une figure spéciale par rapport à la commission par omission. Ce cas diffère de celui dans lequel le conducteur est à l'arrêt sans avoir le pied sur le frein ou le frein à main tiré et se fait percuter par l'arrière, heurtant ainsi le cycliste devant lui : dans un tel cas, il n'y aurait qu'une omission, faute de commission. Pour les cas dans lesquels la commission et l'omission peuvent qualifier une même situation, *cf.* PHILIPPS, p. 132 ss ; SCHÜNEMANN, p. 283, 295 ; WELP, p. 114 s., 214, 231. Pour JAKOBS, chaque comportement peut être exprimé sous forme d'omission, JAKOBS, p. 32 s.

³⁵⁹ Sur cette condition, *cf.* point 3.10.

Le comportement peut évoluer, nous l'avons dit³⁶⁰, mais il peut aussi avoir plus ou moins de points de similitude avec plusieurs normes³⁶¹. Ainsi, lorsqu'un même comportement est visé par plusieurs dispositions, il existe des règles pour trancher ce conflit. Parmi ces règles, l'on peut citer le principe « *lex specialis derogat generali* »³⁶² ainsi que les autres règles sur le concours (« *Konkurrenz* »). Cependant, ces règles n'ont pas pour fonction première de départager la commission de l'omission, qui est une question relevant de la typicité, mais de régler un conflit de lois³⁶³. Il faut donc également un principe qui règle cette question. Le principe qui mérite la préférence, et nous sommes d'accord avec la jurisprudence³⁶⁴ et la doctrine dominantes suisses³⁶⁵ sur ce point, est celui de la subsidiarité. Nous apporterons cependant certaines précisions, après avoir brièvement rappelé celui-ci.

Ce principe impose de ne retenir une omission que dans les cas où l'on ne peut identifier un comportement actif qui remplisse les conditions de la typicité, de l'illicéité et de la culpabilité³⁶⁶.

La priorité donnée à la commission se justifie dans l'optique du respect du principe de légalité³⁶⁷. En effet, bien que formellement codifiée, la commission par omission est une extension de la typicité, plus exactement de l'acte constitutif. Dans le cas d'une commission par omission, le comportement reproché ne remplit pas les conditions de l'acte constitutif, mais y est considéré comme « équivalent ». Si la qualification du comportement est, déjà, le résultat d'une approximation³⁶⁸, l'incertitude devient encore plus grande lorsque l'on retient

³⁶⁰ Cf. point 3.4.4.2.2.

³⁶¹ Cf. l'arrêt du chauffeur qui continue à conduire alors que deux de ses passagers étranglent la victime : le comportement du conducteur peut être qualifié de complicité active d'homicide ou d'omission de prêter secours, ATF 120 IV 265, JT 1996 IV 95. Au sujet de cet arrêt, cf. point 3.4.4.1.2 N 144.

³⁶² Sur cette règle, cf. STRATENWERTH, AT I, § 18 N 3 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 291.

³⁶³ DONATSCH/TAG, I, p. 392 ss ; KILLIAS *et al.*, DPG, p. 187 ss ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 283 ss.

³⁶⁴ ATF 115 IV 199, consid. 2-a, JT 1991 IV 71 ; ATF 120 IV 265, consid. 2-b, JT 1996 IV 95 ; ATF 121 IV 10, consid. 2-b (non traduit) ; ATF 121 IV 109, consid. 3-b ; ATF 122 IV 17, consid. 2-b-aa ; ATF 122 IV 145, consid. 2 ; ATF 129 IV 119, consid. 2-2.

³⁶⁵ CR CP I-CASSANI, art. 11 N 9 ; GRAVEN, DPG, p. 78 ; KILLIAS *et al.*, DPG, p. 65 s. ; MOREILLON, Infraction par omission, p. 61 ; STRATENWERTH, AT I, Vorbem. § 14 N 2 ; SEELMANN, AT, p. 103 ss ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 20 ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 6 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 246 ss. Dans le même sens, FLACHSMANN qui insiste cependant sur la « *täterschaftliche Zielvorstellung* », FLACHSMANN, p. 21 s.

³⁶⁶ ATF 115 IV 199, consid. 2-a, JT 1991 IV 71 ; ATF 120 IV 265, consid. 2-b, JT 1996 IV 95 ; DONATSCH/TAG, I, p. 290. Cf. point 3.4.3.3 également.

³⁶⁷ Sur la relation entre le principe de la légalité et la notion de commission par omission, cf. point 3.2.

³⁶⁸ Cf. point 3.4.4.2.2.

qu'un « comportement qui mérite un reproche équivalent » est également suffisant³⁶⁹. Dans le but d'éviter une incertitude plus importante, il convient de ne retenir une omission qu'en l'absence, soigneusement constatée, d'une commission. Le recours à la commission par omission doit ainsi, et malgré sa codification dans le Code pénal, être fait de manière restrictive afin d'éviter autant que faire se peut cette incertitude supplémentaire introduite par la condition d'équivalence.

178 En premier lieu, il nous faut préciser que l'omission ne cède le pas que devant une commission et non devant n'importe quel comportement actif, ainsi que nous l'avons déjà dit. Cette assertion semble aller de soi, mais force est de constater que tel n'est pas toujours le cas en pratique, vu la tendance du TF à étendre la notion de commission à des comportements qui ne sont pas clairement visés par les dispositions invoquées³⁷⁰.

179 La seconde précision que nous souhaitons apporter est que la subsidiarité ne vaut que par rapport à une même norme. Ainsi, le principe de subsidiarité ne signifie pas que la commission réprimée à l'art. 181 CP prime la commission par omission d'une infraction au sens de l'art. 122 CP. Il signifie que, si lors de l'analyse de l'art. 122 CP l'on identifie tant une commission qu'une omission, la première a la préférence, pour autant que les autres conditions de la typicité, de l'illicéité et de la culpabilité soient remplies. Dans le cas contraire, le concours idéal est imparfait ; la commission par omission de l'infraction à l'art. 122 CP prime la commission de l'art. 181 CP³⁷¹.

180 Il découle donc de ces deux premières précisions qu'un comportement actif qui relève de la tentative ou des actes préparatoires ne l'emporte pas, pour la même infraction considérée, sur une omission « constitutive » d'une commission par omission achevée.

181 Prenons l'exemple du père qui veut tuer sa famille : il va avec ses jeunes enfants acheter une arme, puis les emmène se balader au bord de la mer. Là-bas, les enfants vont trop loin et se noient sous les yeux de leur père, soulagé de ne pas avoir à les tuer lui-même plus tard dans la soirée. L'on ne retiendra pas les actes préparatoires qui sont un comportement actif en amont de la commission, au lieu de la commission par omission ultérieure, vu la

³⁶⁹ Cela l'est, il nous faut déjà le mentionner, de par l'existence d'une position de garant dans le cas d'une commission par omission. Cf. points 3.5 pour la notion de « position de garant » et 3.10 pour l'équivalence entre une commission et une omission.

³⁷⁰ Cf. points 3.4.4.1.2 et 3.4.4.2.1, par exemple.

³⁷¹ Cf. point 3.14.

position de garant du père résultant du devoir légal de garde et de protection du parent envers ses enfants (art. 272, 276, 301 s. CC).

3.4.5 Conclusion

La théorie causaliste est celle qui permet au mieux d'analyser les délits de commission, les délits d'omission proprement dits et ceux de commission par omission. 182

La qualification du comportement est relative et se fait de façon graduelle. Il existe ainsi de nombreux comportements intermédiaires, sans qu'il soit possible d'identifier avec précision le moment où le comportement devient une « commission ». 183

Lorsque, pour la même disposition pénale, il est possible de qualifier le comportement de l'auteur de commission et, dans le même temps, au vu du devoir particulier qui pèse sur lui, de lui adresser un reproche pour un comportement qu'il n'aurait pas adopté en violation dudit devoir, le principe de subsidiarité permet de trancher en faveur de la commission. Nous ne nous livrons, pour trancher cette question, à aucune estimation quant au poids que l'une ou l'autre possibilité a. 184

S'agissant d'une « commission », l'auteur est puni parce que son comportement correspond avec le comportement décrit par la norme violée, alors que l'auteur d'une commission par omission est puni parce que son comportement ne correspond pas avec celui imposé par le devoir qui pèse sur lui. Dans les deux cas, nous sommes en présence d'une comparaison, mais celle-ci n'est pas identique : pour décider si violation il y a eu, il suffit de regarder la disposition pénale, dans le cas d'une commission, alors qu'il faut identifier un devoir dont la violation entraîne, ou permet, la violation de la norme, dans le cas de la commission par omission. 185

Malgré l'importance d'une qualification convenable du comportement de l'auteur en droit pénal, il ne faut pas surestimer cette exigence lorsqu'il s'agit de distinguer entre la commission et l'omission³⁷². Il n'y a pas de nécessité à « étendre » la notion de « commission » pour éviter l'application de la commission par omission. Il n'est ainsi pas exclu qu'il existe des situations dans lesquelles il est particulièrement difficile, voire impossible, de qualifier avec certitude le comportement et pouvoir appliquer le principe de subsidia- 186

³⁷² Cf. note de bas de page 139.

rité³⁷³. Dans de tels cas, le point essentiel n'est pas tant de trancher en faveur de la commission, mais bien plutôt de ne retenir la commission par omission que lorsque les conditions cumulatives de cette construction juridique sont remplies. Parmi celles-ci, l'une des plus importantes est l'existence du devoir particulier d'agir qui incombe à l'auteur.

3.5 La position de garant

187 Le terme « omission » implique nécessairement, en droit pénal, l'existence d'un devoir d'agir. L'existence d'un tel devoir est considérée par BIRNBACHER comme une condition qui s'ajoute à, et étend, la notion de base qu'est l'« omission »³⁷⁴. Une « omission » en droit pénal est ainsi une « omission qualifiée » au sens de la philosophie³⁷⁵.

188 Les délits d'omission exigent de l'auteur qu'il agisse³⁷⁶, et ceci de manière conforme aux devoirs qui pèsent sur lui, que ces devoirs découlent d'une norme pénale (omission proprement dite) ou aient une autre source (commission par omission). Le fait que, en matière de commission par omission, la responsabilité du garant soit analysée au regard de son omission, et non du « résultat »³⁷⁷, indique que c'est la violation du devoir qui est le véritable objet du reproche fait à l'« auteur », non l'acte qu'il a effectivement réalisé. L'« omission » consiste ainsi, non pas dans le comportement adopté en lui-même, mais bien dans le fait pour l'auteur de ne pas se conformer au devoir qui lui incombe. Le comportement de l'auteur dans le cas concret n'est qu'une des illustrations possibles du non-respect dudit devoir. Par conséquent, peu importe que, pour violer son devoir, l'auteur ait eu un comportement actif (non constitutif d'une infraction, sinon il y a commission) ou passif (non constitutif d'une infraction, sinon il y a omission proprement dite) : le droit pénal qualifiera un tel comportement d'« omission ».

189 Par ailleurs, le comportement de l'auteur est analysé au regard du devoir particulier d'agir et non au regard de la norme pénale directement. Ce n'est que dans un deuxième temps que la violation du devoir est considérée en rapport avec la disposition pénale en question³⁷⁸. Ainsi, un garant qui ne sait

³⁷³ A titre d'illustration, il est possible de se référer à l'ATF 83 IV 9, JT 1957 IV 34.

³⁷⁴ BIRNBACHER, p. 47 s. Sur la notion d'« omission » en droit pénal, cf. point 3.4.2.2.

³⁷⁵ Sur la notion d'omission en philosophie, cf. point 2.1.2.

³⁷⁶ MEYER, p. 13. Cf. également la définition point 3.4.2.2.

³⁷⁷ DStGB K-STREE, § 13 N 61 ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 72.

³⁷⁸ C'est à cette occasion que se pose la question de l'équivalence entre l'omission et la commission. Sur la notion d'équivalence, cf. point 3.10.

pas nager remplit-il son devoir d'agir s'il appelle des secours pour sauver son fils qui est en train de se noyer, même si l'enfant meurt finalement, faute d'avoir été secouru. En effet, dans un tel cas, le garant a respecté son devoir, et le juge pénal ne pourra donc pas retenir une omission sur cette base, quand bien même ce que le garant a entrepris n'a pas empêché la survenance de l'atteinte au bien juridique pénalement protégé, la vie, en l'occurrence. Cet exemple montre l'importance de la distinction entre ces différentes étapes.

Dans le cas d'une commission par omission, ou omission improprement dite³⁷⁹, faute d'être consacré par une disposition pénale, ce devoir doit revêtir plusieurs qualités pour pouvoir donner naissance à une position de garant. Il doit, en premier lieu, désigner précisément la personne sur laquelle il pèse. La seconde qualité est la nature de ce devoir : il doit s'agir d'un devoir juridique. La troisième qualité a trait au contenu de ce devoir : il doit imposer d'agir. L'acte imposé doit avoir pour but la sauvegarde d'un bien juridique pénalement protégé, que l'on soit dans un cas de protection contre une source de danger ou la surveillance de celle-ci. Cette sauvegarde ne peut en tout état intervenir que dans le cadre imposé par le droit pénal³⁸⁰. Il est nécessaire que l'étendue et les modalités de ce devoir soient clairement identifiées ou identifiables. Ces conditions doivent permettre de garantir le respect du principe de la légalité dans ses composantes de la précision et de la prévisibilité de la base légale³⁸¹. Ce n'est que si ces conditions sont remplies que l'on peut parler de devoir du garant (« *Garantenpflicht* ») qui est, ainsi, un devoir juridique qualifié³⁸².

190

3.5.1 Le garant

L'« auteur » dans le cas d'une commission par omission est appelé le garant³⁸³. Celui-ci est identifié par le fait qu'il est la personne, ou l'une des personnes, à qui incombe le devoir d'agir. Selon le TF, « [...] l'obligation de garant n'existe que pour la personne tenue de protéger le bien juridique d'autrui [...] »³⁸⁴.

191

³⁷⁹ Sur ces notions, cf. point 3.4.2.2.

³⁸⁰ A titre d'exemple, il n'est pas possible de retenir à l'encontre du garant une escroquerie sous la forme d'une commission par omission, s'il n'y a pas d'astuce.

³⁸¹ Au sujet de l'application du principe de la légalité à la figure de la commission par omission, cf. point 3.2.

³⁸² Cf. points 3.5.2.2 N 201 et 3.5.2.2.2 N 208.

³⁸³ Cf. point 3.4.2.2.2.

³⁸⁴ ATF 109 Ib 47, consid. 5-b-bb. Dans le même sens, ATF 106 IV 276, consid. unique, JT 1982 IV 20.

Ce devoir d'agir est un « devoir particulier » au sens des art. 26 et 29 CP³⁸⁵. Puisque seul le garant peut être auteur à titre principal de la commission par omission, le délit de commission par omission est un délit propre pur³⁸⁶.

192 Pour comprendre l'importance de l'existence d'une position de garant, il suffit de penser au cas dans lequel une personne voit un enfant se noyer et ne fait rien pour l'aider : si cet enfant est le sien, cette personne répondra, pour autant que les autres conditions soient remplies, d'une commission par omission d'homicide (art. 11 *cum* 111 CP), alors que dans le cas où il s'agit d'un enfant inconnu de l'auteur, celui-ci se verra reprocher une violation de l'art. 128 CP.

3.5.2 La nature du « devoir »

193 En tant qu'il énonce des règles de comportement, le droit pénal n'a pas pour but d'imposer un résultat certain. Il tend plutôt à interdire ou exiger un comportement qui ne lèse ou ne mette en danger, respectivement sauvegarde, les biens juridiquement protégés³⁸⁷.

194 Dans le cas de la commission par omission, le droit pénal sanctionne la violation d'un devoir. Ce devoir doit être de nature juridique, avoir pour contenu une obligation d'agir imposée à une ou des personnes déterminées ou déterminables (le ou les garants³⁸⁸) et être « qualifié ».

3.5.2.1 Un devoir juridique

195 L'omission en droit pénal, proprement ou improprement dite, présuppose, par définition, l'existence d'un devoir juridique, un devoir simplement moral ne suffit pas³⁸⁹. Un devoir est « juridique » lorsque l'ordre juridique le

³⁸⁵ CR CP I-CASSANI, art. 11 N 64. Sur le devoir d'agir, *cf.* point 3.5.

³⁸⁶ DONATSCH/TAG, I, p. 299 ; MEYER, p. 13 s. et 18 ; RIKLIN, AT I, § 19 N 10 ; ROXIN, Tatherrschaft, p. 459 ; SEELMANN, AT, p. 159 s. ; CR CP I-STRÄULI, art. 26 N 9. Dans le même sens, BRAMMSEN : « Die Erfolgsvermeidpflichten der Garanten sind Sonderpflichten i.S.d. Sonderpflichtdelikte und bestehen als solche schon real vor dem Eintritt des rechtsgutsgefährdenden Geschehens », BRAMMSEN, Entstehungsvoraussetzungen, p. 446.

³⁸⁷ CEREZO MIR, p. 106 : « Das Recht kann nur jene Handlungen verbieten, welche vom menschlichen Willen auf die Rechtsgutsverletzung oder –gefährdung gerichtet werden oder die Gefährdung der Rechtsgüter mit sich bringen, es kann aber nicht die Verursachung eines bestimmten Erfolges verbieten. Der *wirkliche* Erfolg, d. h. die tatsächliche Erfolgsverursachung, kann deswegen nicht zur Verbots- oder Gebotsmaterie gehören ».

³⁸⁸ Sur cette notion, *cf.* point 3.5.1.

³⁸⁹ « Il découle du terme « obligation juridique » que de simples devoirs moraux ne sauraient fonder une position de garant », MCF 1998, p. 1808. ATF 79 IV 145, consid. unique ;

consacre³⁹⁰. La qualité « morale » et « juridique » d'un devoir sont deux notions distinctes et indépendantes. Il se peut cependant que celles-ci se superposent dans certains cas, à l'image des devoirs d'assistance et fidélité réciproques des époux (art. 159 al. 3 CC)³⁹¹.

Dans le cas des omissions proprement dites, le devoir est non seulement juridique, mais également pénal : sa violation, au moins, est sanctionnée expressément par une disposition pénale. Dans le cas de la commission par omission, bien que le devoir juridique d'agir ne soit pas prévu dans une disposition pénale, il doit être de nature pénale³⁹². Il doit avoir pour but un acte qui soit de nature à empêcher la mise en danger ou l'atteinte à un bien juridique pénalement protégé, dans le respect des conditions posés par le droit pénal.

La condition du devoir juridique exclut ainsi qu'une situation de fait, à laquelle l'ordre juridique n'attache aucune conséquence quant à la sauvegarde d'un bien juridique protégé, puisse donner naissance à une position de garant. L'on peut penser ici au concubinage entre partenaires hétérosexuels³⁹³. « < Aus den Umständen > allein kann sich also entgegen BGE 81 IV 120, 121 und

ATF 83 IV 25, consid. 2, JT 1957 IV 56 ; ATF 98 IV 168, consid. 1, JT 1973 IV 98 ; ATF 100 IV 210, consid. 2-a ; ATF 108 IV 3, consid. 1-b ; arrêté (non publié) du 12 septembre 2011, dans la cause 6B_222/2011, consid. 2.3 ; CR CP I-CASSANI, art. 11 N 21 ; DONATSCH/TAG, I, p. 301 ; GRAVEN, Chef d'entreprise, p. 505, note de bas de page 37 : « [...] la peine juridique ne peut jamais sanctionner que l'inexécution d'un devoir juridique » ; GRUBMILLER, p. 138 ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 11 ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 7 ; VON COELLN, p. 234. Critique à ce sujet, MEYER, p. 83. STRATENWERTH semble admettre devoirs moraux, STRATENWERTH, AT I, § 14 N 24. Pour la jurisprudence et la doctrine allemandes, cf. note de bas de page 858. Sur la notion d'« omission proprement dite », cf. point 3.4.2.2.1. Pour des exemples de devoirs moraux, cf. point 2.2 N 50.

³⁹⁰ SEELMANN considère comme « juridiques » les interdictions de porter atteinte à la liberté individuelle d'autrui et comme « moraux » les devoirs de favoriser sa propre amélioration et le bien-être d'autrui, SEELMANN, Rechtsphilosophie, § 3 N 11 ss. Le devoir d'agir n'est, selon cet auteur, « juridique » que pour autant qu'il puisse être rattaché à une interdiction de porter atteinte à autrui, SEELMANN, Solidaritätspflichten, p. 295 ss. Dans le même sens, GRUBMILLER, p. 159. Cette manière de voir ne nous convainc pas. En effet, le simple fait que l'ordre juridique ait consacré, dans l'une de ses normes, un devoir, suffit à lui donner sa nature « juridique », ainsi que nous l'avons dit point 3.5.2.1 N 195. Pour ce qui est du rattachement à une norme qui interdit de porter atteinte à autrui, cela est également trop réducteur. A cet égard, il suffit de penser au devoir de payer le prix, dans le cas de la vente d'une chose mobilière, devoir qui existe dès la conclusion du contrat, avant que la propriété de la chose n'ait été transférée. Ce « devoir » est indiscutablement « juridique » et il n'y a pas, du fait de la conclusion du contrat déjà, d'atteinte portée au patrimoine du vendeur.

³⁹¹ Sur ces notions, cf. point 2.2 N 47 ss. Voir également l'ATF 83 IV 9, consid. 1 au sujet de la nature juridique du devoir d'assistance des époux.

³⁹² Dans le même sens, MEYER, p. 126 s.

³⁹³ Sur la communauté de vie, cf. point 3.5.7.3.

96 IV 155, 174 eine Garantenpflicht nicht ergeben, weil diese Begründung unter dem Gesichtspunkt von Art. 1 StGB viel zu unbestimmt erscheint »³⁹⁴.

198 Selon GRUBMILLER et TAG, dans le cas des soins apportés par le médecin, le devoir juridique varie en fonction du traitement et n'a pas constamment le même contenu³⁹⁵. Nous ne partageons pas cet avis, du moins pas en ces termes. En effet, le contenu reste toujours le même, à savoir sauver la vie, la santé et/ou soulager les douleurs du patient, c'est le comportement du médecin qui change en fonction du traitement. Alors que le devoir reste constant, le comportement attendu du médecin peut être amené à varier. Le fait que le comportement attendu ne soit pas explicitement décrit, n'empêche pas le devoir d'être qualifié. Il en va de même pour les délits de commission : l'art. 111 ne décrit pas les manières dont l'auteur ne doit pas tuer, l'art. 186 CP ne décrit pas la manière dont l'auteur viole la paix domiciliaire (entre-t-il par la porte, la fenêtre ?). Pourtant, le fait de tirer au pistolet, poignarder, frapper avec un objet contondant, pour autant que la victime décède, remplissent les conditions de l'acte constitutif de l'art. 111 CP, soit « tuer ».

199 Pour FLACHSMANN le devoir existe de manière « suspensive » et ne se concrétise que lors de la survenance d'une situation de risque, par hypothèse. Ainsi, le garant ne sait ce qu'il lui faut accomplir que lorsque la situation qui exige son intervention se réalise. Avant, son devoir est en quelque sorte, « en veille ». Cette considération n'a cependant aucune portée pratique³⁹⁶.

3.5.2.2 Un devoir d'agir

200 Le législateur a repris à l'art. 11 al. 1 CP l'exigence que la doctrine et la jurisprudence reconnaissent également : dans le cas de la commission par omission, le devoir qui pèse sur le garant doit avoir pour contenu une obligation d'agir³⁹⁷.

201 La jurisprudence, le Conseil fédéral et la doctrine retiennent que le devoir d'agir doit être « qualifié » : « [dès] lors que seul un devoir clair et impérieux

³⁹⁴ BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 34. Dans le même sens, GRUBMILLER, p. 139.

³⁹⁵ GRUBMILLER, p. 156 ; TAG, Lex artis, p. 415.

³⁹⁶ FLACHSMANN, p. 136.

³⁹⁷ ATF 106 IV 276, consid. unique, JT 1982 IV 20 ; ATF 108 IV 3, consid. 1-b, JT 1983 IV 100 ; ATF 113 IV 68, consid. 5-a, JT 1988 IV 74 ; arrêt du 23 décembre 2002, dans la cause 6S.391/2002 (extraits publiés aux ATF 129 IV 119), consid. 3 ; ATF 136 IV 188, consid. 6.3 : « [lorsque] l'auteur a un devoir de garant, il faut encore déterminer l'étendue du devoir de diligence découlant de cette position et les actes concrets qu'il était tenu d'accomplir » ; GRUBMILLER, p. 163 ss.

(qualifié) permet de retenir une infraction par omission improprement dite [...] »³⁹⁸, « [le] devoir d'intervention doit être évident [...] »³⁹⁹, « [ce] devoir d'intervenir, qui doit être évident, voire impérieux [...] »⁴⁰⁰.

Le devoir d'agir ne peut pas naître de manière unilatérale sur simple volonté de la « victime »⁴⁰¹, même si, ou plutôt, parce qu'elle est la bénéficiaire de la protection du garant. D'une certaine manière, le garant est toujours considéré comme ayant « accepté » le devoir qui lui incombe⁴⁰². Dans le cas d'un devoir découlant d'une norme légale, la question se pose de manière différente : ni la « victime », ni le garant n'ont à donner leur accord relativement à l'existence du devoir, ce qui ne signifie pas que le bénéficiaire de la protection ne puisse pas renoncer à celle-ci volontairement⁴⁰³.

3.5.2.2.1 Un bien juridique pénalement protégé

Cette condition vise le fait que l'objet de la protection doit être un bien juridique que le droit pénal protège. Le plus souvent, la protection de ce bien juridique sera prévue dans une disposition pénale réprimant une commission, disposition à laquelle sera « attachée » la commission par omission reprochée⁴⁰⁴.

Certains auteurs craignent que de simples devoirs civils ne soient reconnus comme des devoirs de garant au sens du droit pénal⁴⁰⁵. Le fait que le devoir d'agir naisse d'une norme de droit privé ou administratif n'est, en

³⁹⁸ ATF 108 IV 3, consid. 1-b, JT 1983 IV 100 ; ATF 113 IV 68, consid. 6-a, JT 1988 IV 74 ; ATF 117 IV 467, consid. 3, JT 1993 IV 149 ; ATF 120 IV 98, consid. 2-c, JT 1996 IV 45 ; arrêt (non publié) du 21 septembre 2005, dans la cause 6S.449/2004, consid. 4.3.1 ; arrêt (non publié) du 1^{er} mai 2009, dans la cause 6B_1026/2008, consid. 2.2.2. Dans le même sens, MEYER, p. 5 et doctrine unanime.

³⁹⁹ MCF 1998, p. 1808.

⁴⁰⁰ Arrêt du 23 décembre 2002, dans la cause 6S.391/2002 (extraits publiés aux ATF 129 IV 119), consid. 3.

⁴⁰¹ Sur la notion de « victime », cf. point 3.7.1.

⁴⁰² GRUBMILLER fait référence à cette volonté du garant en ce qui concerne les devoirs découlant des sources prévues aux lit. b à d de l'art. 11 al. 2 CP : « Mögen diese Verpflichtungen für den Täter auch keinen Nutzen bringen; sie sind von ihm freiwillig auf sich genommen worden », GRUBMILLER, p. 136.

⁴⁰³ L'on peut penser au cas d'un époux qui demande à son conjoint de ne pas intervenir, ni appeler les secours lors de son suicide assisté.

⁴⁰⁴ Sur la question de l'équivalence entre la commission et la commission par omission, cf. point 3.10.

⁴⁰⁵ Voir, entre autres, BRAMMSEN, Entstehungsvoraussetzungen, p. 294 ; GRÜNEWALD, p. 29 ss ; BSK StGB I-SELMANN, art. 11 N 36 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 254.

soi, pas problématique au regard du droit pénal. Il arrive fréquemment que celui-ci s'attache à sanctionner des situations qui ont pour origine un rapport de droit privé (mariage (art. 215 CP), contrat de travail (art. 159 CP), contrat d'entreprise ou de mandat (art. 321 CP, art. 158 CP), l'exercice de l'activité d'intermédiaire financier (LBA)), voire même un rapport factuel (art. 127, 213 CP, par exemple). La crainte de voir le droit civil fonder un devoir d'agir ne devrait ainsi pas être plus importante en matière de commission par omission qu'elle ne l'est en matière de délits de commission, contrairement à ce que semble suggérer BRAMMSEN⁴⁰⁶, même si, avec lui, nous admettons que n'importe quel devoir juridique issu du droit civil ne peut pas fonder une position de garant au sens de l'art. 11 CP. Cependant, ainsi que nous le verrons dans cette partie de notre travail, la raison n'est pas à la nature « civile » du devoir juridique, mais réside dans les autres caractéristiques de celui-ci.

205 Le recours aux normes extra-pénales ne pallie pas ici l'absence de base légale pour punir un comportement qui ne serait pas punissable ; c'est à l'art. 11 CP que revient formellement ce rôle. La référence à la norme extra-pénale est nécessaire en matière de délits de commission par omission afin de définir, entre autres, le cercle d'« auteurs » potentiels, de même que l'« omission constitutive », comme dans le cas des articles cités ci-dessus⁴⁰⁷.

3.5.2.2.2 L'étendue et les modalités de la protection « garantie »

206 L'identification du bien juridique protégé n'est que la première étape de l'analyse lorsqu'il s'agit de déterminer ce à quoi peut être tenu le garant. Une fois ce cap franchi, il est important de circonscrire l'étendue de la protection que le garant est tenu de fournir.

207 Pour déterminer l'étendue de la protection, plusieurs éléments peuvent être pris en compte. Ainsi, l'existence d'une disposition pénale réprimant une omission, le plus souvent sous la forme d'un délit de mise en danger, sera un indice que le droit pénal accorde une importance particulière à la protection de ce bien et pourra donc servir d'élément à l'interprétation du devoir qui incombe au garant. Il en va de même de l'existence d'un rapport durable entre la victime et le garant⁴⁰⁸. L'analyse doit toujours être faite en tenant compte des éléments du cas concret.

⁴⁰⁶ BRAMMSEN, Entstehungsvoraussetzungen, p. 294.

⁴⁰⁷ Cf. point 3.5.2.2.1 N 204.

⁴⁰⁸ Ce critère ne permet pas, en lui-même, d'admettre ou refuser l'existence d'un devoir de garant, contrairement à ce que le TF et la doctrine semblent parfois penser, *cf.*, entre

En matière de commission par omission l'on parle de « devoir juridique qualifié » qui incombe au garant. Le devoir doit être, ainsi que nous l'avons rappelé, « clair et impérieux »⁴⁰⁹, ce qui ne signifie pas que ledit devoir doit être précisé dans les moindres détails. Le degré de clarté peut ainsi varier. Pour prendre un exemple, l'on peut songer au devoir qui incombe à la mère de nourrir son enfant, celui-là est suffisamment défini, sans qu'il y ait besoin de spécifier les heures précises auxquelles celle-ci doit donner à manger à son enfant ou encore quels aliments, en quelles quantités et de quelle manière. *A contrario*, le devoir de surveillance d'une *baby-sitter* est généralement plus circonscrit, tant dans le temps que dans ce qui lui incombe de faire : en principe, celle-ci n'est tenue que pendant les heures convenues.

Dans un arrêt non publié du 9 mai 2007, les juges fédéraux ont ainsi considéré que les devoirs découlant de l'obligation de signalisation des art. 80 ss OSR⁴¹⁰ devaient être précisés dans chaque cas concret afin de déterminer s'il était possible de reprocher une omission à l'auteur. Le TF indique que, « [en] l'absence de toute règle plus précise, l'intensité et la fréquence de la surveillance dépendent donc des circonstances, soit notamment de la complexité, de la durée du chantier et du risque qu'il engendre, respectivement de la signalisation dont il requiert la mise en place, des modifications prévisibles de la conformation du chantier, nécessitant une adaptation de la signalisation, ou encore des instructions données initialement quant à cette dernière »⁴¹¹. Cet extrait illustre la nécessité de non seulement identifier l'existence du devoir, mais également de préciser la portée de celui-ci dans le cas concret.

Le contenu du devoir limite la protection accordée au bien juridique, en même temps que la charge qui pèse sur le garant. A titre d'exemple, la femme de ménage qui, par contrat, s'est engagée à venir tous les jeudis matin entre 9 et 11 heures ne répond pas d'homicide par négligence par omission dans le cas où, en violation de son engagement, elle n'est pas présente à son travail le jour où la maîtresse de maison fait une attaque cardiaque, alors qu'il est établi que l'attaque a eu lieu à 10h et que, si les secours avaient été avertis à

autres, arrêt (non publié) du 21 septembre 2005, dans la cause 65.449/2004, consid. 4.3 ; arrêt (non publié) du 18 juin 2012, dans la cause 6B_844/2011, consid. 3.2.3 ; DUPUIS, art. 11 N 77 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 16.

⁴⁰⁹ Cf. point 3.5.2.2 N 201.

⁴¹⁰ Ordonnance du 5 septembre 1979 sur la signalisation routière (OSR), RS 741.21.

⁴¹¹ Arrêt (non publié) du 9 mai 2007, dans la cause 6B_15/2007, consid. 5.5.2.2.3. Dans le même sens, cf. également l'ATF 113 IV 168, consid. 6-a, JT 1998 IV 74.

temps, elle aurait eu la vie sauve. Malgré le fait que, dans le cas où elle avait respecté son devoir, la femme de ménage aurait été en mesure d'appeler les secours et donc sauver la vie de la maîtresse de maison, celle-là ne répond pas du décès. En effet, son devoir ne comprend pas celui de veiller sur la vie de son employeur. Hors cas de l'art. 128 CP, qui ne peut lui être reproché en l'espèce puisqu'elle n'était pas sur les lieux et que la négligence n'est pas réprimée à cet article, cette dame ne répond pas du décès, pour la raison déjà qu'elle n'occupe pas de position de garant par rapport au bien juridique atteint, soit la vie. De la même façon, dans le cas où une personne, le garant, a accepté d'apporter son aide à une personne sénile en cas d'urgence, bien que son devoir d'agir vise à prévenir une atteinte à la vie ou l'intégrité corporelle de ladite personne, il n'en découle pas que le garant est tenu de nourrir cette personne lorsqu'elle a faim⁴¹².

3.5.2.3 Synthèse

211 Le point central de la commission par omission est à notre sens l'existence du devoir de garant. Pour cette raison, une fois son existence constatée, l'analyse des qualités que celui-ci doit revêtir doit être particulièrement précise.

212 Au niveau de son contenu, ce devoir doit porter sur une obligation d'agir. Cette obligation doit tendre à la sauvegarde d'un bien juridique que le droit pénal a consacré. Le devoir peut être formulé comme l'obligation de protéger un bien juridique déterminé ou de surveiller une source de danger⁴¹³.

213 L'objet de la protection, soit le bien juridique, doit être identifiable de manière indubitable, même s'il n'est pas expressément mentionné « dans » le devoir lui-même.

214 Les modalités et l'étendue de la protection doivent également être suffisamment déterminées. Cette exigence s'apparente à celle de la « densité normative » requise pour que la précision d'une disposition légale soit considérée comme suffisante au regard du principe de la légalité⁴¹⁴.

215 Enfin, ce devoir doit être suffisamment précis quant à la personne sur laquelle il fait peser la charge d'agir. Il n'y a pas besoin que cette personne soit désignée nommément, le fait qu'elle puisse être identifiable suffit.

⁴¹² DONATSCH/TAG, I, p. 304 s. ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 44.

⁴¹³ Sur ce point, cf. point 3.5.3.

⁴¹⁴ Sur la notion de densité normative, cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, N 1783 ss.

Ce n'est que dans le cas dans lequel le devoir revêt les qualités précitées qu'il sera considéré comme « qualifié » et donc à même de fonder une position de garant, condition nécessaire et centrale à l'art. 11 CP.

216

3.5.3 Les sources du devoir d'agir

La doctrine, principalement en Allemagne, a beaucoup traité de la problématique des sources du devoir d'agir. Parmi les principales théories avancées, nous mentionnons celles qui font référence au « principe de la confiance »⁴¹⁵, à la position sociale de l'omettant⁴¹⁶, sa maîtrise quant à la survenance du résultat⁴¹⁷, la vie quotidienne en société⁴¹⁸ ou encore la distinction selon la source formelle du devoir d'agir⁴¹⁹ ou sa nature (courant fonctionnel). Actuellement, la doctrine et la jurisprudence suisses ont adopté le courant fonctionnel, sans toutefois rejeter le courant formel⁴²⁰.

217

⁴¹⁵ Parmi les partisans de cette théorie : BÖHM, p. 62 ss ; MAASS, p. 69, 77 ; MEYER, p. 160 ss ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 37, 39 ss ; WELP, p. 175 ss ; WOLFF, p. 37 ss. Selon GRAVEN, le principe de la confiance « se déduit de l'art. 26 LCR, mais il vaut par analogie pour l'ensemble des rapports de l'homme avec son environnement ; il peut donc être invoqué, même sans base légale expresse, dans d'autres domaines que celui de la circulation routière », GRAVEN, DPG, p. 223.

⁴¹⁶ Cette théorie comporte différentes variantes selon les auteurs : certains la combinent avec un élément éthique, sociologique et/ou avec le principe de la confiance. Parmi les auteurs qui ont adhéré à cette théorie l'on peut citer ANDROULAKIS, p. 159 ss, 206 ss ; BÄRWINKEL, p. 97 ; KISSIN, 108 ; MAYER U., p. 52 s., 82 ss ; PHILIPPS, p. 137 ; RUDOLPHI, Gleichstellungsproblematik, p. 96 ss.

⁴¹⁷ En se référant aux délits de commission, SCHÜNEMANN a eu l'idée d'appliquer le critère de la maîtrise de l'acte (« *Tatherrschaft* ») aux omissions (SCHÜNEMANN, p. 235 ss), en relevant la notion de « *Herrschaft über den Grund des Erfolges* » (SCHÜNEMANN, p. 236). Pour pouvoir imputer le résultat à l'auteur, il faut également que celui-ci ait la « *Herrschaftswille* » (SCHÜNEMANN, p. 359). Cette maîtrise constitue le lien entre le comportement de l'auteur et le résultat. Ce lien existe également dans le cas des omissions, selon SCHÜNEMANN. Il utilise donc cette notion afin d'imputer le devoir d'agir à un « auteur », puisque, sous cet angle, l'omission est semblable à une commission. Ce critère est, selon son auteur, un critère général d'imputation, qu'il s'agisse de commission ou omissions.

⁴¹⁸ Sur cette théorie, voir BRAMMSEN, *Entstehungsvoraussetzungen*, 93 ss.

⁴¹⁹ A ce sujet, cf. point 4.1.2 N 565 ss. Pour un bref exposé et une critique de la théorie formelle, MEYER, p. 79 ss.

⁴²⁰ ATF 108 IV 3, consid. 1-b, JT 1983 IV 100 ; ATF 113 IV 68, consid. 5-b, JT 1988 IV 74 ; ATF 117 IV 467, consid. 3, JT 1993 IV 149 ; ATF 120 IV 98, consid. 2-c, JT 1996 IV 45 ; ATF 127 IV 27, consid. 2-b, JT 2004 IV 50 ; arrêt du 23 décembre 2002, dans la cause 6S.391/2002 (extraits publiés aux ATF 129 IV 119), consid. 3 ; ATF 134 IV 255, consid. 4.2.1 ; arrêt (non publié) du 1^{er} mai 2009, dans la cause 6B_1026/2008, consid. 2.2.2 ; arrêt (non publié) du 11 février 2010, dans la cause 6B_1016/2009, consid. 2.3 ; CR CP I-CASSANI, art. 11 N 22 ; DONATSCH/TAG, I, p. 300 ; GRAVEN, DPG, p. 80 ; SCHUBARTH, *Kommentar, Systematische Einleitung*, N 131 ; SCHULTZ, *Bericht*, p. 28 ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 34 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 11 ; TRECHSEL, *Praxiskommentar*, art. 11 N 7 ss.

218 Le courant fonctionnel (« *Funktionenlehre* »), que l'on doit en majeure partie à KAUFMANN⁴²¹, classe les devoirs qui peuvent peser sur le garant en deux catégories : il y a, d'une part, les devoirs de protection (« *Obhuts-* » ou « *Schutzpflichten* ») et les devoirs de surveillance (« *Sicherungs-* » ou « *Überwachungspflichten* »), d'autre part. En vertu des premiers, le garant doit veiller sur un ou des biens juridiques déterminés, alors que les seconds visent à protéger des biens juridiques contre une ou plusieurs sources de danger déterminées. Ces deux catégories de devoirs ne s'excluent nullement : une même personne peut être considérée comme étant un garant, tant en vertu d'un devoir de surveillance que de protection⁴²², l'exemple le plus courant étant celui des devoirs qu'a un parent relativement à son enfant mineur.

219 Le courant formel (« *formelle Rechtspflichtlehre* ») est, historiquement, antérieur au courant matériel. Selon ce courant, l'on distingue les devoirs qui incombent au garant en fonction de leur source. Les sources traditionnelles sont, dans l'ordre chronologique de leur apparition, la loi, le contrat, la création de risque et la communauté de vie ou de risques⁴²³.

220 Le législateur suisse semble avoir rédigé l'art. 11 CP d'une manière qui reflète le courant formel⁴²⁴, raison pour laquelle l'art. 11 al. 2 contient une liste exemplative⁴²⁵ de sources pouvant donner naissance à un devoir de garant.

221 Le CF n'avait pas prévu d'énumérer les sources qui pourraient fonder une position de garant : « devant la difficulté de concrétiser les situations de garant qui obligent juridiquement à prendre des mesures de précaution, le projet

⁴²¹ KAUFMANN, Dogmatik, p. 282 ss. MAYER avait, en 1934 déjà, fait référence à cette division entre les devoirs, MAYER U., p. 80 ss. Ce courant adopte une approche matérielle des devoirs du garant. Sur ce point, *cf.*, entre autres, VON COELLN, p. 92 ss. Pour le droit allemand, *cf.* point 4.1.2 N 567 ss.

⁴²² PHILIPPS, p. 150 ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 7.

⁴²³ Sur ce courant, *cf.*, également, point 4.1.2 N 565 s.

⁴²⁴ GRUBMILLER, p. 133. Dans un cas comme celui-ci BÖHM S. parle de courant « typologique formel », p. 71. Cette structure est reconnue par la jurisprudence : « Ce devoir d'intervenir [...] peut résulter de la loi, d'un contrat ou d'une situation de fait [...] », arrêt du 23 décembre 2002, dans la cause 6S.391/2002 (extraits publiés aux ATF 129 IV 119), consid. 3.

⁴²⁵ L'art. 11 al. 2 CP contient l'adverbe « notamment », ce qui indique que la liste est exemplative : « [s]odann werden beispielhaft einige dieser besonderen Entstehungsgründe für die Garantspflicht angeführt, die durch die Rechtsprechung noch laufend weiterentwickelt werden können. Zu denken ist aus heutiger Sicht an die Garantienstellung aus Gesetz - wie etwa jene des Vaters oder der Mutter für sein oder ihr Kind - oder aus Vertrag - wie etwa jene des Bergführers oder der Höhlenführerin für das Wohl der ihnen anvertrauten Personen », VALLENDER, BOCN 2001 532, p. 543. Dans le même sens, CR CP I-CASSANI, art. 11 N 24 ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 34. Pour HEINE, ces catégories sont, à tout le moins en ce qui concerne le choix, controversées, ce qui présage des difficultés de délimitation, HEINE, Totalrevision, p. 503.

se contente-t-il de prévoir, à l'article 11, *première phrase*, que l'auteur ne sera punissable que s'il est tenu par une obligation juridique d'agir et laisse, pour le surplus, le soin à la jurisprudence et à la doctrine de préciser cette notion. [...] Il est toutefois clair que seules peuvent entrer en ligne de compte des obligations juridiques particulières inhérentes au statut spécifique de l'auteur. Des obligations générales, telles celles qui trouvent leur source dans le principe de la bonne foi, ne suffisent pas »⁴²⁶. L'élaboration de la liste des sources est due à la Commission juridique du Conseil national qui a souhaité préciser celles-ci⁴²⁷.

Dans cette partie, nous aborderons les différentes sources qui figurent à l'art. 11 al. 2 CP, ainsi que celles qui, bien qu'elles ne soient pas listées à cet alinéa, sont également reconnues, ou font l'objet de discussions. Pratiquement chacune des sources que nous aborderons ici a fait l'objet d'une étude dédiée. Notre propos n'est donc pas de résumer ou de condenser ce que les auteurs ont dit au sujet de chacune d'entre elles, mais bien de mentionner certains points essentiels afin de pouvoir tirer des conclusions quant aux « qualités » qui ont fait et font de ces sources les fondements possibles des devoirs de garant.

Par souci de clarté, la structure de notre exposé suivra la systématique adoptée par le législateur à l'art. 11 CP : nous commencerons par aborder les sources expressément listées à l'al. 2 pour finir avec celles que le législateur n'a pas mentionnées.

3.5.3.1 La loi

Comme première source à laquelle le législateur a songé à l'art. 11 al. 2 lit. a CP, la loi ne semble, à première vue, pas poser beaucoup de problèmes quant au fait qu'elle soit en mesure de donner naissance à un devoir de garant⁴²⁸. Tout devoir d'agir prévu par la loi ne fonde pas nécessairement une position de garant selon le TF ; « [ce] qui est décisif, c'est : < la nature du rapport existant entre le garant et le bien juridique menacé ou la source du danger > »⁴²⁹.

⁴²⁶ MCF 1998, p. 1808.

⁴²⁷ VALLENDER, BOCN 2001 532, p. 543.

⁴²⁸ Jurisprudence et doctrine unanimes, *cf.*, entre autres, ATF 105 IV 172, consid. 4-a, JT 1981 IV 17 ; ATF 117 IV 130, consid. 2-a ; CR CP I-CASSANI, art. 11 N 26 ; DONATSCH/TAG, I, p. 301 ss ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 12 ss ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 251 s., 254.

⁴²⁹ ATF 127 IV 27, consid. 2-b, JT 2004 IV 50. *Cf.* également ATF 123 IV 70, consid. 2 et ATF 120 IV 98, consid. 2-c, JT 1996 IV 45. FLACHSMANN considère que c'est le lien particulier entre le garant et la victime qui donne naissance à la position de garant, FLACHSMANN, p. 49. En réalité, c'est bien le lien entre le garant et le bien juridique qui importe, *cf.* point 3.5.2. Pour CORBOZ, c'est la « position de garant [qui] fonde le devoir juridique d'agir », CORBOZ, Homicide, p. 179 ; GRAVEN, Chef d'entreprise, p. 507.

Nous allons préciser certains points cependant au sujet de cette source, en faisant une distinction entre la loi au sens formel et au sens matériel.

3.5.3.1.1 Loi au sens formel

225 La loi au sens formel désigne l'« acte que le législateur a adopté selon la procédure législative ordinaire, telle que définie par la constitution »⁴³⁰.

226 Avec la doctrine nous considérons que le devoir d'agir qui provient d'une disposition pénale ne fonde pas une position de garant ; dans un tel cas, il s'agit d'une omission proprement dite⁴³¹.

227 Une liste exhaustive des dispositions légales qui pourraient donner naissance à un devoir de garant serait vraisemblablement aussi inutile à établir qu'ennuyeuse à lire. Nous mentionnerons donc quelques bases légales qui peuvent fonder des devoirs de garant en matière de droit de la famille. A titre d'exemple de devoirs fondés sur la loi au sens formel, l'on peut ainsi songer à ceux qui découlent, pour le droit de la famille, des art. 296, 301, 305, 306, 318, 332 al. 3 et 333 CC⁴³². De même, et contrairement à ce que soutient BRAMMSEN⁴³³, le simple fait que les parents aient une position de garant envers leur enfant ne signifie pas que celui-ci en a une envers eux, en tous les cas, pas si elle est censée être basée sur un devoir qui serait issu de la loi au sens formel en droit suisse.

228 Tant la doctrine que le TF considèrent que n'importe quelle obligation légale ne peut donner naissance à une position de garant⁴³⁴. Ceci est un indice de ce que la seule provenance légale d'un devoir n'est pas la qualité essentielle requise pour fonder le devoir de garant. Il doit ainsi exister d'autres éléments qui décident si cette qualité est remplie dans un cas d'espèce. A ce sujet, il existe une diversité d'opinions également. Selon certains, cette qualité relève

⁴³⁰ Auer/Malinverni/Hottelier, I, n 1457.

⁴³¹ DONATSCH/TAG, I, p. 302 ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 8 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 251 s. Au sujet des délits d'omission proprement dits, cf. point 3.4.2.2.1.

⁴³² Comme nous avons déjà dit, l'art. 272 CC n'est pas, à lui seul, suffisant pour donner naissance à un devoir particulier des père et mère. Cf. point 3.5.3 N 288.

⁴³³ BRAMMSEN, Entstehungsvoraussetzungen p. 156. Cet auteur invoque les attentes sociales pour justifier la position de garant des parents. Il en appelle donc aux attentes réciproques vis-à-vis des enfants pour fonder leur position de garant envers les parents. La position de garant des père et mère qui résulte de la loi au sens formel, cesse, en Suisse, le jour où l'enfant a dix-huit ans. Cela ne signifie bien entendu pas que tout devoir des parents cesse. Il peut ainsi subsister d'autres devoirs basés sur d'autres sources.

⁴³⁴ ATF 118 IV 309, consid. 1-c ; DONATSCH/TAG, I, p. 301 ; HURTADO POZO, DPG, N 1319 s. ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 12.

d'une appréciation pénale qui doit permettre de dire, dans un cas concret, si la personne est tenue de répondre de son omission⁴³⁵. Selon d'autres, elle se décide en fonction du lien que la loi crée entre la personne sur qui pèse le devoir d'agir et le bien juridique qu'il lui faut protéger ou la source de danger dont elle a à répondre⁴³⁶.

Le fait que le devoir se trouve dans une disposition légale cantonale est, bien entendu, sans importance au regard de l'art. 11 CP. Le TF pourrait, au besoin, trancher la question de savoir si ladite disposition fonde, dans un cas d'espèce, une position de garant⁴³⁷.

229

3.5.3.1.2 Loi au sens matériel

La loi au sens matériel est « tout acte international, constitutionnel, législatif ou réglementaire, énonçant une règle ou un ensemble de règles de droit. La définition de la loi au sens matériel a donc pour critère le **contenu de la loi** : elle contient une ou des normes générales et abstraites »⁴³⁸ ou, autre définition, « synonyme de règle de droit, d'acte normatif, de règle générale et abstraite »⁴³⁹. A titre d'illustration, il est possible de penser aux ordonnances du CF.

230

Selon le TF, suivi en cela par la doctrine, le terme « loi » de l'art. 1 CP vise, en principe, aussi bien la loi au sens formel que matériel⁴⁴⁰. Des auteurs admettent donc qu'une loi au sens matériel puisse également être la source d'un devoir juridique fondant une position de garant⁴⁴¹. Le TF l'a également admis en retenant une position de garant fondée sur l'art. 23 al. 2 OCR qui règle l'usage du signal de panne lorsqu'un véhicule stationne sur la chaussée⁴⁴².

231

⁴³⁵ DONATSCH/TAG, I, p. 301 s.

⁴³⁶ STRATENWERTH, AT I, § 14 N 12.

⁴³⁷ Cf., par exemple, arrêt (non publié) du 9 mai 2007, dans la cause 6B_15/2007, consid. 5.3.2.2.

⁴³⁸ Le Roy/Schoenenberger, p. 109.

⁴³⁹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, I, N 1459. Voir également l'art. 22 al. 4 LParl : « Sont réputées fixant des règles de droit les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences », Loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (LParl), RS 171.10.

⁴⁴⁰ ATF 96 I 24, consid. 4-a, JT 1970 IV 116 ; ATF 123 IV 29, consid. 3-a, JT 1998 IV 124 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, I, N 1792 ; HURTADO POZO, DPG, N 131 ss ; BSK StGB I-POPP/BERKEMEIER, art. 1 N 28 ; STRATENWERTH, AT I, § 4 N 7. Cela ne préjuge pas de la nécessité d'une base légale formelle lorsqu'il s'agit d'infliger une peine privative de liberté ou en matière fiscale, par exemple. Cependant, cette discussion sort du cadre de notre texte.

⁴⁴¹ GRUBMILLER, p. 150 ; MEYER, p. 144 s.

⁴⁴² Cf. ATF 106 IV 398. Ordonnance du 13 novembre 1962 sur les règles de la circulation routière (OCR), RS 741.11.

232 Certains auteurs opèrent des distinctions fondées sur la nature de la norme légale elle-même. Pour VON COELLN, un texte de rang inférieur, la loi au sens matériel ici, ne peut pas servir à interpréter un texte de loi au sens formel, soit une disposition contenue dans le Code pénal⁴⁴³. Dans le contexte de la commission par omission ce raisonnement comporte deux erreurs. La première est de considérer que la loi au sens matériel sert à interpréter la loi au sens formel, soit l'art. 11 CP *in casu*⁴⁴⁴. La deuxième erreur est de penser qu'il s'agit, ici, d'un problème de hiérarchie des normes. Dans le cas qui nous occupe, le point est de concrétiser une des conditions de la loi. Cette concrétisation est possible, et souvent accomplie, dans des textes tels que des ordonnances du Conseil fédéral ou des conventions collectives de travail. Rien ne s'oppose à ce que tel soit également le cas pour la commission par omission. Quant au deuxième point, un texte tel que celui d'une ordonnance peut contenir un devoir juridique qualifié pour l'auteur. Si ce devoir est parfaitement défini et figure dans un texte entré en vigueur, et donc publié, nous ne voyons pas pour quelle raison le rang de ce texte empêcherait l'existence d'une position de garant.

3.5.4 Le contrat

233 Cette source est mentionnée à l'art. 11 al. 2 lit. b CP. Tant la jurisprudence que la doctrine la reconnaissent comme pouvant donner naissance à une position de garant⁴⁴⁵.

234 A notre sens, il convient de distinguer entre « devoir juridique » et « obligation ». Une obligation au sens technique est « le lien juridique entre deux personnes, en vertu duquel l'une, appelée le débiteur, est tenue envers l'autre, appelée le créancier »⁴⁴⁶. Cette obligation peut être unilatérale ou bilatérale, parfaite ou imparfaite ; elle peut résulter de la loi, d'un contrat, un acte illicite, un enrichissement illégitime ou une gestion d'af-

⁴⁴³ VON COELLN, p. 137.

⁴⁴⁴ L'auteur traite du droit allemand, cependant, son raisonnement peut s'appliquer *mutatis mutandis* au droit suisse.

⁴⁴⁵ ATF 96 IV 155, consid. II.4-a, JT 1974 IV 104 ; ATF 105 IV 172, consid. 4-a, JT 1981 IV 17 ; ATF 113 IV 68, consid. 6-a, JT 1988 IV 74 ; ATF 136 IV 188, consid. 6.2 ; arrêt (non publié) du 23 décembre 2010, dans les causes 6B_748/2010 et 6B_753/2010, consid. 4.2 ; arrêt (non publié) du 12 décembre 2011, dans la cause 6B_77/2011, consid. 3.1 ; CR CP I-CASSANI, art. 11 N 32 ss ; DONATSCH/TAG, I, p. 304 ss ; GRAVEN, DPG, p. 81 ; SCHUBARTH, Kommentar, Systematische Einleitung, N 130 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 15 ss. ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 10 ss.

⁴⁴⁶ Cf., entre autres, SCHWENZER, AT, N 4.01 ; TERCIER/PICHONNAZ, § 1 N 3.

fares sans mandat. L'obligation peut consister, entre autres, en un devoir juridique d'agir, que le droit des obligations consacre. Un « devoir » peut ainsi être contenu dans une « obligation ». Dans le cas d'une commission par omission, le droit pénal ne s'attache pas tant à l'obligation en tant que telle, mais bien au devoir, plus spécifiquement, au « devoir juridique d'agir pour protéger un bien juridique reconnu par le droit pénal ». C'est le contenu du devoir qui importe, ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le voir, non tant le fait qu'il soit issu d'une obligation, que celle-ci soit contractuelle ou non.

Si l'on garde à l'esprit la distinction que nous venons de faire, il est plus aisé de comprendre pourquoi l'existence d'un contrat ou sa validité ne sont pas, à elles seules, des conditions suffisantes pour admettre une position de garant en droit pénal. C'est cette distinction qui fait dire à la doctrine qu'un contrat nul peut fonder une position de garant. De même, elle peut expliquer qu'un contrat valable ne signifie pas, à lui seul, que l'auteur est responsable pénalement de l'omission, par exemple dans le cas où il n'a pas effectivement pu « entrer dans le contrat »⁴⁴⁷.

235

Un des sujets qui méritent une précision particulière est, ici, celui des obligations dites « accessoires ». La jurisprudence et la doctrine majoritaire retiennent qu'une obligation accessoire ne peut fonder une position de garant⁴⁴⁸. Cette manière de voir a été confirmée dans un arrêt du 18 juin 2012⁴⁴⁹. Cette affaire avait trait à plusieurs faux dans les titres reprochés au détenteur d'un compte qui, malgré l'engagement contractuel qu'il avait pris en signant la « formule A », n'avait pas prévenu l'établissement bancaire des changements intervenus quant à l'identité de l'ayant droit

236

⁴⁴⁷ Voir, par exemple, DONATSCH/TAG, I, p. 305 ; GRUBMILLER, p. 136 ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 10. En réalité, l'exigence de l'entrée dans le contrat ne conditionne pas l'existence de celui-ci, mais constitue l'une des conditions de l'omission, à savoir la possibilité pour l'auteur d'agir. Du point de vue du droit des obligations, il s'agit ici de distinguer entre l'existence d'une obligation et son exécution. Sur la condition de la possibilité d'agir, cf. point 3.6, pour la commission par omission et point 2.1.2.2, pour l'omission en philosophie.

⁴⁴⁸ ATF 113 IV 68, consid. 6-a, JT 1988 IV 74 ; arrêt (non publié) du 21 septembre 2005, dans la cause 6S.449/2004, consid. 4.3.1 ; arrêt (non publié) du 1^{er} mai 2009, dans la cause 6B_1026/2008, consid. 2.3.1 ; DONATSCH/TAG, I, p. 304 s. ; FLACHSMANN, p. 41 ; GRAVEN, DPG, p. 78 ; GRUBMILLER, p. 137 s. et 154 ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 10 (« Kernbereich ») ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 253. Plus nuancé, STRATENWERTH qui admet que des obligations accessoires puissent fonder une position de garant, pour autant que celles-ci aient une valeur particulière, STRATENWERTH, AT I, § 14 N 16.

⁴⁴⁹ Arrêt (non publié) du 18 juin 2012, dans la cause 6B_844/2011. Sur cet arrêt, cf. point 3.16.2.

économique initialement indiqué. Contrairement à l'instance précédente⁴⁵⁰, le TF a retenu que « cette obligation d'avis [n'était] toutefois qu'accessoire et ne [pouvait] fonder une obligation de garant »⁴⁵¹.

237

Avec la doctrine minoritaire, nous retenons que le fait que le devoir d'agir soit contenu dans une « obligation accessoire » au sens du droit des obligations n'est, en soi, en rien un obstacle à ce qu'il puisse fonder un devoir de garant en droit pénal⁴⁵². La notion d'obligation accessoire est définie par la doctrine en référence à celle de « obligation principale ». Est considérée comme principale l'obligation qui donne sa coloration au contrat⁴⁵³ ; les obligations accessoires sont les « autres obligations », à savoir celles qui ne fournissent pas d'éléments caractéristiques pour catégoriser le contrat⁴⁵⁴. Cette classification ne donne aucune indication quant au contenu, et donc à la qualité, du devoir que ces obligations peuvent consacrer. Or, ainsi que nous l'avons dit, ce qui importe, c'est le fait que ledit devoir remplisse les conditions énumérées ci-dessus, à savoir imposer, à une personne définie, d'agir afin de sauvegarder le bien pénalement protégé sur lequel porte ce devoir⁴⁵⁵. Pour prendre un exemple, nous mentionnerons le devoir de garde de l'entrepreneur quant à la matière que le maître lui a fournie (art. 365 al. 2 CO). Ce devoir s'applique, par exemple, à une voiture remise au garagiste pour réparation⁴⁵⁶. Dans le cas où la voiture est abîmée par un employé du garagiste qui, bien que voyant son employé endommager le véhicule ne fait rien pour l'en empêcher, l'on ne voit pas que le simple fait que le devoir de l'art. 365 al. 2 CO soit qualifié d'« accessoire » puisse être un obstacle à une condamnation du garagiste sur la base de l'art. 11 *cum* 144 al. 1 CP, le cas échéant⁴⁵⁷.

⁴⁵⁰ Arrêt du Tribunal pénal fédéral, du 20 octobre 2011, dans la cause SK.2010.27.

⁴⁵¹ Arrêt (non publié) du 18 juin 2012, dans la cause 6B_844/2011, consid. 3.2.3. Sur cet arrêt, *cf.* point 3.16.2.

⁴⁵² CR CP I-CASSANI, art. 11 N 35 ; POPP, Kommentar, Vorbem., N 55. POPP prend l'exemple du secret professionnel de l'avocat et du médecin qui est une obligation accessoire.

⁴⁵³ KOLLER, AT, p. 21 ; SCHWENZER, AT, N 4.21.

⁴⁵⁴ KOLLER, AT, p. 21 ss ; SCHWENZER, AT, N 4.22 ss ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, AT II, N 2638 ss. La doctrine distingue encore ces devoirs selon qu'ils permettent d'exiger l'exécution ou donnent uniquement droit à une réparation du dommage (art. 97 al. 1 CO), la terminologie variant selon les auteurs ; cette distinction n'est cependant pas indispensable à notre discussion, nous ne nous y attarderons donc pas.

⁴⁵⁵ *Cf.* point 3.5.2 N 190.

⁴⁵⁶ ATF 113 II 421, consid. 2-a.

⁴⁵⁷ L'on peut répéter cette démonstration avec bon nombre de devoirs « accessoires », parmi lesquels ceux de l'art. 328 CO, par exemple.

Les auteurs retiennent que le garant peut se libérer du contrat, et donc de sa position de garant, en tout temps, par une déclaration unilatérale⁴⁵⁸. Il reste cependant lié jusqu'à ce que le devoir soit repris par une autre personne, fût-elle le cocontractant⁴⁵⁹. A notre avis, cette faculté du garant doit être limitée sur le modèle de ce que prévoit l'art. 404 CO. Le garant doit pouvoir se départir à tout moment du contrat, sous réserve de le faire en un moment qui ne soit pas « inopportun ». Ainsi, sur le plan du droit pénal, le guide de montagne peut à tout moment avant le début de l'expédition renoncer à entreprendre l'ascension ; il ne peut cependant pas, lorsqu'un membre du groupe a décroché, décider de s'en aller en faisant part de son intention de se départir du contrat : sous l'angle pénal, il doit, pour autant que les autres conditions des art. 11 et 111 CP soient remplies, être considéré comme garant si la victime décède. Cette solution permet à notre sens de préserver tant la liberté contractuelle que sauvegarder les biens juridiques consacrés par le droit pénal.

238

Selon MEYER, le contrat, en tant que source du devoir de garant, est, en cas de « concours », subsidiaire à la source légale. En effet, le principe de la légalité serait moins atteint lorsque le devoir d'agir est issu de la loi que dans le cas dans lequel ce devoir résulte d'un contrat⁴⁶⁰. Le terme « concours » devrait à notre avis être réservé pour les cas où il faut choisir entre plusieurs dispositions pénales dont les éléments seraient remplis. De plus, nous pensons que ce qui importe le plus, au regard du respect du principe de la légalité, c'est la précision avec laquelle l'auteur et le devoir d'agir, notamment, sont identifiés. Ainsi, dans le cas où le contrat est plus précis que la loi, celui-ci doit avoir la préférence. En réalité, plusieurs sources peuvent donner naissance à une position de garant simultanément, chacune apportant un élément qui précise ladite position. Il en va ainsi par exemple dans le cas des devoirs de signalisation imposés par les art. 80 ss OSR⁴⁶¹ : pour donner naissance à une position de garant, ceux-ci doivent être précisés, que cette précision figure dans un règlement, une note interne au service et/ou dans la décision d'engagement de

239

⁴⁵⁸ CR CP I-CASSANI, art. 11 N 38 ; GRUBMILLER, p. 155.

⁴⁵⁹ ROXIN, AT II, § 32 N 65 ss ; SK DStGB-RUDOLPHI, § 13 N 63 ; DStGB K-STREE, § 13 N 29 ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 35 ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 38.

⁴⁶⁰ MEYER, p. 156 s. Dans le même sens, mais plus nuancé, FLACHSMANN, p. 62 s. Cet auteur accepte l'idée qu'il puisse exister des exceptions. Il donne l'exemple des cas dans lesquels la position de garant naît de normes de droit privé auxquelles les parties peuvent déroger par contrat ou ceux dans lesquels le contrat prévoit une protection plus large que la norme légale. Cependant, il partage l'avis de MEYER en ce qui concerne la relation entre la source contractuelle et la création d'un risque : la première prime la seconde, à son avis.

⁴⁶¹ Cf. point 3.5.2.2.2 N 209.

l'agent communal. Le fait que la commission par omission ait été introduite à l'art. 11 CP atténue également l'argument du respect du principe de la légalité qui serait mieux sauvegardé du simple fait que le devoir serait prévu dans une loi. En effet, cet article ne crée pas de hiérarchie entre les différentes sources.

240 Le mécanisme de l'art. 11 CP quant au devoir juridique d'agir est sous certains aspects semblable à celui de l'art. 14 CP⁴⁶² en ce qu'il renvoie à des « normes » parfois extra-pénales pour ce qui est de la définition du contenu de ce devoir ou, respectivement, autorisation. Lorsque le devoir juridique est issu de la source contractuelle, nous sommes d'avis que les règles d'interprétation, de même que les autres principes dégagés par la doctrine et la jurisprudence en matière de droit des obligations, devraient s'appliquer lorsqu'il s'agit d'identifier le contenu du devoir juridique d'agir. Bien que ce ne soit pas sa tâche quotidienne, nous estimons que, dans un cas d'espèce, le juge pénal peut recourir à l'art. 18 al. 1 CO pour identifier le contenu de l'obligation du garant, par exemple.

241 Contrairement à ce que soutiennent certains auteurs⁴⁶³, la conclusion d'un contrat valable peut suffire, pour autant que les autres conditions relatives à la qualité du devoir d'agir soient remplies, à donner naissance à une position de garant. L'existence d'un devoir ne signifie pas cependant que le garant sera forcément tenu pour pénalement responsable dans le cas où le bien juridique qu'il doit protéger en vertu de son devoir est atteint : il se peut entre autres que le garant ait été dans l'impossibilité d'agir⁴⁶⁴.

3.5.5 La communauté de risques librement consentie

242 Cette source fait référence aux cas dans lesquels plusieurs personnes s'engagent dans une entreprise périlleuse, comptant soit sur la protection de l'un des membres en particulier, soit sur la protection mutuelle entre les membres⁴⁶⁵. Les cas dans lesquels le TF a eu à traiter de cette source ont principalement pour cadre les cas d'accidents en montagne⁴⁶⁶.

⁴⁶² Cet article est formulé comme suit : « Quiconque agit comme la loi l'ordonne ou l'autorise se comporte de manière licite, même si l'acte est punissable en vertu du présent code ou d'une autre loi ».

⁴⁶³ DONATSCH/TAG, I, p. 305 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 17 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 253.

⁴⁶⁴ Cf. point 3.5.4 N 235 également. Sur la possibilité pour le garant d'agir, cf. point 3.6.

⁴⁶⁵ CR CP I-CASSANI, art. 11 N 39 ; DONATSCH/TAG, I, p. 306 s. ; GRAVEN, DPG, p. 82 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 23 ; ULLRICH, p. 201 ss.

⁴⁶⁶ Voir, notamment, ATF 83 IV 9, JT 1957 IV 34 ; ATF 100 IV 210, JT 1976 IV 34.

Cette source s'apparente à la source contractuelle (art. 11 al. 2 lit. b CP) : deux ou plusieurs personnes s'engagent ensemble dans une entreprise périlleuse pour un bien juridique pénalement protégé et comptent sur l'aide des autres ou d'un autre, si c'est le spécialiste, pour le cas où une atteinte à ce bien juridiquement protégé se matérialiserait⁴⁶⁷. Contrairement à ce que GRUBMILLER retient⁴⁶⁸, cette source doit être distinguée de celle de la communauté de vie⁴⁶⁹ qui, elle, peut effectivement soulever le problème de la violation des art. 1 CP et 9 Cst⁴⁷⁰ au vu du risque d'élever des devoirs moraux au rang de devoirs juridiques. Tant qu'il existe un accord de volontés, même tacite, relatif au fait que l'entreprise périlleuse est tentée parce que la protection sera fournie en cas de besoin, il n'y a pas lieu de craindre que des devoirs moraux seuls fondent une position de garant.

243

La simple « communauté » ne suffit pas, même si elle repose sur des liens étroits, à fonder des devoirs de protection, tant qu'il n'y a pas de fonction protectrice vis-à-vis de celui qui a besoin d'être protégé⁴⁷¹. Le TF l'a également précisé : le fait qu'il existe un accord de volontés relatif au fait d'entreprendre une activité en commun ne suffit pas à fonder une position de garant ; l'accord de volontés doit porter sur l'existence d'une protection, attendue ou promise, de certains biens juridiques qui, du fait de l'entreprise commune, sont exposés à un risque⁴⁷². En cas de lésion ou de mise en danger d'un bien juridique pénalement protégé de l'un des participants, il convient de prendre en considération le contenu des engagements pris par chacun en vue de cette communauté librement consentie : si le bien juridique lésé ou mis en danger ne faisait pas partie de ce à quoi les participants ont consenti, alors, il n'est pas possible de retenir une position de garant sur cette base⁴⁷³. Ainsi, dans un groupe d'adultes qui décident de faire une excursion à vélo, comptant chacun sur le fait que, en

244

⁴⁶⁷ DONATSCH/TAG considèrent que les situations relevant de cette source devraient être considérées comme relevant de la société simple au sens des art. 530 ss CO, DONATSCH/TAG, I, p. 306. *Contra* : CR CP I-CASSANI, art. 11 N 40 pour qui, soutenir cela, reviendrait à enlever toute portée propre à la lit. c de l'art. 11 al. 2 par rapport à la lit. b de ce même alinéa.

⁴⁶⁸ GRUBMILLER, p. 137.

⁴⁶⁹ Cf. point 3.5.7.3.

⁴⁷⁰ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

⁴⁷¹ GRUBMILLER, p. 157. Pour MEYER, l'existence d'une communauté, même étroite ne fonde pas, à elle seule, de devoir juridique d'agir, MEYER, p. 108, 112. Dans le même sens, au sujet de la communauté familiale BRAMMSEN, *Entstehungsvoraussetzungen*, p. 180 s. L'art. 333 CC peut fonder une position de garant, mais celle-ci, bien que sa justification réside dans l'existence d'une communauté domestique, sa source est légale et non factuelle.

⁴⁷² ATF 108 IV 3, consid. 2-b, JT 1983 IV 74.

⁴⁷³ DONATSCH/TAG, I, p. 306.

cas de coup dur, les autres l'aideront, tous sont garants de la santé et l'intégrité corporelle des autres membres du groupe. Personne n'est pour autant garant du patrimoine des autres. Dans le cas où une personne du groupe commet un vol au détriment d'un autre membre, les autres, même ceux qui seraient au courant du vol, ne pourront se voir reprocher, au titre de leur devoir de garant, leur silence ou leur absence de réaction face au vol commis.

245 Les discussions au sujet de cette source portent souvent sur les éléments qui permettent de classer un devoir sous cette étiquette. Selon les auteurs, la condition décisive est, pour cette source, l'existence effective d'un rapport mutuel, en vertu duquel naît une attente de protection entre les participants. Ce rapport doit être antérieur à la survenance du danger. Les situations dans lesquelles c'est la survenance du danger qui constitue « la communauté » ne font pas partie de cette catégorie de devoirs selon la doctrine⁴⁷⁴. La condition du moment de la survenance du risque relève, à notre avis, plus d'un problème de catégorisation du devoir de garant que de l'existence de celui-ci. Dans le cas où l'accord de volontés naît après la survenance de l'événement qui met en péril le bien juridique, il est possible de retenir une position de garant, quand bien même elle ne relèverait pas de la catégorie prévue par l'art. 11 al. 2 lit. c CP. Pour prendre un exemple, l'on peut penser au cas de deux rescapés d'un crash aérien qui ne se connaissaient pas auparavant et qui décident de veiller l'un sur l'autre en attendant les secours.

3.5.6 La création d'un risque

246 Cette source, mentionnée en droit allemand depuis 1828, fait partie des trois premières sources, aux côtés de la loi et du contrat, à avoir été identifiée comme pouvant fonder une position de garant⁴⁷⁵. Le législateur suisse l'a mentionnée à l'art. 11 al. 2 lit. d CP.

247 Considérée comme « un principe général de l'ordre juridique » par le TF⁴⁷⁶, elle vise le cas de celui qui a créé ou augmenté le risque que des biens

⁴⁷⁴ BRAMMSEN, Entstehungsvoraussetzungen, p. 174 s. Dans le même sens au sujet du refus de retenir l'appartenance à cette catégorie pour une position de garant qui ne serait pas préexistante, mais uniquement fortuite : BÖHM A., p. 79 ; DONATSCH/TAG, I, p. 307 ; SK DStGB-RUDOLPHI, § 13 N 55 ; SCHUBARTH, Kommentar, Systematische Einleitung, N 142 ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 43 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 23 ; DStGB K-STREE, § 13 N 24 ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 13 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 254. *Contra* : HERZBERG, p. 345.

⁴⁷⁵ Cf. point 4.1.2 N 565 et les références citées.

⁴⁷⁶ Voir, par exemple, ATF 134 IV 255, consid. 4.2.2 : « Conformément à un principe général de l'ordre juridique, celui qui a créé, entretenu ou accru un état de choses susceptible

juridiques soient lésés et qui, de ce fait, est tenu de prendre les mesures nécessaires pour éviter que le risque ne se produise⁴⁷⁷. Le TF, approuvé en cela par la doctrine, considère ainsi que l'aggravation d'un risque est assimilée à la création de celui-ci⁴⁷⁸.

Notre Haute Cour a eu l'occasion d'indiquer que celui qui crée une situation dangereuse est tenu de prendre les mesures de sécurité que les circonstances requièrent⁴⁷⁹. Au sujet de la nature du risque créé, BRAMMSEN précise que seul le comportement qui est de nature à réaliser de manière immédiate le résultat peut fonder une responsabilité pour la création d'un risque⁴⁸⁰.

La violation de l'art. 11 al. 2 lit. d CP est une violation des règles de la prudence, selon le TF. Si l'auteur s'est abstenu d'agir par inattention ou manque d'effort blâmable, il aura omis par négligence⁴⁸¹. Cette manière de voir ne nous convainc pas. Que lors de la création d'un risque les règles de la prudence puissent être violées est une chose, que la création d'un risque constitue dans tous les cas une violation des règles de la prudence en est une autre. Il est possible de violer l'art. 11 al. 2 lit. d CP intentionnellement, tout comme il est possible d'omettre par négligence dans des cas de figure autres que ceux de la création d'un risque. Etablir un lien nécessaire entre les deux notions est, à notre sens, une source inutile de malentendus⁴⁸².

La question de la conformité au droit de la création du risque est controversée en doctrine. Certains auteurs pensent que la situation dangereuse doit être issue d'un comportement antérieur qui viole un devoir de diligence

de mettre autrui en danger est tenu de prendre toutes les mesures commandées par les circonstances pour éviter la survenance d'un dommage ou, le cas échéant, l'aggravation de l'atteinte déjà causée ».

⁴⁷⁷ GRAVEN, DPG, p. 83 ; MOREILLON, *Infraction par omission*, p. 252 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 18.

⁴⁷⁸ ATF 101 IV 28, consid. 2-b et c, JT 1976 IV 104 ; ATF 108 IV 3, consid. 1-c, JT 1983 IV 100 ; DONATSCH/TAG, I, p. 307 ; GRAVEN, DPG, p. 83. MEYER, p. 153.

⁴⁷⁹ « Wer einen gefährlichen Zustand schafft, ist [...] verpflichtet, die durch die Umstände gebotenen Vorsichtsmassnahmen zu treffen », ATF 90 IV 246, consid. 1-b, JT 1965 IV 82. Dans le même sens, ATF 101 IV 28, consid. 2-a et b, JT 1976 IV 204 ; ATF 110 IV 68, consid. 2, JT 1985 IV 36 ; ATF 134 IV 255, consid. 4.2.2. Selon CARRARD, « [ce] principe jurisprudentiel est [...] le fondement de toute responsabilité pour délit de lésion par négligence », CARRARD, p. 301. Sur la négligence, cf. point 3.9.2.

⁴⁸⁰ BRAMMSEN, *Entstehungsvoraussetzungen*, p. 321. Cet auteur considère cependant que la création d'un risque ne fonde pas de position de garant car elle relève en réalité de la responsabilité pour commission, BRAMMSEN, p. 392 et 403.

⁴⁸¹ ATF 134 IV 255, consid. 4.2.3.

⁴⁸² Sur l'analyse de la négligence en matière de commission par omission, cf. 3.9.2.2.

(« *sorgfaltswidrig* »)⁴⁸³. D'autres, en revanche, considèrent qu'un comportement illicite n'est pas nécessaire, un comportement antérieur licite pouvant ainsi donner naissance à une position de garant⁴⁸⁴. Le TF partage ce second point de vue⁴⁸⁵. A notre sens, peu importe que la création du risque ait été fautive ou non. Dans cas d'un comportement illicite, si celui-ci ne remplit pas la condition de l'acte constitutif de la disposition en combinaison avec laquelle l'on souhaite appliquer l'art. 11 CP⁴⁸⁶, la question se règlera au titre du concours⁴⁸⁷. Dans le second cas, l'art. 11 CP peut s'appliquer sans obstacle, pour autant que les autres conditions soient remplies.

251 La création d'un risque est selon MEYER subsidiaire à la source contractuelle ou légale. Cet auteur base son argumentation sur le respect du principe de la légalité : celui-ci serait moins lésé lorsque le devoir d'agir figure dans une loi que lorsqu'il résulte de la création d'un risque⁴⁸⁸. A nouveau, nous ne partageons pas ce point de vue : nous n'adhérons pas à l'idée qu'il existe *a priori* une hiérarchie entre les sources citées à l'art. 11 CP, encore moins que cette hiérarchie soit justifiée par l'argument du respect du principe de la légalité. Comme nous l'avons déjà exposé, ce n'est pas la source du devoir en tant que telle qui garantit le respect du principe de la légalité, mais bien les qualités que revêt ledit devoir⁴⁸⁹.

252 La raison pour laquelle cette source est largement acceptée comme pouvant fonder une position de garant réside dans le fait qu'elle remplit toutes les conditions quant à la qualité du devoir qu'elle consacre : la personne à qui celui-ci incombe est généralement identifiable, puisqu'il s'agit, sauf exception,

⁴⁸³ RIKLIN, AT I, § 19 N 19 ; SCHUBARTH, Kommentar, Systematische Einleitung, N 156 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 20 ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 14 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 255 s.

⁴⁸⁴ CR CP I-CASSANI, art. 11 N 44 ; DONATSCH/TAG, I, p. 308 ; FLACHSMANN, p. 50 ; MEYER, p. 154 ; SEELMANN, AT, p. 113 s. ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 50. GRANDERATH écrit à ce sujet : « die Schaffung einer Gefahrenlage ist ein objektiver Vorgang, der von der Willens- und Vorstellungswelt des Unterlassungstäters unabhängig ist », GRANDERATH, p. 152.

⁴⁸⁵ « Dès lors, même celui qui a créé le risque en accomplissant un acte en soi licite et qui s'est conformé, pour ce faire, aux prescriptions de sécurité légales, administratives ou associatives édictées en la matière doit prendre les mesures nécessaires au regard des circonstances pour prévenir les dommages prévisibles que son acte pourrait causer », ATF 134 IV 255, consid. 4.2.2.

⁴⁸⁶ Dans ce cas, la commission primerait conformément au principe de subsidiarité, cf. point 3.4.4.2.3.

⁴⁸⁷ Sur la question du concours, cf. point 3.14.

⁴⁸⁸ MEYER, p. 156 s.

⁴⁸⁹ Cf. ce qui a été dit au sujet de la source contractuelle, point 3.5.4 N 239.

de celui qui a créé le risque ; le contenu du devoir est également clair : l'auteur doit agir pour prévenir les atteintes à des biens juridiques ; l'étendue et les modalités de la protection sont circonscrites : seuls les biens juridiques sur lesquels pèse le risque créé doivent être protégés par l'auteur, selon ce que la situation requiert.

3.5.7 Les « autres » sources

La présence de l'adverbe « notamment » à l'art. 11 al. 2 CP correspond à la volonté du législateur de laisser la liste ouverte, ainsi que nous l'avons déjà mentionné⁴⁹⁰. Il est donc possible d'envisager d'autres sources qui seraient à même de fonder une position de garant. 253

Au titre d'« autres sources », l'on pourrait en mentionner un grand nombre qui ont été citées tant par la doctrine et, un peu moins fréquemment, par la jurisprudence. Cependant, même si elle était envisageable, l'exhaustivité ne nous paraît nullement utile au vu de notre propos. Nous avons donc procédé à un choix de ces « autres » sources, laissant volontairement de côté certaines d'entre elles⁴⁹¹. 254

3.5.7.1 La prise en charge volontaire

STRATENWERTH mentionne cette source comme pouvant fonder un devoir de garant, de même que GRAVEN. Selon STRATENWERTH, lorsque le contrat n'est pas valable, l'on peut considérer que le devoir d'agir, et donc la position de garant, sont issus de cette prise en charge volontaire⁴⁹². 255

Cette source fait en réalité référence soit à un contrat, s'il y a échange réciproque de volontés concordantes (art. 1 CO), soit à une gestion d'affaires sans mandat, au sens des art. 419 ss CO, dans le cas où il n'y a pas d'échange de volontés, faute d'accord de la victime. Nous proposons donc de la traiter 256

⁴⁹⁰ Cf. point 3.5.3 N 220.

⁴⁹¹ A titre d'exemple de ces sources que nous avons choisi de ne pas aborder, nous pouvons penser à « la maîtrise d'une source de danger ». La raison principale pour laquelle cette source ne sera pas spécifiquement abordée dans cette partie de notre travail est que les situations que les auteurs regroupent sous ce terme se retrouvent déjà dans d'autres sources que nous avons citées, comme la loi, à l'image de la responsabilité du détenteur d'animaux (art. 56 CO) par exemple, ou un contrat. Dans le même sens, DONATSCH/TAG, I, p. 309. De plus, sur le plan matériel, cette source fait référence aux « devoirs de surveillance » que le courant fonctionnel distingue. Sur ce courant, cf. point 3.5.3 N 218 et les références citées.

⁴⁹² STRATENWERTH, AT I, § 14 N 17. Voir également GRAVEN, DPG, p. 81.

comme telle et renvoyons le lecteur à ce qui a été dit au sujet de ces sources⁴⁹³. Bien entendu, il ne peut y avoir de position de garant sur la base d'une prise en charge volontaire en l'absence de l'accord du garant ; par ailleurs, la volonté de la victime seule ne suffit pas à créer une position de garant⁴⁹⁴.

3.5.7.2 L'attente suscitée d'une protection

257 Dans cette catégorie de sources, l'on peut notamment penser aux cas dans lesquels le garant est une personne qui dispose de connaissances ou d'aptitudes particulières qui sont de nature à indiquer qu'il est en mesure de protéger la victime.

258 Comme pour la prise en charge volontaire, le garant doit être conscient de l'attente qu'il crée, ou qui pèse sur lui, et doit y avoir consenti, même tacitement. Ce que nous avons exposé au sujet de la volonté de la victime vaut également ici⁴⁹⁵.

259 Ainsi, malgré ce que semble soutenir le TF⁴⁹⁶, il peut arriver selon les cas qu'un employé soit garant vis-à-vis de son supérieur. A titre d'exemple, l'on peut imaginer le cas d'un chimiste qui, par ses connaissances, est mieux à même de protéger un membre du conseil d'administration lors de la visite du laboratoire. Le rapport hiérarchique n'est dans un tel cas en rien un critère pour décider de l'existence d'une position de garant, qu'il s'agisse d'un cas de protection d'un bien juridique contre un danger déterminé ou de la surveillance d'une source de danger.

3.5.7.3 La communauté étroite de vie

260 La doctrine de langue allemande parle d'« *enge Lebensgemeinschaft* » pour désigner cette source. La traduction de ces termes serait : « communauté de vie étroite ». Cependant, nous lui préférons le terme « cohabitation », malgré son caractère apparemment moins précis, car il permet de mieux saisir cette constellation de faits.

⁴⁹³ Cf. point 3.5.4 pour le contrat et point 3.5.7.7 pour la gestion d'affaires.

⁴⁹⁴ Cf. point 3.5.2.2 N 202.

⁴⁹⁵ Cf. point 3.5.7.1 N 256, note de bas de page 494.

⁴⁹⁶ « On peut toutefois [déduire de l'art. 6 al. 2 DPA] qu'en Suisse l'on admet pas qu'un employé ait l'obligation d'intervenir envers des égaux ou des supérieurs », ATF 113 IV 68, consid. 6-e, JT 1988 IV 74.

Cette source est discutée par les auteurs, mais ceux-ci ne la retiennent que peu souvent comme fondement d'une position de garant. Ils relèvent la difficulté de distinguer, pour cette source, entre les devoirs juridiques et moraux, ce qui pourrait expliquer leur prudence, voire réticence, à consacrer cette source⁴⁹⁷. 261

S'agissant de l'étendue du devoir de protection entre époux (art. 159 al. 3 CC), selon VON COELLN : « [...] Ehegatten müssen einander Schutz und Beistand leisten, wenn und soweit der jeweils andere sich nicht selbst helfen kann. Da jedoch beide für ihr Tun und Unterlassen selbst verantwortlich bleiben, geht die gegenseitige Verpflichtung nicht so weit, dass Ehegatten einander von der Begehung von Straftaten abhalten müssten »⁴⁹⁸. L'auteur traite ici tant du devoir de protection que de surveillance. Pour le premier type de devoirs, chaque époux doit son assistance à l'autre ; pour le second type de devoirs, chaque époux est responsable en principe des infractions qu'il commet. Cette manière de voir est convaincante. 262

La simple cohabitation ne suffit pas *per se* à fonder une position de garant⁴⁹⁹. Nous considérons que ceci vaut pour les partenaires hétérosexuels ou homosexuels, les membres d'une même famille ou des colocataires. Ainsi, en cas de colocation, si un des invités du colocataire A abîme une chose appartenant au colocataire B, alors absent, A n'est pas garant sur la base de l'art. 144 *cum* 11 CP. L'invité répondra par contre d'un acte illicite au sens de l'art. 41 CO, pour autant que les conditions d'application de cet article soient données. De même, la simple cohabitation ne fonde pas, en elle-même, un devoir de garant entre frères et sœurs, même en cas de grande différence d'âge entre ceux-ci. Ce n'est que dans le cas dans lequel les parents chargent l'un des enfants, généralement l'aîné, de veiller sur ses frères et sœurs que l'on peut identifier une position de garant. Cependant, celle-ci est issue, dans un tel cas, d'un contrat (l'acceptation de la prise en charge étant considérée comme telle, malgré l'incapacité présumée de contracter de l'enfant de moins de dix- 263

⁴⁹⁷ Voir, par exemple, DONATSCH/TAG qui ne l'excluent pas pour les cas où les relations entre les individus sont particulièrement étroites et de longue durée, DONATSCH/TAG, I, p. 311 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 25.

⁴⁹⁸ VON COELLN, p. 219.

⁴⁹⁹ Arrêt (non publié) du 15 avril 2002, dans la cause 6S.70/2002, consid. 1-b ; DONATSCH/TAG, I, p. 311 s. ; MEYER, p. 83, 108 s., 129 ; MOREILLON, Infraction par omission, p. 237 ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 13 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 254. Plus nuancés : SEELMANN, pour qui cela doit être décidé en fonction du cas d'espèce, BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 43 et STRATENWERTH qui l'admet en cas d'urgence, STRATENWERTH, AT I, § 14 N 25.

huit ans (art. 12, 13, 14, 17 et 19 CC : les parents ratifient le contrat)), non de la cohabitation elle-même ou des liens familiaux.

3.5.7.3.1 Le concubinage de partenaires homosexuels

264 Depuis le 1^{er} janvier 2007, il existe une loi fédérale qui traite des règles applicables aux partenaires enregistrés⁵⁰⁰. Elle ne concerne que les partenaires homosexuels qui ont enregistré leur partenariat (art. 2 al. 1 et 7 LPart). Cette loi règle les rapports des partenaires enregistrés sur le modèle de ce qui vaut pour les couples mariés en accordant certains droits, mais également certains devoirs aux partenaires.

265 Ainsi, l'art. 12 LPart prévoit-il que « [l]es partenaires se doivent l'un à l'autre assistance et respect ». Cette formulation n'est pas sans rappeler celle de l'art. 159 al. 3 CC : « [les époux] se doivent l'un à l'autre fidélité et assistance ». Si le devoir d'assistance de l'art. 159 al. 3 CP est de nature à fonder un devoir de garant⁵⁰¹, dans certains cas, il nous semble soutenable que le devoir d'assistance prévu à l'art. 12 LPart est à même d'en faire de même.

3.5.7.3.2 Le concubinage de partenaires hétérosexuels

266 Comme nous l'avons vu, le simple fait de vivre en concubinage ne crée pas, en soi, de position de garant⁵⁰². Il se peut cependant, que, selon les situations, un devoir de garant puisse être retenu, sur la base d'un contrat, par exemple. Cependant, il conviendra, bien entendu, d'identifier ledit devoir de manière précise, une simple référence au « concubinage » ne suffisant pas.

267 Le concubinage est parfois considéré comme une société simple par la jurisprudence⁵⁰³. L'existence d'une telle société peut faire naître une protection vis-à-vis des intérêts économiques communs des concubins, mais ne crée pas, en principe, d'autres devoirs⁵⁰⁴. En ce qui concerne un devoir de surveillance, comme pour les époux, le concubin capable de discernement est, sauf exception, seul responsable de ses actes.

⁵⁰⁰ Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (Loi sur le partenariat, LPart), RS 211.231.

⁵⁰¹ ATF 83 IV 9, consid. 1, JT 1957 IV 34.

⁵⁰² Cf. point 3.5.7.3 N 263.

⁵⁰³ ATF 108 II 204, consid. 4 et 5, JT 1982 I 570 ; ATF 109 II 228, consid. 2-b, JT 1984 I 482 ; arrêt (non publié) du 10 septembre 2004, dans la cause 4P.118/2004, consid. 2-2-2-1.

⁵⁰⁴ MOREILLON, *Infraction par omission*, p. 235.

Bien entendu, rien n'empêche des concubins de conclure des contrats afin de créer des positions de garant l'un en faveur de l'autre. L'on peut penser aux cas où l'un des concubins est absent et prie l'autre de réceptionner un colis pour lui : le concubin qui a réceptionné le colis devra répondre du dommage causé au colis après réception si, par hypothèse, il laisse l'enfant du voisin l'abîmer.

268

3.5.7.4 La responsabilité du chef d'entreprise

Cette source de responsabilité a fait l'objet de deux arrêts célèbres du TF, les cas « Bührle » et « Von Roll »⁵⁰⁵. A l'occasion de ces affaires, notre Haute Cour a estimé que le chef de l'entreprise pouvait, à certaines conditions, se voir reprocher une commission par omission pour des actes commis par les employés de l'entreprise.

269

Selon les principes dégagés par le TF, la responsabilité, dans de tels cas, incombe à la personne qui a un rôle dominant (« *beherrschende Rolle* ») et dispose donc de l'autorité de fait dans l'entreprise, soit en principe le directeur de l'entreprise. Il est cependant possible que plusieurs personnes au sein de l'entreprise aient ce type de rôle⁵⁰⁶, et soient donc susceptibles de répondre de leurs omissions au titre de leur position de garant respective. Le fait d'être, formellement, « chef de l'entreprise », ne suffit pas, ainsi que l'a précisé le TF : « [Das] Bundesstrafgericht [hat] die Garantenpflicht des Angeklagten Dr. Bührle nicht schon [...] aus der rechtlichen Funktion Bührles als einziger Komplementär der Kommanditgesellschaft und später als einziger Verwaltungsrat des in eine Aktiengesellschaft umgewandelten Unternehmens abgeleitet, sondern die Garantenstellung wurde entscheidend damit begründet, dass Bührle tatsächlich der oberste Leiter, das Haupt der Firma mit beherrschender Rolle und der nach aussen in Erscheinung tretende Inhaber war »⁵⁰⁷. S'agissant des infractions commises au sein de l'entreprise, le TF a par ailleurs précisé qu'il « convient d'examiner les responsabilités individuelles compte tenu de la division et de la répartition interne des tâches »⁵⁰⁸.

270

⁵⁰⁵ Respectivement, ATF 96 IV 155, JT 1974 IV 104 et 122 IV 103, JT 1997 IV 124.

⁵⁰⁶ CR CP I-CASSANI, art. 11 N 51 ; MOREILLON, Infraction par omission, p. 146 s.

⁵⁰⁷ ATF 105 IV 172, consid. 4-a, JT 1981 IV 17. Dans le même sens, POPP, Geschäftsherrenhaftung, p. 29 ; SCHMID, Aspekte, p. 174 s. ; VEST, Garantenpflicht, p. 290 ; WIPRÄCHITGER, Unternehmen, p. 759.

⁵⁰⁸ ATF 136 IV 188, consid. 6.1 (au sujet de cet arrêt, cf. point 3.16.1) ; arrêt (non publié) du 24 juin 2013, dans la cause 6B_724/2012, consid. 5.1.

271 Cette forme de responsabilité n'est pas limitée aux seules personnes qui apparaissent formellement comme les chefs de l'entreprise. Elle s'étend aux chefs d'entreprise « de fait », même s'ils ne devaient pas figurer formellement dans l'organigramme de l'entreprise. En effet, cette source vise le devoir de surveillance de ceux qui ont le pouvoir d'agir sur le comportement contraire au droit que les employés de l'entreprise pourraient avoir dans l'activité de l'entreprise. Il n'y a donc matériellement pas de raison de considérer que le titre formel de « chef d'entreprise » est un critère absolument nécessaire pour retenir cette source de responsabilité. A l'inverse, une personne qui ne disposerait que d'un titre qui pourrait faire penser qu'elle occupe une place de « chef d'entreprise », mais sans en avoir les attributions, pourrait ne pas avoir à répondre de son omission, faute de devoir de surveillance.

272 Les arrêts cités ci-dessus ont donné lieu à de nombreuses discussions dans la doctrine, certains auteurs étant plutôt réticents vis-à-vis de cette source⁵⁰⁹. D'autres auteurs, en revanche, acceptent l'idée d'une responsabilité du chef d'entreprise dans les cas où la situation de l'entreprise crée un risque accru que l'employé utilise pour commettre une infraction⁵¹⁰. Cependant, seuls les risques « typiques » de l'entreprise sont de nature à faire naître un devoir de garant pour les chefs d'entreprise⁵¹¹. Cette source se réfère donc, pour partie du moins, à ce que le courant fonctionnel appelle les « devoirs de surveillance »⁵¹².

273 Au sujet de cette source, GRAVEN pense que « [...] c'est à tort que l'on range souvent ce problème sous l'étiquette « responsabilité du fait d'autrui », qui évoque une responsabilité objective ou en cascade imitée de l'art. [29] CP, alors qu'il s'agit d'une responsabilité personnelle : le fait d'autrui n'est pas la cause de la punissabilité du sujet passif, mais l'occasion de mettre en œuvre une punissabilité dont les conditions préexistaient à ce fait, un peu comme les conditions de la punissabilité de l'instigateur préexistent à l'acte de l'instigué »⁵¹³. Nous partageons ce point de vue : ce que le garant se voit reprocher

⁵⁰⁹ Voir, notamment, BÖCKLI, *Garantenhaftung*, p. 79 ; BÖCKLI, *Insiderstrafrecht*, p. 87 s. ; DONATSCH/TAG, I, p. 365 ss ; GRAVEN, *Chef d'entreprise*, p. 509 ss ; KRAUSS, p. 43 ; MOREILLON, *Infraction par omission*, p. 143 ; SCHUBARTH, *Wirtschaftsdelikte*, 392 s. ; SCHUBARTH, *Geschäftsherr*, p. 370 ss.

⁵¹⁰ BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 54 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 264.

⁵¹¹ CR CP I-CASSANI, art. 11 N 52 ; CASSANI, *Infraction sociale*, p. 66 ; DONATSCH/TAG, I, p. 368 ; FREI, p. 66 ; HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 32 ; OERTLE, p. 106 s. ; SCHUBARTH, *Geschäftsherr*, p. 384 ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 54. *Contra* : VEST, *Garantenpflicht*, p. 302 s.

⁵¹² Cf. point 3.5.3 N 218 et les références citées.

⁵¹³ GRAVEN, *Chef d'entreprise*, p. 501. Du même avis quant au caractère personnel de la responsabilité, HEINE, *Verantwortlichkeit*, 31 s.

c'est bien la violation de son devoir de surveillance, et non, comme les termes « responsabilité du fait d'autrui » pourraient conduire à penser, le comportement que l'employé a effectivement eu.

La délégation des devoirs est admise pour autant qu'elle ait été faite dans le respect des règles auxquelles est soumis le « chef d'entreprise », que celles-ci soient de nature légale, contractuelle et/ou réglementaire – le TF parle à ce sujet de délégation « im Rahmen der zulässigen Grenzen »⁵¹⁴. Le délégant reste garant pour tout ce qui n'aura pas été transféré au délégataire⁵¹⁵. Il peut également avoir à répondre de son omission de surveiller celui-ci, le cas échéant sur la base de l'art. 55 CO ou des obligations issues de son contrat de son contrat de travail ou son mandat.

274

Le législateur a introduit des dispositions qui visent des cas de responsabilité pénale du chef d'entreprise. Ainsi, l'art. 6 al. 2 DPA prévoit-il que « [le] chef d'entreprise [...] qui, intentionnellement ou par négligence et en violation d'une obligation juridique, omet de prévenir une infraction commise par le subordonné [...] ou d'en supprimer les effets, tombe sous le coup des dispositions pénales applicables à l'auteur ayant agi intentionnellement ou par négligence »⁵¹⁶. L'art. 100 al. 2 LCR sanctionne l'employeur qui n'a pas empêché un conducteur, qu'il emploie, de commettre une infraction à la LCR. L'on peut également mentionner l'art. 264k CP qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 afin de respecter les obligations découlant pour la Suisse de la ratification du Statut de Rome⁵¹⁷.

275

Les éléments essentiels de cette responsabilité sont en substance le fait que le chef d'entreprise est identifiable, de même que son ou ses devoir(s) de surveillance et/ou de protection qui lui impose(nt) d'agir et qu'il dispose d'une autorité de fait qui lui permet d'empêcher des comportements qui, menés lors de l'activité typique de l'entreprise, pourraient être constitu-

276

⁵¹⁴ ATF 122 IV 103, JT 1997 IV 124, consid. VI.2-c. Cf. l'art. 716a CO qui établit une liste de pouvoirs inaliénables du Conseil d'administration. Cette liste peut être plus importante en fonction des Statuts ou de règlements internes de la société bien entendu. Cf. également l'art. 716b al. 1 CO qui permet la délégation de la gestion pour autant que les statuts et le règlement d'organisation l'autorisent.

⁵¹⁵ S'agissant du Conseil d'administration d'une société anonyme, cf. art. 716 al. 2 CO.

⁵¹⁶ Loi du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA), RS 313.0.

⁵¹⁷ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, conclu à Rome le 17 juillet 1998, RS 0.312.1. L'art. 28 impose aux Etats parties de prévoir une responsabilité pénale pour les chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques pour les cas où, entre autres, les subordonnés de ceux-ci auront commis un crime relevant de la compétence de la Cour et que lesdits supérieurs n'auront pas agi pour empêcher cela.

tifs d'infractions. Cette source ne se distingue donc pas structurellement et fondamentalement de celles vues ci-dessus, puisque l'on retrouve les mêmes éléments de base, à savoir la personne du garant, l'existence d'un devoir juridique d'agir et la définition de l'étendue et des modalités de ce devoir. Ce dernier aspect résulte pour partie du contenu des obligations incombant au « chef d'entreprise » et de la limitation de la responsabilité aux seules activités typiques de l'entreprise.

3.5.7.5 La responsabilité des organes

277 Cette source est très proche de celle du chef d'entreprise. La différence se situe ici au niveau du pouvoir dont dispose le garant : dans le cas du chef d'entreprise, celui-ci dispose en principe d'une autorité de fait qui n'est pas limitée à un domaine de l'activité de l'entreprise, contrairement à un organe dont les pouvoirs seraient limités à un « domaine » particulier.

278 Référence est faite ici aux situations dans lesquelles sont tenues pour responsables, pour des risques typiques, des personnes qui travaillent « pour » l'entreprise. Il n'est pas nécessaire que ces personnes dirigent effectivement l'entreprise : elles peuvent au contraire occuper une place hiérarchiquement inférieure. Il doit cependant s'agir de personnes qui remplissent les conditions nécessaires pour pouvoir être considérées comme étant des garants, à commencer par l'existence d'un devoir juridique d'agir à leur charge. Les organes de fait sont également compris.

279 Cette source ne se limite pas aux « entreprises » : elle peut également trouver à s'appliquer dans le cas d'une association au sens des art. 60 ss CC ou d'une fondation (art. 80 ss CC).

280 Les devoirs qui pèsent sur l'organe peuvent être d'origines diverses. Ainsi, pour l'organe chargé du contrôle des comptes d'une association, les devoirs de celui-ci, et donc sa position de garant, seront prévus par la loi (y compris les règles relatives à la comptabilité commerciale), les statuts et d'éventuelles règles internes selon les cas. Cet organe ne sera par conséquent responsable que d'omissions, intervenues en violation des divers devoirs auxquels il est soumis.

281 Le fait dans une entreprise de ne pas avoir clairement défini les devoirs de chacun ne signifie pas qu'il soit impossible de retenir une position de garant à la charge d'une personne déterminée. Au contraire, dans un tel cas, il est possible de prendre comme exemple une entreprise active dans le même domaine avec le même type de responsabilités et d'identifier ainsi quelles sont les personnes auxquelles incombent les devoirs violés.

3.5.7.6 Une décision

Parmi les sources qui ne sont pas expressément mentionnées à l'art. 11 al. 2 CP mais seraient à même de fonder une position de garant, il est convenu de mentionner ici la décision. Le TF admet qu'une décision est à même de fonder un devoir de garant⁵¹⁸. 282

Une décision au sens du droit administratif suisse est « l'acte juridique par lequel l'autorité administrative manifeste unilatéralement sa volonté de créer, modifier ou éteindre des droits ou obligations d'un administré, concrétisant en cela, pour l'administré en question, les normes légales pertinentes »⁵¹⁹. 283

La décision peut provenir d'une autorité administrative ou d'un tribunal. Pour autant que la personne à qui incombe le devoir et les autres conditions quant à la nature et au contenu de celui-ci sont remplies⁵²⁰, une décision peut ainsi parfaitement fonder une position de garant. A titre d'exemple, il suffit de penser à la décision d'attribution de l'autorité parentale suite à un divorce (art. 133 CC) que rend le juge : les conséquences liées à l'attribution de l'autorité parentale sont prévues par la loi, mais les obligations qui en découlent ne s'imposent dans le chef du parent attributaire que par la décision du juge. 284

3.5.7.7 La gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss CO)

Dans le cas de ce que la doctrine appelle « la prise en charge volontaire », il se peut que l'auteur soit garant en vertu des devoirs issus d'une gestion d'affaires sans mandat⁵²¹. En cas de gestion d'affaires, le gérant est tenu à un devoir de diligence dans sa gestion (art. 422 al. 2 CO)⁵²². 285

Pour prendre un exemple, dans le cas où un voisin réceptionne un colis, contenant un livre que le maître avait prêté à un tiers, sans que celui-là lui en ait fait la demande, la relation entre les deux devra être traitée, sur le plan 286

⁵¹⁸ Voir, par exemple, ATF 125 IV 64, consid. 1-a ; arrêt (non publié) du 24 juin 2000, dans la cause 65.167/2000, consid. 1-a-cc.

⁵¹⁹ TANQUEREL, N 54. Cf., également, l'art. 5 de Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA), RS 172.021.

⁵²⁰ Cf. point 3.5 N 190.

⁵²¹ C'est cette source qui peut s'appliquer dans les cas dans lesquels il n'y a pas de contrat, mais qu'il y a « prise en charge volontaire » de la part de l'auteur, dans les cas mentionnés par STRATENWERTH, AT I, § 14 N 17 et GRAVEN, DPG, p. 81.

⁵²² CR CO I-HÉRITIÈRE LACHAT, art. 419 N 21.

civil, selon les règles des art. 419 ss CO⁵²³. Parmi les devoirs qui incomberont alors au gérant, il y aura celui de garder et remettre le colis intact au maître. Si un invité de celui-là abîme le colis sous les yeux amusés du gérant qui n'intervient pas pour l'en empêcher, celui-ci répondra de dommages à la propriété par omission, en vertu des art. 11 *cum* 144 al. 1 CP et 420 al. 1 CO.

3.5.8 Conclusion

287 Les tentatives de classification et de distinction des devoirs selon le courant matériel et le courant formel ne répondent pas à la question de savoir ce qui fait la position de garant⁵²⁴. Ces théories ne font que mettre des étiquettes sur ces devoirs, sans les définir. Ceci explique que les auteurs, à l'exemple de GRUBMILLER⁵²⁵, aient des difficultés à identifier l'étendue desdits devoirs.

288 La liste de l'art. 11 al. 2 CP n'a pas une fonction constitutive. Ce n'est pas parce qu'un devoir provient d'une des sources énumérées à l'al. 2 de l'art. 11 que cela en fait, automatiquement, un devoir de garant⁵²⁶. A titre d'exemple, le fait d'être père, aux yeux de la loi civile, ne suffit pas à fonder une position de garant. En effet, ce qui fonde la position de garant c'est l'existence d'un devoir juridique qualifié d'agir. Ce devoir, dans le cas d'un père, peut résulter de l'autorité parentale ou du droit de garde, selon les situations. Si le père n'a aucune de ces deux prérogatives, ni le droit de visite, parce que le juge du divorce l'a décidé ainsi, alors, il n'est pas garant de son enfant dans le cas où celui-ci se noierait et que celui-là ne ferait rien pour le sauver : dans un tel cas, il manquerait le devoir juridique qualifié d'agir⁵²⁷ puisque l'art. 272 CC ne peut servir de base à un tel devoir⁵²⁸.

⁵²³ Il s'agit ici d'une gestion d'affaires altruiste ; sur cette notion, cf. CR CO I-HÉRITIER LACHAT, art. 419 N 1 ss.

⁵²⁴ Dans le même sens, BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 36.

⁵²⁵ GRUBMILLER, p. 142 (en lien avec le devoir de surveillance fondé par une disposition légale).

⁵²⁶ Voir, par exemple, l'ATF 127 IV 27, consid. 2-b, JT 2004 IV 50 : le TF a considéré que le devoir prévu par l'art. 2 al. 2 de l'ancienne Loi sur le séjour et l'établissement des étrangers ne fondait pas une position de garant. Ainsi, le fait, pour l'épouse, de ne pas déclarer à l'autorité que son mari séjournait illégalement en Suisse n'était pas constitutif de l'infraction à l'art. 23 al. 1^{er}, 5^e phrase de cette même loi (actuel art. 116 al. 1 lit. a LEtr, Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr), RS 142.20). L'actuel art. 16 LEtr prévoit l'obligation pour le logeur de déclarer uniquement lorsqu'il loge l'étranger à titre lucratif. Cf. également point 3.5.3.1.

⁵²⁷ *Contra* : VON COELLN, p. 86 s, pour qui, le fait d'être le « père » suffit à fonder un devoir de garant.

⁵²⁸ Sous le titre marginal « Devoirs réciproques », l'art. 272 CC dispose : « Les père et mère et l'enfant se doivent mutuellement l'aide, les égards et le respect qu'exige l'intérêt de la

Cette liste de sources permet de noter que certaines distinctions formelles entre ces diverses sources ne sont pas justifiées par le contenu de celles-ci, mais par la situation de fait auxquelles elles renvoient. Ainsi, dans le cas d'une source comme celle de la communauté de risques librement consentie (art. 11 al. 2 lit. c CP), l'on peut sans grand effort identifier, en réalité, l'existence d'un contrat⁵²⁹. De même, ce que l'on appelle « la responsabilité du chef d'entreprise »⁵³⁰ est, de fait, une source qui regroupe, en majeure partie, des devoirs issus de la loi (art. 55, 101, 716 s. et 745 CO) ou de contrats (contrat qui lie, par exemple, l'administrateur à l'entreprise)⁵³¹. 289

Les sources citées à l'art. 11 al. 2, ainsi que celles mentionnées dans le cadre de ce travail, ont toutes en commun leur nature juridique, le fait qu'elles permettent d'identifier la personne à qui incombe le devoir de protéger le bien juridique et celle qui bénéficie de cette protection. Qu'il s'agisse de la loi, d'un contrat, d'une communauté de risques librement consentie ou de la création d'un risque, le législateur, et la jurisprudence avant lui, ont retenu des sources qui devraient permettre de répondre aux questions de savoir « qui doit faire quoi envers quel bien juridique tiers et dans quelle mesure/selon quelles modalités ? ». Il va de soi que les « autres sources », qu'elles soient un composé des sources nommées par le législateur, ou qu'elles soient inédites, doivent répondre aux mêmes questions avec une certitude qui ne viole pas le principe de la légalité, ni *in dubio pro reo*. 290

L'étape la plus délicate lorsqu'il s'agit de considérer si un devoir peut fonder une position de garant est, bien souvent, celle de l'identification du contenu concret dudit devoir dans une situation donnée. C'est sur ce point qu'existe le risque le plus important de violer le principe de la légalité⁵³². 291

Au vu de ce qui précède, nous retenons qu'il est inexact de considérer que l'art. 11 al. 2 CP ne répond pas, du simple fait de son énumération exemplative des sources, à la condition de la précision de la base légale. 292

Comme nous l'avons exposé, ce n'est pas l'étiquette que porte la source du devoir qui qualifie celui-ci à fonder une position de garant, mais bien 293

famille ». Pour qu'un devoir légal d'agir existe dans un tel cas, les conditions des art. 296 et 301 s. CC devraient être réalisées.

⁵²⁹ Cf. point 3.5.5.

⁵³⁰ Cf. point 3.5.7.4.

⁵³¹ Dans le même sens, CR CP I-CASSANI, art. 11 N 50.

⁵³² Au sujet de la problématique de l'art. 11 CP et du respect du principe de la légalité, cf. point 3.2.

son « contenu ». L'on peut rapprocher cette idée de l'exigence de densité normative de la norme légale⁵³³. N'importe quel devoir juridique qui revêt ces qualités pourrait, indifféremment de sa source formelle, donner naissance à une position de garant et entraîner la responsabilité pénale du garant, pour autant que la condition de l'équivalence (art. 11 al. 3 CP) soit également donnée⁵³⁴. La raison pour laquelle la « création d'un risque » est une source reconnue comme pouvant fonder une position de garant, contrairement au « principe de la bonne foi »⁵³⁵, ne réside ainsi pas dans la nature de « principes généraux du droit » de ces deux « sources ». La raison tient à leurs qualités respectives : dans le premier cas, il est possible d'identifier la personne tenue, le bien juridique pénalement protégé qui est visé et le contenu du devoir, tandis que dans le second, l'identification de ces éléments peut s'avérer impossible.

294 Le fait que plusieurs sources concourent à fonder une position de garant n'est en rien problématique, contrairement à ce que semble redouter SEELMANN, entre autres⁵³⁶. A notre sens, lors de l'analyse de la commission par omission dans un cas concret, ce qui importe, ce n'est pas tant de faire un inventaire de tous les devoirs qui, par hypothèse, pèseraient sur le garant, mais bien de définir le plus précisément possible si la personne est, ou était, tenue d'agir. Par conséquent, la multiplicité de sources dans un cas concret ne pose, *per se*, aucun problème. Loin de s'exclure mutuellement, ces sources peuvent, au contraire, aider à éliminer les doutes quant à la personne du garant ou le contenu et l'étendue de son devoir. Ce n'est donc pas l'« étiquette » du devoir, ou le fait qu'il en existe plusieurs, qui compte, mais bien sa qualité, donc son contenu.

295 Le degré de précision requis pour la définition du devoir d'agir peut être variable. En effet, il n'est pas nécessaire que ledit devoir prévoie que la

⁵³³ Cf. point 3.5.2.3 N 214.

⁵³⁴ Sur cette condition, cf. point 3.10.

⁵³⁵ Cf., par exemple, ATF 113 IV 68, consid. 6-a, JT 1988 IV 74 ; DONATSCH/TAG, I, p. 301, 305.

⁵³⁶ BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 34. Cet auteur admet, par contre, qu'une même personne puisse à la fois être garant en vertu de devoirs de protection et de surveillance d'une source d'un danger, BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 35. Dans le même sens, PHILIPPS, p. 150. A titre d'exemple dans lequel plusieurs sources peuvent concourir pour préciser les devoirs incombant au garant, il nous suffit de citer l'ATF 136 IV 188 dans lequel le TF se réfère, à la fois, à la LBA, aux directives de la Commission fédérale des banques et aux directives internes d'une banque pour identifier les devoirs qui pesaient sur un membre du Comité de direction de ladite banque dans un cas de blanchiment par omission (art. 11 *cum* 305^{bis} CP), sur cet arrêt, cf. point 3.16.1.

mère doit nourrir son nourrisson quatre fois par jour, à 6, 12, 18 et 24h, pour pouvoir retenir qu'il est suffisamment précis et sanctionner la mère qui aurait nourri son enfant à 17h30. Il faut et il suffit en réalité que la précision soit telle qu'elle permette au garant de savoir, et au juge de trancher le cas échéant, quel est, ou aurait été, le comportement adéquat en relation avec le, ou les, bien(s) juridique(s) à sauvegarder, que l'on soit dans un cas de protection ou de surveillance. L'on en revient ici à la notion de « densité normative » que doit avoir ledit devoir.

3.6 La possibilité pour le garant d'agir

Une omission comporte deux aspects : il faut, d'une part, que l'auteur n'ait pas accompli l'acte A et, d'autre part, qu'il ait été en mesure de le faire⁵³⁷. Nous avons déjà traité le premier volet lors de l'analyse du devoir juridique d'agir. Il convient maintenant d'aborder cette deuxième partie de la définition de l'omission.

La possibilité d'agir du garant est une condition admise en droit pénal par la doctrine, de même que par le TF⁵³⁸.

Pour la doctrine, malgré les divergences quant aux éléments qui doivent être analysés au titre de la capacité d'agir, cette notion renvoie à l'examen de ce qu'il était physiquement et psychiquement⁵³⁹ possible pour le garant de faire dans la situation concrète⁵⁴⁰. Certains auteurs précisent que seuls les comportements qui rendent la survenance du résultat plus difficile, voire impossible, sont à prendre en considération⁵⁴¹.

La condition de la possibilité d'agir fait partie de la définition même de l'omission en philosophie, ainsi que nous l'avons vu⁵⁴². Pour rappel,

⁵³⁷ BIRNBACHER, p. 32. Cf. point 2.1.2 également.

⁵³⁸ ATF 96 IV 155, consid. II.4-b, JT 1974 IV 104 ; ATF 105 IV 172, consid. 4-b, JT 1981 IV 17 ; CR CP I-CASSANI, art. 11 N 55 s. ; DONATSCH/TAG, I, p. 321 s. ; GRAVEN, Chef d'entreprise, p. 505 ; HURTADO POZO, DPG, N 1299 ; MOREILLON, Infraction par omission, p. 81 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 38 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 257.

⁵³⁹ FLACHSMANN, p. 75 ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 30.

⁵⁴⁰ DONATSCH/TAG, I, p. 312 ; MEYER, p. 42 ; RIKLIN, AT I, § 19 N 24 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 38 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 257. Pour ces deux derniers auteurs, la capacité d'agir du garant est comprise dans la notion d'acte déjà, TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 257.

⁵⁴¹ DStGB-WOHLERS, § 13 N 12. Dans le même sens, GRUBMILLER, p. 181. Cette condition relève de l'analyse de la causalité. Sur la notion de causalité, cf point 3.8.

⁵⁴² Cf. point 2.1.2.2. Dans le même sens, GRUBMILLER, p. 166. Pour SEELMANN, la condition de la capacité d'agir est tacitement admise, BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 3.

l'« auteur » doit avoir les capacités physiques et psychiques d'accomplir l'acte dont il est question. Sur le plan objectif, les conditions sont l'existence d'une situation dans laquelle agir, la capacité physique et l'existence d'un moyen objectivement reconnaissable d'agir. Sur le plan subjectif, l'auteur doit avoir la capacité psychique, il doit également avoir identifié la situation qui exige son intervention et les moyens d'intervenir, de même qu'il doit reconnaître la nécessité de cette intervention. Ces conditions s'analysent *in concreto*⁵⁴³. Cependant, en droit pénal, s'ils restent semblables à ceux retenus en philosophie, les éléments de cette condition ne sont pas analysés de la même manière selon la théorie à laquelle l'on adhère. En effet, le volet subjectif, notamment la condition de la capacité psychique, s'analyse, selon la théorie causaliste, au titre de la culpabilité de l'auteur. Ces éléments ne font donc pas partie de la typicité⁵⁴⁴.

300 Lors de l'analyse de cette condition, la question qu'il convient de se poser est la suivante : existait-il, objectivement⁵⁴⁵, au moment de la survenance de l'évènement qui exigeait l'intervention du garant, au moins une manière, pour celui-ci, de se comporter conformément au devoir qui lui incombait ? Si la réponse est négative, alors il faut conclure que le garant était dans l'impossibilité d'agir.

301 L'analyse de la capacité d'agir se fait en tenant compte des qualités individuelles du garant et de la situation concrète⁵⁴⁶. Ainsi, la capacité d'agir d'un garant sera différente selon que celui-ci a une connaissance particulière dans un domaine ou, au contraire, une lacune qui ne peut lui être reprochée⁵⁴⁷.

302 La protection que le garant fournit vise un bien juridique pénalement protégé, non le « titulaire » lui-même, bien que s'agissant de biens individuels ceux-ci soient définis par rapport à leur titulaire. Cette précision est importante pour comprendre pourquoi la commission par omission ne peut entrer en ligne de compte pour n'importe quelle violation contractuelle, distinguant, sur

⁵⁴³ GRUBMILLER, p. 61 s. Pour une analyse détaillée de ces critères en philosophie, BIRNBACHER, p. 36 ss ; VON WRIGHT, p. 48 ss.

⁵⁴⁴ Cf. point 3.4.1 N 94. Dans le même sens, bien qu'il ne soit pas causaliste (sur cette notion, cf. point 3.4.1 N 97), ROXIN, AT II, § 31 N 8 ss. La condition de la capacité d'agir se retrouve également dans les cas de commission. Cependant, la question s'y pose différemment. Ainsi, il n'y a, par exemple, pas besoin de se poser la question de sa capacité physique ou du moyen objectivement reconnaissable : étant donné que l'auteur a déjà agi, ces conditions étaient indubitablement remplies. Sur la théorie causaliste, cf. point 3.4.1 N 97. Au sujet de l'analyse de la culpabilité, cf. point 3.9.

⁵⁴⁵ L'aspect subjectif, à savoir la conscience et la volonté, ainsi que la problématique de l'irresponsabilité sont traités sous la culpabilité, cf. point 3.9.

⁵⁴⁶ Dans le même sens, SEELMANN, AT, p. 107.

⁵⁴⁷ Pour les cas où la « lacune » peut faire l'objet d'un reproche, cf. point 3.9.2.2 N 390.

ce point déjà, celle-là de la responsabilité civile⁵⁴⁸. Ainsi, lorsque VON COELLN écrit que la condition de la capacité du garant d'agir n'est donnée que lorsque « *der Unterlassende physisch und geistig in der Lage ist, die für die Rettung des Opfers erforderliche Handlung vorzunehmen, wenn er also den weiteren Geschehensablauf tatsächlich beeinflussen und somit beherrschen kann [...]* »⁵⁴⁹, cet auteur commet-elle une erreur en pensant que c'est la victime que le garant doit sauver. C'est en lien avec la sauvegarde du bien juridique dont il a le devoir d'assurer la sauvegarde que s'analyse la possibilité d'agir pour le garant, non en lien avec la « victime » elle-même.

S'agissant de la capacité pour le garant d'agir, une éventuelle « *Pflichtenkollision* », relève de la justification de l'omission, non de son inexistence. Ainsi, si un auteur sauve un enfant, mais pas l'autre, on dira qu'il a omis de sauver le deuxième, mais cette omission est justifiée car il ne pouvait pas sauver les deux. Malgré les apparences, la situation ne relève pas de l'incapacité d'agir (qui exclurait de fait l'omission), mais bien de la justification. En effet, dans le cas où le même auteur choisit de rester au sec sur la plage, il lui est physiquement impossible d'être à la fois sur la plage et dans l'eau ; l'on retient pourtant une omission. Or, si c'était là le sens de « l'incapacité physique d'agir », il ne devrait pas y avoir d'omission puisqu'il lui est impossible d'être et sur terre et dans l'eau en même temps⁵⁵⁰. De même, lorsqu'un père sauve son fils au détriment d'un passant en danger de mort imminent, son omission de prêter secours reste typique (art. 128 CP), mais pourra par hypothèse être justifiée⁵⁵¹.

Lorsqu'il s'agit de trancher la question de la capacité d'agir, se pose toujours la question du respect du principe de proportionnalité. L'on ne

⁵⁴⁸ En effet, si un contrat impose une obligation de protéger le bénéficiaire des mouches pendant sa sieste, le cocontractant qui profiterait de ce moment pour aller dormir aussi, malgré la clarté des devoirs qui pèsent sur lui et la violation de ceux-ci, ne peut être garant : il n'y a aucun bien juridique pénalement protégé à sauvegarder dans ce cas, le confort n'étant pas compris dans le catalogue des dispositions pénales.

⁵⁴⁹ VON COELLN, p. 126.

⁵⁵⁰ Apparemment d'un autre avis, VON COELLN, p. 85.

⁵⁵¹ Dans le même sens, SEELMANN considère que lorsque, pour un même bien juridique protégé, il s'agit de choisir entre un devoir de garant et le devoir général d'agir (par exemple celui prévu à l'art. 128 CP, le devoir de garant l'emporte et l'omission est justifiée, BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 65. Du même avis, STREE, p. 403. GRAVEN considère que le père qui blesse son enfant en même temps qu'un tiers, doit secourir celui-là d'abord, dans le cas où les deux victimes courent un danger égal, puisque son devoir de garant en tant que père s'ajoute à celui né de la création du risque, GRAVEN, DPG, p. 142. Dans le cas où, le père choisit de sauver le passant au lieu de son fils, son omission reste typique (art. 11 *cum* 111/117 CP), l'application de l'art. 54 CP pouvant alors rentrer en considération.

pourra ainsi retenir la capacité d'agir du garant que pour autant que le comportement attendu soit nécessaire, adéquat et que la pesée des intérêts au sens étroit penche en faveur de l'obligation d'agir. Pour illustrer, prenons le cas d'un fournisseur d'accès à Internet : le fournisseur pourrait, moyennant des coûts exorbitants, vérifier chaque fichier qui transite par son réseau. Cependant, il lui est économiquement « impossible » de faire une telle vérification, de sorte que l'on ne retiendra une omission que dans les cas dans lesquels le juge lui a spécifiquement signalé un client dont le comportement mérite une surveillance et que le fournisseur n'a pris aucune mesure « proportionnée »/raisonnable en ce sens.

305 C'est également la proportionnalité qui permet de répondre à la question de savoir quel est le sacrifice que le garant doit consentir pour respecter son devoir et protéger le bien juridique dont il a, par hypothèse, la garde. Ainsi, l'on ne peut demander au garant de risquer sa vie pour sauver un bien juridique comme le patrimoine. Les auteurs traitent cette question au titre de l'exigibilité (« *Zumutbarkeit* »)⁵⁵². A notre sens, même pour les personnes qui ont un devoir de supporter un risque (« *Gefahrtragungspflicht* »), il convient de retenir que, malgré le fait qu'elles soient juridiquement tenues de risquer leur vie, il est humainement impossible d'exiger d'elles un tel sacrifice, lorsque le risque atteint une intensité telle que la personne ne doit plus être tenue de le supporter. Le juge devra donc, dans de tels cas, intervenir pour tenir compte de cet élément et corriger un résultat qui serait insoutenable.

3.7 L'impossibilité pour la victime de se défendre

306 Le droit pénal est structuré en fonction de la protection de divers biens juridiques – une simple lecture de la table des matières du Code pénal permet d'en prendre conscience. Les titulaires de ces biens juridiques sont divers : il peut s'agir de personnes physiques, morales, de l'ensemble de la popula-

⁵⁵² BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 60 s. Pour STREE, il faut se livrer à une pesée de tous les éléments du cas concret afin de trancher la question de l'exigibilité, STREE, p. 407 s. Pour certains auteurs, l'exigibilité de l'acte relève de la culpabilité, cf. LACKNER/KÜHL, § 13 N 5. Dans le même sens, WESSELS/BEULKE, AT, § 16 II 5 N 739. D'autres auteurs, considèrent cette condition comme relevant de la typicité, cf. STREE, p. 401 s. ; DStGB K-STREE, Vorbem. §§ 13 ss N 155 ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 68 ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 17. Dans le même sens, DONATSCH, *Garantenpflicht*, p. 365, pour qui l'existence du devoir d'agir dépend de la condition d'exigibilité. Pour un aperçu de la discussion en Allemagne, cf. STREE, p. 393 ss. Critique au sujet de la condition de l'inexigibilité, MOMSEN, p. 386, 537. Pour SCHÜNEMANN, la condition de l'exigibilité sert à corriger une trop large condition d'équivalence, SCHÜNEMANN, p. 375.

tion suisse ou encore de l'Etat. En matière de commission par omission, c'est principalement la personne du garant qui fait l'objet d'attentions et de discussions. A l'opposé, la « victime » est peu souvent mentionnée, et encore moins souvent lorsqu'il s'agit de traiter de son rôle dans ce cadre.

Elle n'est ainsi jamais traitée pour elle-même et son contenu de même que sa place dans l'analyse de la commission par omission ne sont pareillement pas abordés spécifiquement. Cette notion remplit cependant plusieurs rôles et il se justifie de la traiter dans le cadre de l'analyse de la figure de la commission par omission. 307

L'impossibilité pour la victime de se défendre n'est pas à proprement parler une condition de l'art. 11 CP. Elle est une explication de la raison pour laquelle le droit pénal admet que des devoirs juridiques extra-pénaux puissent faire naître un devoir d'agir pour la sauvegarde d'un bien juridique dont le garant n'est pas le titulaire. Elle est également le reflet de la position de garant, en même temps qu'elle peut en être la justification au sens large, ceci que l'on soit en présence d'un devoir de protection ou de surveillance d'une source de danger. 308

La référence à la « victime » est par ailleurs importante lorsqu'il s'agit de préciser ou définir le contenu et l'étendue du devoir d'agir. Ainsi, dans le cadre d'une excursion en montagne avec des adultes, le guide est en principe et sauf conventions ou circonstances particulières garant pour la vie et l'intégrité corporelle des participants, mais non pour leur patrimoine ou leur honneur. S'agissant d'enfants de moins de 16 ans, laissés exclusivement sous la surveillance du même guide, celui-ci pourrait en outre être responsable de leur intégrité corporelle sous l'angle de l'art. 136 CP ou de leur intégrité sexuelle le cas échéant. 309

Bien qu'ils ne lui attribuent pas la même place systématique, ni, parfois, pas la même fonction, plusieurs auteurs mentionnent la possibilité pour la victime à se défendre⁵⁵³. 310

Le fait que SEELMANN précise que la responsabilité pour les actes d'une autre personne n'est envisageable, en principe, que dans les cas dans lesquels il existe « [eine] Autoritätsstellung oder [eine überlegene] Wissens- oder Organisationsherrschaft »⁵⁵⁴, est le reflet, à notre sens, de cette idée que la 311

⁵⁵³ Cf., entre autres, GIMBERNAT ORDEIG, *Unterlassungsdelikt*, p. 331 s. ; MEYER, p. 145 ; SK DStGB-RUDOLPHI, § 13 N 22 ; SCHÜNEMANN, p. 341 ss. VON COELLN discute cette condition au titre de la nature du devoir fondant la position de garant, VON COELLN, p. 120 ss et 193.

⁵⁵⁴ BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 52.

« victime » n'est pas en mesure de se protéger elle-même ou, en tout cas, l'est moins que le garant ; la victime étant ici le tiers, non la personne surveillée.

3.7.1 La notion de « victime »

312 La notion de victime telle que nous l'entendons ici ne se limite pas à l'« individu ». Cette notion ne vise pas non plus uniquement les personnes physiques. En réalité, nous visons tout titulaire d'un bien juridiquement protégé qui est atteint ou risque de l'être⁵⁵⁵.

313 RUDOLPHI mentionne également la condition de l'impossibilité pour la victime de se défendre et définit celle-ci de la même manière : « [...] der Träger des gesetzlich geschützten Rechtsgutes ist gegenüber der drohenden Verletzung schutzunfähig [...] »⁵⁵⁶.

314 La victime peut donc être une personne physique lorsqu'il est question de biens juridiques individuels. Dans le cas de biens juridiques collectifs, la « victime » peut être la famille, l'Etat ou encore « l'humanité », selon la disposition pénale envisagée.

3.7.2 L'impossibilité de se défendre

315 Nous considérons ce point comme le pendant de la capacité d'agir pour le garant. Cependant, vu la nature des différents bien juridiques, il va de soi que le ou les titulaires peuvent être différents, de même que ce qu'il faut entendre par « l'impossibilité pour ces titulaires de se défendre ».

316 Le recours à cette notion de « capacité de la victime à se défendre », permet de comprendre la position de la doctrine relative à la fourniture d'alcool. Selon les auteurs, le fait de remettre de l'alcool ne fonde pas de position de garant, tant que celui à qui l'alcool est remis dispose de sa faculté d'apprécier ses actes⁵⁵⁷. En effet, dans de tels cas, la « victime » est, en principe, en mesure de se protéger elle-même, *i.e.* de protéger les biens juridiques dont elle est titulaire, ou de veiller à ne pas commettre d'infractions, soit à ne pas léser les biens juridiques d'autrui, s'agissant de devoirs de protection et de

⁵⁵⁵ Sur la notion de « victime » en philosophie, *cf.* point 2.3 N 60.

⁵⁵⁶ SK DStGB-RUDOLPHI, § 13 N 22.

⁵⁵⁷ BRAMMSEN, Entstehungsvoraussetzungen, p. 280, 305 ; GRAVEN, DPG, p. 83 s. ; RIKLIN, AT I, § 19 N 19 ; ROXIN, Ingerenz, p. 562 s. ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 22 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 256 ; WELP, p. 274 ss ; WOHLERS, Delikte, p. 106 ss ; WOHLERS, Handlungen, 436.

surveillance respectivement. C'est également cet élément qui explique que, en cas de suicide commis par une personne capable de juger la portée de ses actes, la doctrine, en se référant à la notion de « *freie Verantwortlichkeit* », considère qu'il n'y a pas de position de garant pour l'époux qui n'empêche pas le conjoint de se suicider⁵⁵⁸.

Cette notion doit, à notre avis, également permettre d'exclure l'application de l'art. 115 CP dans le cas où le conjoint, certes habité par un mobile égoïste, n'entreprend rien pour empêcher le suicide souhaité en pleine connaissance de cause par son partenaire⁵⁵⁹.

3.7.2.1 Distinctions en fonction du bien juridique protégé

La possibilité pour la « victime » de se défendre doit être analysée différemment selon qu'il s'agit d'un bien juridique individuel ou collectif.

Dans le premier cas, il conviendra de tenir compte des qualités propres de la victime, de manière similaire à ce qui vaut pour la capacité du garant d'agir. Ainsi, l'état physique et/ou psychique du titulaire doit-il être pris en compte pour répondre à la question de savoir si la personne est en mesure de se défendre. Cette analyse devra bien entendu être effectuée *in concreto*. S'agissant d'une personne morale, sa capacité à se défendre pourra entre autres être tributaire de son organisation interne et de l'existence de moyens de contrôle.

Dans le second cas, soit les biens juridiques collectifs, peu importe qu'un ou plusieurs individus soient en mesure de se protéger eux-mêmes. Ce qui importe est de savoir si le « titulaire » l'est. Ainsi, ce n'est pas parce que, par hypothèse, le fils séropositif de quinze ans du garant souhaite, en ayant parfaitement saisi les risques qu'il encourt, un rapport sexuel non protégé avec une personne de dix-huit ans séronégative, et au courant de l'état de santé du fils, que le « titulaire » du bien juridique protégé à l'art. 231 CP sera en mesure de se défendre. En effet, dans un tel cas, le bien juridique protégé est la santé publique dont sont titulaires, à titre collectif et indivis, tous les membres de la société⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ BRAMMSEN, Entstehungsvoraussetzungen, p. 163 ; DONATSCH, Garantspflicht, p. 348 ; SCHULTZ M., Aufhebung, p. 272 s. *Contra* : GRAVEN, DPG, p. 81.

⁵⁵⁹ *Contra* : GRAVEN, DPG, p. 81.

⁵⁶⁰ Ici, le parent se verra reprocher son omission non pas en vertu d'un devoir de protéger la santé publique contre toute atteinte, mais bien parce que, son fils mineur n'est pas en mesure, aux yeux de la loi de se déterminer librement en matière sexuelle (art. 187 CP), il est sous la responsabilité des détenteurs de l'autorité parentale.

321 Pour les biens collectifs, nous estimons qu'il convient de poser la fiction que la « victime » n'est jamais en mesure de se défendre elle-même. En effet, l'on voit mal admettre que la population suisse est en mesure de prendre des mesures pour empêcher que le fils de notre exemple ne propage le virus du SIDA.

322 MEYER considère que le garant agit comme délégataire de l'Etat en ce qui concerne la protection des biens juridiques collectifs⁵⁶¹. Bien que nous comprenions ce point de vue, nous pensons que le point essentiel est de savoir s'il s'agit d'un bien collectif ou individuel ; la question de l'identité du délégataire ne nous paraît pas, dans ce cadre, jouer un rôle fondamental.

323 En tous les cas, et ainsi que le mentionne également ROXIN, la raison d'être de la protection d'un bien juridique par le garant n'est pas de renforcer la protection que le titulaire dudit bien est déjà en mesure d'assurer lui-même par ailleurs. Il peut cependant exister des renforcements de protection qui soient institutionnels, à l'image de la police. Dans de tels cas, la protection offerte par l'institution va au-delà de celle que le titulaire du bien juridique est en mesure d'assurer lui-même⁵⁶² ; une telle protection ne vise pas à dispenser le titulaire de la tâche de veiller sur la sauvegarde de ses propres biens juridiques, mais se justifie *inter alia* pour des motifs d'ordre public.

324 De même, dans le cas où la victime est en mesure d'apprécier le risque et décide, malgré tout, d'adopter un comportement qui met en danger le bien juridique dont elle est titulaire, la condition de l'incapacité de la victime à se défendre elle-même ne pourra être retenue et la responsabilité du garant devra être niée. Le TF en a jugé ainsi dans une affaire où des participants adultes à un séminaire ont décidé de marcher sur des charbons ardents. Dans la mesure où la victime, et non l'organisatrice, avait la maîtrise de l'acte et avait été informée des risques, l'organisatrice n'avait pas à répondre des lésions subies par la victime. L'organisatrice du séminaire ne disposait, de plus, pas de connaissances supérieures à celle de la victime quant au risque encouru. La participation de l'organisatrice à cette mise en danger de la victime a été jugée non punissable⁵⁶³.

3.7.2.2 Distinctions en fonction de la nature du devoir juridique d'agir

325 La possibilité pour le titulaire de se défendre s'analyse en partie en fonction de la nature du devoir juridique d'agir qui pèse sur le garant. Un devoir de

⁵⁶¹ MEYER, p. 145.

⁵⁶² ROXIN, Kausalität, p. 80 s.

⁵⁶³ ATF 134 IV 149, consid. 4 et 5. Le TF a recouru aux mêmes arguments, dans un cas de commission, dans une affaire de transmission du VIH, ATF 131 IV 1, JT 2006 IV 187.

protection d'un bien juridique, signifie, par définition, que, dans le cas concret, la « victime » n'est pas, à tout le moins *a priori*, en mesure de se défendre elle-même. Pour prendre un exemple, bien que le conjoint soit, en principe, en mesure de se protéger seul, il peut arriver, dans un cas concret, que tel ne soit pas le cas : lors d'une attaque cardiaque, il peut concrètement ne pas être en mesure d'appeler le médecin. Dans une telle situation, il va de soi que l'autre conjoint est tenu d'apporter son aide, en vertu de sa position de garant (art. 159 al. 3 CC) ⁵⁶⁴.

Dans le cas du devoir de surveillance d'une source de danger, la question se pose en des termes légèrement différents. Il peut certes arriver que la « victime » ne soit pas en mesure de se défendre (le cycliste pouvait-il éviter en pleine nuit le trou béant fait sur la route et dont aucun moyen de signalisation n'indiquait la présence ?). Cependant, il peut également arriver que la « victime » soit, *a priori*, en mesure de se défendre et le fasse dans le cas concret, à l'exemple du voisin A qui peut, depuis sa terrasse, adresser un avertissement verbal afin de couper dans son élan l'enfant de cinq ans du garant (voisin B) qui s'apprêtait à arracher ses magnifiques tulipes (celles du voisin A, donc). 326

La question, dans ce type de cas, se pose plutôt en termes de maîtrise : la source de danger fait-elle partie des risques dont la maîtrise revient à la « victime » ? Pour reprendre le cas que nous mentionnions, ce n'est pas à la « victime », voisin A, de veiller à ce que l'enfant de son voisin B n'abîme pas les fleurs des jardins du quartier. Le fait que A ait pu intervenir une fois ne signifie pas qu'il est, d'une manière générale, en mesure de se défendre ; il peut arriver que l'enfant revienne lorsque la terrasse n'est plus occupée et achève son œuvre. C'est ce qui explique pourquoi le voisin B peut se voir reprocher le fait que son enfant ait abîmé les fleurs de A. 327

3.7.3 Conclusion

L'impossibilité pour le titulaire du bien juridique de se défendre n'est pas un élément « constitutif » de la commission par omission au sens strict. Il n'y a donc à notre avis aucun besoin d'en vérifier la réalisation à chaque fois que se pose la question d'une commission par omission. 328

Nous avons traité de ce point à la suite de la possibilité pour le garant d'agir uniquement parce que sur un plan conceptuel ces deux notions sont le pendant l'une de l'autre. Cependant, si la possibilité pour le garant d'agir est 329

⁵⁶⁴ ROXIN, Kausalität, p. 81.

un élément qui doit toujours être donné afin de pouvoir retenir une omission de la part de celui-ci, l'impossibilité pour la « victime » de se défendre est plutôt l'expression d'une des raisons pour lesquelles la commission par omission est une figure indispensable dans la construction pénale : il existe des situations dans lesquelles des biens juridiques que le législateur estime importants au point de les placer sous la protection du droit pénal se retrouvent sans protection. En cas de menace ou d'atteinte à ces biens, il se justifie de désigner des « garants ». Ceux-ci veilleront sur lesdits biens, alors même qu'ils n'en sont pas les titulaires, suppléant à la défaillance juridiquement « excusable » de ceux qui en ont la titularité.

330 Cette notion remplit ainsi trois fonctions principales : d'une part, elle explique pourquoi, dans une société gouvernée par le principe de la responsabilité individuelle et de la liberté personnelle, il existe le besoin qu'un tiers (le garant) agisse pour protéger le bien juridique de la victime. D'autre part, elle permet d'expliquer pourquoi l'omission du garant peut être comparée à une commission : dans les deux cas, la victime est dépendante du comportement de tiers quant à la survenance de l'atteinte au bien juridique dont elle est titulaire⁵⁶⁵. Enfin, cette notion permet également d'exclure l'existence d'une position de garant dans certains cas. En effet, si la victime est en mesure de « se défendre », malgré l'existence d'un contrat, le garde du corps ne sera pas tenu pour responsable, en tant que garant, s'il préfère se rendre au parc, au lieu d'aller protéger son client⁵⁶⁶ ; de même, en cas de mise en danger de soi-même⁵⁶⁷, la participation n'étant pas punissable, il serait difficile de retenir une omission à la charge du garant qui omet d'agir pour protéger le bien juridique menacé.

3.8 La causalité

3.8.1 Introduction

331 L'analyse de la causalité revient, en matière de délits de commission, à vérifier s'il existe un lien, qualifié de « causal », entre le comportement que l'auteur a eu et le résultat, terme compris au sens technique. Cette relation ne s'analyse donc qu'en présence d'un délit matériel⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ SK DStGB-RUDOLPHI, § 13 N 22.

⁵⁶⁶ Cela ne préjuge, bien entendu, en rien d'une éventuelle responsabilité contractuelle.

⁵⁶⁷ Cf. point 3.7.2.1 N 324.

⁵⁶⁸ Cf., entre autres, RÖHL, p. 897 ; STRATENWERTH, AT I, § 9 N 17 ss. Sur les notions de « résultat » et « délit matériel », cf. point 3.4.2.2.2 N 119.

Pour que cette condition soit admise, la causalité doit être « naturelle » et « adéquate ». Ces deux aspects sont complémentaires et cumulatifs. Le premier fait référence au fait que le comportement doit être la *condicio sine qua non* du résultat qui s'est produit⁵⁶⁹. Le deuxième qualificatif a pour but de restreindre le nombre de cas qui pourraient être retenus sur la base de la seule causalité naturelle⁵⁷⁰. Le caractère « adéquat » s'analyse en référence au « cours ordinaire des choses et [à] l'expérience générale de la vie ». Selon cette condition, est causal de manière adéquate le comportement qui, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie a pour résultat celui qui s'est produit et qui est visé dans la disposition pénale analysée. Cette théorie n'était appliquée au départ qu'en matière de délits matériels de négligence, le TF y recourt à présent même en matière de délits intentionnels. La causalité adéquate n'est pas exclue du simple fait que le comportement en question n'est pas la cause directe et unique du résultat. Au contraire, pour qu'une autre cause soit retenue, celle-ci doit être exceptionnelle au point que l'on ne pouvait s'y attendre et elle doit reléguer le comportement de l'auteur à l'arrière-plan⁵⁷¹.

332

3.8.2 En matière de délits de commission par omission

Bien que le TF considère que, en matière de délits de commission par omission, « il faut appliquer les concepts généraux de la causalité naturelle et de la causalité adéquate »⁵⁷², l'on ne peut en déduire que le problème se pose de manière identique par rapport à ce qui vaut pour les délits de commission.

333

En effet, celui qui n'exerce aucun effort ne peut, en principe, pas agir de manière causale, au sens de la causalité naturelle⁵⁷³. La question de la causalité est donc délicate pour les omissions puisque le fait de ne pas accomplir un comportement ne peut pas être une cause mécanique d'un résultat⁵⁷⁴.

334

⁵⁶⁹ Selon STREE, la causalité naturelle est un lien ontologique, et non un lien uniquement intellectuel, DStGB K-STREE, § 13 N 61.

⁵⁷⁰ STRATENWERTH, AT I, § 9 N 25.

⁵⁷¹ ATF 115 IV 100, consid. 2-b ; ATF 115 IV 199, consid. 5-c, JT 1991 IV 71 ; ATF 118 IV 130, consid. 3-c, JT 1994 IV 128 ; ATF 120 IV 300, consid. 3-e, JT 1996 IV 96 ; ATF 121 IV 10, consid. 3 (non traduit) ; ATF 121 IV 207, consid. 2-a ; ATF 122 IV 17, consid. 2-c-bb. Sur la notion de causalité en droit pénal, *cf.*, entre autres, GRAVEN, DPG, p. 90 ss ; KILLIAS *et al.*, DPG, p. 59 ss ; SEELMANN, AT, p. 41 ss ; STRATENWERTH, AT I, § 9 N 19 ss.

⁵⁷² ATF 134 IV 255, consid. 4.4.1. Voir également, ATF 117 IV 130, consid. 2-a.

⁵⁷³ DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 70. Sur la notion de « causalité naturelle », *cf.* point 3.8.1 N 332.

⁵⁷⁴ WOLFF, p. 34. Dans le même sens, BÖHM, p. 85 s. ; CR CP I-CASSANI, art. 11 N 57 ; DONATSCH/TAG, I, p. 313 ; GRUBMILLER, p. 124 ; KILLIAS *et al.*, DPG, p. 63 ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 19 ; RÖHL, p. 897.

335 Faute de cause mécanique du résultat, la doctrine et la jurisprudence parlent de « causalité hypothétique » et analysent la relation entre le comportement attendu de l’auteur et le résultat⁵⁷⁵. S’il n’est pas possible de compter avec celui-là sans faire tomber celui-ci, alors la condition de la causalité hypothétique est donnée. Les auteurs distinguent cependant selon le degré de certitude exigé : certains adoptent une approche large (« *Risikoerhöhungstheorie* »)⁵⁷⁶, d’autres sont plus restrictifs (« *Wahrscheinlichkeitstheorie* »)⁵⁷⁷.

3.8.2.1 La théorie de l’augmentation du risque

336 Selon cette théorie, que l’on doit à ROXIN, le lien de causalité entre un acte et un résultat est donné dès le moment où le premier a contribué à augmenter le risque que le second se produise⁵⁷⁸. Le risque dont il s’agit ici est celui qui dépasse ce que la doctrine appelle le « risque autorisé » (« *erlaubtes Risiko* »). Cette notion se réfère au risque qui est supérieur à celui socialement admis, référence est faite à l’« adéquation sociale » (« *Sozialadäquanz* »)⁵⁷⁹.

337 En matière de délits de commission par omission, le lien de causalité hypothétique entre l’omission du garant et le résultat est ainsi donné dès le moment où le garant aurait eu, en agissant conformément à son devoir, la possibilité de réduire le risque de survenance du résultat. Cette approche est défendue en Suisse par une doctrine minoritaire⁵⁸⁰.

338 La théorie de l’augmentation du risque a, selon ses défenseurs, pour but d’éviter, lors de la recherche du lien de causalité, de faire référence à

⁵⁷⁵ ATF 105 IV 18, consid. 3-a, JT 1979 I 460 ; ATF 106 IV 398, consid. 3-b ; ATF 108 IV 3, consid. 2, JT 1983 IV 100 ; ATF 109 IV 137, consid. 2-a, JT 1984 I 448 ; ATF 115 IV 189, consid. 2, JT 1991 IV 125 ; ATF 116 IV 182, consid. 4, JT 1992 IV 106 ; ATF 117 IV 130, consid. 2-a ; ATF 130 IV 7, consid. 3.2, JT 2004 I 497 ; arrêt (non publié) du 11 février 2010, dans la cause 6B_1016/2009, consid. 2.4 ; arrêt (non publié) du 12 septembre 2011, dans la cause 6B_222/2011, consid. 2.3 ; GRAVEN, DPG, p. 91 s. ; GRUBMILLER, p. 169 s. ; SEELMANN, AT, p. 108 s. ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 35 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 258. Selon ces auteurs, ce n’est donc plus l’omission elle-même qui sert de point de référence dans ce cas, mais le comportement attendu de l’auteur, rendant ainsi la référence à l’omission sans objet. Selon FLACHSMANN, la question de la causalité hypothétique cache en réalité la problématique de l’évitabilité, FLACHSMANN, p. 126.

⁵⁷⁶ Sur cette théorie, cf. point 3.8.2.1.

⁵⁷⁷ Sur cette théorie, cf. point 3.8.2.2.

⁵⁷⁸ ROXIN, AT II, § 11 N 88 ss.

⁵⁷⁹ Sur la notion de « risque autorisé », cf. DONATSCH/TAG, I, p. 330 ; GRAVEN, DPG, p. 161 s. ; HURTADO POZO, DPG, N 528 ss ; RIKLIN, AT I, § 13 N 44 ; STRATENWERTH, AT I, § 9 N 38 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 139 s. ; WALDER, Kausalität, p. 146 s.

⁵⁸⁰ HURTADO POZO, DPG, N 1314 ss ; SCHUBARTH, Kommentar, art. 117 N 54 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 36 s. ; WALDER, Probleme, p. 177 ss ; WALDER, Kausalität, p. 157 ss.

des causes difficilement vérifiables puisque, par hypothèse, elles n'ont pas existé⁵⁸¹. Elle se veut donc plus précise que la théorie de la probabilité⁵⁸².

Bien qu'il ait opté pour la théorie de la probabilité en matière de délits de commission par omission, le TF applique parfois la théorie de l'augmentation du risque en matière d'infractions par négligence pour vérifier la condition de la causalité entre le comportement actif de l'auteur et le résultat lorsque la tournure que les événements auraient pu prendre ne peut être formellement prouvée⁵⁸³. 339

La théorie de l'augmentation du risque est critiquée en matière de commission par omission, notamment parce qu'elle peut poser problème au regard du principe *in dubio pro reo*⁵⁸⁴. 340

3.8.2.2 La théorie de la probabilité

Selon cette théorie, adoptée par la jurisprudence et la doctrine majoritaire suisses, le lien de causalité entre le comportement attendu et le résultat est donné lorsque celui-là aurait empêché la survenance de celui-ci avec une probabilité proche de la certitude (« *mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit* »). La formulation varie parfois, mais l'exigence que la probabilité soit très élevée est, elle, constante⁵⁸⁵. 341

⁵⁸¹ GIMBERNAT ORDEIG, Unterlassungsdelikt, p. 316. Dans le même sens, HURTADO POZO, DPG, N 1314 ss ; STRATENWERTH, AT I, § 9 N 26 ss.

⁵⁸² HURTADO POZO, DPG, N 1314. Sur la théorie de la probabilité, cf. point 3.8.2.2.

⁵⁸³ Cf. par exemple, ATF 116 IV 306, consid. 2-c, JT 1991 IV 724 : « Der Anwendungsbereich der Risikoerhöhungstheorie beschränkt sich auf Fälle, in denen, wie etwa bei der Beurteilung des Genesungsprozesses eines Kranken bei korrekter ärztlicher Diagnose und Behandlung, ein hypothetischer Geschehensablauf in Frage steht, über den beweismässig keine Aussagen gemacht werden können » ; ATF 135 IV 156, consid. 1.1.1, JT 2010 IV 43.

⁵⁸⁴ CR CP I-CASSANI, art. 11 N 55 ; ERB, p. 145 ; FREUND, p. 130 ; KILLIAS *et al.*, DPG, p. 64 ; SEELMANN, AT, p. 108 s. ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 260 s. RÖHL considère que cette théorie supprime les barrières entre les délits matériels et les délits de mise en danger, ce qui justifie qu'elle ne se soit pas imposée, RÖHL, p. 898, note de bas de page 5. L'on retrouve cette critique chez SEELMANN, AT, p. 108 s.

⁵⁸⁵ ATF 101 IV 28, consid. 3, JT 1976 IV 104 ; ATF 101 IV 149, consid. 2-c, JT 1978 IV 100 ; ATF 102 IV 100, consid. unique, JT 1977 IV 133 ; ATF 105 IV 18, consid. 3, JT 1979 I 460 ; ATF 106 IV 398, consid. 3-b ; ATF 108 IV 3, consid. 2, JT 1983 IV 100 ; ATF 109 IV 137, consid. 2-a, JT 1984 I 448 ; ATF 115 IV 189, consid. 2, JT 1991 IV 125 ; ATF 116 IV 182, consid. 4, JT 1992 IV 106 ; ATF 118 IV 130, consid. 6-a, JT 1994 IV 128 ; ATF 120 IV 136, consid. 2-b ; ATF 130 IV 7, consid. 3.2, JT 2004 I 497 ; arrêt (non publié) du 12 septembre 2011, dans la cause 6B_222/2011, consid. 2.3 ; CR CP I-CASSANI, art. 11 N 58 s. ; DONATSCH/TAG, I, p. 313 s. ; KILLIAS *et al.*, DPG, p. 63 ss ; POPP, Kommentar, Vorbem., N 29 ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 32 s. ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 18. Le TF se réfère également à la notion de « vraisemblance » lorsqu'il traite de la condition de la causalité en matière de délits de commission par négligence : cf., par exemple, ATF 133 IV 158, consid. 6.1. Le TF analyse, en cas d'omission par négligence, la causalité entre la violation du devoir et la violation de la norme pénale, cf. ATF 90 IV 246, consid. 1-c, JT 1965 IV 79.

342 La doctrine majoritaire préfère cette théorie à celle de l'augmentation du risque⁵⁸⁶ car elle est plus respectueuse du principe *in dubio pro reo*⁵⁸⁷. En effet, selon la théorie de la probabilité, dans le cas où celle-ci n'est pas suffisamment élevée, le lien de causalité ne sera pas retenu, contrairement à la théorie de l'augmentation du risque en vertu de laquelle il suffit que le comportement attendu ait diminué le risque, sans que l'on se préoccupe de la mesure de cette diminution.

3.8.2.3 Notre position

343 A titre liminaire, il nous faut rappeler que pour les délits de commission la question de la causalité ne se pose qu'en présence d'un résultat au sens technique, soit lors de l'analyse d'un délit matériel⁵⁸⁸. Il en va bien entendu de même pour les délits de commission par omission.

344 Avec la doctrine majoritaire et le TF⁵⁸⁹, nous donnons la préférence à la théorie de la probabilité lorsqu'il s'agit de juger de l'existence du lien de causalité en matière de délits de commission par omission. Le fait que cette théorie porte moins atteinte au principe *in dubio pro reo* est un argument auquel il faut à notre avis accorder une attention particulière s'agissant de la commission par omission.

345 En cas de commission, le droit pénal « traduit » le comportement de l'auteur en termes pénaux. Ainsi, le fait de « poignarder quelqu'un » devient, dans le cadre de l'art. 111 CP, « tuer »⁵⁹⁰. En cas de commission par omission, la « traduction » a également lieu, en se référant cependant nécessairement au devoir d'agir pour aboutir à qualifier le comportement de « laisser mourir » par exemple. Il y a ainsi une étape intermédiaire par rapport aux infractions de commission ou d'omission proprement dites, à savoir la référence à la norme juridique extra-pénale contenant le devoir d'agir.

346 La référence à cette norme modifie la manière dont est réalisée l'analyse de la causalité : celle-là ne se fait pas, à la différence des délits de commission, en vérifiant la relation entre le comportement que le garant a eu et

⁵⁸⁶ Sur cette théorie, cf. point 3.8.2.1.

⁵⁸⁷ CR CP I-CASSANI, art. 11 N 59 ; KILLIAS *et al.*, DPG, p. 64 ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 33 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 260 s.

⁵⁸⁸ Sur la notion de « délit matériel », cf. point 3.4.2.2.2 N 119.

⁵⁸⁹ Cf. les références citées note de bas de page 585.

⁵⁹⁰ Ou « tenter de tuer ».

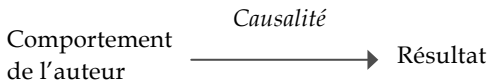
le résultat. Il convient, au contraire, de distinguer entre le comportement que le garant a effectivement eu, la violation du devoir qui lui incombe et le résultat. La causalité ne doit être analysée qu'entre les deux derniers éléments cités. Pour prendre un exemple, dans le cas où son enfant mineur meurt noyé sous ses yeux, ce n'est pas le fait que, par hypothèse, le père mangeait des chips, fumait, s'occupait de sa voiture ou s'adonnait à la pêche à la ligne qui est en lien de causalité hypothétique avec la mort de l'enfant, mais bien le fait que le père ne lui ait pas, en violation de son devoir juridique d'agir, porté secours. Dans un tel cas, l'on ne peut pas dire « c'est parce que le père pêchait que son enfant est mort noyé ». Par contre, l'on peut sans autre dire « c'est parce que le père ne lui a pas porté secours que l'enfant est mort noyé », même si, comme toujours en matière de causalité, il peut exister d'autres causes parallèles à cette noyade, comme celle que le fils ait été dans l'eau alors qu'il ne savait pas nager. Cette précision permet déjà d'écarter certaines difficultés d'ordre logique qui ne peuvent que survenir lorsque l'on essaie d'établir un lien de causalité entre le comportement passif et le résultat.

La relation entre le comportement du garant et la violation de son devoir relève, quant à elle, de la simple constatation objective. Lors de cette première étape, le mécanisme est ainsi le même que celui qui vaut pour les délits de commission : il s'agit d'une comparaison. Dans le cas d'un délit de commission, celle-ci porte sur la similitude entre le comportement adopté par l'auteur et l'acte constitutif décrit dans la disposition pénale spéciale. S'agissant d'un délit de commission par omission, la comparaison se fait entre le comportement du garant et le devoir d'agir : le comportement que le garant a eu peut-il être considéré comme conforme au devoir qui lui incombait ? Si la réponse est à cette question est positive alors, même si le résultat prévu par la disposition pénale spéciale est survenu, le garant n'encourra aucun reproche au titre de son omission. Dans le cas où la réponse est négative, se posera au contraire ensuite la question de la causalité entre cette violation et le résultat réprimé par la norme pénale spéciale en question.

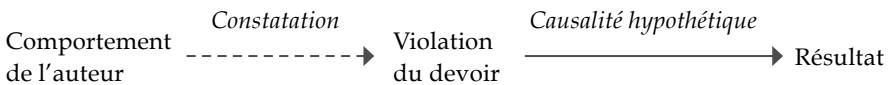
Le schéma page suivante permet d'illustrer la différence structurelle entre une commission et une commission par omission lors de l'analyse de la causalité⁵⁹¹ :

⁵⁹¹ La construction est la même s'agissant des omissions proprement dites. La différence réside dans le fait que le devoir est dans un tel cas consacré dans la disposition pénale spéciale elle-même. Sur les délits d'omission proprement dits, cf. point 3.4.2.2.1.

Commission :



Commission par omission :



3.8.3 Conclusion

349 Le lien de causalité a fait l'objet de nombreux débats au sein de la doctrine, mais également d'un grand nombre d'arrêts du TF. Le problème ne semble cependant pas avoir trouvé de solution pour le moment. A notre avis, la raison en est que la jurisprudence et la doctrine envisagent le lien de causalité entre le comportement du garant et le résultat, comme ils le feraient en matière de délits de commisison.

350 Même en adhérant, comme nous le faisons également, à la théorie de la vraisemblance, il ne peut y avoir de lien de causalité entre le comportement du garant et le résultat. Ce lien ne peut être identifié qu'entre la violation du devoir d'agir et le résultat. Il faut ainsi distinguer entre le comportement du garant, la violation du devoir et le résultat, qui sont trois étapes logiques différentes. Entre les deux premières, le lien est une simple constatation objective et non une relation de causalité. Le lien causal n'existe qu'entre la violation du devoir d'agir et le résultat. En procédant de cette manière, l'établissement du lien de causalité n'est pas forcément plus aisé, mais il est plus clair sur le plan logique.

3.9 La culpabilité

351 L'art. 12 al. 1 CP pose le principe que seule la commission intentionnelle d'un crime ou un délit⁵⁹² est punissable, sauf « disposition expresse et contraire de la loi ». Le terme « intentionnellement » est défini à l'al. 2 de cet article. L'art. 12 al. 3 CP précise ce qu'il faut entendre par « négligence »⁵⁹³.

⁵⁹² Les contraventions peuvent également être commises par négligence si une base légale le prévoit, à l'image de l'art. 93 ch. 1 al. 2 LCR.

⁵⁹³ Bien que l'art. 12 CP parle d'« agir », cela n'exclut pas l'application de cet article à la commission par omission, bien entendu.

Il existe ainsi deux catégories principales en matière de culpabilité : la culpabilité intentionnelle d'une part, et la culpabilité par négligence, d'autre part. Chacune de ces deux catégories est subdivisée en, respectivement, trois et deux sous-catégories que nous exposerons brièvement ci-dessous⁵⁹⁴.

Dans les pages qui suivent, nous traiterons de la culpabilité du garant, 352
sauf indication contraire. La culpabilité de l'auteur qui « commet », élément qui s'analyse de manière indépendante de la culpabilité du garant⁵⁹⁵, ne sera traitée que lorsqu'il sera indispensable de s'y référer pour expliquer la problématique relative au garant.

3.9.1 L'intention

3.9.1.1 En général

L'intention se compose d'un élément cognitif et d'un élément volitif. Elle peut 353
prendre trois formes : le dessein, le dol direct ou le dol éventuel. La première forme vise les cas dans lesquels l'auteur s'est fixé pour but la réalisation de l'infraction. La deuxième concerne les cas dans lesquels la réalisation de l'infraction en question n'est pas le but premier de l'auteur, mais il est inéluctable au vu du but visé. La troisième comprend les cas dans lesquels l'auteur, tout en ne voulant pas la réalisation l'infraction, s'en accomode pour le cas où elle surviendrait (art. 12 al. 2, 2^{ème} phr. CP)⁵⁹⁶. Ces distinctions sont importantes en matière de commission par omission car il peut arriver que, pour un même état de fait, la forme de la culpabilité du garant varie selon l'élément analysé, ainsi que nous allons le voir ci-après⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ Cf. point 3.9.1 pour la culpabilité intentionnelle et point 3.9.2 pour la culpabilité par négligence.

⁵⁹⁵ Ainsi, un automobiliste qui, parce qu'il envoyait un message avec son téléphone portable, heurte, dans une zone limitée à 30 km/h, un enfant qui traverse et le blesse, commet, par hypothèse, des lésions corporelles simples par négligence (art. 125 al. 1 CP). Le parent qui, tout en ayant remarqué que le conducteur n'a pas vu son enfant, préfère rester sur la terrasse sans intervenir, en se disant, en cas d'accident, que « ça devait arriver », sera puni pour avoir intentionnellement (dol éventuel ici) violé par omission l'art. 123 CP.

⁵⁹⁶ Sur ces notions, *cf.*, entre autres, GRAVEN, DPG, p. 163 ss ; KILLIAS *et al.*, DPG, p. 39 ss ; STRATENWERTH, AT I, § 9 N 57 ss ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 94 ss. La terminologie n'est pas toujours uniforme, *cf.*, par exemple, CR CP I-CORBOZ, art. 12 N 54 ss : l'auteur parle de « dol direct du premier degré » et de « dol direct du second degré » en référence au dessein et au dol direct, respectivement.

⁵⁹⁷ Cf. point 3.9.1.2.

354 La conscience et la volonté de l'auteur doivent porter sur l'ensemble des éléments constitutifs objectifs de l'infraction⁵⁹⁸.

3.9.1.2 En matière de délits de commission par omission

355 Comme pour les délits de commission, conscience et volonté du garant doivent porter sur tous les éléments objectifs de l'infraction. Cependant, contrairement à la culpabilité d'un auteur qui a violé une disposition pénale par un comportement actif, celle du garant doit, en plus des éléments constitutifs objectifs de la disposition pénale spéciale, porter également sur les éléments « constitutifs » objectifs de l'art. 11 CP.

356 Lorsqu'une disposition pénale réprimant la commission prévoit que seule l'intention est punissable, alors la commission par omission reprochée sur la base de cette disposition en combinaison avec l'art. 11 CP ne peut être réprimée que si le garant a omis d'agir intentionnellement⁵⁹⁹.

357 Selon ARZT, la « force » de la position de garant (« *die Stärke der Garantenstellung* ») a une influence sur la manière dont il convient de juger des motivations d'un garant. Cet auteur prend le cas de l'assassinat « *aus niedrigen Beweggründen* » (§ 211 ch. 2 al. 1 dStGB) : moins la position de garant est forte, moins les motifs qui ont poussé le garant à commettre l'infraction seront vus comme « bas », ce qui peut amener à retenir un meurtre, par rapport à un garant dont la position est considérée comme « forte » qui, lui, malgré l'identité des motivations, se verrait reprocher un assassinat⁶⁰⁰. A notre sens, s'il faut, bien entendu tenir compte des éléments subjectifs que le garant doit réunir en son for intérieur, le critère de « la force de la position de garant », pour autant qu'il puisse être défini, n'est d'aucune aide. Ce critère ne permet pas de caractériser la culpabilité du garant et comporte des incertitudes quant à la manière dont cette force peut être mesurée.

358 Au vu des différents éléments à prendre en compte lors de l'analyse de la culpabilité du garant, il peut arriver que la qualification de celle-ci varie en fonction de l'élément visé. Ainsi, il se peut que ce soit à dessein que le garant a violé son devoir, mais qu'il n'ait eu qu'un dol éventuel en ce qui

⁵⁹⁸ GRAVEN, DPG, p. 168 et 195 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 261.

⁵⁹⁹ CR CP I-CASSANI, art. 11 N 61 ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 62 ss. Cf. également point 3.10.2.2 N 418 ss, au sujet de la clause d'équivalence.

⁶⁰⁰ ARZT, Mord, p. 858. Cette observation ne vaut pas pour tous les cas de figure qui sont prévus au § 211 dStGB, ainsi que le précise ARZT.

concerne la survenance du résultat. Dans un tel cas, comme pour les délits de commission⁶⁰¹, sa culpabilité, bien qu'intentionnelle, revêtira des formes variables en fonction de chacun des éléments.

Le TF a rappelé l'importance de l'analyse de la culpabilité de l'auteur dans un arrêt postérieur à la jurisprudence « Bührle »⁶⁰² : « Wenn in BGE 96 IV 175 oben gesagt wird, Bührle hätte für Abhilfe sorgen sollen, < als er erkennen konnte >, dass die Leitung der Waffen-Verkaufsabteilung Vorschriften verletzte, so darf dieses < Erkennenkönnen > nicht im Sinne einer abstrakten Erkenntnismöglichkeit verstanden werden. Das Bundesstrafgericht hat Bührle denn auch richtigerweise nur für jene inkriminierten Handlungen verantwortlich gemacht, für welche es sein Mitwissen als bewiesen erachtete [...]. Auch beim vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikt muss dem Garanten das konkrete tatbestandsmässige Wissen und Wollen nachgewiesen werden. Es wäre mit dem schweizerischen Schuldstrafrecht nicht vereinbar, den Vorsatz des Garanten zu vermuten oder gar zu fingieren. In der schweizerischen Gesetzgebung finden sich denn auch zahlreiche Bestimmungen, welche bei echten Unterlassungsdelikten die Kenntnis des Geschäftsherrn von den strafbaren Handlungen Dritter im Geschäftsbetrieb ausdrücklich verlangen (Art. 14 UWG, Art. 59 Abs. 2 ArbG, Art. 42 Abs. 2 GSchG u.a.m. [...]) »⁶⁰³.

359

Sont ainsi analysés au titre de la culpabilité, la connaissance par le garant du devoir de protection ou de surveillance qui pèse sur lui, du fait que son comportement n'est pas conforme audit devoir, de la situation qui exige son intervention, que ce soit sous la forme d'une commission d'infraction ou, plus largement exprimé, la « survenance d'un évènement qui risque de porter atteinte aux biens juridiques que le garant est censé protéger », l'existence d'un moyen d'intervention de sa part et le fait d'avoir la volonté, malgré la connaissance de ces différents éléments, de ne pas adopter un comportement conforme à son devoir.

360

La connaissance par le garant du devoir qui pèse sur lui ne semble guère être un point contesté par la doctrine ou la jurisprudence⁶⁰⁴. Le garant doit

361

⁶⁰¹ GRAVEN, DPG, p. 200.

⁶⁰² ATF 96 IV 155, JT 1974 IV 104.

⁶⁰³ ATF 105 IV 172, consid. 4-b, JT 1981 IV 17.

⁶⁰⁴ ATF 109 IV 137, consid. 2-b, JT 1984 I 448 ; CR CP I-CASSANI, art. 11 N 61 ; DONATSCH/TAG, I, p. 315 ; HURTADO POZO, DPG, N 1335, 1342 ; ROXIN, AT II, § 31 N 186 ; SEELMANN, AT, p. 116 ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 62 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 41.

ainsi savoir « qu'il lui faut agir », même s'il ne saurait dire quelle en est la « base légale » (« *Parallelwertung in der Laiensphäre* »)⁶⁰⁵.

362 Les autres éléments ne font pas toujours l'objet d'une analyse uniforme de la part de la doctrine. Cependant, la raison en est principalement le fait que les auteurs ont une conception de l'action qui n'est pas identique, ce qui entraîne de différences de qualification et donc, parfois, de traitement de ceux-là⁶⁰⁶.

363 En ce qui concerne la condition de la connaissance de « la situation qui exige son intervention, que ce soit sous la forme d'une commission d'infraction ou la survenance d'un évènement qui risque de porter atteinte aux biens juridiques que le garant est censé protéger », elle recouvre plusieurs notions⁶⁰⁷. Dans le cas où la situation qui exige l'intervention se manifeste sous la forme d'une infraction qu'un tiers, ou la personne dont il a la charge, commet, la conscience du garant doit porter sur les éléments constitutifs objectifs de ladite disposition, à l'exception de l'acte constitutif. La conscience et la volonté du garant devront, pour prendre un exemple concret, porter sur le fait qu'il s'agit d'une « menace », que celle-ci est « grave », au sens de l'art. 180 al. 1 CP, que la victime est une « personne », que cette personne a été « alarmée ou effrayée », qu'il a non pas « alarmé ou effrayé », mais « laissé alarmer ou effrayer » cette personne et, enfin, qu'il existe un lien de « causalité » entre la violation de son devoir d'agir et le fait que la victime soit effrayée ou alarmée⁶⁰⁸. Puisque l'art. 11 CP supplée au fait que le garant ne remplit pas lui-même les conditions de l'acte constitutif, il est logique que sa culpabilité doive porter sur ce point également. La culpabilité du garant ne peut pas, et ne doit pas, porter sur l'acte constitutif que commet l'auteur par son comportement actif : la faute du garant ne consiste pas dans le fait que l'auteur actif ait commis un tel acte, mais bien dans le fait que lui-même n'ait pas agi pour empêcher la mise en danger ou la lésion du bien juridique dont il a(vait) la « charge » ; telle est la logique de l'art. 11 CP.

⁶⁰⁵ Cf., entre autres, FLACHSMANN, p. 38 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 41.

⁶⁰⁶ Sur l'analyse de l'« élément subjectif » en matière de délits de commission par omission, cf. CR CP I-CASSANI, art. 11 N 61 ; DONATSCH/TAG, I, p. 315 s. ; SEELMANN, AT, p. 116 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 39 ss ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 11 N 20 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 261.

⁶⁰⁷ Pour certains auteurs l'intention doit porter sur les seules conditions du devoir d'agir, alors que la connaissance du devoir d'agir lui-même relève de l'erreur, cf. BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 62. Dans le même sens, DONATSCH/TAG, I, p. 316 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 41 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 261. Parce qu'elle ne relève pas spécifiquement de la problématique de la commission par omission, nous ne traiterons pas de l'« erreur » dans les passages suivants. Les principes dégagés par la doctrine en cette matière s'appliquent *mutatis mutandis* aux cas de commission par omission.

⁶⁰⁸ Sur la notion de causalité en matière de délits de commission par omission, cf. point 3.8.

Le fait de s'attacher à « l'existence d'une situation qui porte atteinte ou met en danger le bien juridique que le garant est tenu de protéger »⁶⁰⁹ ne nous paraît pas être une description tout à fait exacte de cette condition. En effet, le fait que le bien juridique soit lésé ou mis en danger ne suffit pas ; il faut, au contraire, que cette lésion ou cette mise en danger soient réalisées dans le cadre que le droit pénal a lui-même fixé. Ainsi, pour reprendre l'exemple de l'art. 180 al. 1 CP, si la victime a effectivement été alarmée ou effrayée, qu'il y a donc atteinte au bien juridique que le garant était tenu de protéger, celui-là ne répondra pas de son omission si la menace n'était pas « grave », au sens de cette disposition, par exemple. Pour être plus précis, il faudrait reformuler cette condition ainsi : « l'existence d'une situation qui porte atteinte ou met en danger, de manière typiquement pénale, le bien juridique que le garant est tenu de protéger ou la source de danger qu'il est censé surveiller ».

La connaissance par le garant de l'existence d'un moyen d'intervention de sa part est également une condition que la doctrine admet comme faisant partie de l'analyse de l'élément subjectif⁶¹⁰.

L'aspect subjectif de ce que les auteurs désignent comme « la possibilité pour le garant d'agir »⁶¹¹ s'analyse au titre de la culpabilité. Cette analyse comprend le fait que, en plus d'avoir identifié la situation qui exige son intervention et la nécessité de celle-ci, ainsi que les moyens d'intervenir, le garant doit avoir la capacité psychique d'agir⁶¹².

L'analyse de l'élément volitif ne pose guère de problèmes spécifiques à la commission par omission⁶¹³. Nous ne nous y attarderons donc pas plus.

⁶⁰⁹ Cf., par exemple, DONATSCH/TAG, I, p. 315 ; HURTADO POZO, DPG, N 1335 ; SEELMANN, AT, p. 116 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 261.

⁶¹⁰ DONATSCH/TAG, I, p. 315 ; HURTADO POZO, DPG, N 1335 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 42 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 261. Avec des nuances, BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 63.

⁶¹¹ Sur cette notion, cf. point 3.6 et les références citées à cet endroit.

⁶¹² En matière de délits d'omission, la question est controversée, pour les auteurs ayant adopté la théorie finaliste, de savoir si, sous son aspect subjectif, la capacité d'agir est le pendant de l'intention, BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 63. KAUFMANN parle de « Quasi-Vorsatz » à ce sujet, KAUFMANN, Dogmatik, p. 110 ss.

⁶¹³ DONATSCH/TAG, I, p. 316 ; *Contra* : HURTADO POZO, DPG, N 1337, pour qui, en matière de commission par omission, « la volonté doit également être orientée vers la concrétisation du préjudice », ce qui, selon cet auteur a pour conséquence qu'elle « diffère [...] de celle que possède l'auteur d'une infraction de commission, dans la mesure où la conscience joue un rôle décisif ». La distinction ne nous paraît pas claire, dans la mesure où, même en matière de délits matériels de commission, conscience et volonté doivent également porter sur le résultat de l'infraction, cf. DONATSCH/TAG, I, p. 112 ss ; GRAVEN, DPG, p. 168 ss ; STRATENWERTH, AT I, § 9 N 93.

C'est, bien souvent, lorsqu'il s'agit d'analyser une négligence que les difficultés surgissent.

3.9.2 La négligence

368 Lorsque l'intention de commettre ou d'omettre fait défaut, se pose la question de la négligence, pour autant que la norme en question réprime cette forme de culpabilité⁶¹⁴.

369 Conformément à l'art. 12 al. 1 CP, la négligence n'est punissable que si elle a été expressément prévue par la disposition contenue dans la partie spéciale du CP⁶¹⁵. En matière de droit pénal accessoire, la règle de l'art. 12 al. 1 CP vaut également (art. 333 al. 1 CP). Elle est cependant inversée en matière de contraventions : celles-ci sont également punissables en cas de négligence de la part de l'auteur, sauf disposition contraire (art. 333 al. 7 CP).

370 A teneur de l'art. 12 al. 3 CP, la négligence suppose la violation des règles de la prudence et une faute, à savoir la possibilité de reprocher à l'auteur une inattention ou un manque d'effort blâmable, compte tenu de ses circonstances personnelles⁶¹⁶. Cette forme de culpabilité, qu'elle soit consciente ou inconsciente, implique donc, par définition, une absence de volonté de la part de l'auteur⁶¹⁷.

371 La négligence s'analyse comme la violation fautive des devoirs de prudence : l'auteur a agi d'une manière qui est contraire à celle qu'aurait adoptée un homme moyen et raisonnable placé dans la même situation, ce qui, compte tenu de ses caractéristiques personnelles, lui est reprochable⁶¹⁸.

372 Le TF, tout en distinguant formellement entre les devoirs de prudence et les devoirs du garant, recourt, en matière d'infractions commises par

⁶¹⁴ Dans la théorie causaliste que nous avons adoptée, la négligence s'analyse au titre de la culpabilité. Sur cette théorie, cf. point 3.4.1 N 97. Dans la théorie finaliste, l'intention s'analyse au titre de la typicité, ainsi que nous l'avons dit. Sur la théorie finaliste, cf. point 3.4.1 N 95.

⁶¹⁵ Cela vaut également pour les contraventions prévues dans le CP, en vertu de l'art. 104 CP.

⁶¹⁶ ATF 116 IV 306, consid. 1-a, JT 1991 I 724 ; ATF 121 IV 207, consid. 2-a ; ATF 122 IV 17, consid. 2-b ; ATF 122 IV 145, consid. 2-b-aa ; ATF 134 IV 255, consid. 4.2.3. CORBOZ, Homicide, p. 174 ; GRAVEN, DPG, p. 218 ss ; BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, art. 12 N 88.

⁶¹⁷ CR CP I-CORBOZ, art. 12 N 104 ; DONATSCH/TAG, I, p. 321 ; BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, art. 12 N 89 ; STRATENWERTH, AT I, § 9 N 60.

⁶¹⁸ Cf., entre autres, ATF 134 IV 255, consid. 4.2.3 ; ATF 135 IV 56, consid. 2, JT 2010 IV 43 ; CR CP I-CORBOZ, art. 12 N 86 ss ; GRAVEN, DPG, p. 218 ss ; KILLIAS *et al.*, DPG, p. 53 ss ; STRATENWERTH, AT I, § 16 N 2 ss.

négligence, à des notions employées en matière de commission par omission, à l'image de la référence à la « causalité hypothétique »⁶¹⁹. Ce type d'« emprunt » augmente également les risques de confusion entre ces deux étapes différentes de l'analyse, que sont l'existence d'une commission par omission typique et la négligence.

3.9.2.1 Les délits de commission et la négligence

L'analyse de la négligence en matière de délits de commission implique une comparaison entre le comportement que l'auteur a eu et celui qu'une personne raisonnable et diligente, dotée des mêmes capacités que l'auteur, aurait eu⁶²⁰. 373

Pour certains auteurs, chaque cas de négligence, que l'on soit dans le cadre d'une commission ou d'une commission par omission, comporte des « moments d'omission ». Ceux-ci consistent selon ces auteurs dans la violation du devoir de prudence⁶²¹. Cependant, comme le précise GRAVEN : « le délit de négligence s'apparente à un délit d'omission sans pourtant se confondre avec lui : le fait que l'auteur s'abstienne des mesures propres à éviter la réalisation de l'infraction intéresse la faute, et non la question de savoir si son abstention équivaut typiquement à une action »⁶²². 374

3.9.2.2 Les délits de commission par omission et la négligence

3.9.2.2.1 L'avis de la doctrine et de la jurisprudence

La question de la négligence en matière de commission par omission est, selon CORBOZ, très fréquente, puisque « les infractions par négligence sont le plus souvent des infractions par omission improprement dites »⁶²³. Sans même discuter la véracité de cette affirmation, l'on observe en pratique une tendance 375

⁶¹⁹ Cf., par exemple, ATF 110 IV 68, consid. 2, JT 1985 IV 36. Voir également ATF 134 IV 193, consid. 7.3 (non traduit) et ATF 135 IV 56, consid. 2.1, JT 2010 IV 43. Sur la « causalité hypothétique » en matière de commission par omission, cf. point 3.8.

⁶²⁰ CR CP I-CORBOZ, art. 12 N 89 ; GRAVEN, DPG, p. 219 s.

⁶²¹ ATF 121 IV 109, consid. 3-b ; FLACHSMANN, p. 108 ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 25 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 247. HURTADO POZO va même plus loin en soutenant que : « [l]a loi prévoit certes la répression d'une omission propre à titre exceptionnel uniquement, mais une omission impropre (commission par omission) peut être réalisée à chaque fois que la négligence est réprimée », HURTADO POZO, DPG, N 1362.

⁶²² GRAVEN, DPG, p. 218.

⁶²³ CR CP I-CORBOZ, art. 12 N 125.

de part de la doctrine et de la jurisprudence à ne pas distinguer nettement l'analyse des devoirs de garant et de la négligence⁶²⁴.

376 Les auteurs qui ont adopté la théorie finaliste de l'action analysent les délits de commission par omission par négligence comme une infraction distincte de celle de commission par omission intentionnelle⁶²⁵. Cette séparation d'ordre structurel est due à la conception de l'action qu'ils ont adoptée : selon cette théorie, intention et négligence fondent deux types distincts d'infractions qu'il convient de séparer lors de l'analyse, de même que commission et omission doivent également être abordées séparément. La commission par omission par négligence est ainsi « doublement séparée » du délit de commission intentionnel. Ces considérations d'ordre systématique n'empêchent pas que les éléments analysés sont fréquemment semblables quant au fond, que l'analyse soit faite selon la théorie finaliste ou causaliste.

377 Doctrine et jurisprudence parlent de « devoir de prudence » (« *Sorgfaltspflicht* »)⁶²⁶ en matière de négligence et de « devoir de garant » (« *Garantenpflicht* »), ainsi que nous l'avons vu⁶²⁷, dans le cas de la commission par omission.

378 Les sources qui peuvent servir à déterminer le contenu de ce devoir de prudence sont diverses. Il peut ainsi s'agir, entre autres, de prescriptions de sécurité, de règles « de l'art »⁶²⁸, de règlements d'organismes privés tels que la Fédération internationale de ski⁶²⁹ ou d'une entreprise⁶³⁰ ou encore du principe de la confiance⁶³¹ ; bien entendu, les prescriptions peuvent également émaner de textes légaux⁶³². L'on peut noter ici une certaine parenté, au niveau des sources, entre celles qui peuvent fonder un devoir de prudence et celles que le législateur a mentionnées à l'art. 11 al. 2 CP.

⁶²⁴ Cf. point 3.9.2.1 N 374 et les références citées à la note de bas de page 621.

⁶²⁵ Cf., par exemple, DONATSCH/TAG, I, p. 354 ss ; SEELMANN, AT, p. 176 s. ; STRATENWERTH, AT I, § 17 N 1 ss ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 282. Sur la notion de « théorie finaliste », cf. point 3.4.1.

⁶²⁶ Cf., entre autres, ATF 135 IV 56, consid. 2.1, JT 2010 IV 43 ; DONATSCH/TAG, I, p. 322, 327 ss ; GRAVEN, DPG, p. 219 ss ; KILLIAS *et al.*, DPG, p. 54 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 270 ss. Cependant, le TF utilise parfois les termes « devoirs de diligence » pour désigner les devoirs du garant, cf. par exemple, ATF 117 IV 130, consid. 2-a ; ATF 136 IV 188, consid. 6.3.

⁶²⁷ Cf. point 3.5.2.

⁶²⁸ ATF 115 IV 45, consid. 2-c, JT 1990 IV 112 ; ATF 130 IV 7, consid. 3.3, JT 2004 497.

⁶²⁹ ATF 106 IV 350, consid. 3-a, JT 1982 IV 104 ; ATF 122 IV 17, consid. 2-b-aa.

⁶³⁰ ATF 120 IV 300, consid. 3-d-aa, JT 1996 IV 96.

⁶³¹ CR CP I-CORBOZ, art. 12 N 154 ss et les références citées ; GRAVEN, DPG, p. 223 ; BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, art. 12 N 113 ss.

⁶³² CR CP I-CORBOZ, art. 12 N 136 ss ; DONATSCH/TAG, I, p. 335 ss ; GRAVEN, DPG, p. 222.

Lorsqu'il s'agit de l'analyse du devoir de prudence, le TF considère que : « [p]our déterminer le contenu [dudit] devoir [...], il convient de se demander si une personne raisonnable dans la même situation et avec les mêmes aptitudes que l'auteur pouvait prévoir, dans les grandes lignes, le déroulement des événements et, le cas échéant, quelles mesures cette personne pouvait prendre, compte tenu des connaissances qu'elle pouvait avoir au moment des faits, pour éviter la survenance du résultat »⁶³³. L'on peut relever ici la mention des composantes de « prévisibilité » et « évitabilité » du résultat. Ces notions sont particulièrement discutées dans la doctrine en langue allemande⁶³⁴, mais concernent la problématique de la négligence, que celle-ci soit analysée en matière de commission ou d'omission, raison pour laquelle nous ne développerons pas ces points.

379

Il arrive que le TF analyse les devoirs de prudence et ceux du garant, sans que la distinction entre les deux soit clairement marquée⁶³⁵. Il serait cependant erroné d'en conclure qu'il s'agit des mêmes devoirs, ou qu'ils sont analysés sous le même angle. Lorsque l'on analyse le devoir juridique qualifié d'agir, l'on tente de répondre à la question « qui est censé agir ? ». Dans le cadre de l'analyse du devoir de prudence, soit de la négligence, l'on tente de répondre à la question « comment l'auteur (garant ou pas) est censé agir ? »⁶³⁶. En effet, en cas de négligence, les devoirs du garant se définissent en référence aux devoirs de prudence, ceux-ci permettant de connaître le contenu et l'étendue de ceux-là⁶³⁷.

380

GRUBMILLER note également une propension à un rapprochement entre le devoir de garant et les devoirs de prudence : « [i]n der Tendenz kann also festgehalten werden, dass die Individualisierung bzw. Subjektivierung der Garantenpflicht durchaus zu einer Annäherung an die Sorgfaltspflicht beim fahrlässigen Unterlassungsdelikt führt »⁶³⁸.

381

⁶³³ Arrêt (non publié) du 23 décembre 2010, dans les causes 6B_748/2010 et 6B_753/2010, consid. 4.2.

⁶³⁴ Sur cette discussion, cf. CR CP I-CORBOZ, art. 12 N 96 ss et les références citées.

⁶³⁵ Cf., par exemple, ATF 98 IV 168, JT 1973 IV 98 ; ATF 117 IV 130, consid. 2-a ; ATF 121 IV 207, consid. 2-a.

⁶³⁶ BRAMMSEN, Entstehungsvoraussetzungen, p. 111 s.

⁶³⁷ BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, art. 12 N 88 ; STRATENWERTH, AT I, § 17 N 2. Cf. cependant, SEELMANN chez qui la distinction entre les devoirs de prudence et ceux qui fondent la responsabilité du chef d'entreprise n'est pas absolument claire, SEELMANN, AT, p. 169.

⁶³⁸ GRUBMILLER, p. 234.

3.9.2.2.2 Notre position

382 Les devoirs de prudence doivent, conceptuellement, être strictement distingués du devoir de garant. Ceci étant posé, il est difficile de nier qu'il existe des points de parenté entre les deux types de devoirs. Cependant, il est important que chaque étape de l'analyse soit correctement effectuée afin d'éviter de retenir, en l'absence d'une commission, une position de garant en vertu de la violation de devoirs de prudence ou, vraisemblablement moins problématique, une négligence suite à l'analyse des devoirs du garant.

383 Comme nous l'avons dit, nous avons fait le choix de la théorie causaliste, en partie pour cette raison : selon cette théorie, les devoirs du garant sont analysés, sous leur aspect objectif, au titre de la typicité, alors que les devoirs de prudence relèvent de la culpabilité. Ainsi, il est moins tentant de confondre ces deux types de devoirs⁶³⁹.

384 Si nous devons exprimer de manière pratiquement caricaturale la différence qui existe entre les devoirs de garant et ceux de prudence, nous pourrions dire : « tout le monde peut être négligent, même le garant ». Cette image ne montre cependant pas en quoi la distinction entre ces deux types de devoirs est pertinente.

385 Sur le plan conceptuel, bien que, dans les deux cas, il s'agisse d'une extension de la punissabilité pénale, il existe une différence entre ces deux types de devoirs puisque cette extension porte sur deux aspects différents : la forme que peuvent prendre l'élément subjectif et l'acte constitutif, respectivement. Dans le premier cas, l'élément volitif fait défaut⁶⁴⁰, dans le second, c'est l'acte constitutif décrit dans l'infraction de commission en question qui n'est pas celui décrit. Cette différence permet d'illustrer l'importance de distinguer entre l'analyse des devoirs de garant et ceux de prudence⁶⁴¹.

386 L'analyse de la négligence implique qu'il faut décider si l'omission du garant viole un devoir de prudence. Comme nous l'avons vu, l'existence d'une position de garant s'analyse de manière objective⁶⁴². L'analyse en matière de négligence est donc logiquement différente sur le plan systématique de celle de

⁶³⁹ Sur la théorie causaliste, *cf.* point 3.4.1.

⁶⁴⁰ *Cf.*, entre autres, DONATSCH/TAG, I, p. 321 ; STRATENWERTH, AT I, § 9 N 60. *Cf.* également point 3.9.2 N 370.

⁶⁴¹ Dans le même sens, BRAMMSEN, p. 111 s., 247 ; BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, art. 12 N 83, pour qui, bien que le contenu et l'étendue du devoir de garant puissent être déduits par référence au devoir de prudence, les deux devoirs sont distincts.

⁶⁴² Sur la position de garant, *cf.* point 3.5.

l'omission. Elle est également postérieure : il faut avoir établi qu'il « existait » une omission, donc une position de garant, et ainsi un devoir juridique qualifié d'agir, pour pouvoir dire si cette omission viole un devoir de prudence.

La nécessité de distinguer entre ces deux types de devoirs ne signifie pas que ceux-ci soient toujours différents dans leur contenu pris dans son ensemble ; par contre, l'angle d'analyse n'est pas le même et les exigences non plus. En effet, lorsqu'on analyse la qualité de garant, il faut tenir compte de la précision de ces devoirs, de leur densité « normative »⁶⁴³.

Il peut arriver fréquemment en pratique que les mêmes sources soient à la base et du devoir de garant et des devoirs de prudence : une disposition légale qui énonce un devoir juridique d'agir peut ainsi également contenir des prescriptions de sécurité, indiquant la manière dont il convient d'agir, à l'image de l'art. 23 al. 2 OCR. Dans un tel cas, il se peut que le conducteur qui n'a pas placé le signal de panne conformément à ce que prévoit cet article, et a ainsi causé des lésions corporelle graves à un autre utilisateur de la route, soit tenu pour responsable, sur le plan pénal, en vertu des art. 11 *cum* 125 al. 2 CP⁶⁴⁴.

La négligence du garant peut bien évidemment porter sur différents points. Il se peut que le garant n'ait pas vu la situation qui requérait son intervention, ce qui comprend la commission de l'infraction par la personne dont il a par hypothèse la garde. Il peut également ne pas avoir identifié le moyen d'intervenir ou, même, le devoir qui lui incombait, ceci sous réserve de la problématique de l'erreur (art. 13 et 21 CP), question qui se résout selon les règles habituelles.

Pour illustrer l'importance de la distinction entre le devoir de garant et les devoirs de prudence, nous allons nous référer à l'exemple que cite SEELMANN. Le cas est le suivant : un médecin, faute de s'être tenu au courant des dernières avancées dans le domaine médical, prescrit à son patient un médicament suranné et inefficace, mais non nocif⁶⁴⁵, en cas d'infarctus. Selon SEELMANN, ce cas est une illustration de l'impossibilité d'agir pour le garant. Cet auteur retient une impossibilité pour le médecin d'agir et préconise de passer par l'*actio libera in causa* pour résoudre ce problème⁶⁴⁶. Cette manière

⁶⁴³ Sur la notion de « densité normative », cf. point 3.5.2.3 N 214.

⁶⁴⁴ ATF 106 IV 398. Dans un tel cas, la position de garant de l'auteur est, en principe, également basée sur la création d'un risque, au sens de l'art. 11 al. 2 lit. d CP.

⁶⁴⁵ Le fait que le médicament ne soit pas nocif et ne cause pas le décès exclut que l'on puisse retenir une commission à l'encontre du médecin.

⁶⁴⁶ BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 31. Dans le même sens, HRUSCHKA, p. 304 ss, 426 ss.

de faire ne convainc pas et complique l'analyse sans raison. A notre sens, le problème relève plus particulièrement ici de la négligence. En effet, dans un tel cas, et SEELMANN le dit lui-même, il pourra être reproché à ce médecin le fait de ne pas avoir suivi les avancées médicales. Cependant, ainsi que nous l'avons à plusieurs reprises dit, il convient de distinguer entre la possibilité pour le garant d'agir, qui est, certes, analysée en tenant compte des qualités individuelles du garant et des circonstances concrètes du cas d'espèce⁶⁴⁷, et le devoir de prudence. La première est une condition de l'existence d'une omission, alors que le second est une variante de la culpabilité. Dans le cas décrit, l'omission est donnée et, pour autant que le médecin occupe une position de garant⁶⁴⁸. Celui-ci répondra d'homicide par omission « commis » par négligence, le reproche portant sur le fait qu'un médecin diligent, placé dans la même situation, se serait tenu au courant des avancées majeures dans son domaine d'activité et aurait prescrit un médicament efficace et non une substance sans aucun effet.

391 De la même manière, l'on peut mentionner le cas du parent qui emmène son enfant à la piscine et qui ne le surveille pas : il ne peut pas être sûr que son enfant mourra noyé, alors que le parent qui maintient la tête de son enfant sous l'eau pendant cinq minutes, ne peut avoir aucun doute à ce sujet. Ainsi, on peut avoir un auteur d'une omission qui certes viole son devoir intentionnellement, en même temps que les règles de la prudence, mais sans forcément vouloir que ses violations mènent à la réalisation de l'infraction : à l'exemple du responsable du marquage sur la chaussée qui omet de retirer le marquage orange en pensant que les automobilistes vont suivre le marquage blanc fraîchement fini, avec la conséquence que le marquage orange mène les usagers de la route droit sur un îlot⁶⁴⁹. L'on voit ici que malgré le fait que le responsable connaisse ses obligations, c'est intentionnellement qu'il ne les respecte pas, mais pas qu'il les viole intentionnellement et souhaite provoquer ainsi le décès d'une personne. L'on ne peut tout de même pas dire que celui qui a intentionnellement violé ses devoirs a agi de la même manière que celui qui intentionnellement a mis un obstacle sur la route. D'ailleurs, dans ledit arrêt, le Cour retient l'homicide par négligence, ceci parce que l'auteur n'a pas voulu le décès de l'automobiliste, alors qu'à teneur de l'état de fait, il a intentionnellement laissé le marquage orange.

⁶⁴⁷ Sur la notion de « possibilité pour le garant d'agir », cf. point 3.6.

⁶⁴⁸ Le médecin est lié à son patient par un contrat de mandat au sens des art. 394 ss CO. Sur la source contractuelle du devoir de garant, cf. point 3.5.4.

⁶⁴⁹ Arrêt de la Cour pénale du canton du Jura, du 14 mars 2002, RJJ 2002 158.

Il peut évidemment arriver que l'auteur ait voulu tant la violation de son devoir que la violation de la norme pénale. Dans ce cas, l'on a la violation intentionnelle d'un devoir plus la violation intentionnelle d'une interdiction (puisque une infraction de commission a pour sens « tu ne feras point », soit une interdiction), ce qui ne pose guère de problèmes d'analyse ; il en va de même dans les cas où aux deux étapes il y a négligence. 392

3.9.3 Conclusion

L'analyse de la culpabilité implique, entre autres, de vérifier si la conscience et la volonté du garant portent sur l'ensemble des éléments constitutifs objectifs de l'infraction qui lui est reprochée, soit son omission. Les éléments « constitutifs » de l'art. 11 CP doivent être remplis, de même que ceux de l'infraction pour laquelle l'art. 11 CP est censé suppléer à l'absence d'acte constitutif. 393

Si, en matière de délits intentionnels, la question, malgré quelques divergences parmi les auteurs, ne semble pas poser de problème fondamental, la question est plus délicate lorsque, faute de composante volitive, la culpabilité du garant se présente sous la forme de la négligence, que celle-ci soit consciente ou inconsciente. 394

En effet, au relatif flou qu'entretient la jurisprudence⁶⁵⁰, s'ajoute l'opinion de la doctrine qui, dans certains cas, relativise la distinction entre l'analyse des deux types de devoirs. Les propos de GRUBMILLER⁶⁵¹ nous paraissent ainsi symboliques de cette approximation. Malgré le fait que nous puissions comprendre sa position, nous pensons qu'elle peut prêter à confusion : la position de garant est, en soi, un élément objectif qui relève de la typicité. Le devoir de prudence est, lui, analysé en cas de négligence, c'est-à-dire lorsque l'élément volitif fait défaut. L'optique est différente. De plus, « individualisation » ne signifie pas « subjectivisation » : le devoir du garant dépend de conditions objectives⁶⁵², son s'existence s'analyse objectivement. 395

Malgré certaines similitudes, les devoirs de prudence ne s'analysent ni à la même étape du raisonnement juridique, ni sous le même angle que le devoir du garant. Les premiers relèvent de la culpabilité et leur analyse a pour but 396

⁶⁵⁰ Cf., par exemple, ATF 98 IV 168, JT 1973 IV 98 ; ATF 117 IV 130, consid. 2-a ; ATF 121 IV 207, consid. 2-a. Cf. également point 3.9.2.2.1 N 380.

⁶⁵¹ Cf. point 3.9.2.2.1 N 381.

⁶⁵² Cf. point 3.5.2.

de décider si le garant mérite d'être blâmé pour son omission. Le second est déjà analysé au titre de la typicité et sa fonction principale est de permettre de trancher si sa violation par l'auteur est de nature à suppléer à l'absence d'acte constitutif dans la disposition pénale spéciale envisagée.

3.10 La clause d'équivalence

397 La clause d'équivalence figure à l'art. 11 al. 3 CP. Le législateur l'a formulée comme suit :

³ Celui qui reste passif en violation d'une obligation d'agir n'est punissable à raison de l'infraction considérée que si, compte tenu des circonstances, il encourt le même reproche que s'il avait commis cette infraction par un comportement actif.

398 La définition du terme « reproche » (« *Vorwurf* », « *rimprovero* »), que le législateur a employé, est la suivante : « [b]lâme formulé à l'encontre de qqn, jugement défavorable sur un point particulier, pour inspirer la honte ou le regret, pour amender, corriger » ; le « blâme » étant défini comme : « [o]pinion défavorable, jugement de désapprobation sur qqn ou qqch ». Enfin, « blâmer » signifie : « [p]orter, exprimer un jugement moral défavorable sur (qqn, son comportement) ». Les termes « blâme » et « blâmer » ont également un sens juridique. Le premier signifie : « [s]anction disciplinaire consistant à réprover officiellement les agissements ou l'attitude d'un fonctionnaire », le second : « [p]unir d'un blâme, réprimander officiellement »⁶⁵³. Ces définitions montrent que le terme « reproche » comporte une composante morale qu'il est difficile d'ignorer dans le cadre de l'analyse de l'al. 3 de l'art. 11 CP. Nous distinguerons donc les deux aspects, moral et pénal, lors de l'analyse de la clause d'équivalence.

3.10.1 Equivalence morale

399 L'idée que, sur le plan moral, il faille distinguer entre la commission par omission et la commission est également répandue en droit pénal. Selon le Message du Conseil fédéral, « la volonté criminelle est en règle générale moindre en cas de délit de commission par omission que lors d'un comportement actif »⁶⁵⁴.

⁶⁵³ Définitions tirées du petit Robert.

⁶⁵⁴ MCF 1998, p. 1808. Le CF indique cependant qu'il est des cas où le comportement passif est particulièrement répréhensible et donne l'exemple de la mère qui laisserait son enfant mourir de soif (p. 1808).

Cette conception est partagée par une partie de la doctrine également⁶⁵⁵. 400
 A titre d'exemple, GRUBMILLER écrit : « So wird man das tatenlose Zusehen der Mutter im Fall des das gemeinsame Kind misshandelnden Vaters anders werten als das strafbare Tun des Vaters »⁶⁵⁶.

Etant donné que les arguments développés par les auteurs de droit pénal 401
 sont inspirés de ceux que la philosophie connaît, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à ce que nous avons exposé dans notre partie 2.3 ci-dessus. Dans cette partie de notre travail, nous traiterons de la clause d'équivalence de l'art. 11 al. 3 CP sous l'angle pénal principalement.

3.10.2 Equivalence juridique

3.10.2.1 Aperçu des différentes positions soutenues en doctrine

La discussion juridique au sujet de la clause d'équivalence est particulièrement 402
 riche en droit allemand. Puisque la question de cette clause en droit allemand sera traitée ci-dessous (*cf.* point 4.1.3), nous n'allons pas l'aborder en détail dans cette partie. Nous nous référerons cependant à certains points discutés dans la doctrine allemande, afin d'apporter un éclairage sur le droit suisse, tout en tenant compte, le cas échéant, des différences qui existeraient, sur le fond, entre les deux textes.

En ce qui concerne la place dans l'analyse de l'infraction, la clause d'équi- 403
 valence relève de la typicité selon les auteurs qui se sont exprimés à ce sujet⁶⁵⁷.

Il existe de nombreuses controverses au sujet de cette théorie, certains 404
 auteurs la trouvant trop étroite⁶⁵⁸, d'autres trop large, souhaitant ainsi en

⁶⁵⁵ STRATENWERTH, par exemple, considère également que la violation d'une obligation d'agir est moins grave que celle d'une interdiction, STRATENWERTH, AT I, § 14 N 51. Pour DONATSCH/TAG, l'énergie délictuelle est moins forte en cas d'omission, DONATSCH/TAG, I, p. 317. Dans le même sens, SCHILD TRAPPE, p. 9. Pour KÜHL, l'intensité de la volonté est plus grande dans le cas d'un délit de commission, LACKNER/KÜHL, § 13 N 17. Ces différentes raisons sont également invoquées pour expliquer l'existence de la clause d'atténuation en cas de commission par omission. Sur cette clause, *cf.* point 3.10.

⁶⁵⁶ GRUBMILLER, p. 87.

⁶⁵⁷ NITZE, p. 25. Du même avis, GRUBMILLER, p. 202 s. ; ROXIN, AT II, § 32 N 227. NITZE estime que la clause n'a pas pour fonction de permettre de saisir les contours de la notion d'omission, ni de résoudre le problème de l'équivalence entre la commission et l'omission, NITZE, p. 111, 151. Il considère, par ailleurs, que la commission et l'omission sont deux notions opposées qui ne peuvent être regroupées sous une notion générale d'« acte » (« *Handlung* ») qui serait objective. Pour cette raison, il ne peut y avoir d'équivalence, selon cet auteur, entre une commission et une omission dans un système juridique qui serait objectif, NITZE, p. 110.

⁶⁵⁸ *Cf.*, par exemple, GÜNTGE, p. 62 ; LACKNER/KÜHL, § 13 N 16.

limiter l'application⁶⁵⁹. Selon certains auteurs encore, l'importance de la clause d'équivalence varie selon la source qui a fondé la position de garant⁶⁶⁰.

405 Les avis sont également partagés au sujet du contenu de cette clause : pour certains, il n'est pas clair en quoi elle consiste matériellement⁶⁶¹, tandis que pour d'autres, la réflexion au sujet de la clause d'équivalence revient à comparer l'illégalisme entre l'action et l'omission⁶⁶². Cependant, pour la doctrine apparemment majoritaire, cette comparaison ne doit pas revenir à un examen d'ensemble qui porterait sur la nature condamnable de l'omission, au risque de nuire à la sécurité du droit⁶⁶³.

406 Lors de l'analyse de la clause d'équivalence, les auteurs font également référence à la théorie de l'équivalence des modalités comme condition supplémentaire⁶⁶⁴. Cette théorie a été introduite par les auteurs allemands en rapport avec les délits pour lesquels il ne suffit pas que le résultat prévu se produise, mais qui requièrent un élément particulier en lien avec le comportement, comme l'assassinat ou l'escroquerie par exemple qui exigent, respectivement, l'absence particulière de scrupules et une tromperie astucieuse⁶⁶⁵. Cette théorie fait dire à une partie des auteurs qu'il est exclu que certaines infractions puissent être « commises par omission »⁶⁶⁶.

407 Pour les auteurs qui admettent l'utilité de recourir à cette clause d'équivalence, reste encore posée la question de ce qu'il faut inclure dans cette analyse et dans quels cas cette clause est applicable. Ainsi, pour GRUBMILLER, les éléments individuels de l'auteur ne devraient pas être pris en compte lors de l'analyse de l'équivalence, à l'exception de certaines qualités qui caractériseraient l'infraction. Selon cet auteur, Il ne devrait pas être possible, lors de

⁶⁵⁹ Cf., entre autres, ROXIN, AT II, § 32 N 223 ss.

⁶⁶⁰ FLACHSMANN, p. 24 ; MEYER, p. 161 s. Cependant, ces auteurs n'ont pas la même position quant à l'importance qu'il faut accorder à cette analyse. Ainsi, pour le premier, en cas de création d'un risque, il est possible de se passer de vérifier cette condition, alors que pour le second, cette vérification reste importante pour cette source, par exemple.

⁶⁶¹ DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 77. Cet auteur qualifie la clause d'équivalence de « Notausstieg ». TRECHSEL/NOLL considèrent également que ce à quoi cette clause fait référence, ainsi que ses conditions d'application, est encore en grande partie inexpliqué, TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 261 s.

⁶⁶² GÜNTGE, p. 46.

⁶⁶³ ROXIN, Entsprechungsklausel, p. 578 ; DStGB K-STREE, § 13 N 4. *Contra* : GS-TAG, § 13 N 23, qui considère que pour appliquer cette clause il faut se livrer à une appréciation globale en prenant en compte l'ensemble des circonstances du cas d'espèce.

⁶⁶⁴ Sur cette théorie, cf. point 4.1.3 N 573.

⁶⁶⁵ BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 90 ; NITZE, p. 15 ss ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 77.

⁶⁶⁶ BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 90 ; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 33.

l'analyse de l'équivalence sur le plan de la typicité, de se référer au critère du reproche⁶⁶⁷. Selon d'autres auteurs, il faut inclure les éléments qui relèvent de la qualité propre de l'auteur, comme le fait de savoir s'il s'agit d'un fonctionnaire, par exemple, ainsi que les éléments subjectifs lorsqu'une forme particulière d'intention est requise par la disposition spéciale⁶⁶⁸. NITZE réserve le recours à cette clause uniquement aux cas dans lesquels l'omission porte sur une disposition qui réprime un délit matériel commis intentionnellement⁶⁶⁹.

Selon SEELMANN, l'art. 11 al. 3 CP ne vise pas l'identité entre la commission et l'omission, mais bien entre les reproches que l'on peut adresser aux auteurs de chacun de ces deux types de comportement⁶⁷⁰. L'auteur estime par ailleurs que l'existence de la position de garant suffit, dans les cas portant sur des délits matériels, à remplir la condition de l'équivalence⁶⁷¹.

408

Pour MEYER, l'analyse de l'équivalence doit être faite *in concreto*, en prenant en compte les aspects individuels du cas d'espèce. Selon cet auteur, la clause d'équivalence implique la référence au principe de la confiance : la victime est en droit de compter sur le fait qu'un certain individu est tenu, en vertu du lien de confiance étroit qui les unit, de protéger le bien juridique dont elle est titulaire. Cet individu peut, selon les cas, être tenu envers l'Etat ou la collectivité⁶⁷². Enfin, l'auteur précise qu'en l'absence de devoir juridique il n'y a pas d'équivalence possible entre une commission et une omission par omission⁶⁷³.

409

GRAVEN soutient que la question de l'équivalence se règle déjà par la référence au devoir juridique d'agir du garant. Selon l'auteur, c'est l'existence de ce devoir qui permet de considérer que l'« abstention » du garant est équivalente à l'« action » : « [a]insi l'art. 127 CP traite-il (sic) à égalité celui qui, ayant la garde d'une personne hors d'état de se protéger ou le devoir de veiller sur elle, la met en danger de mort ou ne la soustrait pas à un tel danger ; ainsi l'art. 230 CP traite-t-il d'autre part à égalité celui qui met la vie des personnes en danger, soit en supprimant des dispositifs de sécurité dans une exploitation ou sur une machine, soit en omettant de les installer alors que cette tâche lui revient. On peut conclure de ces exemples qu'abstention vaut action dans les

410

⁶⁶⁷ GRUBMILLER, p. 203.

⁶⁶⁸ GÜNTGE, p. 62.

⁶⁶⁹ NITZE, p. 125 ss, 151.

⁶⁷⁰ BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 88.

⁶⁷¹ BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 90.

⁶⁷² MEYER, p. 160 s.

⁶⁷³ MEYER, p. 134.

seuls cas où le sujet passif, vu sa position envers la victime ou envers la cause de l'atteinte, avait une obligation juridique particulière de défendre le titulaire du bien lésé ou de prévenir la réalisation d'un risque déterminé »⁶⁷⁴.

411 Ces différentes positions sont parfois largement divergentes entre elles et, de manière plus problématique, ne répondent pas toujours de manière satisfaisante et complète à la question de savoir quelle est l'utilité de la clause d'équivalence et les conditions auxquelles elle s'applique, le cas échéant.

3.10.2.2 Notre position

412 Si l'on se réfère aux travaux parlementaires, l'élément sur lequel porte l'équivalence est « le reproche » : « Absatz 3 stellt zudem zur Strafbarkeit klar, dass aus der Perspektive des Täters den Umständen entsprechend dem < unechten Unterlassungstäter > derselbe Vorwurf wie dem Aktivtäter gemacht werden können muss »⁶⁷⁵.

413 Il est intéressant de constater que, dans son Message, le Conseil fédéral ne faisait pas référence à la notion de « reproche », mais à celle de « devoir d'intervention ». L'art. 11 AP ne comportait qu'un alinéa unique qui était rédigé ainsi : « [e]st puni pour avoir commis un crime ou un délit quiconque n'empêche pas la réalisation d'une infraction alors qu'il y est tenu par une obligation juridique si son omission peut être assimilée à un comportement actif punissable. Le tribunal peut atténuer la peine »⁶⁷⁶. Le CF expliquait dans son Message que : « le devoir d'intervention [devait] être évident, au point que l'omission [apparaît] comparable au fait de provoquer le résultat par un comportement actif »⁶⁷⁷. Cette formulation reprenait en partie celle utilisée par le TF⁶⁷⁸.

414 Le terme « reproche » a été introduit par la Commission juridique du Conseil national qui, dans un souci de clarification de la formulation proposée

⁶⁷⁴ GRAVEN, Chef d'entreprise, p. 505 s.

⁶⁷⁵ VALLENDER, BOCN 2001 532, p. 543.

⁶⁷⁶ MCF 1998, p. 2104.

⁶⁷⁷ MCF 1998, p. 1808.

⁶⁷⁸ Cf., entre autres, ATF 106 IV 276, consid. unique, JT 1982 IV 20 (« dass die Unterlassung der Erfolgsherbeiführung durch aktives Handeln gleichwertig erscheint ») ; ATF 113 IV 68, consid. 5-a, JT 1988 IV 74 (termes identiques à ceux de l'ATF 106 IV cité dans cette même note de bas de page) ; ATF 117 IV 130, consid. 2-a (« son omission apparaît comparable au fait de provoquer le résultat par un comportement actif ») ; ATF 118 IV 309, consid. 1-c (termes identiques à ceux de l'ATF 117 IV 130 cité dans cette même note de bas de page).

par le CF, a modifié la rédaction de la clause d'équivalence⁶⁷⁹. Il ne semble pas y avoir de volonté d'en modifier le contenu, malgré l'emploi du terme « reproche » en lieu et place de « devoir d'intervention »⁶⁸⁰.

Le texte légal dit : « [celui] qui reste passif en violation d'une obligation d'agir n'est punissable à raison de l'infraction considérée que si, compte tenu des circonstances, il encourt le même reproche que s'il avait commis cette infraction par un comportement actif ». Il vise donc à comparer, en réalité, le reproche encouru pour ces deux types de violations d'une norme, à savoir, une « commission », d'une part, et une « commission par omission », d'autre part⁶⁸¹.

Une distinction qu'il est important de faire est celle de l'objet du reproche en matière de commission par omission : celui-ci porte sur le fait que garant n'a pas respecté son devoir juridique, ce qui a permis que la disposition pénale soit violée, donc que le bien juridique pour lequel il est garant soit mis en danger ou lésé. Cette raison entre autres explique que la figure de la commission par omission puisse s'appliquer tant aux infractions formelles que matérielles⁶⁸² : le reproche fait au garant porte, non pas sur le fait qu'il ait violé une disposition pénale spéciale, et donc provoqué un résultat, mais bien sur le

⁶⁷⁹ « Die Kommission für Rechtsfragen hat gegenüber der vom Ständerat gewählten Formulierung vor allem den Vorbehalt, dass die so genannte Gleichwertigkeitsklausel in der Sache den Sachverhalt nicht richtig abdecke, d. h., dass ein unechtes Unterlassungsdelikt nicht ohne weiteres mit einem Tätigkeitsdelikt verglichen werden kann. Die nun vorliegende Formulierung wird diesen Bedenken gerecht und ist zudem wesentlich klarer », VALLENDER, BOCN 2001 532, p. 543.

⁶⁸⁰ « Le Conseil national a codifié la jurisprudence sur le délit de commission par omission et a ainsi clarifié les conditions cumulatives de punissabilité. La commission avait longuement cherché une bonne définition et elle se rallie ainsi sans problème à la version du Conseil national, qui n'entraîne aucune extension de cette forme d'infraction », BRUNNER, BOCE 2001 508, p. 509.

⁶⁸¹ Sur ces deux notions, *cf.*, respectivement, points 3.4.2.1 N 103 et 3.4.2.2 N 114.

⁶⁸² *Cf.* point 3.4.2.2.2 N 117 et les références citées à la note de bas de page 178. *Contra* : STRATENWERTH qui estime qu'il est impossible de retenir une omission dans certains cas (art. 251, 306, 307 CP), mais laisse la question ouverte pour d'autres (art. 181, 198 CP), STRATENWERTH, AT I, § 14 N 33. Dans le même sens, DONATSCH/TAG, I, p. 298. *Cf.* également BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 90, qui considère qu'il est exclu de retenir une commission par omission dans le cas d'une infraction formelle qui se caractérise par l'adoption d'un certain comportement par l'auteur lui-même, comme c'est le cas pour les art. 251 et 306 CP, par exemple. Ces auteurs oublient que, dans le cas de la commission par omission, ce sur quoi porte, en réalité, le reproche adressé à l'auteur ce n'est pas le comportement effectif que celui-ci a eu, mais bien la violation de son devoir d'agir. Ainsi, si l'on comprend, ainsi que nous le faisons dans notre travail, l'omission comme « laisser faire », il est parfaitement envisageable que le garant ait « laissé faire » un faux dans les titres ou une fausse déclaration et, partant, se voie reprocher son omission au sens des art. 11 *cum* 251, respectivement 306, CP, pour autant que les autres conditions d'application de ces articles soient remplies.

fait qu'il n'ait pas agi, en violation de son devoir pourtant clair, pour empêcher la mise en danger ou la lésion du bien juridique pénalement protégé. Le « résultat » reproché au garant est ainsi la violation de la norme pénale, non le « résultat » au sens des délits matériels⁶⁸³.

417 Puisque, comme nous venons de l'exposer, dans le cas d'une commission par omission le comportement que le garant a eu dans le cas concret ne peut jamais constituer une violation directe de la disposition pénale⁶⁸⁴, l'équivalence doit être analysée entre le reproche adressé au garant pour la violation du devoir juridique qualifié d'agir qui lui incombait et celui qui lui serait adressé en cas de violation de la disposition pénale par un comportement actif⁶⁸⁵. La comparaison n'a donc pas lieu, ici, entre deux comportements qui seraient, l'un actif et l'autre passif, pas plus qu'elle n'a pour objet de comparer le comportement que le garant aurait eu s'il avait respecté son devoir et celui qu'il a effectivement eu. En résumé, il ne s'agit donc pas de comparer le reproche fait pour l'« omission » et celui qui serait adressé à l'auteur pour son « comportement actif » uniquement⁶⁸⁶.

418 S'agissant du « reproche », celui-ci doit à notre sens être entendu comme « le reproche pénal ». Pour pouvoir vérifier si ce reproche est équivalent à celui qui serait adressé à l'auteur d'une commission, il faut donc prendre en compte les éléments qui composent la figure de la commission par omission, à savoir l'existence d'un devoir juridique qualifié d'agir⁶⁸⁷, le lien de « causalité » entre la violation du devoir juridique d'agir et la violation de la disposition pénale spéciale et la culpabilité du garant, étant bien entendu que les autres conditions d'application de l'art. 11 CP, notamment, la capacité pour le garant d'agir, sont remplies par ailleurs. De même, il faut tenir compte de tous les éléments figurant dans la typicité de l'infraction visée, ainsi que de la forme de culpabilité exigée par le législateur⁶⁸⁸.

419 En effet, dans le cas d'une « commission », le reproche fait à l'auteur porte sur le fait que celui-ci a, de manière coupable et illicite, violé une disposition pénale par un comportement actif. Ainsi, l'on reproche au voleur

⁶⁸³ Sur la notion de résultat au sens étroit, cf. point 3.4.2.2.2 N 119.

⁶⁸⁴ Cf. point 3.4.2 pour les définitions de ces notions en droit pénal suisse.

⁶⁸⁵ Cette analyse doit être distinguée de celle de la causalité. Sur la notion de causalité, cf. point 3.8.

⁶⁸⁶ Dans le même sens, SCHÜNEMANN, p. 278.

⁶⁸⁷ L'on retrouve donc ici, d'une manière indirecte, le devoir juridique d'agir dont parlent le CF et le TF dans le Message et dans les arrêts, respectivement.

⁶⁸⁸ *Contra* : GRUBMILLER, p. 203, cf. point 3.10.2.1 N 407.

d'avoir, intentionnellement, soustrait et s'être approprié une chose mobilière appartenant à autrui, en ayant un dessein d'enrichissement illégitime et un dessein d'appropriation, et sans bénéficier d'un quelconque fait justificatif. Le reproche ne porte pas uniquement sur le fait que l'auteur « a soustrait » ou « s'est approprié », par exemple, mais bien sur le fait qu'il a violé la disposition « dans son ensemble ». Si l'on souhaite vérifier, dans le cadre de l'art. 11 al. 3 CP, que le garant encourt le même reproche, il faut vérifier s'il remplit les éléments que le législateur a prévus pour l'infraction en question, à l'exception de l'acte ou des actes constitutifs pour lequel, ou lesquels, l'art. 11 CP sert de solution de substitution. Pour reprendre l'exemple du vol, le garant qui, intentionnellement, a laissé, de manière contraire à son devoir juridique qualifié d'agir, soustraire et s'approprier une chose mobilière appartenant à autrui, en ayant un dessein d'enrichissement illégitime et un dessein d'appropriation, encourra le « même reproche » pénal que le voleur mentionné auparavant.

L'analyse est donc ici d'ordre qualitatif, non quantitatif. En effet, l'on ne « mesure » pas si le reproche est « aussi grand » que celui qui serait fait à une personne qui commettrait l'infraction, mais bien si le reproche porte sur les mêmes éléments, à l'exception de l'acte constitutif, ainsi que nous l'avons vu⁶⁸⁹. Si la disposition pénale par rapport à la violation de laquelle s'effectue la comparaison requiert l'intention, l'équivalence ne sera pas donnée, si seule une négligence peut être reprochée au garant⁶⁹⁰ ; de même, si la disposition prévoit l'existence d'un élément constitutif subjectif, comme le dessein d'enrichissement illégitime par exemple, il ne sera pas possible de conclure qu'un garant qui a omis, sans avoir ce dessein, viole, à titre d'auteur principal, l'art. 139 CP, mentionné ci-dessus, pas plus que, en l'absence de la qualité particulière que requerrait par hypothèse la norme, le garant ne pourra être auteur à titre principal d'un délit propre pur⁶⁹¹.

Puisqu'elle englobe des éléments qui ne se retrouvent pas dans la notion de « position de garant »⁶⁹², la clause d'équivalence n'est nullement redondante, ni contradictoire. En effet, il se peut parfaitement qu'une personne soit considérée comme étant un garant au vu du devoir juridique qui pèse sur lui sans que la violation de ce devoir soit obligatoirement passible du même reproche pénal que celui auquel il serait exposé s'il avait violé la norme pénale par un comportement actif.

⁶⁸⁹ Cf. point 3.9.1.2 N 363.

⁶⁹⁰ Cf. également point 3.9.

⁶⁹¹ Sur la problématique de la participation, cf. point 3.12.

⁶⁹² Sur cette notion, cf. point 3.4.2.2.2 N 113.

420

421

422 Dans la mesure où la forme que revêt la culpabilité de l'auteur doit également être prise en compte lors de l'analyse de l'équivalence, la clause de l'art. 11 al. 3 CP ne relève pas formellement de la typicité, conformément à la théorie causaliste⁶⁹³.

423 La clause d'équivalence permet de limiter le risque que, par le biais de la commission par omission, ne soient réprimés des comportements qui, s'ils étaient actifs, ne seraient pas pénalement punissables, faute, par exemple, d'atteindre le seuil inférieur d'antijuridicité matérielle. C'est pour cette raison que la condition du rattachement à une norme pénale est importante : elle permet de s'assurer que la protection vise un bien juridique pénalement protégé et cela dans la mesure prévue par le droit pénal⁶⁹⁴. La vérification de cette clause n'est ainsi jamais superflue, même si elle peut, parfois, paraître triviale⁶⁹⁵. Le législateur considère lui-même certaines commissions et omissions proprement dites comme étant équivalentes, du moins passibles de la même peine⁶⁹⁶. Cette analyse n'est donc pas dépourvue de logique.

424 Le recours à la théorie de l'équivalence des modalités ne nous paraît pas nécessaire pour deux raisons principales. D'une part, nous ne pensons pas qu'il soit indispensable de reconnaître l'existence des délits personnalisés⁶⁹⁷, d'autre part, ainsi que nous l'avons dit, l'équivalence doit porter sur

⁶⁹³ Sur la théorie causaliste, *cf.* point 3.4.1 N 97.

⁶⁹⁴ Ainsi, il est possible de punir, par le biais de l'art. 11 CP, la personne qui, ayant la charge de veiller sur un parapluie, voit un auteur s'en emparer par négligence et, volontairement, n'agit pas, mais non celle qui, par négligence n'agit pas. Dans le premier cas, le garant aura « laissé s'approprier », ce qui remplit la condition de l'acte constitutif de l'art. 137 CP. Comme l'art. 11 CP ne supplée qu'à l'acte constitutif, il faudra vérifier que le garant remplit également la condition du dessein d'appropriation. En l'absence d'un tel dessein, il pourra lui être reproché une complicité d'appropriation illégitime par omission dans notre exemple. Dans le deuxième cas, faute de remplir le degré de culpabilité requis par l'art. 137 CP (intention), le garant n'encourra pas le reproche pénal. Dans le cas dans lequel la même personne ne sait pas que l'auteur a agi par négligence, l'on peut retenir une complicité d'appropriation illégitime par omission contre le garant, s'il a volontairement violé son devoir, alors même que l'auteur de l'appropriation ne risque rien. Si, tant le garant que l'auteur actif ont agi par négligence, alors le droit pénal n'interviendra pas. Pour l'analyse de la culpabilité en matière de délits de commission par omission, *cf.* point 3.9.2.2.

⁶⁹⁵ Apparemment, *contra* : SEELMANN pour qui, dans le cas des délits matériels qui ne prévoient pas un comportement particulier de la part de l'auteur, l'existence de la position de garant devrait suffire, BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 90.

⁶⁹⁶ *Cf.*, par exemple, les art. 127, 128 ou 230 CP.

⁶⁹⁷ Du même avis : BSK StGB I-FORSTER, Vor art. 24 N 33, 41 ; GRAVEN, DPG, p. 96 ; SCHUBARTH, Täterschaft, p. 325 ss ; CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 35. Le TF semble également avoir adopté cette position : *cf.* les arrêts cités à la note de bas de page 779.

le « reproche », implicitement pénal, qui est adressé au garant par rapport à celui qui lui serait adressé en cas de violation par un comportement actif. Dans ce cadre, la théorie de l'équivalence des modalités, en excluant certains types de comportements et en introduisant des exceptions, est inutilement restrictive et donne lieu à des controverses doctrinales, sans pour autant être simple à comprendre et aisée d'application ; elle n'est, par ailleurs, pas mieux à même de garantir la sécurité du droit, de respecter la volonté du législateur, pas plus, d'ailleurs, qu'elle n'est cohérente par rapport à la construction de la figure de la commission par omission.

3.10.3 Conclusion

La doctrine est loin d'être unanime au sujet de la clause d'équivalence, que ce soit sur son utilité, son contenu ou sa praticabilité. 425

Cette clause, malgré les doutes qu'elle pourrait faire naître à sa seule lecture, non seulement est utile et praticable, mais elle est, en outre, indispensable afin de s'assurer que le « reproche », compris ici dans son sens pénal, adressé au garant est équivalent à celui qui aurait été adressé à un auteur qui aurait violé la norme par un comportement actif. 426

L'analyse implique donc que tous les éléments de la typicité de l'infraction considérée soient réunis chez le garant, en plus de l'existence de sa position de garant, donc du devoir juridique qualifié d'agir, et du lien de « causalité » entre la violation de ce devoir et la violation active de la norme. Les éléments de la culpabilité sont aussi vérifiés à ce stade : la culpabilité du garant doit atteindre le niveau minimal exigé par la disposition spéciale. 427

Ce n'est que dans le cas dans lequel tant les éléments objectifs, acte constitutif mis à part, que les éléments subjectifs de la norme sont remplis par le garant que le « reproche » qui lui est adressé peut être jugé comme « équivalent » au sens de l'art. 11 al. 3 CP. 428

L'analyse peut être très brève dans le cas d'infractions matérielles peu complexes, comme le meurtre (art. 111 CP) ou le dommage à la propriété simple (art. 144 al. 1 CP), infractions pour lesquelles, la présence d'une position de garant remplit une grande partie de l'exigence d'équivalence ne laissant plus place que pour la vérification des éléments comme le fait qu'il s'agisse bien d'une personne qui est morte, ainsi que la condition de la subsidiarité, dans le cas de l'art. 111 CP ou que l'objet de l'infraction à l'art. 144 al. 1 CP est une chose mobilière appartenant à autrui, de même que la forme de la culpabilité requise, soit l'intention, dans les deux cas. 429

3.11 L'atténuation de la peine

3.11.1 Les motifs de son introduction à l'art. 11 al. 4 CP

430 Parmi les arguments avancés en faveur de l'existence d'une clause d'atténuation de la peine, il y a entre autres le fait que l'intensité de la volonté criminelle serait moins forte dans le cas d'une omission⁶⁹⁸, la violation d'un devoir d'agir ne serait pas aussi grave que celle d'une interdiction⁶⁹⁹, la nécessité de tenir compte de la difficulté de distinguer, dans le cas d'une omission, entre la participation à titre principal et accessoire⁷⁰⁰ ou encore le fait que la résistance qu'il faut surmonter serait moindre en cas d'omission⁷⁰¹.

431 Les auteurs mentionnent certains cas dans lesquels une atténuation serait appropriée, comme par exemple l'existence d'une situation particulièrement inhabituelle pour le garant⁷⁰² ou les cas qui sont à la limite de l'exigibilité⁷⁰³. Cependant, fixer des critères généraux d'atténuation semble peu réalisable. Selon WOHLERS, lorsqu'il s'agit d'atténuer la peine dans ce cadre, il faut toujours décider en fonction du cas d'espèce⁷⁰⁴.

432 A suivre GRUBMILLER, l'existence d'une clause d'atténuation de la peine est le reflet des doutes du législateur quant au fait de punir l'omission⁷⁰⁵. Des doutes qui existent également quant à la définition de la punissabilité de l'omission : « Diese gesetzgeberische Möglichkeit Einzelfallgerechtigkeit zu schaffen, mag rechtstaatlich bedenklich erscheinen, ist aber als letztes Zugeständnis an den Mangel der selbstständigen Definition der Unterlassensstrafbarkeit zuzugestehen »⁷⁰⁶.

433 L'existence d'une telle clause s'explique selon VON COELLN par le fait que le législateur a prévu la clause punitive de chaque disposition de la

⁶⁹⁸ LACKNER/KÜHL, § 13 N 17.

⁶⁹⁹ STRATENWERTH, AT I, § 14 N 51.

⁷⁰⁰ STRATENWERTH/WOHLERS, art. 11 N 18.

⁷⁰¹ DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 98.

⁷⁰² GRUBMILLER, p. 208. SEELMANN considère que l'existence d'un devoir d'agir répété et particulièrement pénible peut également justifier une atténuation de la peine pour le garant, BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 93.

⁷⁰³ DONATSCH/TAG, I, p. 317. STREE mentionne également le fait que l'existence de circonstances qui limitent l'exigibilité de l'acte puisse justifier le recours à la clause d'atténuation, STREE, p. 408 s. Sur la notion d'« exigibilité », cf. point 3.6 N 305.

⁷⁰⁴ DStGB-WOHLERS, § 13 N 65.

⁷⁰⁵ GRUBMILLER, p. 58.

⁷⁰⁶ GRUBMILLER, p. 58.

partie spéciale en fonction du comportement décrit. Donc, lorsque l'on est en présence d'une commission par omission, la possibilité d'atténuer la peine se justifie du simple fait qu'un comportement différent peut nécessiter une peine différente⁷⁰⁷.

Le CF partage l'avis des auteurs qui considèrent qu'une omission mérite un reproche pénal moindre : « Malgré les critiques de certains participants à la procédure de consultation, nous avons maintenu, à la *deuxième phrase* [ndr : actuel art. 11 al. 4 CP], conformément à l'avant-projet de la commission d'experts, la faculté pour le tribunal d'atténuer la peine de l'auteur. En effet, la volonté criminelle est en règle générale moindre en cas de délit de commission par omission que lors d'un comportement actif. Il existe toutefois des cas où le comportement passif est particulièrement répréhensible, comme celui de la mère qui laisse mourir de soif son enfant. C'est pourquoi le projet ne prévoit qu'une atténuation facultative. On trouve une règle semblable dans le code pénal allemand (§ 13, 2^e al., dStGB) »⁷⁰⁸.

L'on retrouve l'idée de cette gravité moindre de l'omission dans les travaux parlementaires : « Die fakultative Strafmilderung in Absatz 4 berücksichtigt, dass bei einer Straftat durch Unterlassung die aufgewendete kriminelle Energie oft geringer ist als bei einer solchen durch aktives Handeln »⁷⁰⁹.

En droit allemand, le législateur n'avait pas introduit la possibilité d'atténuer la peine tant que les termes « *Gleichwertigkeit der Unterlassungstat* » figuraient dans le projet. Ce n'est qu'après avoir remplacé ceux-ci par la clause d'équivalence, que la possibilité d'atténuer la peine a été introduite⁷¹⁰.

Selon ROXIN, l'atténuation de la peine doit entrer en ligne de compte lorsque le comportement s'écarte du *sozialer Regelablauf*, car, dans ce cas, la comparaison entre l'action et l'omission ne peut pas se faire, sur le plan du langage déjà, sans autres⁷¹¹. Cet auteur considère que les omissions qui renvoient à des situations extraordinaires doivent faire l'objet d'une atténuation du fait de la difficulté de les catégoriser au regard des infractions habituellement retenues.

⁷⁰⁷ VON COELLN, p. 27 s.

⁷⁰⁸ MCF 1998, p. 1808.

⁷⁰⁹ VALLENDER, BOCN 2001 532, p. 542.

⁷¹⁰ Cf. ROXIN, AT II, § 32 N 222. Au sujet de la clause d'équivalence en droit allemand, cf. point 4.1.3.

⁷¹¹ ROXIN, Kausalität, p. 84.

438 Un exemple d'atténuation légale en cas de commission par omission (qui était en réalité une norme qui disqualifiait l'infraction en contravention) se trouvait à l'art. 42 al. 3 de l'ancienne loi fédérale du 8 octobre 1971 sur la protection des eaux contre la pollution⁷¹².

439 SEELMANN craint que l'existence de la possibilité d'atténuer la peine puisse avoir pour conséquence que l'on conclue à la punissabilité de la commission même dans les cas où il peut y avoir des doutes au sujet de la condition d'équivalence⁷¹³. Cet auteur pense également que des cas dans lesquels l'on exige du garant qu'il sacrifie ses propres intérêts peuvent justifier le recours à la clause d'atténuation en cas de violation du devoir d'agir, même lorsque les intérêts du tiers sont supérieurs⁷¹⁴. Selon cet auteur, le fait que l'atténuation ne soit que facultative et non obligatoire, découle du fait que certaines omissions méritent d'être particulièrement blâmées, comme le cas de la mère qui laisse son enfant mourir de faim⁷¹⁵.

440 Selon STRATENWERTH, la difficulté de distinguer entre la participation à titre principal et accessoire en matière de commission par omission est un argument en faveur de l'existence de la clause d'atténuation de l'art. 11 al. 4 CP. En effet, puisque la violation de son devoir d'agir fait du garant un auteur direct, la question de la participation accessoire est marginale⁷¹⁶. Par conséquent, l'atténuation de la peine de l'art. 25 CP ou le fait que la tentative et la complicité ne soient pas punissables en matière de contraventions (art. 105 al. 2 CP) par exemple ne s'appliquent que rarement en matière de commission par omission. Un deuxième argument avancé par cet auteur est que le caractère illicite est, à son avis, moindre en matière d'omissions⁷¹⁷.

3.11.2 Notre position

441 L'introduction d'une clause d'atténuation de la peine semble être en contradiction, sur le plan logique déjà, avec l'exigence de l'équivalence entre la commission et l'omission exprimée à l'art. 11 al. 3 CP⁷¹⁸.

⁷¹² Cf. VEST, *Garantenpflicht*, p. 307.

⁷¹³ BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 92.

⁷¹⁴ BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 94. Dans le même sens, STRATENWERTH, AT I, § 14 N 51.

⁷¹⁵ BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 95.

⁷¹⁶ Au sujet de la participation à titre principal en matière de commission par omission, cf. points 3.12.1.2 s. Sur la question de la participation accessoire, cf. point 3.12.2.2.

⁷¹⁷ STRATENWERTH, AT I, § 15 N 17 et § 14 N 51, respectivement.

⁷¹⁸ Dans le même sens, CR CP I-CASSANI, art. 11 N 69. Pour la clause d'équivalence, cf. point 3.10.

Les arguments ayant trait au fait que l'« énergie criminelle » serait moindre en cas d'omission nous semblent être l'expression d'un jugement de valeur, non d'une analyse pénale. Or, en l'absence de critères qui permettraient de quantifier l'« énergie criminelle », une atténuation de la peine qui serait basée sur ce type de considération serait problématique au regard du principe de la légalité et de celui d'égalité (art. 8 Cst).

442

La clause de l'art. 11 al. 4 CP est également superflue au vu de la faculté du juge d'atténuer la peine (art. 48 CP), surtout en prenant en compte la très grande marge de manœuvre dont il dispose dans ce cadre, en vertu de l'art. 48a CP. La vertu que GRUBMILLER semble voir dans l'existence de l'art. 11 al. 4 CP⁷¹⁹ ne nous apparaît pas. Cette hypothèse que l'introduction de la clause de l'art. 11 al. 4 CP est le reflet du doute du législateur ne trouve pas d'appui dans les travaux préparatoires du Code pénal de 1937, ni ceux qui ont précédé l'adoption de l'art. 11 CP. Comme déjà mentionné, STOOSS lui-même considérait que l'omission contraire à un devoir d'agir et la commission devaient être toutes deux réprimées⁷²⁰. S'agissant de la définition de la punissabilité de l'omission, il a été exposé lors des débats parlementaires que la formulation de l'art. 11 al. 2 CP avait volontairement été laissée ouverte afin de permettre à la jurisprudence de se développer à l'avenir et préciser les cas dans lesquels une position de garant pouvait naître⁷²¹.

443

A notre sens, les considérations qui ont présidé à l'adoption de cette clause en droit suisse ne convainquent pas quant à l'opportunité d'y recourir, pas plus qu'elles ne garantissent le caractère « juste » d'une peine prononcée sur cette base. Elles ne sont pas le reflet d'un doute, mais d'une crainte. Cette crainte est infondée : la jurisprudence existant avant le 1^{er} janvier 2007 devrait en être la preuve déjà ; le nouvel art. 11 al. 1 à 3 CP en est la confirmation et sera le garant que cette crainte ne se justifie pas.

444

3.12 La participation

En droit suisse, l'on distingue entre la participation à titre principal et la participation à titre accessoire. La première regroupe l'activité directe, médiate et la coactivité. La seconde, fait référence à la complicité et l'instigation⁷²², formes de participation prévues aux art. 24 s. CP.

445

⁷¹⁹ Cf. point 432.

⁷²⁰ Cf. point 3.4.2.2.2 N 115 et les références citées.

⁷²¹ VALLENDER, BOCN 2001 532, p. 543. Cf. également note de bas de page 425.

⁷²² DONATSCH/TAG, I, p. 146 ; GRAVEN, DPG, p. 285, 297 ; CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 2 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 199 ss.

446 La jurisprudence et la doctrine majoritaire retiennent que la distinction entre la participation à titre principal et celle à titre accessoire se fait selon la théorie de la maîtrise de l'acte (« *Tatherrschaft* »). Selon cette théorie, est auteur principal le participant qui occupe une position centrale dans le déroulement du processus délictueux⁷²³.

447 Comme nous l'avons vu, la commission par omission implique l'existence d'un devoir juridique d'agir pour le garant⁷²⁴. Le fait que la commission par omission soit un délit propre pur⁷²⁵ a pour conséquence que seul le garant a la qualité d'*intraneus* et peut donc être l'auteur direct dans cette construction ; les personnes qui ne sont pas tenues par un devoir de garant, soit les *extranei*, ne peuvent être que des participants accessoires⁷²⁶.

448 Il convient encore de distinguer entre la participation à un délit d'omission et la participation par omission. Dans le premier cas, les règles générales sur la participation trouvent application, selon la doctrine majoritaire⁷²⁷. Le second cas de figure présente des spécificités qu'il nous paraît intéressant d'aborder.

3.12.1 La participation à titre principal

3.12.1.1 Introduction

449 Au titre de la participation à titre principal, l'on distingue, ainsi que nous l'avons dit⁷²⁸, entre l'auteur direct, l'auteur médiat et la coactivité⁷²⁹. Quelle

⁷²³ ATF 118 IV 227, consid. 5-d-aa, JT 1994 IV 170 ; ATF 118 IV 397, consid. 2-b, JT 1995 IV 70 ; ATF 120 IV 17, consid. 2-d ; ATF 120 IV 136, consid. 2-b ; ATF 120 IV 265, consid. 2-c-aa ; ATF 133 IV 76, consid. 2.7 ; DONATSCH/TAG, I, p. 168 ; GRAVEN, DPG, p. 286 ; HURTADO POZO, DPG, n 1079 ss ; RIKLIN, AT I, § 18 n 9 s. ; SEELMANN, AT, p. 140 ss ; STRATENWERTH, AT I, § 13 n 11 ss ; CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP n 22 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 201. *Contra* : SEELMANN qui, en matière de commission par omission, propose de distinguer entre la participation à titre principal et secondaire en fonction du poids du devoir de garant. Cet auteur parle de « unterschiedliches Gewicht der Garantienpflichten » et donne l'exemple des devoirs existant entre les parents vis-à-vis de leur enfant et ceux de la *baby-sitter* vis-à-vis de ce même enfant, BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 n 77. Dans le même sens, SCHWAB, p. 90 ss.

⁷²⁴ Cf. point 3.5.

⁷²⁵ Cf. point 3.5.1 n 191.

⁷²⁶ BSK StGB I-FORSTER, art. 26 n 1 ; SEELMANN, AT, p. 159 ; CR CP I-STRÄULI, art. 26 CP n 13.

⁷²⁷ CR CP I-CASSANI, art. 11 n 63 ; DONATSCH/TAG, I, p. 318 ; SCHWAB, p. 55 ss ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 n 70 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 243. *Contra* : KAUFMANN, Dogmatik, p. 190 ss.

⁷²⁸ Cf. point 3.12 n 445.

⁷²⁹ Voir, entre autres, DONATSCH/TAG, I, p. 146 ss ; CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP n 2 ss ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 199 ss.

que soit la forme de cette participation à titre principal, l'auteur doit remplir l'ensemble des éléments constitutifs subjectifs de l'infraction en question⁷³⁰.

L'auteur direct est la personne qui réunit en sa propre personne tous les éléments constitutifs d'une infraction, que celle-ci soit tentée ou consommée. Dans le cas où cette personne a convenu, avec d'autres auteurs directs, de violer une norme pénale, l'on parlera d'activité directe commune. Enfin, dans l'hypothèse où deux auteurs directs qui, sans s'être préalablement concertés, violent la même norme pénale, l'on parle d'activité directe parallèle⁷³¹.

L'auteur médiate est la personne qui, tout en restant apparemment en retrait, utilise une autre personne comme un instrument pour perpétrer une infraction. Dans ce type de situations, la personne qui est au premier plan n'est pas un participant au sens technique. Il n'est qu'un intermédiaire qui, notamment, du fait de son jeune âge, de son état psychique ou du fait qu'il agisse sous la contrainte ou encore en étant dans l'erreur, ne répond pas de l'infraction commise ; son comportement sera considéré comme atypique, licite ou non coupable, selon les situations⁷³².

Le législateur mentionne, en passant, la coactivité à l'art. 23 al. 2 CP. Selon la doctrine, la notion de coactivité fait référence à la situation dans laquelle plusieurs personnes, mais au minimum deux, réalisent chacune, conformément à un plan commun, les éléments objectifs d'une infraction, tout en réunissant en leur for intérieur les éléments subjectifs de ladite infraction. Selon le TF, « [le] coauteur est celui qui collabore intentionnellement et de manière déterminante avec d'autres personnes dans la décision de commettre une infraction, dans son organisation ou son exécution, au point d'apparaître comme l'un des participants principaux [...] »⁷³³.

⁷³⁰ DONATSCH/TAG, I, p. 179 ; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 15 ; CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 15, 64, 86 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 202.

⁷³¹ CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 26 ss.

⁷³² Sur cette notion, et les questions intéressantes qu'elle pose, *cf.*, entre autres, DONATSCH/TAG, I, p. 181 ss ; BSK StGB I-FORSTER, Vor art. 24 N 28 ss ; CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 32 ss.

⁷³³ ATF 120 IV 136, consid. 2-b. Voir également ATF 111 IV 74, consid. 2 ; ATF 115 IV 161 consid. 2, JT 1991 IV 98 ; ATF 118 IV 397, consid. 2-b, JT 1995 IV 70 ; ATF 120 IV 265, consid. 2-c-aa, JT 1996 IV 95 ; ATF 125 IV 134, consid. 3-a ; ATF 126 IV 84, consid. 2-c-aa ; ATF 129 IV 6, consid. 5.2, JT 2005 IV 215 ; ATF 130 IV 58, consid. 9.2.1, JT 2004 I 486 ; ATF 133 IV 76, consid. 2.7 (non traduit) ; BSK StGB I-FORSTER, Vor art. 24 N 7 ss ; TRECHSEL, Praxiskommentar, Vor art. 24 N 10 ss ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 200 ss.

3.12.1.2 La participation par omission, à titre principal

453 Le critère de la maîtrise de l'acte, retenu par la jurisprudence et la doctrine majoritaire en matière de délits de commission⁷³⁴, est difficilement applicable à la commission par omission. Une des raisons à cela est que le garant ne contrôle pas la survenance d'un événement à proprement parler⁷³⁵. Nonobstant ceci, les concepts utilisés pour les délits de commission valent, avec quelques nuances cependant, en matière de commission par omission également, ainsi que nous allons le voir.

454 Selon la doctrine majoritaire, la violation du devoir d'agir suffit à retenir la qualité d'auteur pour le garant⁷³⁶. Celui-ci est donc « auteur direct » de l'infraction de commission par omission de par le fait d'avoir violé son obligation de manière intentionnelle ou, si la disposition prévoit de punir également cette forme d'intention, négligente.

455 L'activité médiate par omission n'est pas envisageable selon la doctrine majoritaire⁷³⁷. Ainsi, le garant qui laisse une autre personne, sous le coup d'une erreur, violer une disposition pénale, est l'auteur direct de la commission par omission s'il viole intentionnellement son devoir juridique d'agir, ne laissant ainsi plus de place pour une activité médiate.

456 Avec des nuances, la doctrine admet la coactivité en matière de commission par omission dans le cas où deux, ou plusieurs, garants, qui ne peuvent agir conformément à leur devoir juridique sans le concours d'au moins un autre garant, contreviennent, conformément à ce qu'ils ont convenu, audit devoir⁷³⁸. Selon STRÄULI, la coactivité est également envisageable lorsque deux

734 Cf. point 3.12.

735 SCHWAB, p. 63 ss ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 75 ; STRATENWERTH, AT I, § 15 N 15 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 263.

736 DONATSCH/TAG, I, p. 318 ; RIKLIN, AT I, § 18 N 81 ; STRATENWERTH, AT I, § 15 N 8, 15 ; CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 29. La question est cependant controversée, cf. SEELMANN, AT, p. 160 s.

737 ROXIN, Tatherrschaft, p. 471 ; STRATENWERTH, AT I, § 15 N 8 ; CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 80. *Contra* : TRECHSEL/NOLL qui retiennent cette construction comme possible en faisant un parallèle avec les délits de commission, TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 263.

738 GRAVEN, DPG, p. 287 ; STRATENWERTH, AT I, § 15 N 10. DONATSCH/TAG retiennent que c'est le fait, pour les garants, de s'être mis d'accord qui fonde la coactivité ; ces auteurs ne mentionnent pas le fait que l'intervention commune des deux garants serait nécessaire pour respecter leur devoir d'agir, DONATSCH/TAG, I, p. 318 s. Dans le même sens, HURTADO POZO, DPG, N 1340 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 263. ROXIN retient la coactivité dans le cas où un même devoir incombe aux deux garants ROXIN, Tatherrschaft, p. 469. Pour KAUFMANN, il n'existe pas de coactivité en matière de délits d'omission, KAUFMANN, Dogmatik, p. 189.

garants ont défini leur rôle de manière à ce que l'un d'entre eux ait un comportement actif et l'autre un comportement passif afin de violer la même norme⁷³⁹.

3.12.1.3 Notre solution

A titre liminaire, il est important de rappeler que l'auteur, soit le participant principal, doit réunir dans sa propre personne les éléments objectifs et subjectifs de l'infraction⁷⁴⁰. Le recours à l'art. 11 CP ne peut suppléer qu'à l'absence de l'acte constitutif de la part du garant, mais non à celle d'éléments constitutifs subjectifs, ou de mobiles. La solution retenue pour l'instigation quant à l'imputation des éléments subjectifs de la typicité de l'auteur principal au participant accessoire ne peut trouver application en matière de commission par omission. Il faut garder à l'esprit que, dans le cas de l'instigation, ce pourquoi l'on punit le participant accessoire, c'est le fait de participer à la réalisation de l'infraction, alors que dans le cas de la commission par omission, le garant est puni pour avoir violé le devoir juridique qui lui imposait d'agir afin d'éviter la survenance de cette violation ; ceci constitue une infraction distincte. Ainsi, un garant qui n'a pas le dessein d'appropriation, ne peut être puni, à titre d'auteur principal, pour violation par omission de l'art. 139 CP⁷⁴¹.

457

La notion d'« auteur direct » ne pose, en elle-même, pas de problème particulier en matière de commission par omission. Comme nous l'avons vu, est auteur direct de la commission par omission, la personne à qui incombe le devoir juridique qualifié d'agir, à savoir le garant⁷⁴².

458

En ce qui concerne la figure de l'auteur médiat, nous considérons, avec la doctrine majoritaire, que cette construction, même dans l'hypothèse dans laquelle l'on pourrait songer à une situation qui pourrait s'y prêter, n'est pas nécessaire en matière de commission par omission⁷⁴³. A titre d'illustration, nous prendrons l'exemple que donnent TRECHSEL/NOLL pour retenir une action médiante. Ces auteurs mentionnent le cas du père qui, conscient du fait que la vie de son enfant est en danger, mais dans l'incapacité d'agir lui-même, laisse la mère qui, elle, ne sait rien du danger, dans l'erreur⁷⁴⁴. Cet exemple souffre de deux problèmes à notre sens. Le premier est de

459

⁷³⁹ ROXIN, *Tatherrschaft*, p. 471 ; CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 114.

⁷⁴⁰ Cf. point 3.12.1.1 N 449.

⁷⁴¹ Cf. point 3.12.2.2 N 471.

⁷⁴² Cf. point 3.12.1.2 N 454.

⁷⁴³ Cf. point 3.12.1.2 N 455.

⁷⁴⁴ TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 263.

retenir, de manière contradictoire, que le père n'est pas en mesure d'intervenir, mais, malgré cela, lui reprocher, au titre de l'activité médiate, sa non-intervention. Les auteurs oublient ainsi que, pour retenir une omission, le garant doit être en mesure d'agir et que cet élément fait partie des conditions d'application de la commission par omission. Par ailleurs, le fait que le garant puisse prévenir la mère qui, selon les auteurs, serait en mesure d'intervenir, constitue un moyen d'agir à disposition de celui-ci⁷⁴⁵. Le deuxième problème réside dans le fait de ne pas retenir que la simple violation du devoir d'agir suffit, en principe, à qualifier le père d'auteur direct. A supposer que l'on puisse retenir une activité médiate du père, celle-ci serait superflue. En effet, la construction de l'auteur médiate a pour fonction de permettre d'atteindre l'auteur qui reste au deuxième plan. Or, dans le cas de la commission par omission, le garant est un auteur direct par la violation de son devoir. Enfin, rappelons que, si le garant peut être qualifié d'auteur médiate d'une commission, la commission par omission cède le pas devant celle-là, conformément au principe de subsidiarité⁷⁴⁶. Le recours à la figure de l'activité médiate est donc, au mieux, inutile en matière d'infractions de commission par omission⁷⁴⁷.

460

La coactivité est envisageable en matière de commission par omission dans les cas dans lesquels les deux garants, qui ne peuvent respecter leur devoir qu'en agissant de concert, ont convenu de violer le devoir qui leur incombe⁷⁴⁸. L'exigence de la participation nécessaire d'un autre garant nous semble être le critère qui permet de distinguer, dans ce type de situations, entre la participation parallèle de plusieurs auteurs directs et la coactivité. Dans le cas où les garants ont convenu de violer leur devoir particulier, alors que chacun pourrait agir seul pour le sauvegarder, il nous paraît plus conforme de qualifier ces participants d'auteurs parallèles, et non de coauteurs. La coactivité entre deux garants, dont l'un a un comportement actif et l'autre un comportement passif est également envisageable : celui qui aura adopté un comportement actif sera puni pour sa commission et non son omission⁷⁴⁹.

⁷⁴⁵ Sur la possibilité pour le garant d'agir, cf. point 3.6 et les références citées.

⁷⁴⁶ Sur le principe de subsidiarité, cf. points 3.4.3.3, 3.4.4.1.2 et 3.4.4.2.3.

⁷⁴⁷ Dans le même sens, STRATENWERTH, AT I, § 15 N 8 ; CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 80.

⁷⁴⁸ D'un avis similaire, GRAVEN, DPG, p. 287 ; STRATENWERTH, AT I, § 15 N 10 ; CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 113.

⁷⁴⁹ Cf. points 3.4.4.2.3 et 3.12.1.2.

3.12.2 La participation à titre secondaire

3.12.2.1 Introduction

La loi a prévu deux formes de participation secondaire, à savoir l'instigation et la complicité, art. 24 et 25 CP respectivement. 461

La participation accessoire ne se conçoit, comme son nom l'indique, que par rapport à une infraction principale ; l'on parle ici d'« accessoriété ». Pour que la participation accessoire soit punissable, le comportement de l'auteur principal doit, à tout le moins, être typique et illicite. La jurisprudence récente et la doctrine parlent d'« accessoriété limitée » (« *limitierte Akzessorietät* ») pour désigner cette théorie⁷⁵⁰. 462

Selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire suisses, le participant accessoire est puni non pas pour avoir participé à la faute de l'auteur principal, mais bien pour avoir contribué à la lésion ou la mise en danger du bien juridique protégé par la norme que l'auteur principal viole (« *Unrechtsteilnahme* »)⁷⁵¹. Cette contribution doit, bien évidemment, se situer en deçà d'un comportement qui réaliserait les conditions d'une participation à titre principal. 463

La participation accessoire, qu'elle se manifeste sous la forme de l'instigation ou de la complicité, ne requiert pas, contrairement à ce qui vaut en matière de participation à titre principal, que les éléments constitutifs subjectifs de l'infraction principale soient présents chez le participant accessoire. La connaissance par celui-ci de l'existence de ces éléments dans le for de l'auteur principal suffit⁷⁵². 464

⁷⁵⁰ ATF 129 IV 124, consid. 3.2, JT 2005 IV 112 ; DONATSCH/TAG, I, p. 186 ; BSK StGB I-FORSTER, art. 27 N 2 ss ; GRAVEN, DPG, p. 298 ; RIKLIN, AT I, § 18 N 74 s. ; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 86 ss ; STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 138 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 228. Pour les autres aspects de la notion d'accessoriété, nous renvoyons aux références citées.

⁷⁵¹ ATF 100 IV 1, consid. 5-c et d, JT 1976 IV 2 ; ATF 101 IV 47, consid. 4-b, JT 1976 IV 141 ; ATF 115 IV 230, consid. 2-b, JT 1991 IV 80 ; DONATSCH/TAG, I, p. 148 ; BSK StGB I-FORSTER, Vor art. 24 N 2 ss ; HURTADO POZO, DPG, N 1127 ; RIKLIN, AT I, § 18 N 60, 63 ; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 84 ; CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 123 ss. TRECHSEL/NOLL ne tranchent pas, mais notent que la théorie qui remporte l'adhésion de la jurisprudence et de la doctrine majoritaire ne répond pas à la question de savoir pourquoi l'instigateur, malgré l'absence de maîtrise relativement à la perpétration de l'infraction, se voit appliquer la même peine que l'auteur principal, TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 210 ss.

⁷⁵² GRAVEN, DPG, p. 300, 323 ; HURTADO POZO, DPG, N 1137 ; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 147 ; CR CP I-STRÄULI, art. 24 CP N 38, art. 25 N 35, art. 27 N 29.

465 L'instigateur est la personne qui « décide » autrui à commettre une infraction. Celui-là n'a, par définition, pas la maîtrise sur l'acte ; son comportement, décrit très largement à l'art. 24 CP, consiste à faire prendre, à l'instigué, la décision de commettre une infraction. L'infraction principale doit, en vertu de la théorie de l'« accessoriété réelle », avoir fait l'objet d'un commencement d'exécution, au moins⁷⁵³.

466 La notion de complicité vise les cas dans lesquels une personne « a intentionnellement prêté assistance à l'auteur » pour commettre l'infraction. Cette assistance peut être physique ou psychique, les deux formes ne s'excluant pas⁷⁵⁴.

3.12.2.2 La participation par omission, à titre accessoire

467 La doctrine majoritaire retient que l'instigation par omission n'est pas envisageable⁷⁵⁵. Selon ces auteurs, le fait d'instiguer suppose un comportement actif, ce qui exclut donc de pouvoir retenir une commission par omission en relation avec l'art. 24 CP. Le TF a laissé la question ouverte dans un ATF 116 IV 1⁷⁵⁶. Cependant, à la lecture d'autres arrêts, notre Haute Cour semble, elle aussi, exclure que l'instigation puisse être le fait d'un comportement passif⁷⁵⁷.

468 Ainsi que nous l'avons vu, pour un garant, le « simple » fait d'adopter un comportement qui viole son devoir juridique d'agir fait de lui un auteur principal⁷⁵⁸. De ce fait, la complicité par omission ne devrait *a priori* pas trouver application. Tant la jurisprudence que la doctrine retiennent nonobstant qu'une complicité par omission est réalisée dans certaines situations⁷⁵⁹. Le premier cas

⁷⁵³ Au sujet de la notion d'« accessoriété réelle », cf., entre autres, ATF 81 IV 285, consid. II-1-b, JT 1956 IV 12 ; ATF 123 IV 9, consid. 2-b, JT 1998 IV 138 ; ATF 128 IV 11, consid. 2-a ; ATF 130 IV 131, consid. 2.4 ; DONATSCH/TAG, I, p. 186 ; GRAVEN, DPG, p. 298 ; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 89 ; STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 141 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 228. Sur la notion d'« instigateur », cf. STRATENWERTH, AT I, § 13 N 95 ss et les références citées.

⁷⁵⁴ Au sujet de la complicité, cf. DONATSCH/TAG, I, p. 158 ss ; HURTADO POZO, DPG, N 1161 ss ; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 112 ss ; CR CP I-STRÄULI, art. 25 CP N 1 ss.

⁷⁵⁵ CR CP I-CASSANI, art. 11 N 64 ; DONATSCH/TAG, I, p. 149, 318 ; BSK StGB I-FORSTER, art. 24 N 13 ; GRAVEN, DPG, p. 298 ; MOREILLON, Infraction par omission, p. 124 s. ; SCHWAB, p. 60 s. ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 71 ; SEELMANN, AT, p. 160 ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 24 N 4 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 263. *Contra* : CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 58.

⁷⁵⁶ ATF 116 IV 1, consid. 3-c, JT 1991 IV 162.

⁷⁵⁷ Cf., par exemple, ATF 127 IV 122, consid. 2-b-aa, JT 2002 IV 118 qui parle de « motivierende[s] Verhalten des Anstifters » ou l'ATF 128 IV 11, consid. 2-a dans lequel le TF considère que « [l']instigation implique [...] une influence psychique ou intellectuelle directe ».

⁷⁵⁸ Cf. point 3.12.1.2 N 454.

⁷⁵⁹ ATF 79 IV 145, consid. unique ; ATF 113 IV 68, consid. 6-c, JT 1988 IV 74 (arrêt dans lequel le TF mentionne la complicité par omission d'abus de confiance que l'instance inférieure

envisageable est celui des délits propres : lorsque le garant est un *extraneus* au regard de l'infraction considérée, il ne peut être un participant principal, selon la théorie générale en matière de délits propres ; seul l'*intraneus* peut remplir ce rôle⁷⁶⁰. Dans un tel cas, la possibilité de retenir une complicité par omission à l'encontre du garant reste ouverte⁷⁶¹. Le deuxième cas de figure vise les situations dans lesquelles le garant ne réunit pas en son for intérieur tous les éléments subjectifs de la typicité, qu'il s'agisse d'éléments constitutifs subjectifs ou de mobiles. Faute de remplir ces éléments, le garant ne peut répondre à titre principal⁷⁶², il ne reste donc que la solution d'une complicité par omission pour appréhender son comportement⁷⁶³. Pour les auteurs, doctrine majoritaire, qui adhèrent à la théorie des délits personnalissimes (« *eigenhändige Delikte* »)⁷⁶⁴, le garant qui ne revêt pas cette qualité ne peut en être que le complice par omission⁷⁶⁵. Enfin, la quatrième hypothèse est celle envisagée par STRÄULI, à savoir les cas dans lesquels le garant a la charge de surveiller une personne et que celle-ci agit comme complice d'une infraction : le garant répondra ici de complicité par omission, s'il n'agit pas conformément au devoir qui lui incombe⁷⁶⁶.

3.12.2.3 Notre solution

Il n'est pas absolument exclu qu'il puisse exister des cas dans lesquels une instigation par omission pourrait théoriquement être envisagée⁷⁶⁷. Cependant,

469

a retenue) ; ATF 118 IV 309, consid. 1-c ; ATF 121 IV 109, consid. 3-a ; DONATSCH/TAG, I, p. 318 ; MEYER, p. 28, 49 s. ; RIKLIN, AT I, § 19 N 37 ; STRATENWERTH, AT I, § 15 N 16 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 220. Voir également arrêt du tribunal supérieur de Zurich du 17 novembre 1964 publié dans SJZ 62 N 90 p. 158, au sujet de la complicité des parents qui ne font rien alors que leur enfant de moins de seize ans a des rapports sexuels avec un adulte.

⁷⁶⁰ BSK StGB I-FORSTER, art. 26 N 1 ; SEELMANN, AT, p. 159 s. ; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 16 ; CR CP I-STRÄULI, art. 26 CP N 13. Cf. point 3.12 N 447.

⁷⁶¹ DONATSCH/TAG, I, p. 318 ; MEYER, p. 50 ; RIKLIN, AT I, § 19 N 36 ; STRATENWERTH, AT I, § 15 N 16 ; CR CP I-STRÄULI, art. 25 CP N 48.

⁷⁶² DONATSCH/TAG, I, p. 179 ; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 15 ; CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 15, 64, 86 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 202. Cf. point 3.12.1.1 également.

⁷⁶³ RIKLIN, AT I, § 19 N 36 ; STRATENWERTH, AT I, § 15 N 16 ; CR CP I-STRÄULI, art. 25 CP N 49.

⁷⁶⁴ DONATSCH/TAG, I, p. 185 ; HURTADO POZO, DPG, N 1103 ; KILLIAS *et al.*, DPG, p. 37, 88 ; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 17 s. ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 209 ; VEST, Mittäterschaft, p. 113 ss ; WOHLERS, Delikte, p. 95 ss.

⁷⁶⁵ STRATENWERTH, AT I, § 15 N 16. Cf. également les auteurs cités note de bas de page 764, pour qui cela est une conséquence logique.

⁷⁶⁶ CP I-STRÄULI, art. 25 N 50. Cf. point 3.12.2.3.

⁷⁶⁷ Pour certains auteurs allemands l'instigation par omission est tout à fait concevable, cf. SK DStGB-RUDOLPHI, Vor § 13 N 42 et les références qui y sont citées.

même si l'on parvient à créer une telle figure, celle-ci s'effacera devant la commission par omission que l'auteur aura « commise » à titre principal. En effet, la qualité de garant de l'instigateur implique que la violation de son devoir juridique d'agir fait de lui un auteur principal, ainsi que nous l'avons déjà dit⁷⁶⁸. En vertu des règles générales relatives à la relation entre la participation à titre principal et accessoire : celle-là prime celle-ci⁷⁶⁹.

470 Avec STRÄULI, nous pensons qu'une instigation par commission par omission peut, malgré tout, se réaliser dans le cas où une personne A est chargée de surveiller une autre personne B. Si A voit que B instigue C à commettre une infraction et qu'il n'intervient pas, alors, si C commet l'infraction, A répondra, en tant qu'instigateur par omission, pour avoir laissé B instiguer C⁷⁷⁰.

471 Pour illustrer les cas de complicité par omission, nous allons reprendre un exemple connu de la doctrine, celui du veilleur de nuit qui ne referme pas la porte pour permettre à d'autres personnes de commettre un vol⁷⁷¹. Le veilleur occupe ici, par hypothèse, une position de garant par rapport aux biens juridiques dont il a la garde, le patrimoine de l'employeur et la liberté, plus précisément la paix domiciliaire⁷⁷². En ne fermant pas la porte, le veilleur omet d'agir conformément à son devoir. Son omission constitue une manière de « prêter assistance » aux voleurs. Dans le cas où lui-même n'a pas le dessein d'appropriation, soit le dessein d'intégrer durablement les choses à son patrimoine, il ne peut être auteur à titre principal du vol⁷⁷³. Il ne reste ainsi que la possibilité de qualifier son comportement de complicité par omission de vol (art. 25 et 11 *cum* 139 CP). La violation de domicile que les voleurs commettent ne requiert pas d'élément subjectif⁷⁷⁴. Le veilleur de nuit, en sa qualité de

⁷⁶⁸ Cf. point 3.12.1.2 N 454.

⁷⁶⁹ Cf. point 3.12.3.1 N 475.

⁷⁷⁰ CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 58.

⁷⁷¹ CR CP-CASSANI, art. 11 N 66 ; GRAVEN, DPG, p. 292 s. ; HURTADO POZO, DPG, N 1340 ; RIKLIN, AT I, § 19 N 37 ; STRATENWERTH, AT I, § 15 N 16.

⁷⁷² S'il s'agissait d'un membre de l'équipe de nettoyage qui, voyant une porte, qu'il n'emprunte pas, ouverte, la laisse ainsi, il n'y aurait pas de complicité punissable par omission car les membres de l'équipe de nettoyage n'ont pas pour devoir de veiller sur les lieux et les objets de l'entreprise. Si, par contre, celui-ci ouvre ladite porte, alors il y a complicité de vol (art. 25 *cum* 186 CP) ; il en va de même de la violation de domicile (art. 25 en relation avec l'art. 186 CP).

⁷⁷³ Le dessein d'enrichissement illégitime est réalisé, même si l'enrichissement poursuivi est celui d'un tiers : « pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime », art. 139 ch. 1 CP.

⁷⁷⁴ Dans le même sens, STRATENWERTH, AT I, § 15 N 16 ; CR CP I-STRÄULI, art. 25 N 49. Dans un tel cas, même l'art. 137 CP, malgré son caractère de norme de base en matière d'infractions d'appropriation, ne peut trouver application puisqu'il exige également un

garant, répondra donc à titre d'auteur principal de son omission relative à la violation de l'art. 186 CP (art. 11 en combinaison avec l'art. 186 CP)⁷⁷⁵. Si le veilleur de nuit a le dessein d'appropriation, et que les autres éléments de la typicité sont donnés, il sera auteur principal de la commission par omission de vol (art. 11 et 139 CP).

Dans le cas des infractions propres pures de commission, le participant qui ne revêt pas la qualité d'*intranus* ne peut être un auteur à titre principal⁷⁷⁶ ; il en va de même en ce qui concerne la commission par omission. A l'instar de ce qui vaut en matière de délits de commission, le recours à la construction de la complicité permet d'appréhender ce type de situations⁷⁷⁷. Ainsi, si le garant laisse l'*intranus*, qu'il a le devoir de surveiller, commettre une infraction, seule la complicité par omission pourra être retenue contre lui.

Avec le TF et la doctrine minoritaire, nous excluons, ainsi que nous l'avons déjà dit⁷⁷⁸, l'existence des délits personalissimes⁷⁷⁹. L'hypothèse de retenir une complicité par omission dans ce type de cas dépend des autres critères ayant trait à la qualité que revêt le garant, notamment à la question de savoir s'il est un *extraneus*, mais non du fait que la norme envisagée requerrait l'accomplissement de l'acte constitutif de la propre main de l'auteur. La commis-

472

473

dessein d'appropriation. Dans le cas des art. 111 ss CP cependant, même s'il ne remplit pas les éléments constitutifs subjectifs de l'infraction, le garant peut répondre sur la base de l'art. 11 *cum* 111 CP. Ainsi, s'il n'empêche pas l'assassinat d'une personne sur laquelle il doit veiller, pour autant qu'il ne remplisse pas la condition de « [l']absence particulière de scrupules », il sera tenu pour responsable, non pas de complicité par omission d'assassinat, mais bien de meurtre par omission, en vertu des art. 11 et 111 CP, cela en vertu des règles sur le concours en matière de participation : cf. point 3.12.3.

⁷⁷⁵ CR CP I-STRÄULI, art. 25 N 49.

⁷⁷⁶ Cf. point 3.12.2.2 N 468 et les références citées.

⁷⁷⁷ DONATSCH/TAG, I, p. 318 ; STRATENWERTH, AT I, § 15 N 16 ; CR CP I-STRÄULI, art. 25 N 48.

⁷⁷⁸ Cf. point 3.10.2.2 N 424.

⁷⁷⁹ Dans une série d'arrêts rendus en matière de circulation routière, le TF a changé plusieurs fois d'avis quant à la place qu'occupait le participant à l'infraction, celui-ci étant un participant à titre principal (coauteur : ATF 98 IV 11, consid. 2 ss (non traduit)), puis, suite à un revirement de jurisprudence, le participant ne pouvait revêtir que le rôle de complice ou instigateur (ATF 116 IV 71, consid. 3-a et b, JT 1990 I 727 ; ATF 117 IV 186, consid. 2, JT 1991 I 730) pour, dans un ATF 126 IV 84, consid. 2, finalement retenir que le participant qui ne prenait pas lui-même le volant pouvait être un coauteur. Actuellement, selon le TF : « Tatbestandsmässige Ausführungshandlungen sind keine notwendige Voraussetzung für die Annahme von Mittäterschaft », l'arrêt (non publié) du 22 décembre 2009, dans la cause 6B_746/2009, consid. 4.5. Excluent également l'existence des délits personalissimes : BSK StGB I-FORSTER, Vor art. 24 N 33, 41 ; GRAVEN, DPG, p. 96 ; SCHUBARTH, Täterschaft, p. 325 ss ; CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 35.

sion par omission ne pourrait, dans un tel cas, jamais donner naissance à une activité à titre principal, puisque le garant n'accomplit précisément pas le comportement actif décrit par la norme pénale en question.

474 Comme pour l'instigation par omission, une complicité par omission peut également être retenue contre le garant qui, chargé de surveiller une personne, laisse celle-ci être complice d'une infraction, par exemple un vol. Dans un tel cas, le garant sera, de ce fait, lui-même complice par omission du vol (art. 25 CP en relation avec les art. 11 *cum* 139 CP)⁷⁸⁰.

3.12.3 Le concours en matière de participation

3.12.3.1 Dans le cas d'une commission

475 Ainsi que nous l'avons vu, la jurisprudence et la doctrine majoritaire suisses ont retenu comme fondement à la punissabilité du participant accessoire le fait que celui-ci, par sa contribution à l'infraction principale, commette un acte illégitime. L'une des conséquences logiques de cette théorie est que la participation accessoire cède le pas devant la participation à titre principal⁷⁸¹.

476 Selon la doctrine majoritaire, l'instigation doit primer la complicité, puisque celle-ci bénéficie obligatoirement d'une atténuation de peine, contrairement au régime prévu à l'art. 24 CP⁷⁸².

3.12.3.2 Notre solution dans le cas d'une commission par omission

477 Comme en matière de délits de commission, la participation à titre principal prime la participation à titre accessoire ; il n'y a pas de raison de déroger à cette règle en matière de commission par omission. Le concours idéal doit être imparfait pour un garant qui, par une seule violation de son devoir, enfreindrait deux normes, une fois à titre principal, une fois en tant que participant

⁷⁸⁰ CR CP I-STRÄULI, art. 25 N 50.

⁷⁸¹ ATF 100 IV 1, consid. 5-b, JT 176 IV 2 ; ATF 101 IV 47, consid. 4-b, JT 1976 IV 141 ; ATF 115 IV 230, consid. 2-b, JT 1991 IV 80 ; DONATSCH/TAG, I, p. 192 ; BSK StGB I-FORSTER, Vor art. 24 N 3, 63 ; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 162 ; CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 157 ; TRECHSEL, Praxiskommentar, Vor art. 24 N 32 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 234. Cf. également point 3.12.2.1 N 463 au sujet de cette *Unrechtsteilnahmetheorie*.

⁷⁸² KILLIAS *et al.*, DPG, p. 99 ; RIKLIN, AT I, § 18 N 59 ; STRATENWERTH, AT I, § 13 N 162 ; CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 158 ; TRECHSEL, Praxiskommentar, Vor art. 24 N 32 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 234. Du même avis apparemment, mais sans trancher clairement : DONATSCH/TAG, I, p. 192 ; BSK StGB I-FORSTER, Vor art. 24 N 63.

accessoire. Ainsi, le garant qui n'agit pas conformément à son devoir et permet de cette manière à la personne sur laquelle il doit veiller de commettre un assassinat, répondra uniquement d'homicide par omission, s'il ne réalise pas en son for intérieur la condition de « [l']absence particulière de scrupules » de l'art. 112 CP. Dans un tel cas, il pourrait, théoriquement du moins, se voir également reprocher une complicité par omission d'assassinat⁷⁸³, cependant, en vertu des règles sur le concours en matière de participation, seule sa participation à titre principal, soit l'homicide par omission (art. 11 *cum* 111 CP), sera retenue à son encontre⁷⁸⁴.

Le concours entre l'instigation et la complicité, toutes deux par omission, suit, à notre avis, la règle qui vaut en matière de délits de commission : l'instigation prime la complicité⁷⁸⁵. 478

Dans les situations dans lesquelles se pose la question de savoir comment régler le concours entre la participation à une commission et celle à une commission par omission, il faut garder à l'esprit que le principe de subsidiarité règle le rapport entre les deux formes de comportement, la première l'emportant sur la seconde⁷⁸⁶. 479

3.12.4 Conclusion

En matière de commission par omission, le garant n'a pas, à proprement parler, la maîtrise de l'acte au sens de ce qui vaut pour les délits de commission⁷⁸⁷. La conséquence en est que l'opportunité de distinguer entre la participation à titre principal et celle à titre accessoire, de même que l'existence de cette distinction, sont controversées⁷⁸⁸. Cependant, ainsi que nous l'avons exposé, non seulement la distinction est possible, mais la problématique de la participation en matière de commission par omission peut se régler, avec quelques nuances, grâce aux mêmes principes que ceux qui valent pour les délits de commission. 480

Toutes les formes de participation, principale ou accessoire, sont ainsi envisageables, toujours en tenant compte des spécificités de la commission 481

⁷⁸³ Cf. points 3.12.2.2 N 468 et 3.12.2.3 N 471.

⁷⁸⁴ Cf. point 3.12.3.1 N 475. Voir également la note de bas de page 774.

⁷⁸⁵ Cf. point 3.12.3.1 N 476 et les références citées.

⁷⁸⁶ Au sujet de ce principe, cf. points 3.4.3.3, 3.4.4.1.2 et 3.4.4.2.3.

⁷⁸⁷ Pour un exposé plus détaillé, cf. ROXIN, *Tatherrschaft*, p. 462 ss.

⁷⁸⁸ ROXIN, AT II, § 31 N 125 ss ; SCHWAB, p. 63 ss ; SEELMANN, AT, p. 160 s. ; STRATENWERTH, AT I, § 15 N 16.

par omission, notamment du fait, et nous avons insisté sur ce point, que la violation du devoir d'agir fait du garant un auteur principal de l'infraction. A titre d'exemple, contrairement à ce que retient la doctrine majoritaire suisse, l'instigation par omission est ainsi concevable dans certains cas⁷⁸⁹.

482 Le concours en matière de participation à la même infraction répond également aux principes dégagés dans le domaine des délits de commission : la participation à titre principal prime celle à titre accessoire ; lorsqu'il s'agit de trancher la question du concours entre l'instigation et la complicité, la première doit l'emporter, au vu du fait que l'art. 25 CP impose une atténuation de peine, alors que l'art. 24 CP l'exclut.

3.13 Les degrés de réalisation

483 La doctrine admet que la tentative en matière de commission par omission est punissable⁷⁹⁰.

484 Sur le plan conceptuel, il est possible de distinguer, à notre sens, entre une tentative de commission par omission de, par hypothèse, lésion corporelle simple et une commission par omission de tentative de lésion corporelle simple. Dans le premier cas, le garant tente de ne pas respecter ses devoirs, mais cette tentative n'a pas pour conséquence une violation de l'art. 123 CP par un tiers. Dans le deuxième cas, l'auteur de la lésion corporelle simple a tenté, mais n'a pas pu commettre ladite lésion, le garant, de son côté, n'ayant rien entrepris pour l'empêcher. Cette distinction ne devrait pas avoir de portée pratique cependant : dans les deux cas il s'agit d'un délit manqué (art. 22 al. 1 CP) en ce qui concerne le garant.

485 En principe, la figure de la commission par omission suit les règles de la commission, en ce qui concerne les degrés de réalisation⁷⁹¹. La tentative par omission est, par ailleurs, envisageable pour la période de temps située entre le moment où le devoir de garant prend naissance et la survenance du résultat⁷⁹². En ce qui concerne les formes que peut prendre la tentative, elles dépendent du moment que l'on considère comme le « début d'exécution » de l'omission.

⁷⁸⁹ Cf. point 3.12.2.3 n 470.

⁷⁹⁰ CR CP I-CASSANI, art. 11 n 62 ; DONATSCH/TAG, I, p. 317 ; GRAVEN, DPG, p. 266 ; SK DStGB-RUDOLPHI, Vor § 13 n 55 ss ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 n 78 ss. TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 262.

⁷⁹¹ GRAVEN, DPG, p. 266 s. ; STRATENWERTH, AT I, § 15 n 4 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 262. Pour un aperçu de la discussion qui a eu lieu à ce sujet, cf. MOHLER, p. 28 ss.

⁷⁹² DONATSCH/TAG, I, p. 317 ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 n 79 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 262.

La question du début d'exécution en matière de commission par omission est controversée en doctrine. Les auteurs hésitent à situer ce moment lorsque le garant laisse passer la première occasion d'agir, lorsque l'abstention fait naître un danger immédiat pour le bien juridique ou accroît un danger préexistant ou, troisième moment, lorsque le garant ne saisit pas la dernière chance de sauvegarder le bien juridique qu'il est censé protéger. C'est la solution médiane qui a les faveurs de la doctrine majoritaire suisse⁷⁹³. Nous adhérons à cette solution qui permet de retenir tant la tentative achevée qu'inachevée, de même que le délit impossible, soit toutes les formes de tentative prévues par le législateur, contrairement à la solution préconisée par SEELMANN qui ne laisse place qu'à un délit manqué, au repentir actif ou à un délit impossible⁷⁹⁴.

486

En tant qu'infraction qui vient se greffer sur une commission, la commission par omission est bien entendu dépendante de l'analyse de ladite commission. Si l'auteur de la commission mène son activité jusqu'au bout, le garant répondra d'une commission par omission sur une infraction consommée. Si, en revanche, l'auteur de la commission s'arrête au stade de la tentative, alors le garant répondra d'une commission par omission d'une infraction tentée. Enfin, si l'auteur s'arrête au niveau des actes préparatoires, qui ne sont pas punissables sauf disposition contraire, ou même avant le début d'une quelconque exécution, le garant peut répondre d'une tentative de commission par omission.

487

Ainsi, dans le cas d'une infraction matérielle comme les lésions corporelles simples, si le garant intervient pour empêcher la survenance du résultat, après avoir permis à l'auteur de commencer l'exécution de son infraction (donc consommé son omission), mais avant que ledit résultat ne survienne, l'on retiendra une commission par omission de lésions corporelles simples sous la forme d'un repentir actif, pour le garant, et un délit manqué de lésions corporelles simples pour l'auteur de la commission. Le désistement est bien entendu concevable selon les cas. Lorsque l'auteur de la commission met fin à son début d'exécution, alors que le garant n'a rien entrepris, il y aura une commission par omission de lésions corporelles simples sous la forme d'un

488

⁷⁹³ CR CP I-CASSANI, art. 11 N 62 ; GRAVEN, DPG, p. 266 ; STRATENWERTH, AT I, § 15 N 3 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 262. Apparemment du même avis, DONATSCH/TAG, I, p. 317. En faveur de la solution de la dernière chance d'intervention, KAUFMANN, Dogmatik, p. 210 ss ; BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 81.

⁷⁹⁴ BSK StGB I-SEELMANN, art. 11 N 81. Sur ces différentes notions, cf., notamment, DONATSCH/TAG, I, p. 128 ss ; CR CP I-HURTADO POZO, art. 22 N 7 ; STRATENWERTH, AT I, § 12 N 7 ss. La matière est restée identique par rapport à l'ancien droit, cf. donc également GRAVEN au sujet de ces différentes formes de tentative, GRAVEN, DPG, p. 269 ss.

repentir actif et une tentative, sous la forme d'un repentir actif, de lésions corporelles simples pour l'auteur qui commet.

489 L'intérêt de ces distinctions est avant tout d'ordre théorique. En pratique, il sera en effet difficile d'identifier et prouver, en l'absence d'une infraction consommée, l'omission du garant. Le TF n'a, à notre connaissance, pas encore traité la question de la tentative en matière de commission par omission.

3.14 Le concours

490 La question du concours peut également se poser en matière de commission par omission. Les règles générales sur le concours valent logiquement en matière de délits de commission par omission également. Ainsi, un délit de mise en danger cède le pas devant un délit de lésion ou une norme spéciale prime une norme générale⁷⁹⁵.

491 Lorsque le garant laisse passer plusieurs opportunités d'agir en vue d'atteindre le résultat, il n'y a pas de concours réel entre ces différentes omissions : il convient de retenir, à notre avis, l'unicité d'action comme cause d'imperfection⁷⁹⁶.

492 En cas de comportement du garant qui relèverait à la fois d'une commission et d'une commission par omission pour la même norme considérée, le principe de subsidiarité impose de donner la préférence au comportement actif, excluant de ce fait un concours idéal parfait⁷⁹⁷.

493 La question du concours peut parfois être délicate lorsqu'il s'agit de trancher le concours entre, d'un côté, une omission proprement dite et, de l'autre, une commission par omission. Ainsi, pour STREE, il n'y a pas de concours idéal parfait possible entre les omissions proprement dites et les délits de commission par omission : « Steht neben der allgemeinen Handlungspflicht eine Garantspflicht, so stellt diese gegenüber der allg. Pflicht kein aliud, sondern ein maius dar, so dass Idealkonkurrenz zwischen unechten und echten Unterlassungsdelikten idR nicht möglich ist »⁷⁹⁸.

494 A notre sens, lorsque l'auteur a créé un risque qui s'est concrétisé et a eu pour conséquence de blesser la victime, il y a un devoir d'agir pour la sauver

⁷⁹⁵ Au sujet du concours en droit suisse, *cf.*, entre autres, DONATSCH/TAG, I, p. 392 ss ; SEELMANN, AT, p. 177 ss ; STRATENWERTH, AT I, §§ 18 et 19.

⁷⁹⁶ Dans le même sens, BSK StGB I-ACKERMANN, art. 49 N 29.

⁷⁹⁷ Au sujet du principe de subsidiarité, *cf.* points 3.4.3.3, 3.4.4.1.2 et 3.4.4.2.3.

⁷⁹⁸ DStGB K-STREE, § 13 N 58. Dans le même sens, SK DStGB-RUDOLPHI, § 13 N 19.

qui découle de l'art. 128 CP, de même que le garant peut répondre en vertu de l'art. 11 al. 2 lit. d CP. Le concours réel devrait, dans un tel cas, suivre les règles valables pour les délits de commission : le garant répond, au vu de l'art. 11 al. 2 lit. d CP, de lésions corporelles, graves ou simples (art. 122 s. CP), par omission, en concours réel parfait avec une omission de prêter secours, au sens de l'art. 128 CP⁷⁹⁹.

Bien que l'art. 128 CP ne fonde pas une position de garant⁸⁰⁰, celle-ci peut 495
résulter, à notre avis, d'un autre devoir, par exemple celui du parent ayant l'autorité parentale (art. 296, 301 s. CC). Dans un tel cas, le garant répond, en principe, du comportement de la personne dont il a la charge de surveillance. Il est ainsi possible d'avoir une commission par omission pour l'art. 128 al. 1 CP, malgré le fait que le TF et la doctrine considèrent que cet article réprime une omission proprement dite⁸⁰¹ : dans le cas où un parent voit son enfant de six ans blesser quelqu'un et qu'il ne secourt pas la victime, le parent répondra de lésions corporelles (art. 122 ou 123 CP) par omission et d'une omission de prêter secours. En ce qui concerne l'art. 128 al. 2 CP, une commission par omission est également possible, pour autant qu'il existe une position de garant, et donc un devoir juridique qualifié d'agir, sur une autre base. En reprenant l'exemple précédent : si le parent voit l'enfant entraver les secours, mais ne fait rien, il sera possible de reprocher à celui-là une omission de prêter secours. Les autres règles sur le concours restent applicables, notamment celles qui concernent le concours entre les art. 111 ss, 122 s. et 128 CP⁸⁰².

Malgré la très grande similitude avec la formulation de l'art. 11 CP, 496
l'art. 127 CP, qui réprime, pour partie, une omission proprement dite⁸⁰³, ne fonde pas une position de garant, conformément à la définition que nous avons adoptée dans le cadre de notre travail⁸⁰⁴. Lorsque se pose la question

⁷⁹⁹ Pour le concours réel entre les lésions corporelles et l'omission de prêter secours, cf. ATF 111 IV 123, consid. 2-b ; arrêt (non publié) du 25 mars 2006, dans la cause 6P.113/2005, consid. 8 ; BSK StGB II-MAEDER, art. 128 N 73 s. Le concours est controversé en matière de délits de commission. Ainsi, STRATENWERTH n'admet-il le concours réel parfait entre la commission et l'omission de prêter secours que dans le cas où la lésion ultérieure dépasse ce que l'auteur avait prévu, STRATENWERTH, BT I, § 4 N 81. Dans le même sens, SCHUBARTH, Kommentar, art. 128 N 37 ; ULLRICH, p. 139.

⁸⁰⁰ CORBOZ, Homicide, p. 214 s. ; DONATSCH, Strafrecht III, p. 59 ; MOREILLON, Omission de porter secours, p. 243 ss.

⁸⁰¹ Cf., entre autres, ATF 121 IV 18, consid. 2-a ; BSK StGB II-MAEDER, art. 128 N 35.

⁸⁰² Cf. note de bas de page 799.

⁸⁰³ Sur cette notion, cf. point 3.4.2.2.1.

⁸⁰⁴ Nous réservons les termes « garant » et « position de garant » aux cas dans lesquels nous nous référons à une commission par omission. Sur ce sujet, cf. point 3.5. Cependant, il

du concours de l'art. 127 CP avec des infractions pour lesquelles l'auteur répond au titre de garant, il faut appliquer les règles classiques relatives au concours. Ainsi, s'il y a une lésion, par exemple en vertu des art. 122, 123 ou 111 CP, alors le délit de lésion l'emporte et absorbe le délit de mise en danger de l'art. 127 CP.

3.15 La prescription

497 S'agissant de la prescription de l'action pénale en lien avec un délit de commission par omission, nous partageons l'avis du TF et de la doctrine. Pour cette raison, cette partie se limitera à un bref exposé des questions principales qui pourraient se poser dans ce domaine s'agissant du point de départ de la prescription (art. 98 CP).

498 Le TF a eu l'occasion de se prononcer sur la question de la prescription de l'action pénale, avant l'entrée en vigueur de l'art. 11 CP, à l'occasion d'un ATF 122 IV 61. Notre Haute Cour a ainsi tranché que, en matière de commission par omission, le point de départ est celui où « le garant aurait dû agir ; si ce devoir est durable, alors la prescription ne commence à courir qu'à partir du moment où les obligations du garant prennent fin »⁸⁰⁵. Bien que les règles gouvernant la prescription aient été refondues depuis cet arrêt, le TF a eu l'occasion de confirmer ces principes depuis⁸⁰⁶.

499 La doctrine retient, à l'instar du TF, que la prescription en matière de délits de commission par omission commence à courir le jour où le garant aurait dû agir ou, s'il s'agit d'un délit continu, au moment où le devoir du garant prend fin⁸⁰⁷. Le moment où le garant a agi conformément à son devoir marque bien entendu également le point de départ de la prescription.

va de soi que l'« auteur » de l'art. 127 CP est garant par ailleurs, en vertu du devoir de veiller sur la victime, par exemple. Cet article vise donc les garants, mais ne fonde pas la position de garant : il réprime soit une commission (« exposer à un danger »), soit une omission proprement dite (« abandonner en un tel danger »).

⁸⁰⁵ ATF 122 IV 61, consid. 2-a.

⁸⁰⁶ Cf., entre autres, arrêt du 11 août 2008, dans la cause 6B_627/2007 (extraits publiés aux ATF 134 IV 297), consid. 4.4 ; arrêt (non publié) du 1^{er} mai 2009, dans la cause 6B_1026/2008, consid. 2.2.1.

⁸⁰⁷ DONATSCH/TAG, I, p. 420 ; KILLIAS *et al.*, DPG, p. 307 ; CR CP I-KOLLY, art. 98 N 16 s. ; TRACHSEL, p. 89 ; TRECHSEL, Praxiskommentar, art. 98 N 3 ; TRECHSEL/NOLL, AT I, p. 308 ; BSK StGB I-ZURBRÜGG, art. 98 N 9. Pour ZURBRÜGG, la prescription pour les délits continus commence à courir lorsque le résultat de l'omission est survenu, BSK StGB I-ZURBRÜGG, art. 98 N 9.

3.16 Deux exemples tirés de la jurisprudence du Tribunal fédéral

3.16.1 Le blanchiment d'argent par omission (ATF 136 IV 188)

Le Tribunal fédéral a eu à connaître de la question de l'application de l'art. 11 CP au cas de blanchiment d'argent dans un arrêt publié aux ATF 136 IV 188. Dans cet arrêt, le TF tranche pour la première fois la question controversée du blanchiment d'argent par omission dont l'auteur est un intermédiaire financier. 500

3.16.1.1 L'état de fait

Le TF retient pour l'essentiel que le Comité de direction local de la banque dont faisait partie X., qui était le directeur de la succursale zurichoise, n'a pas enquêté sur les activités de clients qui nécessitaient une attention accrue, ni remis un rapport à ce sujet, conformément à ce que le « Comité de conformité » de la banque l'avait chargé de faire. Les membres dudit Comité n'ont pas agi alors que les avoirs de ces clients sensibles augmentaient de manière importante en peu de temps et, tout en n'ayant reçu aucune réponse en lien avec les comptes problématiques, n'ont pas soumis le cas au Comité de direction générale, alors qu'ils y étaient tenus. Cette absence de communication a empêché que le MROS ne soit averti et les comptes en question bloqués. 501

3.16.1.2 Le raisonnement du Tribunal fédéral et le résultat auquel il aboutit

Les juges fédéraux constatent que, avant l'entrée en vigueur de la LBA, la doctrine se montrait plutôt réticente à admettre la violation de l'art. 305^{bis} CP par omission – cette réticence persistant, même postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi précitée (consid. 6.2.1). 502

Ayant posé le principe que le blanchiment d'argent peut aussi être réalisé sous la forme d'une omission (consid. 6.2), le TF analyse quels sont les devoirs qui incombaient au Directeur, X., dans le cas d'espèce. 503

Pour identifier l'existence d'une position de garant, notre Haute Cour cite en premier lieu les obligations de diligence (art. 3 à 8 LBA) et les obligations de l'intermédiaire financier en cas de soupçons de blanchiment d'argent (art. 9 à 11 LBA) (consid. 6.2.1.1). En cas de soupçons fondés, l'intermédiaire financier doit ainsi principalement informer le MROS et bloquer les avoirs. Il a également l'interdiction d'informer le client de ces démarches. 504

505 Le TF mentionne ensuite les directives de l'ancienne Commission fédérale des banques. Parmi celles-ci, la Circulaire CFB 98/1 Blanchiment de capitaux prévoyait entre autres que les « intermédiaires financiers ne [devaient] pas accepter d'avoirs d'origine criminelle. Les organes ou les employés desdits intermédiaires financiers se [rendaient] coupables de blanchiment de capitaux s'ils [acceptaient, gardaient en dépôt ou aidaient] à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales dont ils [savaient ou devaient présumer qu'elles provenaient] d'un crime (art. 305^{bis} CP) » (p. 6 ss Circ.-CFB 98/1 Blanchiment de capitaux) (consid. 6.2.1.2).

506 Enfin, le TF aborde les réglementations internes de la banque. Il mentionne les Directives internes relatives à la lutte contre le blanchiment que la banque avait fait entrer en vigueur le 1^{er} juillet 1998. A teneur de ces Directives, le Comité de Direction local était compétent pour décider de l'entrée en relation avec certaines catégories de clients, notamment ceux qui exerçaient des fonctions publiques importantes. Plusieurs obligations incombaient alors au Comité de Direction locale parmi lesquelles celle de s'assurer que les fonds ne provenaient pas de corruption ou du détournement de biens publics. De même, le Comité devait examiner au moins une fois par année les comptes dont il avait autorisé l'ouverture (consid. 6.2.1.3).

507 Toujours au rang des réglementations internes, le Comité de Direction générale de la banque avait adopté en date du 6 juillet 1998 des Directives sur les clients qui exerçaient des fonctions publiques dans leur pays. Sur la base de ces Directives, il était notamment fait interdiction d'accepter des fonds provenant de la corruption ; cette interdiction valant également pour les comptes déjà existants (consid. 6.2.1.4).

508 Suite à cet exposé, le TF retient que la position des intermédiaires financiers a changé depuis l'entrée en vigueur de la LBA. Ceux-ci se trouvent depuis lors « dans une situation juridique particulière » et « doivent, dans les limites fixées par la loi (cf. art. 3 à 10 LBA), collaborer avec les autorités compétentes. Ces obligations légales créent une position de garant » (consid. 6.2.2).

509 Les juges aboutissent à la conclusion que dans le cas d'espèce, le Directeur de la succursale occupait une position de garant au vu des « obligations en matière de blanchiment d'argent » que la LBA, la Circ.-CFB 98/1 Blanchiment de capitaux et les directives internes de la banque faisaient peser sur lui.

510 Ayant réglé la question de l'existence de la position de garant, les juges fédéraux analysent l'étendue des devoirs auxquels le garant était tenu et « les actes concrets qu'il était tenu d'accomplir » (consid. 6.3). Le TF identifie plusieurs obligations auxquelles le garant devait se soumettre, que celles-ci

découlent de la LBA, de la Circulaire précitée ainsi que des différentes réglementations internes de la banque. Parmi ces obligations, le TF mentionne celles relatives à l'analyse des comptes, à la clarification en cas d'indices de blanchiment ou encore au fait d'informer la Direction générale de la banque.

Les juges reprochent ainsi au recourant de ne pas avoir pris de mesures pour clarifier la situation quant à ces fonds, de s'être contenté de renseignements qui ne permettaient pas d'écarter les doutes entourant ces fonds, de ne pas avoir alerté le Comité de Direction générale, ni lui avoir soumis les cas problématiques. Les juges fédéraux retiennent qu'en n'ayant pas accompli les actes qu'il était juridiquement tenu d'accomplir le Directeur a violé l'art. 305^{bis} CP par omission.

511

3.16.1.3 Les points saillants de l'arrêt

S'agissant du premier arrêt dans lequel les juges fédéraux ont à trancher la question de la punissabilité d'un intermédiaire financier pour la violation de l'art. 305^{bis} CP par omission, cette décision pose des principes qui vont au-delà du cas d'espèce.

512

Le TF rappelle ainsi que la nature de l'infraction de blanchiment d'argent, soit une infraction de mise en danger abstrait, ne s'oppose pas à ce que celui-ci puisse être commis par omission (consid. 6.1 et 6.2). Cette opinion est également celle que nous adoptons dans notre texte⁸⁰⁸. Le TF précise également que lorsque l'infraction est commise au sein d'une entreprise, « il convient d'examiner les responsabilités individuelles compte tenu de la division et de la répartition interne des tâches » (consid. 6.1)⁸⁰⁹.

513

Lorsqu'il analyse la position de garant, TF procède en deux étapes. Il sépare l'existence de cette position de l'étendue du « devoir de diligence ». Cette manière de faire a le mérite de la clarté mais doit être nuancée. La séparation entre les deux étapes de l'analyse sur ce point ne peut en effet être qu'apparente. La constatation de l'existence d'une position de garant implique par définition que l'on a identifié au moins un devoir d'agir dans le chef du garant. Or, il est difficile de prétendre avoir identifié ledit devoir sans en connaître le contenu – et donc l'étendue de l'obligation pesant sur la

514

⁸⁰⁸ Cf. point 3.4.2.2.2 N 117. La position du TF n'est cependant pas encore absolument claire à ce sujet, cf. point 3.16.2.3.

⁸⁰⁹ Dans le même sens, arrêt (non publié) du 24 juin 2013, dans la cause 6B_724/2012, consid. 5.1.

personne du garant. L'existence d'une position de garant et son étendue sont deux éléments indissociablement liés. Il n'existe pas de position de garant « abstraite » dont on ne connaîtrait pas l'étendue : les deux aspects sont tributaires des devoirs qui incombent au garant. Dans le cas d'espèce, le TF a retenu la position de garant sur la base de divers devoirs qui incombait à l'auteur. Les actes concrets auxquels le garant était tenu sont ainsi ceux prescrits par lesdits devoirs précédemment identifiés. Il ne s'agit pas ici d'une seconde partie de l'analyse.

515 Les termes « devoir de diligence » apparaissent par ailleurs peu indiqués, bien que la LBA connaisse des « obligations de diligence » (art. 3 ss LBA). La « diligence » dans le cadre de la LBA n'est en effet pas la « diligence » à laquelle l'on fait référence lors de l'analyse d'une infraction pénale, même si celle-ci peut se mesurer à l'aune de celle-là. Les termes « devoir de diligence » renvoient dans le cadre de l'analyse de l'infraction à la personne diligente, personne qui fait l'objet de la comparaison en cas de négligence⁸¹⁰. L'analyse de l'existence et de l'étendue de la position de garant, qui implique d'identifier les devoirs de garant, doit être distinguée de l'analyse de la négligence, qui porte entre autres sur l'analyse des devoirs de prudence⁸¹¹. Afin d'éviter les sources de confusion, les termes « étendue de la position de garant » auraient été préférables en l'espèce.

516 Pour identifier quels sont les actes auxquels le garant était tenu, le TF s'appuie sur la LBA, mais aussi sur la Circulaire précitée et les Directives internes de la banque. Les juges prennent comme point de départ la loi, sans établir de hiérarchie entre ces différents textes. Ils les utilisent au contraire de manière complémentaire. Cette méthode est celle qui doit avoir la préférence et que nous soutenons⁸¹².

517 En prenant en compte toutes les « sources » qui donnent naissance à la position de garant du Directeur, le TF fait un travail qui permet de préciser et circonscrire ladite position. Les juges concrétisent ainsi l'obligation de respecter le principe de la légalité. L'analyse des devoirs incombant à l'auteur est à cet égard particulièrement précise dans l'arrêt. Sont ainsi identifiées l'obligation « d'analyse des comptes », « de clarification en cas d'indices de blanchiment » (consid. 6.3.1), ainsi que celle « d'informer la Direction générale de l'existence des cas PEP susceptibles de faire l'objet d'une communication

⁸¹⁰ Cf. points 3.9.2.1 N 373 et 3.9.2.2.2 N 390.

⁸¹¹ Cf. point 3.9.2.2.2.

⁸¹² Cf. point 3.5.4 N 240. Cf. également point 3.5.6 N 252.

ou d'un blocage » (consid. 6.3.2). Le TF considère par conséquent que la violation intentionnelle (consid. 6.3.3) de ces obligations justifie le reproche pénal adressé à l'auteur. Ce résultat doit être approuvé.

3.16.1.4 Conclusion

L'existence de cet arrêt semble due à l'entrée en vigueur de la LBA, et de manière encore plus importante à celle de l'art. 11 CP. Le TF paraît saisir l'occasion de la nouvelle afin de trancher la question de la violation de l'art. 305^{bis} CP par omission, question qui était controversée dans la doctrine. Avec la doctrine minoritaire, les juges fédéraux retiennent que le blanchiment d'argent peut être commis par omission. Cette conclusion s'appuie cependant sur des principes qui ont été développés avant l'entrée en vigueur de l'art. 11 CP. Malgré la nouveauté qu'il semble consacrer, cet arrêt se situe fondamentalement dans la droite ligne de la jurisprudence rendue précédemment.

518

L'ATF 136 IV 188 ne constitue pas une extension de la figure de la commission par omission. Les juges rappellent au contraire les conditions de l'existence d'une position de garant, limitant par-là l'application de la commission par omission. Cette jurisprudence n'est en rien différente dans les principes retenus de celle rendue notamment à l'occasion de l'ATF 118 IV 244.

519

Cet ATF 136 IV 188 est cependant important car il illustre le rôle particulier qu'occupent les intermédiaires financiers dans le système mis en place par la LBA. Les devoirs qui pèsent sur les intermédiaires financiers sont étendus et voulus par le législateur. Ils font des intermédiaires financiers les acteurs principaux de la lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse. Les intermédiaires financiers occupent à ce titre, et selon les cas, une position de garant. Les omissions des intermédiaires financiers peuvent sur cette base être pénalement punissables en vertu de l'art. 11 CP. Un arrêt à ce sujet était donc en tout état bienvenu.

520

Il convient ici de préciser, et cela ressort du consid. 6.3.3 de l'arrêt, que les omissions reprochées à l'auteur ont été « commises » intentionnellement⁸¹³. L'application de l'art. 11 CP ne permet en aucun cas de sanctionner au titre de l'art. 305^{bis} CP des comportements qui relèveraient de la négligence. Le Directeur n'a pas été ici sanctionné parce qu'il a agi avec légèreté, mais bien parce qu'il a sciemment et de manière répétée violé les devoirs qui lui incombaient. La sanction pénale apparaît sous cet angle également parfaitement justifiée.

521

⁸¹³ Pour une analyse du dol éventuel en cas de blanchiment d'argent commis par omission, cf. arrêt (non publié) du 24 juin 2013, dans la cause 6B_724/2012, consid. 6.

522 En tranchant la question controversée de savoir si un blanchiment d'argent peut être commis par omission, l'ATF 136 IV 188 semble consacrer une nouveauté. Si c'est effectivement la première fois que le TF répond à cette question, les motifs pour lesquels la réponse est affirmative ne sont ni surprenants ni, en tant que tels, nouveaux. Pour aboutir à la conclusion que le blanchiment d'argent peut être commis par omission, le TF a appliqué en effet des principes connus et usuels lorsqu'il s'agit d'analyser l'existence d'une position de garant et le cas échéant l'étendue de celle-ci. Le blanchiment par omission de l'intermédiaire financier est en l'espèce un cas structurellement « classique » de commission par omission⁸¹⁴.

523 C'est ainsi tout naturellement que le TF a pu dire dans un arrêt du 24 juin 2013 que « [les] intermédiaires financiers se trouvent ainsi depuis 1998 dans une situation juridique particulière qui les oblige notamment à clarifier l'arrière-plan économique et le but d'une relation d'affaires lorsque des indices laissent supposer que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime et à informer immédiatement le Bureau de communication s'ils savent ou présument, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires ont un rapport avec un acte de blanchiment ou proviennent d'un crime. Ils doivent donc, dans les limites fixées par la loi (cf. art. 3 à 10 LBA), collaborer avec les autorités compétentes. Ces obligations légales créent une position de garant »⁸¹⁵.

3.16.2 Le faux dans les titres par omission (6B_844/2011)

524 Dans cet arrêt du 18 juin 2012, rendu dans la cause 6B_844/2011, le TF devait trancher la question de la punissabilité au regard de l'art. 251 CP du titulaire d'un compte qui avait signé le formulaire A et n'avait pas respecté l'obligation contractuelle d'annoncer toute modification relative audit formulaire.

3.16.2.1 L'état de fait

525 L'auteur, X., est un avocat ayant cessé de pratiquer en 2011. Le 19 février 2003, il a ouvert un compte auprès de la banque NPB. Il a signé à cette occasion le formulaire A. A teneur de celui-ci, l'ayant droit économique des avoirs était

⁸¹⁴ Cf. arrêt (non publié) du 24 juin 2013, dans la cause 6B_724/2012, consid. 5.3. Cf. également MCF 1989, p. 983.

⁸¹⁵ Arrêt (non publié) du 24 juin 2013, dans la cause 6B_724/2012, consid. 5.2 *in fine*.

Y, information correcte lors de l'ouverture du compte. Le formulaire précité comportait la clause selon laquelle X. s'engageait à indiquer spontanément tout changement à la banque. Le compte a été clôturé le 20 juillet 2004.

Il a été établi que parmi toutes les opérations auxquelles X. a procédé sur ce compte, aucune n'était au nom et pour le compte de Y. X. n'a cependant jamais renouvelé le formulaire A. 526

Le Tribunal pénal fédéral a reconnu X. coupable de faux dans les titres par omission par un arrêt du 20 octobre 2011⁸¹⁶. X. a recouru au TF contre cet arrêt. 527

3.16.2.2 Le raisonnement du Tribunal et le résultat auquel il aboutit

Après avoir rappelé la distinction entre le faux intellectuel et le faux matériel (consid. 2.1), le TF constate que l'auteur n'a pas commis de faux intellectuel dans les titres lorsqu'il a rempli le formulaire A. L'indication de l'ayant droit économique était en effet correcte lors de l'ouverture du compte (consid. 2.3 *ab initio*). Le TF retient également que l'auteur n'a pas commis d'actes réprimés à l'art. 251 ch. 1 al. 3 CP (usage de faux) lorsque par la suite il a versé de nouvelles sommes sur le compte sans renouveler le formulaire A. Les juges rappellent que ces opérations ne nécessitaient pas la remise d'un nouveau formulaire A, ce qui exclut donc que l'auteur ait « fait usage » d'un faux au sens de la disposition pénale. 528

Ayant conclu que le comportement de l'auteur ne pouvait être considéré comme correspondant aux actes prévus à l'art. 251 CP, le TF se pose la question d'une omission qui pourrait être reprochée à l'auteur (consid. 2.3 *in fine*). Les juges rappellent que lors des discussions qui ont précédé l'entrée en vigueur de l'actuel art. 11 CP, a été abordée la question de la punissabilité des délits formels par omission (consid. 3.1.1). A ce sujet, la Haute Cour retient que « [se] référant à la notion de résultat, la jurisprudence et une partie de la doctrine suggèrent que seuls les délits matériels (ou délits de résultat ; Erfolgsdelikte) peuvent être commis sous la forme de l'omission improprement dite [...] » (consid. 3.1.1, 2^{ème} par.). 529

Au troisième paragraphe du consid. 3.1.1, le TF adopte la position d'une partie de la doctrine qui tient pour impossible l'application de figure de la commission par omission s'agissant des infractions dont l'acte constitutif est « concevable uniquement sous forme d'action ». Pour cette première raison 530

⁸¹⁶ Arrêt du TPF du 20 octobre 2011, dans la cause SK.2010.27.

déjà, les juges fédéraux considèrent que l'auteur n'a pas pu commettre l'infraction à l'art. 251 CP par omission (consid. 3.1.2).

531 Il existe une seconde raison qui aux yeux du TF exclut que l'auteur ait pu commettre un faux dans les titres par omission en l'espèce : l'absence « d'obligation juridique d'agir » (consid. 3.1.2 *in fine*). Procédant à l'analyse des sources d'un devoir d'agir pour l'auteur, notre Haute Cour mentionne en premier lieu la loi, plus précisément la LBA. Les juges excluent cependant que cette loi ait pu en l'espèce fonder une position de garant pour l'auteur puisque celui-ci n'avait pas, contrairement à ce qu'avait retenu le TPF, agi comme un intermédiaire financier, mais comme « simple cocontractant de la banque » (consid. 3.2.2). Comme autre source d'une éventuelle position de garant, le TF mentionne le contrat. L'auteur a en effet contractuellement assumé l'obligation d'annoncer spontanément tout changement à la banque, conformément à ce que prévoit la clause figurant sur le formulaire A. Le TF précise qu'il s'agit là d'une obligation accessoire. Au sujet des obligations accessoires, il retient que celles-ci, « telles les obligations de diligence, d'avis ou de rendre des comptes, ou découlant du principe de la bonne foi (art. 2 CC), ne fondent pas une position de garant, à moins qu'il existe entre les intéressés une relation particulièrement étroite, de longue durée ou basée sur une confiance accrue » (consid. 3.2.3). L'obligation d'annoncer spontanément tout changement ne pouvait donc pas fonder une position de garant et l'omission de l'auteur n'est pour cette raison également pas punissable (consid. 3.2.3 et 3.3).

3.16.2.3 L'analyse et la critique de l'arrêt

532 Lorsqu'il doit qualifier le comportement de l'auteur, le TF commence par analyser si une commission peut être reprochée au titre de l'art. 251 CP. Nous approuvons la conclusion du TF lorsqu'il retient que l'auteur n'a pas « commis » lorsqu'il a effectué des versements sur le compte, alors que ceux-ci ne concernaient pas l'ayant droit économique figurant sur le formulaire A et sans en avoir averti la banque.

533 Ce n'est qu'après avoir constaté que l'auteur n'a pas adopté un comportement qui correspond aux actes constitutifs décrits à l'art. 251 CP que le TF se pose la question d'une commission par omission. Cette manière de faire est le reflet de l'application du principe de la subsidiarité, lequel a la préférence de la doctrine majoritaire de même que la nôtre.

534 Ne peut en revanche être suivie la conclusion du TF consistant à retenir que les délits formels ne peuvent être commis par omission. Cette conclusion est en contradiction directe avec la jurisprudence précédemment rendue en

matière de blanchiment d'argent qui a à juste titre été confirmée par la suite⁸¹⁷. Elle est également en contradiction avec la position du CF dans son Message⁸¹⁸ et la position de la doctrine majoritaire⁸¹⁹, position à laquelle nous adhérons ici⁸²⁰. Cette conclusion ne résiste pas à l'analyse et doit être rejetée : il n'y a aucune justification dogmatique pour refuser *a priori* et de manière générale d'appliquer la figure de la commission par omission aux délits formels.

D'une manière péremptoire, le TF retient qu'il « est clair que l'omission 535
improprement dite ne peut être envisagée lorsque l'élément objectif de l'infraction décrit un comportement concevable uniquement sous la forme d'une action » (consid. 3.1.1, 3^{ème} par.). Nous avons déjà exposé que cette limitation n'est pas plus justifiée que la précédente⁸²¹. Il serait ainsi parfaitement « concevable » de sanctionner l'auteur pour son omission si par hypothèse la secrétaire de celui-ci fait usage dudit formulaire A pour obtenir que la banque procède à des opérations qui requièrent l'usage d'un tel formulaire. Dans un tel cas, le fait d'avoir sciemment laissé faire usage du formulaire par son employée pourrait constituer la base du reproche pénal qui serait adressé au garant⁸²². Il en irait de même si l'auteur laissait sa secrétaire dans le cadre de son travail et pour le compte de l'auteur remplir un formulaire A de manière inexacte : il laisserait celle-ci créer un titre faux.

Avec le TF (consid. 3.2.2), nous retenons que l'auteur n'a pas agi en tant 536
qu'intermédiaire financier lorsqu'il a procédé aux divers versements, ce qui exclut qu'une éventuelle position de garant puisse être fondée sur la LBA. L'arrêt prête cependant le flanc à la critique s'agissant de l'analyse qui est faite de l'obligation contractuelle assumée par l'auteur d'annoncer spontanément tout changement à la banque. La limitation que le TF mentionne, à savoir l'existence d'une « relation particulièrement étroite, de longue durée ou basée sur une confiance accrue » (consid. 3.2.3, 1^{er} par. *in fine*) n'est en effet pas même analysée par les juges en l'espèce. Tout aussi critiquable est la conclusion du TF lorsqu'il retient que l'« obligation d'avis n'est toutefois qu'accessoire et ne saurait fonder une obligation de garant » (consid. 3.2.3, 2^{ème} par.). Il est sans autre admis que l'obligation relative à l'annonce spontanée de tout changement est accessoire en

⁸¹⁷ ATF 136 IV 188 traité sous point 3.16.1 ; arrêt (non publié) du 24 juin 2013, dans la cause 6B_724/2012, consid. 5.1.

⁸¹⁸ MCF 1998, p. 1808.

⁸¹⁹ Cf. les références citées à la note de bas de page 178.

⁸²⁰ Cf. notamment point 3.4.2.2.2 N 117.

⁸²¹ Cf. point 3.10.2.2 N 416, particulièrement la note de bas de page 682.

⁸²² La position de garant pourrait notamment être fondée sur l'art. 55 CO.

l'espèce. Le caractère « accessoire » de cette obligation n'empêche cependant pas *per se* que celle-ci puisse donner naissance à un devoir de garant⁸²³. La conclusion du TF est ainsi trop abrupte et erronée dans sa motivation.

537 Ce nonobstant, la solution à laquelle aboutit le TF, soit le fait que l'auteur ne répond pas de son omission au titre de l'art. 251 CP en l'espèce, doit être approuvée. Il est parfaitement possible que l'art. 251 CP soit violé par l'omission d'un auteur qui occupe une position de garant. Il peut de même arriver que ce devoir trouve comme *in casu* son fondement dans une obligation contractuelle accessoire. Sur ces points comme nous l'avons exposé l'arrêt ne saurait être suivi. L'auteur n'a comme évoqué pas agi comme intermédiaire financier dans le cas d'espèce. Pour cette raison, son éventuelle position de garant ne pouvait se fonder sur la LBA. Il restait donc comme source possible l'obligation contractuelle d'annoncer spontanément tout changement en lien avec les éléments mentionnés sur le formulaire A. Ce document est bien entendu un « titre » au sens des art. 251 et 110 al. 4 CP (consid. 2.2 et les références citées). L'obligation contractée par l'auteur est valable à teneur des éléments de fait retenus. Les versements effectués par l'auteur ne sont malgré cela et pour plusieurs raisons pas pénalement punissables au regard des art. 11 *cum* 251 CP, la première raison étant l'impossibilité pour la banque de déléguer ses obligations LBA par voie contractuelle.

538 Les obligations découlant de la LBA relèvent du droit impératif. Les possibilités pour les assujettis de transférer les obligations qui en découlent sont limitées de ce fait. Il est bien entendu possible au sein d'une banque d'organiser l'activité de sorte que certains employés soient spécifiquement chargés du respect de ces obligations par l'établissement bancaire. Les omissions de ces employés pourraient le cas échéant être punissables au titre de la commission par omission et la responsabilité de l'« entreprise » jugée par hypothèse sur la base de l'art. 102 CP. Les intermédiaires financiers ne peuvent cependant pas transférer les obligations LBA à des personnes externes à la banque qui ne seraient pas elles-mêmes des intermédiaires financiers au sens de la loi et un tel transfert ne saurait décharger l'intermédiaire financier de toute responsabilité pénale. L'art. 5 al. 1 LBA prévoit d'ailleurs expressément et toujours à l'adresse de l'intermédiaire financier que « [lorsque], au cours de la relation d'affaires, des doutes surviennent quant à l'identité du cocontractant ou de l'ayant droit économique, la vérification d'identité ou l'identification prévues aux art. 3 et 4 doivent être renouvelées ».

⁸²³ Cf. point 3.5.4 N 238.

L'établissement du titre est par ailleurs la conséquence de l'obligation qui pèse sur les intermédiaires financiers. Le client de la banque concourt à l'établissement de ce titre pour des raisons pratiques, soit parce qu'il a la connaissance du fait que le formulaire A est censé prouver. La LBA n'impose cependant à aucun moment au client d'établir un tel titre. Lorsqu'il donne sciemment des fausses informations, le client de la banque peut ainsi commettre un faux dans les titres au sens de l'art. 251 CP, mais ne peut jamais être punissable en tant qu'auteur principal et exclusif de la violation par omission des obligations découlant de la LBA.

539

La foi qui est accordée au formulaire A tient au fait que celui-ci a été établi par l'intermédiaire financier débiteur des obligations LBA dans le cas d'espèce. L'identité et les qualités personnelles du client qui a effectivement rempli ledit formulaire importent peu à cet égard. La force probante de ce titre est liée au respect par l'intermédiaire financier de ses propres obligations issues de la LBA. Il serait dès lors insoutenable que le client ait à répondre d'une omission qui n'est réprimée par aucune disposition pénale et alors qu'il ne peut occuper de position de garant. La question de la responsabilité civile du client est un sujet distinct. Rien ne s'oppose ainsi à ce qu'un client qui n'a pas respecté son obligation contractuelle d'annonce ait à réparer le dommage qu'il aurait causé à l'intermédiaire financier.

540

3.16.2.4 Conclusion

Cet arrêt aboutit à un résultat juridiquement correct alors que la motivation est en partie en contradiction avec la jurisprudence que le TF a rendue en matière de délits de commission par omission et ne peut convaincre par ailleurs.

541

Il est regrettable par conséquent que le TPF ait dans sa jurisprudence rendue suite à cet arrêt repris les motifs avancés sans chercher à les discuter. Le TPF retient ainsi désormais qu'il n'est pas possible de commettre un faux dans les titres par omission et qu'une obligation accessoire ne fonde pas une position de garant⁸²⁴. Ces assertions ne peuvent convaincre ainsi que nous l'avons exposé. Il y a donc un véritable obstacle à surmonter et matière à plaider devant le TPF, mais aussi devant le TF, sur ces points.

542

⁸²⁴ Arrêt du Tribunal pénal fédéral, du 10 octobre 2013 et complément du 29 novembre 2013; rectification du 30 mai 2014, dans la cause SK.2011.24, consid. 5.2.1 et 5.2.2 notamment.

3.17 Conclusion pour le droit suisse

543 La longue pratique jurisprudentielle a posé les bases en matière de délits de commission par omission, bien que, ainsi que nous venons de le voir, la jurisprudence du TF ne soit pas encore uniforme sur certains aspects. Le législateur a repris dans une large mesure à l'art. 11 CP les acquis jurisprudentiels. Le texte légal est ainsi, sur la majorité des points, une codification de la pratique des tribunaux suisses, eux-mêmes influencés par la jurisprudence et doctrine allemandes ainsi que nous le verrons ci-après.

544 L'analyse des différents éléments qui composent la figure de la commission par omission en droit suisse permet de voir que ceux-ci forment un ensemble qui ne se laisse pas toujours facilement appréhender, mais qui, bien compris, est parfaitement cohérent. Cette affirmation reste vraie sous la réserve de l'existence de la clause de l'atténuation de la peine que le législateur a tenu à introduire à l'art. 11 al. 4 CP.

545 Loin d'être des notions opposées, les délits de commission et ceux de commission par omission suivent, à quelques exceptions près, les mêmes règles générales. Celles-ci valent *mutatis mutandis* dans leur grande majorité en matière de commission par omission comme en matière de délits de commission. Cette constatation n'est pas si étonnante, si l'on se souvient que le législateur lui-même a à certaines occasions traité dans la même disposition, et sur un même pied d'égalité, la commission et l'omission⁸²⁵.

546 L'élément central de la figure de la commission par omission est le devoir de garant. Les qualités que doit revêtir l'auteur ont pour conséquence le fait que le comportement du garant dans le cas concret sera punissable alors même qu'il ne répond pas aux conditions de l'acte constitutif de la disposition spéciale en question. Et c'est là le seul élément que pallie l'application de l'art. 11 CP : cet article supplée à la seule absence de réalisation de l'acte constitutif de la disposition pénale spéciale sur laquelle il vient se greffer.

547 Lors de l'analyse de la violation du devoir de garant, il est essentiel de garder à l'esprit l'exigence du principe de proportionnalité même lorsque le garant était « en mesure d'agir », mais ne l'a pas fait. Ce principe a une importance particulière à ce stade mais doit bien entendu toujours être vérifié lors de l'analyse de ce type de délit.

548 Le devoir de garant peut être issu de diverses sources, dont certaines de droit civil. Le risque que le droit civil crée des infractions pénales n'est

⁸²⁵ Cf., par exemple, les art. 127, 128, 158 ch. 1 al. 1, 230 CP.

cependant pas une crainte qui mérite d'empêcher le recours à la commission par omission. En effet, si le droit civil peut donner naissance au devoir du garant, de même qu'il peut en définir le contenu et les contours, c'est toujours au droit pénal qu'il revient, en réalité, de décider si la violation dudit devoir mérite une sanction pénale. Le droit civil n'empiète ainsi pas sur le domaine réservé au droit pénal.

Il suffit de se référer à la jurisprudence du TF pour se rendre compte que l'art. 11 CP répond à un besoin concret de traiter, sous l'angle pénal, certains comportements que le législateur n'avait dans un premier temps pas jugé utile de viser expressément. Si la norme adoptée bénéficie d'une pratique judiciaire préexistante et régulière, bien que pas encore absolument cohérente, elle a profité aussi de manière souvent très directe des développements qui ont eu lieu dans d'autres ordres juridiques.

549

**La commission par omission
en droit comparé : illustration
des approches possibles**

La figure de la commission par omission est connue dans les théories pénales des ordres juridiques de plusieurs Etats européens⁸²⁶. Elle y est accueillie de manière diverse. 550

Nous nous proposons d'exposer brièvement les solutions de deux Etats, l'Allemagne et la France, qui ont à première vue une approche très différente, opposée serions-nous tenté de dire, au sujet de cette construction juridique. Le législateur allemand a adopté une disposition dans la partie générale du Code pénal, le paragraphe 13, tandis que la France refuse en principe l'idée d'une telle construction. 551

4.1 Allemagne

Le Code pénal allemand consacre la commission par omission à son paragraphe 13. Cette disposition, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1975⁸²⁷, est libellée comme suit : 552

« § 13 *Begehen durch Unterlassen*

(1) Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht.

(2) Die Strafe kann nach § 49 Abs. 1 gemildert werden ».

A la lecture, la formulation du texte allemand est moins précise que celle qui figure dans le Code pénal suisse⁸²⁸. Cette imprécision est, sinon critiquée, du moins relevée par la doctrine allemande⁸²⁹. La Cour constitu- 553

⁸²⁶ L'Autriche (§ 2 CPAut), l'Espagne (art. 11 CPEsp) et la Pologne (art. 2 CPPol), par exemple, disposent d'un article qui réprime la commission par omission.

⁸²⁷ NITZE, p. 23 ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 Entstehungsgeschichte.

⁸²⁸ Cf. les trois versions officielles suisses de cet article.

⁸²⁹ LACKNER/KÜHL, § 13 N 1 et 7 ; ROXIN, AT II, § 31 N 31 ss ; SK DStGB-RUDOLPHI, § 13 N 3 ; DStGB K-STREE, § 13 N 1 ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 18 s. ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 3.

tionnelle allemande a même eu à se prononcer sur la conformité de cette disposition à la Loi fondamentale allemande, sous l'angle de la précision (« *Bestimmtheitsprinzip* »), et l'a déclarée conforme⁸³⁰.

554 La formulation légale laisse une grande part de travail à la doctrine et la jurisprudence⁸³¹ qui se sont efforcées de préciser le contenu et les contours des conditions d'application de cette norme. Cependant, s'il semble exister un consensus apparent sur certaines conditions, comme par exemple le fait d'avoir à répondre juridiquement de la non-survenance du résultat (« *Garantenstellung* ») et la clause d'équivalence (« *Entsprechungsklausel* »), les auteurs ne sont pas toujours d'accord, ni sur ce que cette construction recouvre exactement, ni sur les autres conditions d'application.

555 Malgré le fait que le texte légal parle de résultat (« *Erfolg* »), la jurisprudence et la doctrine majoritaire retiennent que cela ne signifie pas « résultat » au sens technique, donc que le § 13 peut s'appliquer également aux délits formels⁸³².

556 En mettant de côté le fait que les auteurs n'ont pas tous la même conception de l'acte pénalement relevant, certains optant pour une vision « causaliste », « finaliste » ou une autre encore⁸³³, une fois que l'on a retenu une commission par omission⁸³⁴, il est possible d'identifier six conditions d'application du § 13, qui sont la position de garant, la clause d'équivalence, l'existence d'une situation typique (« *tatbestandmäßige Situation* »)⁸³⁵, le fait que le garant n'adopte pas le comportement attendu de lui, la possibilité pour le garant d'agir (« *Handlungsfähigkeit* »)⁸³⁶ et la « causalité »⁸³⁷. Nous allons exposer ces différents points dans cet ordre.

⁸³⁰ BVerfG StraFo 2003 88. Cf. également BVerfGE 96 68, 97 s.

⁸³¹ DStGB K-STREE, § 13 N 1.

⁸³² BGHSt 38 325, 338 s. ; BGHSt 46 212, 222 ; LACKNER/KÜHL, § 13 N 6 ; DStGB K-STREE, § 13 N 3 et Vorbem. §§ 13 ss N 161 ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 14 ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 2. *Contra* : JESCHECK, Tröndle-FS, p. 796 ; JESCHECK/WEIGEND, p. 617 ; SK DStGB-RUDOLPHI, § 13 N 14.

⁸³³ Pour un exposé sur ces différentes théories, cf. DStGB-PUPPE, Vor § 13 N 41 ss ; ROXIN, AT I, § 8 N 236 ss ; DStGB LK-WALTER, Vor § 13 N 21 ss. Cf. également point 3.4.1 N 94 ss.

⁸³⁴ Cf. point 4.1.1.

⁸³⁵ ROXIN, AT II, § 31 N 177 s. ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 62 ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 18.

⁸³⁶ Cette condition, ainsi que les deux précédentes valent également pour les omissions proprement dites (*echte Unterlassungen*), cf. ROXIN, AT II, § 31 N 176 ; SK DStGB-RUDOLPHI, Vor § 13 N 11 à 13.

⁸³⁷ Nous mettons cette condition entre guillemets pour attirer l'attention du lecteur sur le fait qu'il ne s'agit pas d'une causalité identique à celle qui prévaut pour les délits matériels, mais d'une condition que ROXIN appelle « objektive Zurechenbarkeit des Erfolges », ROXIN, AT II, § 31 N 182 ou causalité, ROXIN, AT II, § 31 N 42. Cf. également point 4.1.7.

4.1.1 La distinction entre la commission et l'omission

La distinction entre la commission et l'omission est un problème qui n'a pas encore trouvé de réponse univoque dans la doctrine allemande⁸³⁸. En schématisant quelque peu, il est possible d'identifier quatre critères auxquels recourent la jurisprudence et la doctrine pour trancher ce point⁸³⁹.

Le critère que retient la jurisprudence, approuvée par une partie de la doctrine⁸⁴⁰, est celui du poids prépondérant du comportement (« *Schwerpunkttheorie* »). Le *Bundesgerichtshof* d'abord⁸⁴¹, suivi en cela par les tribunaux de Karlsruhe, Düsseldorf, Francfort, Sarrebruck et Cologne⁸⁴², ont adopté ce critère de distinction. Le juge doit se demander si le reproche que l'on peut adresser à l'auteur pour le comportement qu'il a eu tend plutôt vers la commission ou l'omission : « Für die Entscheidung der Frage, ob ein Tun oder Unterlassen vorliegt, kommt es auf den Schwerpunkt des Täterverhaltens an. [...] Darüber ist in wertender Würdigung vom Tatrichter zu entscheiden »⁸⁴³. Les critiques adressées à ce critère sont qu'il conduit à des décisions qui sont dictées par les sentiments⁸⁴⁴, créant ainsi une insécurité juridique. Il lui est également reproché de mener à des décisions dont le résultat est préprogrammé⁸⁴⁵.

Un deuxième critère envisageable est celui de la causalité (« *Kausalität* »). Il s'agit ici de retenir une commission dans le cas où un comportement a eu, sur la survenance du résultat, un effet causal⁸⁴⁶. Ce critère est combiné en pratique avec le critère de « l'énergie déployée par l'auteur » (« *Energieeinsatz* », cf. N 564)⁸⁴⁷.

⁸³⁸ ROXIN, AT II, § 31 N 69 ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 6 ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 7.

⁸³⁹ Sur les différents critères envisagés par les auteurs pour opérer la distinction, cf. : STOFFERS, Formel, *in toto*.

⁸⁴⁰ SCHWAB, p. 30 ; DStGB K-STREE, Vorbem. §§ 13 ss N 158 ; WESSELS/BEULKE, AT, § 16 II 5 N 700.

⁸⁴¹ BGHSt 6 46, 59. Position confirmée par la suite dans BGH 40 257, 265 ss ; BGH NSTZ 1999, p. 607 ; BGH NSTZ 2003, p. 657 ; BGH NSTZ 2005, p. 446 s.

⁸⁴² ROXIN, AT II, § 31 N 76 et les références citées note de bas de page 111 de l'ouvrage.

⁸⁴³ BGH NSTZ 1999, p. 607.

⁸⁴⁴ DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 6. Dans le même sens, MAYER M., p. 218 ; ROXIN, AT II, § 31 N 80 ; SK DStGB-RUDOLPHI, Vor § 13 N 6 ; WELP, p. 106.

⁸⁴⁵ DStGB-WOHLERS, § 13 N 7. Pour d'autres critiques adressées à ce critère, ROXIN, AT II, § 31 N 79 ss.

⁸⁴⁶ Au sujet de la causalité dans le cadre de l'analyse des délits d'omission en droit allemand, cf. point 4.1.7.

⁸⁴⁷ MAYER M., p. 215.

560 La troisième approche est celle de la subsidiarité (« *Subsidiaritätsansatz* ») de l'omission face à la commission⁸⁴⁸. Selon cette approche, il n'est possible de retenir une omission que dans les cas où il n'existe pas de comportement qui soit typique, causal, illicite et coupable⁸⁴⁹. Comme le critère de la causalité, la subsidiarité est combiné avec le critère de l'énergie que déploie l'auteur⁸⁵⁰.

561 Le quatrième critère envisagé par la doctrine⁸⁵¹ est celui de l'*Energieeinsatz*⁸⁵² ou *Energieaufwand*⁸⁵³. BRAMMSEN : « Ein Energieeinsatz ist [...] nur dann strafrechtsrelevantes aktives Tun, wenn eine Person damit einen Geschehensablauf einleitet, fortführt oder verstärkt, der tatsächlich oder nur nach ihrer Vorstellung in der konkreten Situation zur Beeinträchtigung eines tatbestandlich benannten Angriffsobjekts geeignet ist »⁸⁵⁴. Ce critère, que l'on doit à ENGISCH⁸⁵⁵, a la faveur des auteurs actuellement. Cependant, il est pratiquement toujours employé, en fonction des auteurs, en combinaison avec celui de la causalité et/ou de la subsidiarité⁸⁵⁶.

4.1.2 La position de garant

562 Le point central de la figure de la commission par omission est la position de garant. La disposition parle du devoir juridique (« *rechtlich* ») de répondre, mais ne précise pas ce qu'il faut entendre par là, ni à quelles conditions ce devoir est réalisé. La réponse se trouve dans la doctrine et la jurisprudence allemandes. Il faut cependant garder à l'esprit que la discussion doctrinale n'est pas terminée à ce sujet, ce qui fait dire à ROXIN : « Die Bemühungen um eine tragfähige theoretische Fundierung

⁸⁴⁸ DStGB-Wohlers, § 13 N 7.

⁸⁴⁹ JESCHECK/WEIGEND, p. 621 (combinaison avec le critère de la causalité) ; KAUFMANN, Dogmatik, p. 61 ss (exclut la causalité, dans le sens classique du terme, dans le cas d'une omission) ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 7. Ne retient que la subsidiarité : MAYER M., p. 217 s.

⁸⁵⁰ ROXIN, AT II, § 31 N 77.

⁸⁵¹ BRAMMSEN, Bestimmung, p. 205 ss ; MAYER M., p. 215 ; SK DStGB-RUDOLPHI, Vor § 13 N 6 s. ; WELP, p. 110 ss ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 7. Avec quelques nuances, ROXIN, AT II, § 31 N 78 ss.

⁸⁵² BRAMMSEN, Bestimmung, p. 206 ; MAYER M., p. 215 s.

⁸⁵³ ROXIN, AT II, § 31 N 77.

⁸⁵⁴ BRAMMSEN, Bestimmung, p. 206.

⁸⁵⁵ ENGISCH, p. 29.

⁸⁵⁶ A titre d'illustration, l'on peut mentionner ROXIN, AT II, § 31 N 78 (en combinaison avec la causalité) ; DStGB-RUDOLPHI, Vor § 13 N 7 (en combinaison avec la causalité et la subsidiarité).

haben sich in der Nachkriegszeit verstärkt, aber bis heute nicht zu einer allgemein anerkannten Lehre geführt. [...] Man kann daher sagen, dass die Gleichstellungsproblematik bei den unechten Unterlassungsdelikten das heute noch umstrittenste und dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils darstellt »⁸⁵⁷.

Malgré les divergences, il y a un point sur lequel les avis semblent, de la même manière qu'en droit suisse, se rejoindre, tant du côté de la jurisprudence que de la doctrine : les seuls devoirs moraux ne peuvent suffire à fonder une position de garant⁸⁵⁸. La question n'est cependant pas absolument réglée, certains auteurs admettant que des devoirs sociaux, voire moraux, puissent également servir de fondement à une position de garant⁸⁵⁹. 563

L'on peut aisément comprendre qu'il n'est pas possible d'exiger, sous peine de sanction pénale, de toute personne qui serait en mesure d'agir pour éviter la violation d'une norme pénale, qu'elle empêche cette violation, puisque cela contredirait le caractère d'*ultima ratio* du droit pénal⁸⁶⁰. Il a donc fallu que les cas dans lesquels cette position de garant pouvait être retenue soient définis. Cette tâche est revenue à la doctrine et la jurisprudence. 564

Les sources du devoir d'agir sont le résultat, en Allemagne, d'une longue discussion doctrinale. En 1847, FEUERBACH écrivait : « Sofern eine Person ein Recht auf wirkliche Aeusserung unserer Thätigkeit hat, insofern gibt es ein Unterlassungsverbrechen (delicta omissionis im Gegensatz von delicta commissionis). Weil aber die ursprüngliche Verbindlichkeit des Bürgers nur auf Unterlassungen geht, so setzt ein Unterlassungsverbrechen immer einen besonderen Rechtsgrund (Gesetz oder Vertrag) voraus, durch welchen die Verbindlichkeit zur Begehung begründet wird. Ohne diesen wird man durch Unterlassung kein Verbrecher »⁸⁶¹. L'on voit ici la loi et le contrat qui sont mentionnés comme sources du devoir d'agir et qui viennent s'ajouter à celle qui avait été identifiée quelques années auparavant, à savoir l'existence d'un acte antérieur dû à l'auteur (« *vorgegangenes* 565

⁸⁵⁷ ROXIN, AT II, § 32 N 2. Dans le même sens, DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 18 et 23.

⁸⁵⁸ BVerfGE 96 68, 98 ; BGHSt 7 268, 271 ; BGHSt 30 391, 393 s. ; GRÜNEWALD, p. 48 ; JESCHECK/WEIGEND, p. 621 ; MAYER M., p. 210 ; SK DStGB-RUDOLPHI, § 13 N 19 ; DStGB K-STREE, § 13 N 7 ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 29.

⁸⁵⁹ ANDROULAKIS, p. 220 ; HERZBERG, p. 212, 215, 283, 316.

⁸⁶⁰ JESCHECK/WEIGEND, p. 620 ; MAYER M., p. 210 s. Au sujet de la position de la Cour constitutionnelle allemande de la sanction pénale comme *ultima ratio*, BVerfGE 39 1, p. 47.

⁸⁶¹ VON FEUERBACH, Lehrbuch, § 24.

Tun », aussi appelée « *Ingerenz* »), mentionnée par STÜBEL en 1828 déjà⁸⁶². Ces trois sources sont désignées comme le *Trifolium*⁸⁶³.

566 Chronologiquement, la quatrième source qui ait vu le jour est celle de la communauté étroite de vie (« *enge Lebensgemeinschaft* ») ou de risques (« *enge Gefahrgemeinschaft* »)⁸⁶⁴, introduite par le *Reichsgericht*⁸⁶⁵. Cette source vise les cas dans lesquels l'auteur a, avec la victime, un lien particulièrement étroit. C'est en vertu de ce rapport que l'on exigeait de lui un comportement actif, indépendamment de l'existence d'un devoir de protection qui aurait résulté de la loi ou d'un contrat⁸⁶⁶.

567 Dans un premier temps, seules ces sources étaient considérées à même de fonder une position de garant. Ce courant doctrinal, qui ne reconnaissait que ces quatre sources comme fondement d'un devoir de garant, est appelé la *Rechtsquellenlehre* ou *formelle Rechtspflichttheorie*⁸⁶⁷, à cause de la vision formaliste qu'il adopte. Il a cédé sa place, au tout début des années soixante, à la *Funktionenlehre* due principalement aux travaux de KAUFMANN⁸⁶⁸.

568 Ce deuxième courant remporte actuellement les faveurs de la doctrine⁸⁶⁹, qui souhaite que la jurisprudence opère également ce changement⁸⁷⁰. Selon ce courant, il convient de distinguer non plus en fonction de la source du devoir, mais selon sa nature. C'est une analyse sous l'angle matériel qui est effectuée ici. Les auteurs distinguent entre les devoirs de garde et de

⁸⁶² STÜBEL, p. 61. Pour des exposés plus détaillés au sujet de l'origine de cette source, cf. RUDOLPHI, Gleichstellungsproblematik, p. 5 ss ; WELP, p. 26 ss.

⁸⁶³ STANKEWITZ, p. 45.

⁸⁶⁴ ROXIN, AT II, § 32 N 4 ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 30. Sur ces notions, JESCHECK/WEIGEND, p. 621 ; DStGB K-STREE, § 13 N 17 ss ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 38 ss. Cf. également point 4.1.2 N 568. Sur la découverte de la notion de communauté étroite de vie par le *Reichsgericht*, cf. ZEICHNER, *in toto*.

⁸⁶⁵ DStGB K-STREE, § 13 N 8 ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 30. Sur cette source en particulier et son élaboration par le *Reichsgericht*, cf. ZEICHNER, *in toto*. Fondé en 1879, le *Reichsgericht* était le tribunal suprême du Reich allemand. Il était compétent pour les affaires civiles et pénales.

⁸⁶⁶ Cf. ROXIN, AT II, § 32 N 4.

⁸⁶⁷ JESCHECK/WEIGEND, p. 621 ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 21 s. ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 30.

⁸⁶⁸ KAUFMANN, Dogmatik, *in toto* ; ROXIN, AT II, § 32 N 6 ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 30. Il existe en réalité des subdivisions au sein de ces courants, ainsi que d'autres courants que les deux qui sont mentionnés ici. Un exposé à ce sujet n'est cependant aucunement nécessaire au lecteur pour la compréhension de notre travail.

⁸⁶⁹ ANDROULAKIS, p. 205 ss ; KAUFMANN, Dogmatik, p. 283 ss ; JESCHECK/WEIGEND, p. 621 ; ROXIN, AT II, § 32 N 10 ss ; SK DStGB-RUDOLPHI, § 13 N 24 ss ; RUDOLPHI, Gleichstellungsproblematik, p. 101 ; DStGB K-STREE, § 13 N 9 ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 21 ; WESSELS/BEULKE, AT, § 16 II 5 N 716 ss.

⁸⁷⁰ ROXIN, AT II, § 32 N 10.

protection (« *Obhutspflichten* ») et les devoirs de surveillance et de contrôle (« *Überwachungspflichten* »). Dans le premier cas, le garant doit protéger un bien juridique contre les atteintes extérieures. Dans le deuxième cas, le garant doit veiller sur une source de danger qui risque de porter atteinte aux biens juridiques d'autrui⁸⁷¹. Des divergences de vues existent même au sein de ce courant, ce qui a un impact sur la manière dont les différents devoirs sont classés chez chaque auteur, ainsi que les conditions auxquelles ces devoirs sont admis.

Parmi les sources envisageables comme faisant partie des devoirs de garde et de protection, l'on peut citer à titre d'exemple : les devoirs qui peuvent naître de relations familiales ou quasi-familiales⁸⁷², la prise en charge de devoirs de protection⁸⁷³ et les devoirs des fonctionnaires⁸⁷⁴. 569

Sont discutés comme sources du devoir de surveillance l'*Ingerenz*⁸⁷⁵, le fait d'avoir dans sa sphère de maîtrise des choses dangereuses⁸⁷⁶ ou celui d'avoir à répondre d'actes de tiers⁸⁷⁷. Ces grandes catégories se subdivisent en sous-catégories, dans lesquelles l'on peut trouver la responsabilité du fait des produits ou la responsabilité du chef d'entreprise, par exemple⁸⁷⁸. 570

4.1.3 La clause d'équivalence

Cette condition a été proposée par GALLAS lors des discussions de la *Grosse Strafrechtskommission* au sujet du projet de codification de 1959⁸⁷⁹. Elle a 571

⁸⁷¹ JESCHECK/WEIGEND, p. 621 ss ; KAUFMANN, Dogmatik, p. 283 ss ; SK DStGB-RUDOLPHI, § 13 N 24 ss ; DStGB K-STREE, § 13 N 10 ss ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 25 ss ; WESSELS/BEULKE, AT, § 16 II 5 N 716 ss.

⁸⁷² ROXIN, AT II, § 32 N 33 ss ; SK DStGB-RUDOLPHI, § 13 N 47 ss ; DStGB K-STREE, § 13 N 18 ss ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 26 ss ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 55 ss.

⁸⁷³ ROXIN, AT II, § 32 N 53 ss ; SK DStGB-RUDOLPHI, § 13 N 58 ss ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 34 ss.

⁸⁷⁴ ROXIN, AT II, § 32 N 77 ss ; SK DStGB-RUDOLPHI, § 13 N 54 s. ; DStGB K-STREE, § 13 N 30a ss ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 30 ss.

⁸⁷⁵ ROXIN, AT II, § 32 N 144 ss ; SK DStGB-RUDOLPHI, § 13 N 38 ss ; DStGB K-STREE, § 13 N 32 ss ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 42 ss ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 43 ss. Sur cette notion en droit allemand, cf. point 4.1.2 N 565. Pour le droit suisse, cf. point 3.5.6.

⁸⁷⁶ ROXIN, AT II, § 32 N 108 ss ; SK DStGB-RUDOLPHI, § 13 N 27 ss ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 46 ss.

⁸⁷⁷ ROXIN, AT II, § 32 N 125 ss ; SK DStGB-RUDOLPHI, § 13 N 32 ss ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 51 ss.

⁸⁷⁸ Les auteurs ne sont pas, comme nous l'avons mentionné, unanimes sur la place systématique qu'occupent ces différentes sources, cf. point 4.1.2 N 562 ss.

⁸⁷⁹ GALLAS, Strafrechtskommission, p. 80 ss, 478 s.

subi plusieurs modifications avant d'aboutir à la formulation actuelle⁸⁸⁰. Malgré ces efforts, le résultat n'est pas satisfaisant aux yeux d'une partie de la doctrine⁸⁸¹ qui trouve, à l'instar de ROXIN, que « [d]ie Bedeutung dieser < Entsprechungsklausel > ist umstritten und wenig geklärt »⁸⁸². Parmi les points qui prêtent à discussion au sujet de cette condition, l'on peut mentionner l'évaluation globale du comportement (« *Gesamtbewertung* »), l'équivalence des modalités (« *Modalitätenäquivalenz* ») et la double fonction de la clause (« *Doppelfunktion der Entsprechungsklausel* »).

572 Le critère de l'évaluation globale du comportement, introduit lors de l'élaboration du projet de 1962⁸⁸³, signifie qu'une fois que toutes les autres conditions d'application du § 13 StGB sont remplies, le juge doit prendre en compte toutes les circonstances du cas d'espèce⁸⁸⁴. Ce critère est censé servir de correctif dans le cas où une position de garant a été retenue, mais que le comportement n'est pas globalement équivalent à une commission. Cette condition a été introduite à une époque où le courant qui adhérait à la théorie formelle des sources fondant une position de garant était majoritaire⁸⁸⁵. Ce critère est, aujourd'hui, majoritairement rejeté par la doctrine⁸⁸⁶, entre autres, pour la raison qu'il nuit à la sécurité juridique⁸⁸⁷.

573 L'équivalence des modalités est un critère qui remonte également à GALLAS. Celui-ci voulait ajouter aux autres conditions du § 13 quelque chose qui permette de : « [der] Nichthinderung des Erfolges das gleiche Gewicht und die gleiche Färbung zu geben, wie dem im Tatbestand beschriebenen positiven Verhalten »⁸⁸⁸, pour les cas dans lesquels la loi prévoit une forme particu-

⁸⁸⁰ La formulation originale a été remaniée et raccourcie lors des projets de 1960 et 1962. Le verbe « *gleichsteht* », par exemple, que GALLAS avait proposé, a été remplacé par « *gleichwertig ist* » par le *Bundesjustizministerium*, pour aboutir à « *entspricht* », jugé plus neutre, dans le projet alternatif de 1966. Pour un exposé détaillé au sujet de l'histoire de cette clause, METZEN, p. 79 ss. Pour un aperçu des différentes formulations, NITZE, p. 190 ss.

⁸⁸¹ LACKNER/KÜHL, § 13 N 16 ; NITZE, p. 16 ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 77. NITZE considère, pour sa part, que cette clause n'a pas de fonction, NITZE, p. 88 ss, 107 ss, 111 et 188 s.

⁸⁸² ROXIN, AT II, § 32 N 218.

⁸⁸³ NITZE, p. 29 ss ; ROXIN, AT II, § 32 N 221.

⁸⁸⁴ « [Der] Richter [hat] alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen », NITZE, p. 30. Pour une liste exemplative des éléments que le juge devait prendre en compte, NITZE, p. 30.

⁸⁸⁵ ROXIN, AT II, § 32 N 228. Sur la théorie formelle des sources, cf. point 4.1.2 N 565 ss.

⁸⁸⁶ GALLAS, Teil, p. 20 ; NITZE, p. 91 ss ; ROXIN, AT II, § 32 N 228 ; DStGB K-STREE, § 13 N 4 ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 77.

⁸⁸⁷ JESCHECK/WEIGEND, p. 630 et les références citées note de bas de page 75 de l'ouvrage ; ROXIN, AT II, § 32 N 227 ; DStGB K-STREE, § 13 N 4.

⁸⁸⁸ GALLAS, Strafrechtskommission, p. 80.

lière que le comportement doit revêtir. Il avait cité alors, à titre d'illustration, l'escroquerie, pour laquelle le dommage patrimonial doit provenir de la tromperie : « Wir brauchen also für Fälle dieser Art als zweiten einschränkenden Gesichtspunkt den der Gleichwertigkeit der Unterlassungshandlung mit dem positiven Begehen auch in Bezug auf die im Tatbestand vorausgesetzten besonderen Handlungsmodalitäten »⁸⁸⁹. Ce critère, appelé aussi *strenge Modalitätenäquivalenz*, est généralement admis dans la doctrine⁸⁹⁰, avec des nuances selon certains auteurs, comme par exemple ROXIN qui refuse l'idée d'une *allgemeine Modalitätenäquivalenz*⁸⁹¹, ce qui a pour conséquence, selon lui, que : « [in] Wirklichkeit ist die Täuschung aber nur die vorsätzliche Verursachung einer irrumsbedingten Selbstschädigung [...]. Es liegt also keine strukturelle Besonderheit vor, die es rechtfertigen könnte, den Betrug anders als sonstige Erfolgsdelikte zu behandeln »⁸⁹².

Le dernier point est celui du double aspect de la clause d'équivalence. Selon cette théorie, la clause d'équivalence aurait deux volets : d'une part, l'équivalence des modalités et, d'autre part, la fonction de servir exceptionnellement de correctif malgré le fait que toutes les conditions d'existence d'une position de garant sont remplies. Sur ce deuxième aspect, elle se distingue de l'évaluation globale du comportement⁸⁹³ par le fait qu'ici, les considérations sur la faute ne sont pas prises en compte⁸⁹⁴. Elle avait été introduite, lors de l'élaboration du projet de 1962, à l'époque où la théorie de la source formelle des devoirs pouvant fonder une position de garant⁸⁹⁵ avait la préférence. Elle avait donc pour but de permettre exceptionnellement de ne pas retenir une position de garant, malgré le fait que celle-ci naquit pourtant d'un devoir prévu par une source admise, par exemple, la loi⁸⁹⁶. La doctrine actuelle semble l'avoir abandonnée⁸⁹⁷. Son utilité s'est encore trouvée amoindrie du fait de la possibilité pour le juge d'atténuer la peine (deuxième alinéa du § 13)⁸⁹⁸.

574

⁸⁸⁹ GALLAS, Strafrechtskommission, p. 79.

⁸⁹⁰ JESCHECK/WEIGEND, p. 629 ; LACKNER/KÜHL, § 13 N 16 ; ROXIN, AT II, § 32 N 239 ss ; SK DStGB-RUDOLPHI, § 13 N 18 s. ; DStGB K-STREE, § 13 N 4 ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 77 ; WESSELS/BEULKE, AT, § 16 II 7 N 730 ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 19. *Contra* : NITZE, p. 88 ss.

⁸⁹¹ ROXIN, AT II, § 32 N 230 ss. Dans le même sens, DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 77.

⁸⁹² ROXIN, AT II, § 32 N 230.

⁸⁹³ Cf. point 4.1.3 N 571.

⁸⁹⁴ NITZE, p. 33 s.

⁸⁹⁵ Cf. point 4.1.2 N 567.

⁸⁹⁶ NITZE, p. 94 ss ; ROXIN, AT II, § 32 N 229.

⁸⁹⁷ NITZE, p. 97 ; ROXIN, AT II, § 32 N 229 ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 19.

⁸⁹⁸ ROXIN, AT II, § 32 N 229. *Contra* : SK DStGB-RUDOLPHI, § 13 N 17.

4.1.4 L'existence d'une situation typique

575 Il faut entendre, par cette condition, l'existence d'une situation qui exige une intervention de la part du garant⁸⁹⁹. Cette situation existe en principe dès qu'apparaît un risque que le résultat⁹⁰⁰ dommageable se produise (« *Gefahr des Erfolgseintritts* »)⁹⁰¹.

576 Lorsque le résultat s'est déjà entièrement réalisé, il n'est plus possible de retenir une omission⁹⁰². Cela a pour conséquence, par exemple, qu'il n'est pas possible de punir pour une omission ultérieure celui qui a endommagé une chose par négligence et ne la répare pas par la suite⁹⁰³.

577 Cette condition est également utile en matière de tentative⁹⁰⁴. Ainsi, dans le cas où l'auteur croit par erreur à l'existence d'une situation typique, l'on est, pour autant que les autres conditions soient remplies, en présence d'une tentative d'omission⁹⁰⁵.

4.1.5 Le garant n'adopte pas le comportement attendu de lui

578 Cette condition illustre le fait que le garant doit, dans le cas où il existe une situation typique, faire ce qui est approprié et nécessaire pour empêcher la réalisation du résultat dommageable⁹⁰⁶. En l'absence de comportements prescrits pas les normes légales, il convient de se référer à « *was in der jeweiligen Situation zur Verhinderung der Erfolge erforderlich ist* »⁹⁰⁷.

579 Le garant doit choisir, parmi les possibilités qu'il a à disposition sur le moment, celle qui est la plus à même d'éviter la survenance du résultat⁹⁰⁸. S'il

⁸⁹⁹ JESCHECK/WEIGEND, p. 615 s. ; ROXIN, AT II, § 31 N 177 ; DStGB K-STREE, Vorbem. §§ 13 ss N 148.

⁹⁰⁰ Le terme « résultat » n'est pas compris dans son sens technique ici, cf. point 4.1 N 555.

⁹⁰¹ ROXIN, AT II, § 31 N 178 ; SK DStGB-RUDOLPHI, Vor § 13 N 11 ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 62.

⁹⁰² DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 62.

⁹⁰³ DStGB K-STREE, § 13 N 42. A notre avis, la question de l'aggravation du dommage due à la non-réparation ne devrait pas être considérée comme une omission aussi longtemps que l'aggravation est la conséquence logique et prévisible de la création du dommage.

⁹⁰⁴ ROXIN, AT II, § 31 N 178.

⁹⁰⁵ DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 62.

⁹⁰⁶ A ce sujet, nous citerons JESCHECK/WEIGEND : « *Unterlassung bedeutet nicht < Nichtstun >, sondern < etwas Bestimmtes nicht tun >* », JESCHECK/WEIGEND, p. 615.

⁹⁰⁷ ROXIN, AT II, § 31 N 180. Dans le même sens, SK DStGB-RUDOLPHI, Vor § 13 N 12 ; DStGB K-STREE, Vorbem. §§ 13 ss N 140 et 151 ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 63.

⁹⁰⁸ DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 63. Voir aussi BIRNBACHER : « *Niemand kann zu etwas verpflichtet sein, was ihm übermenschliche Anstrengungen abverlangt* », BIRNBACHER, p. 134.

choisit un moyen qu'il tient, à tort, pour adéquat, il pourra répondre d'une omission par négligence⁹⁰⁹.

4.1.6 La possibilité pour le garant d'agir

Cette condition semble aller de soi, tant il est évident qu'à l'impossible, nul n'est tenu⁹¹⁰. Les auteurs sont bien entendu d'accord sur le principe. Cependant, des divergences apparaissent lorsqu'il s'agit de savoir quelles causes d'impossibilité sont admissibles et à quelles conditions⁹¹¹. 580

La discussion en droit allemand est sur ce point similaire à celle qui a cours en Suisse. Afin d'éviter de trop nombreuses répétitions, nous avons choisi de mentionner ici les points de discussion sur lesquels la doctrine allemande a eu l'antériorité, quand bien même ils sont également connus en droit suisse. 581

L'impossibilité physique est, comme en droit suisse, une cause envisageable⁹¹². Elle peut être due à un manque de moyens à disposition, de connaissances techniques ou de compétences⁹¹³. Cette impossibilité peut également être due à un éloignement physique entre le garant et le lieu où il devrait agir⁹¹⁴ ou un manque de temps⁹¹⁵. Une autre cause d'impossibilité physique est l'épuisement pour un médecin par exemple. 582

Cette impossibilité n'a pas à être absolue, ni permanente. Au contraire, il faut analyser si, pour le garant, il est raisonnablement possible d'agir⁹¹⁶. Un comportement qui serait objectivement⁹¹⁷ voué à l'échec dès le départ n'est pas non plus exigé⁹¹⁸. Cependant, même des doutes sérieux quant à la 583

⁹⁰⁹ JESCHECK/WEIGEND, p. 616 ; ROXIN, AT II, § 31 N 180 ; SK DStGB-RUDOLPHI, Vor § 13 N 12.

⁹¹⁰ DStGB K-STREE, Vorbem. §§ 13 ss N 141. Au sujet de cette condition en droit pénal suisse, cf. point 3.6.

⁹¹¹ JESCHECK/WEIGEND, p. 617.

⁹¹² ROXIN, AT II, § 31 N 8 ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 65 ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 12.

⁹¹³ ROXIN, AT II, § 31 N 8. Dans le même sens, JESCHECK/WEIGEND, p. 617 ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 65. Ainsi, le garant qui ne sait pas nager n'omet pas, s'il ne saute pas à l'eau pour sauver la victime qui se noie. Cependant, il omet s'il n'appelle pas des secours, alors que cela est possible, ROXIN, AT II, § 31 N 8.

⁹¹⁴ ROXIN, AT II, § 31 N 8 ; DStGB K-STREE, Vorbem. §§ 13 ss N 142 ; WESSELS/BEULKE, AT, § 16 II 2 N 708.

⁹¹⁵ DStGB K-STREE, Vorbem. §§ 13 ss N 142.

⁹¹⁶ JESCHECK/WEIGEND, p. 617 ; ROXIN, AT II, § 31 N 9 ; DStGB K-STREE, Vorbem. §§ 13 ss N 142.

⁹¹⁷ WESSELS/BEULKE, AT, § 16 II 2 N 708.

⁹¹⁸ DStGB K-STREE, Vorbem. §§ 13 ss N 142.

réussite ne permettent pas d'admettre une impossibilité⁹¹⁹ : « [n]ur die sicher voraussehbare Erfolgslosigkeit eines Rettungsbemühens »⁹²⁰ constitue un motif pour retenir l'impossibilité.

584 Selon ROXIN, l'impossibilité juridique n'est pas une impossibilité d'agir. Cet auteur se réfère aux cas dans lesquels le garant devrait, pour agir conformément à ce que l'on attend de lui, violer la loi⁹²¹. En effet, dans un tel cas, le devoir d'empêcher le résultat de se produire fait défaut, ce qui exclut la typicité même d'une omission.

585 Les autres causes envisageables telles que la contrainte absolue, l'état de légitime défense, les capacités intellectuelles réduites, l'état de nécessité, ou encore l'erreur, sont plus discutées. Pour ces causes, le problème porte souvent sur la place systématique que chaque auteur donne à ces éléments lors de l'analyse⁹²².

4.1.7 La « causalité »

586 L'existence de la causalité en matière d'omissions a donné lieu à d'intenses discussions en Allemagne, faisant ainsi dire à VON LISZT que la dispute sur ce point a été « einer der unfruchtbarsten, welche die strafrechtliche Wissenschaft je geführt hat »⁹²³. Ces discussions ont abouti à la conclusion qu'une telle notion devait être niée, dans le cas des omissions⁹²⁴.

587 Différentes positions sont adoptées dans ce domaine. Le vocabulaire employé est ici significatif, si certains auteurs parlent de causalité (« *Kausalität* »)⁹²⁵, d'autres emploient les termes de quasi-causalité (« *Quasi-Kausalität* »)⁹²⁶, de causalité hypothétique (« *hypothetische Kausalität* »)⁹²⁷ ou

⁹¹⁹ RGSt 71 176, 178 ; RGSt 73 52, 54.

⁹²⁰ BGH NSTZ 2000 414, 415. Dans le même sens, BGHSt 48 77, 92 ; ROXIN, AT II, § 31 N 10 ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 12.

⁹²¹ ROXIN, AT II, § 31 N 14.

⁹²² JESCHECK/WEIGEND, p. 616 s. ; KAUFMANN, Dogmatik, p. 36 ss ; ROXIN, AT II, § 31 N 8 ss ; SK DStGB-RUDOLPHI, Vor § 13 N 13 ; DStGB K-STREE, Vorbem. §§ 13 ss N 141 ss ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 65 s. ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 12 s.

⁹²³ VON LISZT, Lehrbuch, p. 128. Pour un bref aperçu de cette dispute, JESCHECK/WEIGEND, p. 618.

⁹²⁴ Sur la négation de la causalité en matière d'omissions, cf. KAUFMANN, Dogmatik, p. 61 ss. L'auteur retient une « *potentielle Kausalität* ».

⁹²⁵ ROXIN, AT II, § 31 N 42.

⁹²⁶ DStGB K-STREE, § 13 N 61.

⁹²⁷ DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 70 ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 14.

encore d'imputabilité (« *Zurechnung des Erfolges* »)⁹²⁸. Cette diversité lexicale est le reflet des discussions doctrinales passées, sans avoir un impact décisif, comme nous le verrons, sur les différentes conceptions possibles. Nous exposerons ces différentes positions dogmatiques dans l'ordre de leur mention, sans toutefois entrer dans les détails au-delà de ce qui est nécessaire pour cette partie de notre travail⁹²⁹. Nous aborderons ensuite le problème spécifique qui se pose lorsqu'il s'agit d'analyser cette condition en relation avec une omission.

ROXIN soutient qu'il existe une causalité en matière de délits de commission par omission. Selon cet auteur : « [denn] da wir von einer < Wirkkraft > oder < Dynamik > der Kausalität sogar bei Begehungsdelikten nichts Näheres wissen, empfiehlt es sich, die im übrigen heute anerkannte Formel von der Kausalität als gesetzmäßiger Bedingung bei Begehungs- und Unterlassungsdelikten gleichermaßen anzuwenden »⁹³⁰. Malgré la terminologie retenue, il reconnaît cependant qu'il existe des différences entre la causalité telle qu'elle est conçue en matière de délits de commission et celle qui est appliquée en matière d'omissions⁹³¹. En effet, en matière de commissions, le lien juridique (« *gesetzmäßige Verknüpfung* ») entre le comportement de l'auteur et le résultat s'accompagne d'une énergie positive que l'auteur déploie, tandis que dans le cas d'omissions, cela se résume au lien juridique. ROXIN utilise ici le terme de « *gesetzmäßiger Zusammenhang* », entre l'omission et le résultat⁹³².

La notion de « causalité hypothétique » est l'expression de la doctrine majoritaire qui nie l'existence d'un lien de causalité, tel que conçu en matière de délits de commission, entre le comportement et le résultat. Cette position a les faveurs de la jurisprudence également⁹³³. Il y a une nécessité d'imputer le résultat à l'auteur⁹³⁴, mais il faut procéder à un renversement (« *Umkehrung* »)⁹³⁵ de la *condicio sine qua non*. Il faut ainsi se demander s'il est

⁹²⁸ SK DStGB-RUDOLPHI, Vor § 13 N 14.

⁹²⁹ De manière plus détaillée pour le droit suisse, cf. point 3.8.

⁹³⁰ ROXIN, AT II, § 31 N 42. Dans le même sens, JESCHECK/WEIGEND, p. 618 s. ; WESSELS/BEULKE, AT, § 16 II 3 N 700. Pour la position de ROXIN au sujet de la causalité, ROXIN, AT I, § 11 N 3 ss.

⁹³¹ ROXIN, AT II, § 31 N 42. Dans le même sens, JESCHECK/WEIGEND, p. 618 s. ; en partie, WESSELS/BEULKE, AT, § 16 II 3 N 700. STREE nuance : tout en retenant que le concept de causalité peut s'appliquer en matière d'omissions, il recourt au terme de « quasi-causalité » pour marquer le fait qu'en cas d'omission, il n'y a pas, sous l'angle ontologique, de lien entre le comportement et le résultat, DStGB K-STREE, § 13 N 61.

⁹³² ROXIN, AT II, § 31 N 43.

⁹³³ BGHSt 6 1, 2 ; BGHSt 37 106, 126 ; BGHSt 43 381, 397 ; BGHSt 48 77, 93.

⁹³⁴ DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 70.

⁹³⁵ DStGB-WOHLERS, § 13 N 14.

possible d’imaginer le comportement omis, sans que le résultat ne tombe⁹³⁶. Si la réponse est affirmative, alors la condition de la causalité hypothétique n’est pas remplie⁹³⁷.

590 RUDOLPHI considère que le point essentiel est d’établir que le comportement qui était exigé aurait évité le résultat, peu importe que l’on appelle cela causalité (« *echte Kausalität* »)⁹³⁸. Il rappelle que la discussion au sujet de l’existence de la causalité en matière d’omissions a été une perte de temps⁹³⁹. Il emploie donc le terme « *objektive Zurechenbarkeit* » à ce sujet. Sur le fond, il rejoint l’avis de la jurisprudence et la doctrine majoritaire mentionné ci-dessus⁹⁴⁰.

591 En matière d’omission, se pose le problème de la certitude exigible pour admettre l’existence d’un lien de « causalité »⁹⁴¹. Il est certes possible de dire par une analyse *ex ante* que le fait d’entreprendre un certain comportement aurait eu pour effet d’offrir une chance de sauver la victime, mais il est souvent difficile, *ex post*, d’être sûr que le résultat aurait été évité en cas d’intervention⁹⁴². Deux courants s’affrontent ici.

592 Le courant majoritaire⁹⁴³ et la jurisprudence⁹⁴⁴ retiennent que la condition de la « causalité » est remplie lorsque le comportement omis aurait permis, « *mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit* », d’éviter la survenance du résultat.

593 L’autre courant retient que la condition est remplie dès le moment où le comportement omis aurait eu pour effet de réduire les risques que le résultat ne se produise⁹⁴⁵. Cette théorie, appelée *Risikoverminderungslehre*⁹⁴⁶ est une

936 DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 70 ; WESSELS/BEULKE, AT, § 16 II 3 N 700 ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 14.

937 Cette manière de faire est critiquée par ROXIN qui considère que « [dabei] ist die Formel vom < Hinzudenken > genausowenig hilfreich wie die Methode des < Hinwegdenkens > bei Begehungsdelikten », ROXIN, AT II, § 31 N 45.

938 SK DStGB-RUDOLPHI, Vor § 13 N 14.

939 SK DStGB-RUDOLPHI, Vor § 13 N 14. Cf. à ce sujet point 4.1.7 N 586.

940 Cf. point 4.1.7 N 589.

941 DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 70.

942 DStGB-WOHLERS, § 13 N 15.

943 JESCHECK/WEIGEND, p. 619 ; DStGB K-STREE, § 13 N 61 ; DStGB LK-WEIGEND, § 13 N 72 ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 15. En principe aussi, mais avec des nuances, ROXIN, AT II, § 31 N 54 ss.

944 RGSt 15 151, 153 s. ; RGSt 58 130, 131 ; RGSt 74 350, 352 ; RGSt 75 49, 50 ; RGSt 75 372, 374 ; BGHSt 6 1, 1s. ; BGHSt 7 211, 214 ; BGHSt 37 106, 127 ; BGHSt 43 381, 397.

945 SK DStGB-RUDOLPHI, Vor § 13 N 16 s. et les références citées.

946 Cf. par exemple ROXIN, AT II, § 31 N 51 ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 15.

transposition, dans le domaine des omissions, de la *Risikoerhöhungstheorie* connue en matière de délits de commission⁹⁴⁷. Cette position est critiquée par ses opposants qui considèrent qu'elle est problématique au regard du principe *in dubio pro reo*⁹⁴⁸.

4.1.8 Conclusion pour le droit allemand

En introduisant le § 13 StGB en 1975, le législateur allemand n'a pas mis fin aux discussions qui avaient cours dans la doctrine. La position de garant et la clause d'équivalence ont fait l'objet de larges développements de la part des auteurs qui ont tenté de circonscrire ainsi les conditions d'application de ces notions. 594

Les solutions trouvées par la doctrine et la jurisprudence allemandes en matière de délits d'omission sont une source importante et ont été utilisées tout au long de notre travail. Pour cette raison, nous avons choisi de ne pas revenir, dans cette partie de notre travail, en détail sur certains points, essayant ainsi d'éviter au maximum les répétitions. 595

Après avoir inspiré le droit suisse, il n'est pas exclu que le droit allemand puisse à l'avenir trouver des solutions qui auront été élaborées par la doctrine et la jurisprudence suisses en lien avec l'art. 11 CP. 596

4.2 France

4.2.1 Introduction

L'analyse des solutions du droit pénal français en matière de délits de commission par omission nous a semblé trouver naturellement sa place dans le cadre de notre travail ; deux raisons, au moins, à cela : le fait que la solution du droit français ne soit pas identique à celle du droit allemand, ni suisse, et le fait que le droit français ait exercé une grande influence sur le droit pénal suisse, à une époque du moins. 597

Le droit pénal français s'est, bien entendu, également posé la question du traitement de la commission par omission. Les réflexions que la doctrine et la jurisprudence françaises ont menées, ainsi que la solution à laquelle elles ont abouti, sont enrichissantes dans le cadre d'une recherche relative 598

⁹⁴⁷ BGHSt 37 106, 127.

⁹⁴⁸ ROXIN, AT II, § 31 N 60 ; DStGB-WOHLERS, § 13 N 15.

à la figure de la commission par omission en droit pénal suisse. Cela est d'autant plus vrai lorsque les solutions allemande et française sont mises en parallèle.

599 Par ailleurs, comme nous l'avons dit, le droit français a eu une grande influence sur le droit pénal suisse, au point que, à certaines périodes, notamment pendant la République Helvétique⁹⁴⁹, le Code pénal helvétique de 1799 avait de très fortes ressemblances avec le Code pénal français de 1791⁹⁵⁰. Bien que les cantons aient, depuis lors, adopté leurs propres Codes, avant d'avoir un Code pénal suisse unifié, cette influence a perduré⁹⁵¹.

600 Comme le droit suisse, le droit français utilise le terme de (délit de) « commission » pour les dispositions qui répriment une action positive. Les termes « pure omission » sont employés pour désigner les dispositions pénales qui répriment ce que nous connaissons sous le terme d'« omissions proprement dites »⁹⁵². La doctrine précise qu'il peut exister des normes qui répriment tant un acte de commission que d'omission, ce type de dispositions relevant de la négligence⁹⁵³. Les termes « commission par omission » désignent la situation dans laquelle l'on retient une omission pour une disposition qui, à teneur de sa lettre, réprime une commission⁹⁵⁴.

601 La doctrine et la jurisprudence parlent parfois, en France, de « responsabilité pour le fait d'autrui », lorsqu'il s'agit de désigner ce qu'en Suisse et en Allemagne, nous appelons « commission par omission » dans le cas de la responsabilité du chef d'entreprise⁹⁵⁵. La dénomination employée en France est non seulement en contradiction avec la lettre de l'art. 121-1 CPFr, mais également conceptuellement fautive⁹⁵⁶. En effet, l'« auteur » qui omet est puni non pas pour ce qu'un tiers a fait, mais bien pour ce que lui-même n'a pas entrepris⁹⁵⁷.

⁹⁴⁹ Nom donné aux cantons suisses, regroupés en République unitaire, entre 1798 et 1803.

⁹⁵⁰ PFENNINGER, p. 142 ss. LÜTHI considère que le droit pénal suisse d'alors était la réception du droit pénal français, LÜTHI, p. 6. Ce Code ne traitait que très marginalement des omissions, celles-ci étant alors assimilées aux commissions.

⁹⁵¹ PFENNINGER, p. 160 s.

⁹⁵² DESPORTES/LE GUNEHÉC, N 436 ; LEROY, N 335 ; REBUT, p. 135.

⁹⁵³ DESPORTES/LE GUNEHÉC, N 438.

⁹⁵⁴ DESPORTES/LE GUNEHÉC, N 436 ; REBUT, p. 43 s.

⁹⁵⁵ DESPORTES/LE GUNEHÉC, N 522 ss. Sur cette notion en droit suisse, cf. point 3.5.7.4.

⁹⁵⁶ Cet article prévoit que « [n]ul n'est responsable pénalement que de son propre fait ».

⁹⁵⁷ Cf. la définition de l'omission en philosophie point 2.1.2. Pour la définition en droit pénal suisse, cf. point 3.4.2.2. Pour le droit français, LEROY, N 439 ss, 444.

4.2.2 Le traitement de l'« omission » en droit français

4.2.2.1 Dans la doctrine

Les auteurs français ont pour habitude de commencer l'exposé relatif aux omissions par rappeler un arrêt célèbre de 1901, celui de « la séquestrée de Poitiers »⁹⁵⁸. Le cas était celui d'une jeune femme que le frère et la mère ont gardée enfermée dans la même pièce pendant vingt-cinq. Le Tribunal correctionnel de Poitiers avait condamné le frère pour complicité à des actes de violence. La Cour d'appel de Poitiers avait par la suite cassé l'arrêt de la Cour inférieure au motif qu'il n'existait, alors, pas de base légale pour punir expressément le comportement de la mère et du frère de la victime. Le fait que la mère et le frère de la victime aient privé celle-ci de soins et de nourriture et l'aient gardée enfermée dans une pièce pendant vingt-cinq ans ne remplissait pas les conditions de la « violence » au sens de l'art. 319 aCPFr.

602

Avant cet arrêt, le droit français n'était pas hostile à l'idée de réprimer les délits de commission par omission, ainsi que l'exprimait l'adage de LOYSEL : « Qui peut et n'empêche, pêche »⁹⁵⁹. De cet arrêt, la doctrine a cependant conclu à l'impossibilité de réprimer une omission en l'absence de base légale expresse. Cela a pour conséquence que la question de la commission par omission est réglée actuellement en une phrase dans les ouvrages de doctrine, comme l'on peut le lire chez LEROY, par exemple : « l'interprétation stricte de la loi pénale interdit de raisonner par analogie et de retenir un délit de *commission par omission* »⁹⁶⁰.

603

4.2.2.2 Dans la loi

Depuis 1901, le législateur français a édicté de nombreuses dispositions qui répriment des omissions⁹⁶¹ ; nous en mentionnerons quelques unes. L'on peut en premier lieu penser aux art. 223-6 al. 1 et 2 (abstention volontaire d'empêcher un crime ou un délit contre l'intégrité corporelle d'un tiers ou de lui apporter son aide), 223-7 (abstention volontaire de combattre un sinistre pouvant créer un danger pour la sécurité des personnes), 227-5 (refus de

604

⁹⁵⁸ CA Poitiers, 20 novembre 1901, D., 1902, 2, p. 304. Cf. GIDE, *in toto*, pour un récit au sujet de cette affaire.

⁹⁵⁹ LOYSEL, *Institutes*. Voir PRADEL/VARINARD, p. 365 ; DESPORTES/LE GUNEHEC, N 436.

⁹⁶⁰ LEROY, N 339. Dans le même sens et avec le même souci de concision, DESPORTES/LE GUNEHEC, N 436.

⁹⁶¹ REBUT, p. 136.

présenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer), 434-1 (non-dénonciation à l'autorité d'un crime qu'il est encore possible de prévenir ou dont les effets pourraient être limités), 434-11 CPFr (abstention volontaire de témoigner en faveur d'un détenu innocent).

605 Ce type de normes ne se rencontre pas uniquement dans le Code pénal français, mais bien dans pratiquement toutes les dispositions pénales des différents codes, qu'il s'agisse du Code du travail, Code des douanes, Code de la route ou encore du Code monétaire et financier. Ce dernier Code réprime, ainsi, à ses art. L. 351-1 (« méconnaître l'une des obligations [...] de l'art. L. 312-1-1 ») et L. 571-6 à 9 (« [l]e fait, pour les dirigeants d'un établissement de crédit, de ne pas... ») toute une série d'omissions.

606 Le législateur a également modifié l'art. 121-3 CPFr en posant le principe, à l'alinéa premier de cet article, qu'il « n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre »⁹⁶². A l'alinéa 3, le texte prévoit qu'« [i]l y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ». Enfin, il convient de citer l'alinéa 4 qui complète le précédent alinéa : « [d]ans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ».

607 A la lecture de la loi, il est tentant pour un pénaliste suisse de trouver une certaine parenté entre ce que le droit suisse a souhaité réprimer à l'art. 11 CP et des termes tels que « les personnes physiques qui [...] ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter [...] sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont [...] violé [...] une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ».

⁹⁶² Modifié par la Loi n° 2000-647, du 10 juillet 2000.

Le législateur français a ainsi traité dans les dispositions générales du Code pénal, spécifiquement les dispositions relatives à la responsabilité pénale, une partie de la problématique que le législateur suisse a traitée à l'art. 11 CP. Les dispositions spéciales, qu'il s'agisse de celles prévues dans le Code pénal français ou dans le droit pénal accessoire, visent à compléter, notamment sous l'angle de l'acte constitutif, les dispositions générales sur la responsabilité pénale.

608

4.2.2.3 Dans la jurisprudence

Dans cette partie, nous traiterons uniquement de la jurisprudence de la Cour de Cassation française. Nous avons à cet égard fait le choix de ne traiter que de la jurisprudence rendue relativement à trois articles du CPFr en particulier, à savoir les art. 121-3 al. 3 et 4, 121-7 (complicité) et 221-6 CPFr (atteintes involontaires à la vie)⁹⁶³.

609

L'art. 121-3 CPFr a donné lieu, dans sa teneur avant la modification du 10 juillet 2000, à la condamnation, pour homicide involontaire, d'un maire qui n'avait pas veillé à faire respecter les règles de sécurité applicables aux établissements ouverts au public⁹⁶⁴ ou à celle, pour blessures involontaires et incapacité de travail causées à un employé (art. 222-19 CPFr), d'une personne à qui avaient été déléguées les tâches de veiller, entre autres, au respect des règles de sécurité sur un chantier⁹⁶⁵. Depuis 2000, cet article a également été appliqué pour condamner des violations commises en matière fluviale, telle celle de la personne qui n'a pas suffisamment surveillé le dispositif de filtrage des boues ce qui a entraîné « l'asphyxie de la faune et de la flore du ruisseau »⁹⁶⁶ ou celle du directeur technique qui n'a pas pris les mesures pour éviter le rejet de matières polluantes dans les cours d'eau, alors qu'il connaissait les risques que l'installation créait⁹⁶⁷. Dans ces affaires, l'on note que les situations qui ont donné lieu à condamnation pourraient parfaitement être appréhendées sous l'angle de l'art. 11 CP. Sous couvert de réprimer la négligence, l'art. 121-3 CPFr permet en réalité de sanctionner des

610

⁹⁶³ Ce dernier article, qui correspondait en réalité à l'art. 319 aCPFr, a été modifié par la Loi n° 2000-647, du 10 juillet 2000, puis, récemment, par la Loi n° 2011-525, du 17 mai 2011.

⁹⁶⁴ Cass. Crim., 29 juin 1999, Bull. crim. n° 163.

⁹⁶⁵ Cass. Crim., 30 octobre 1996, Bull. crim. n° 389. Cf. également Cass. Crim., 17 juin 1997, Bull. crim. n° 237 pour un arrêt relatif à un supérieur qui est parti en vacances sans avoir donné les instructions suffisantes de sécurité à ses subordonnés.

⁹⁶⁶ Cass. Crim., 7 novembre 2006, Bull. crim. n° 279.

⁹⁶⁷ Cass. Crim., 19 octobre 2004, Bull. crim. n° 247.

omissions qui, il est vrai, sont parfois commises par négligence. Les juges traitent indistinctement des problèmes de commission et d'omission, l'essentiel étant de faire rentrer le reproche adressé à l'auteur dans la formulation très large de cet article.

611

Bien que la jurisprudence ait posé le principe que seule l'activité positive pouvait être constitutive d'un acte de complicité⁹⁶⁸, il lui est arrivé d'étendre la notion à des états de fait dans lesquels il est, à tout le moins, délicat d'identifier l'acte positif du complice. Il en a été ainsi dans le cas où un expert-comptable qui n'a pas vérifié les chiffres que lui a fournis son client lors de l'établissement d'un bilan frauduleux. Ce qui a été reproché à l'expert-comptable, ce n'est pas d'avoir eu une quelconque activité positive, mais bien de ne pas avoir vérifié la véracité des chiffres fournis⁹⁶⁹. De même, la Cour a-t-elle jugé que la mère qui n'empêchait pas son fils de tuer son père était complice, au vu de l'emprise psychologique qu'elle avait sur lui. Selon la Cour, si la mère avait voulu empêcher son fils d'agir, elle aurait pu y parvenir ; en ne le faisant pas, elle s'est rendue complice⁹⁷⁰. Cette manière de voir va bien au-delà de ce qui pourrait être qualifié de « complicité psychique ». La Cour reproche ainsi à la mère, non pas d'avoir utilisé son emprise psychique pour aider son fils à tuer la victime, mais de ne pas avoir fait usage de l'emprise psychologique qu'elle avait sur son fils pour l'empêcher de commettre l'acte : ceci est l'expression du fait que c'est bien l'omission qui a été réprimée et non un quelconque comportement actif que la mère aurait eu. Enfin, le douanier qui a délibérément ignoré une fraude est punissable pour complicité⁹⁷¹, de même qu'est punissable de complicité de tapage nocturne celui qui vend des boissons alcoolisées et n'empêche pas ledit tapage⁹⁷². Dans le dernier cas, le reproche adressé au vendeur ne porte pas sur le fait d'avoir vendu les boissons qui ont mis les personnes en état d'ébriété, favorisant ainsi le fait que celles-ci fassent du bruit par la suite ; la Cour reproche au contraire au vendeur, le fait que celui-ci n'ait pas empêché les clients de faire du bruit. A nouveau, le reproche porte sur une omission et non un acte positif. Cela est pour le moins intrigant, si l'on se souvient que la Cour considère que la complicité ne peut être que le fait d'un acte positif, non d'une omission.

⁹⁶⁸ Cf., entre autres, Cass. Crim., 27 décembre 1960, Bull. crim. n° 624.

⁹⁶⁹ Cass. Crim., 15 janvier 1979, Bull. crim. n° 21.

⁹⁷⁰ Cass. Crim., 19 décembre 1989, D. 1990.190, note de D. MAYER.

⁹⁷¹ Cass. Crim., 27 octobre 1971, Bull. crim. n° 384.

⁹⁷² Cass. Crim., 17 février 1988, Bull. crim. n° 80.

En matière d'atteintes involontaires à la vie, la jurisprudence rendue sur la base de l'art. 319 aCPFr et du nouvel art. 221-6 CPFr est très riche. Elle porte sur des domaines variés, tels que le domaine médical, celui de la responsabilité pour détention d'animaux, du droit du travail ou de la circulation routière. La Cour a ainsi admis la responsabilité pénale du propriétaire d'un taureau qui, suite à un défaut de surveillance, s'est échappé et a provoqué un accident de la circulation⁹⁷³ ; la responsabilité du médecin qui dirige mal un laboratoire pharmaceutique, de sorte que la délivrance de médicaments est entachée d'erreurs, sa faute se caractérisant comme une « inattention »⁹⁷⁴ ; la responsabilité du propriétaire qui ne fait pas réparer des conduites de gaz défectueuses dont les émanations finissent par asphyxier un locataire commet une « négligence »⁹⁷⁵ ; la responsabilité de l'employeur qui risque la condamnation pour un nombre important de manquements, que ceux-ci portent sur la surveillance des employés, la communication des règles de sécurité ou la prise de mesures organisationnelles⁹⁷⁶ ; la responsabilité du médecin qui diffère une opération sans avoir effectué les examens qui permettraient de décider s'il y a urgence⁹⁷⁷, qui effectue les examens inadéquats et ne prend pas de mesures pour mettre en place une surveillance adéquate du patient⁹⁷⁸ ; la responsabilité du chef d'entreprise qui prend la décision de ne pas utiliser le matériel de blindage prescrit par un décret avec, comme conséquence, le décès d'un employé lors de l'éboulement d'une tranchée, ne transmet pas les consignes de sécurité au sous-traitant et ne veille pas à l'entretien des équipements de sécurité, qui ne prévient pas des risques liés à l'accomplissement d'une tâche (mort par intoxication due aux émanations d'un produit chimique) ou qui ne fait pas installer les dispositifs de sécurité prescrits⁹⁷⁹ ; la responsabilité du « coordonnateur en matière de sécurité » qui laisse un panneau en appui instable et n'interdit pas l'accès du chantier au public⁹⁸⁰ ; la responsabilité de l'anesthésiste qui ne donne pas les consignes nécessaires aux infirmières⁹⁸¹ ; la

⁹⁷³ Cass. Crim., 18 juillet 1974, Rev. sc. crim. 1975, 143.

⁹⁷⁴ Cass. Crim., 29 avril 1964, Bull. crim. n° 310.

⁹⁷⁵ Cass. Crim., 23 octobre 1968, Bull. crim. n° 264.

⁹⁷⁶ Cf., par exemple, Cass. Crim., 16 mars 1971, Bull. crim. n° 88 ; Cass. Crim., 29 janvier 1976, Bull. crim. n° 38 ; Cass. Crim., 3 mai 1978, Bull. crim. n° 136

⁹⁷⁷ Cass. Crim., 25 mai 1982, Bull. crim. n° 134.

⁹⁷⁸ Cass. Crim., 13 novembre 2012, Bull. crim. n° 203.

⁹⁷⁹ Cf., entre autres, Cass. Crim., 12 septembre 2000, Bull. crim. n° 268 ; Cass. Crim., 5 décembre 2000, Bull. crim. n° 363 ; Cass. Crim., 10 janvier 2001, Bull. crim. n° 2 ; Cass. Crim., 16 janvier 2001, Bull. crim. n° 14 ; Cass. Crim., 16 janvier 2001, Bull. crim. n° 15.

⁹⁸⁰ Cass. Crim., 9 juin 2009, Bull. crim. n° 117.

⁹⁸¹ Cass. Crim., 13 février 2007, Bull. crim. n° 44.

responsabilité, encore, du médecin généraliste qui, réquisitionné pour effectuer une garde de nuit, ne prend pas les mesures pour pouvoir être joint⁹⁸² ; la responsabilité des maires pour ne pas avoir réglementé l'accès des dameuses aux pistes de luge et de ski de fond, ne pas s'être intéressé au respect des règles de sécurité relatives à une manifestation, après en avoir confié l'organisation au comité des fêtes ou ne pas avoir pris les mesures pour faire enlever une installation dangereuse sur une aire de jeux⁹⁸³ ; la responsabilité d'une personne qui loue un scooter des mers à une personne qui n'a pas le permis, ni les connaissances nécessaires⁹⁸⁴ ; la responsabilité, enfin, du vendeur d'un volet roulant qui ne s'est pas informé des règles de sécurité et des normes applicables aux matériel qu'il vendait, alors que celui-ci ne répondait pas aux normes de sécurité⁹⁸⁵.

613

Dans toutes les affaires citées au paragraphe précédent, l'atteinte à la vie a, bien entendu, été involontaire, et c'est à raison que les juges l'ont qualifiée comme telle. Il n'est cependant pas évident d'identifier, et la Cour ne le fait d'ailleurs pas, un comportement actif qui aurait été la cause de l'atteinte. Au contraire et à chaque fois, il extrêmement est aisé de qualifier d'omission le comportement retenu. Ici encore, la jurisprudence réprime en réalité aussi bien des comportements actifs que passifs, sans distinction. Le seul point commun aux faits reprochés à l'auteur réside dans le caractère involontaire de son comportement. Or, ainsi que nous l'avons vu pour le droit suisse, la nature active ou passive d'un comportement est une notion différente de celle de la négligence⁹⁸⁶, distinction dont la Cour ne semble pas faire grand cas.

4.2.3 Conclusion pour le droit français

614

A la vue de ce qui précède, il nous apparaît que, une fois le refus de reconnaître l'existence des délits de commission par omission posé par l'arrêt de la Cour d'appel de Poitiers, le législateur et la jurisprudence ont dû trouver une ou des solutions pour appréhender des situations que le droit suisse ou allemand traitent au titre de la commission par omission. La doctrine française, quant à elle, reste attachée au principe de la stricte interprétation et rejette

⁹⁸² Cass. Crim., 13 février 2007, Bull. crim. n° 43.

⁹⁸³ Cass. Crim., 18 mars 2003, Bull. crim. n° 71 ; Cass. Crim., 11 juin 2003, Bull. crim. n° 121 ; Cass. Crim., 2 décembre 2003, Bull. crim. n° 231.

⁹⁸⁴ Cass. Crim., 5 octobre 2004, Bull. crim. n° 236.

⁹⁸⁵ Cass. Crim., 29 juin 2010, Bull. crim. n° 119.

⁹⁸⁶ Au sujet de la négligence en droit suisse, cf. point 3.9.2.

l'idée qu'il puisse exister une construction qui permettrait de sanctionner pénalement l'auteur d'une omission, cela en vertu d'une norme qui viserait un comportement actif.

Les solutions que le législateur a trouvées sont, d'une part, de multiplier les infractions de « pure omission » et, d'autre part, de recourir à une formulation, extrêmement large, de la négligence qui permette de sanctionner un auteur pour des « manquements » à des obligations de sécurité, que son comportement relève d'une action positive ou d'une omission.

Le fait que le droit français ne réprime pas expressément la figure de la commission par omission pousse le législateur à créer des normes spéciales d'incrimination. Cela ne se fait pas toujours sans mal, surtout lorsqu'il s'agit de transposer, en droit interne, une obligation internationale, à l'image de celle de l'art. 28 du Statut de Rome⁹⁸⁷. Le législateur français a introduit dans le Code pénal l'art. 213-4-1⁹⁸⁸ CPFr pour concrétiser cette obligation. La complicité, prévue à l'art. 121-7 CPFr, est ainsi élargie, puisque le législateur a décidé que les comportements visés à l'art. 213-4-1 CPFr relèvent de la complicité⁹⁸⁹. Ceci pose problème au regard de la définition légale qui retient qu'est en principe complice celui qui « par aide ou assistance, aura facilité la préparation ou la consommation d'un crime ou d'un délit », « par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre »⁹⁹⁰. Dans le cas de l'art. 213-4-1 CPFr,

⁹⁸⁷ Cf. note de bas de page 517.

⁹⁸⁸ Article créé par la loi n°2010-930, du 9 août 2010, art. 3. Cet article a été inséré dans le Livre II : « Des crimes et des délits contre les personnes ».

⁹⁸⁹ « Sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 121-7, est considéré comme complice d'un crime visé par le présent sous-titre commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs le chef militaire ou la personne qui en faisait fonction, qui savait ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ce crime et qui n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites », art. 213-4-1 al. 1 CPFr. L'alinéa 2 du même article prévoit que : [sans] préjudice de l'application des dispositions de l'article 121-7, est également considéré comme complice d'un crime visé par le présent sous-titre commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs le supérieur hiérarchique, n'exerçant pas la fonction de chef militaire, qui savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ce crime ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement et qui n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites, alors que ce crime était lié à des activités relevant de sa responsabilité ou de son contrôle effectifs ».

⁹⁹⁰ Cet exemple vaut également pour l'art. 462-7 CPFr créé par la loi n°2010-930, du 9 août 2010, art. 7. Cet article figure au Livre IV bis : « Des crimes et des délits de guerre » et est la reprise, pratiquement *verbatim*, de l'art. 213-4-1 CPFr.

la responsabilité du « chef militaire ou la personne qui en faisait fonction » (al. 1) et du « supérieur hiérarchique n'exerçant pas la fonction de chef militaire » (al. 2) est retenue à raison de leur omission de prévenir la commission d'infractions et non, comme le requiert l'art. 121-7 CPFr, d'avoir facilité ou provoqué la commission ou la consommation de celle-ci ou encore d'avoir donné des instructions dans ce sens.

617 La jurisprudence, de son côté, a choisi de continuer ce qu'elle avait entamé sous l'ancien droit, à savoir concevoir la notion de complicité comme ne pouvant viser qu'un comportement actif mais, dans le même temps, parvenir à punir une mère pour le parricide que son fils commet, en lui reprochant « de ne pas être intervenue, vu son ascendant sur son fils, pour empêcher cela »⁹⁹¹. C'est à juste titre que cette argumentation n'a pas convaincu l'ensemble de la doctrine⁹⁹² : le comportement reproché à la mère ne peut être qualifié d'actif, quel que soit l'ascendant psychologique que la Cour ait pu y voir. En étant respectueux du principe de la légalité stricte, les juges n'auraient pas pu retenir une complicité de la part de la mère, faute de comportement actif punissable.

618 La deuxième voie trouvée par la jurisprudence est celle de l'art. 121-3 al. 3 et 4 CPFr, soit la disposition réprimant la négligence. La formulation de celle-ci a permis aux juges de réprimer des comportements qui, s'ils peuvent effectivement passer pour être « négligents » au sens de ladite disposition, posent fréquemment la question de leur nature « positive », à l'exemple du directeur technique qui, bien que connaissant les risques de l'installation dont il a la charge, ne surveille pas celle-ci de manière satisfaisante⁹⁹³ : le reproche porte clairement sur l'omission du directeur technique, non sur un comportement actif punissable qu'il aurait adopté. Le fait d'identifier une négligence ne suffit pas à identifier la nature active ou passive du comportement.

619 Enfin, la combinaison la plus redoutable en cette matière est celle des art. 121-3 *cum* 221-6 CPFr. Grâce à ces deux bases légales, la responsabilité des médecins, des chefs d'entreprise et des maires entre autres est particulièrement étendue, permettant de réprimer des actes qui, en droit suisse seraient éventuellement traités au titre de la commission par omission intentionnelle⁹⁹⁴.

⁹⁹¹ Cass. Crim., 19 décembre 1989, D. 1990.190, note de D. MAYER. Cf. également point 4.2.2.3 N 611.

⁹⁹² Cf., par exemple, LEROY, N 494 s.

⁹⁹³ Cass. Crim., 19 octobre 2004, Bull. crim. n° 247. Cf. également point 4.2.2.3 N 610.

⁹⁹⁴ Dans le même sens, MEYER, 119 ss.

Si l'on ajoute à cela le fait que, jusqu'à l'introduction de l'art. 4-1 CPPF⁹⁹⁵, le droit pénal français connaissait, en principe, l'unité de la faute pénale et civile en matière d'imprudance⁹⁹⁶, l'on obtenait un arsenal qui, du moins en matière d'« atteintes involontaires à la vie », n'avait vraisemblablement rien à envier à ce dont disposaient les juges allemands et suisses.

Cependant, la raison pour laquelle la figure de la commission par omission semble rejetée en droit pénal français est celle du respect du principe de la légalité. Or, dans le but de sauvegarder ce principe, le législateur français a principalement multiplié les délits d'omission. Les juges, pour leur part, tiennent pour pénalement responsable, en l'absence de base légale réprimant expressément un tel comportement, la personne qui loue un scooter des mers à un utilisateur qui, n'ayant pas de permis, provoque, par une manœuvre de dépassement qui ne respecte pas les règles de sécurité que le conducteur ne connaissait justement pas, le décès d'un tiers. Si la « commission » du client est patente, l'on ne voit pas en quoi, dans un ordre juridique qui est attaché au principe de la légalité stricte et en l'absence de base légale expresse, l'omission de la personne qui a loué le scooter des mers est punissable. Par ailleurs, cette affaire est étrangement proche de celle de l'élèveur que le TF a eu à juger. Si les juges suisses ont pris la peine d'identifier, certes à tort selon nous, au moins un comportement actif (la vente et la livraison de l'élèveur) objet du reproche fait à l'auteur⁹⁹⁷, il est étonnant que les juges d'un ordre juridique rejetant la figure de la commission par omission n'aient pas pris la peine de faire de même. Les juges français ont ainsi, au nom du respect du principe de la stricte légalité, violé de manière crasse le principe de la légalité, ce qui ne fait pas sens.

620

4.3 Conclusion pour le droit comparé

L'approche du droit allemand et celle du droit français semblent à première vue absolument opposées. En effet, le premier a non seulement reconnu la figure de la commission par omission, mais lui a accordé une place dans la

621

⁹⁹⁵ Code de procédure pénale français. L'art. 4-1 a été introduit par la loi n° 2000-647, du 10 juillet 2000, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, art. 2.

⁹⁹⁶ MOREILLON, *Infraction par omission*, p. 67 et Cass. Civ., 18 décembre 1912, s. 1914, 1, 249 ; Cass. Crim., 18 novembre 1986, Bull. crim. n° 343. Ce principe connaît un changement dû à l'introduction de l'art. 121-3 al. 4 CPFr qui a pour conséquence que la notion de faute de l'art. 1383 CCFr et celle du CPFr ne sont plus identiques, cf. Cass. 1^{ère} Civ., 30 janvier 2001, Bull. civ. n° 19. Cependant, la question ne relevant pas de notre sujet, nous ne faisons que la mentionner par souci de clarté.

⁹⁹⁷ ATF 121 IV 10 (non traduit). Au sujet de cet arrêt, cf. point 3.4.4.1.2 N 145.

partie générale de son Code pénal, au § 13 StGB, alors que le second semble rejeter l'idée d'une telle construction, cela au nom du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale.

622 Sous la pression de la réalité, le droit français a cependant dû trouver le moyen d'appréhender pénalement les comportements que le droit allemand traite au titre de son § 13 StGB. Tant le législateur que les tribunaux français ont eu à composer avec des omissions qui ne sont pas aussi « pures » que la doctrine semble souhaiter le faire croire. Cette volonté de nier les impératifs de la réalité a conduit le législateur français à légiférer de manière surabondante. La réalité impose et imposera encore au législateur français de produire des normes de pure omission afin de tenter de répondre à la multiplicité des situations qui se posent.

623 En faisant le bilan des deux approches, allemande et française, l'on peut noter que le choix de codifier la commission par omission dans une norme pénale générale est une entreprise compliquée qui ne résout pas tous les problèmes, ni ne met fin à toutes les incertitudes. Cependant, le choix de ne pas admettre la réalité de cette construction apparaît, au vu des exemples que nous avons mentionnés, comme étant non seulement plus difficile, mais aussi contre-productif. Ainsi, outre l'inconvénient de devoir multiplier de manière aberrante les dispositions pénales, le fait de nier l'existence de la commission par omission crée des situations dans lesquelles la logique de l'ordre juridique interne est contrariée par des constructions contradictoires, à l'image de ce que peut l'être l'art. 213-4-1 CPFr. Cette négation d'une réalité à laquelle, malgré tous les commentaires de la doctrine, il est impossible d'échapper à pour effet d'aboutir justement au résultat tant craint dans le cas où la commission par omission était reconnue : la violation du principe de la légalité. Il ne reste ainsi au déni que la satisfaction apparente de poser des règles qu'il n'est humainement plus possible pour le justiciable de connaître et de respecter, puisque trop nombreuses et parfois en contradiction même avec le reste de l'édifice juridique.

624 De ces deux approches, le pénaliste suisse peut tirer des enseignements utiles au sujet de la commission par omission : la voie qui semble la plus respectueuse, *a priori*, du principe de la légalité n'est pas celle qui l'est en réalité. Par ailleurs, le nombre de situations dans lesquelles une personne peut être amenée à répondre de son omission augmente, que ce soit sous l'impulsion de nouvelles technologies ou à cause de la multiplication de normes. Refuser de donner un nom à une construction juridique que ledit monde impose ne résout pas les problèmes ; les différents exemples que nous avons donnés pour le droit français le prouvent. Légiférer au sujet des omissions

est ainsi inévitable. La seule question est de savoir quelle voie choisir : celle d'une norme générale ou celle de la multiplication de normes spéciales et sectorielles.

Le législateur allemand a fait le choix à raison à notre sens de consacrer la figure de la commission par omission dans une disposition générale du Code pénal. La voie sur laquelle s'est engagée le législateur français nous paraît périlleuse, puisqu'il s'agit de codifier un nombre probablement infini d'omissions et que cette codification sera nécessairement sans arrêt remaniée, au gré entre autres des évolutions sociétales, technologiques ou économiques. Cet effort ne permettra pourtant pas d'atteindre le but visé, à savoir respecter le principe de la légalité.

625

Conclusion

Le recours à la figure de la commission par omission demande de concilier différents impératifs apparemment contradictoires, tels que « tout ce qui n'est pas interdit, est permis », la liberté d'agir et la responsabilité individuelles. A cela s'ajoute la nécessité de prendre en compte un besoin de protection des biens juridiques.

626

En ces temps où il y a une tendance à vouloir trouver à tout prix un coupable, la commission par omission ne doit pas servir à cette fin. Elle doit, bien plutôt, permettre de responsabiliser chacun en fonction des devoirs qui lui incombent. L'exercice est délicat. Seule une rigueur particulière lors de l'analyse des différentes conditions, particulièrement celle du devoir du garant, est à même d'éviter une extension injustifiée de la punissabilité. Le risque d'une extension existe également au vu du nombre croissant de normes qui sont édictées : l'on n'« interdit » plus, mais l'on « réglemente ».

627

L'introduction de l'art. 11 CP qui réprime la « commission par omission » nous a ainsi semblé être l'occasion de vérifier si la construction née de la jurisprudence, donc de cas d'espèce particuliers, pouvait s'accommoder de son existence désormais ancrée dans un texte général et abstrait. Pour cela, nous avons essayé d'identifier les principes qui ont façonné sa structure et ses exigences. Au cours de nos recherches, nous avons constaté que ces principes pouvaient être compatibles entre eux. Nous avons donc entrepris de les exposer de manière à ce qu'ils apparaissent tels qu'ils sont : juridiquement solides et clairs.

628

Lors du traitement chaque élément « constitutif » de la commission par omission, ainsi que des différents aspects, tels que celui de la participation par exemple, nous avons souhaité répondre à toutes les questions qui peuvent se poser en relation avec cette figure juridique. Pour chacun des points, nous avons apporté une réponse spécifique, conforme à la nature de la figure de la commission par omission et qui s'insère dans le système posé par le droit pénal dans son ensemble.

629

630 En commençant notre recherche par la philosophie, nous avons pu distinguer et définir les notions d'« action », « acte », « omission » et « attente ». C'est également la philosophie qui nous a permis de clarifier les relations entre ces notions. L'omission ainsi contrairement à ce que l'on peut lire encore parfois ne signifie pas « ne pas agir » ou « ne rien faire », mais plutôt, « laisser faire ».

631 Grâce aux apports de la philosophie, nous avons pu identifier ce qui fait l'essence d'une omission, à savoir le fait de ne pas accomplir un acte particulier, alors que l'on en a la possibilité. C'est toujours la philosophie qui nous a permis de distinguer la notion d'« attente », que celle-ci soit sociale et/ou juridique, de la notion d'« omission ». La distinction entre la commission et l'omission, sur le plan pénal, s'en est trouvée facilitée : l'omission en droit pénal est ainsi « simplement » une omission qualifiée.

632 La notion d'« attente » précitée, a permis de faire le lien en droit pénal entre la notion d'« omission » et celle de « position de garant ». Celle-ci est l'élément central de la commission par omission. A ce titre, elle a fait l'objet de nombreuses contributions, fréquemment sectorielles. Cette condition est en effet toujours mentionnée en référence aux « devoirs de garant ». Ceux-ci, souvent identifiés en fonction de leur source, ont fait et font régulièrement l'objet de discussions dans la doctrine. Le nombre de textes consacrés à ces devoirs est très élevé, tant dans la doctrine suisse que, de manière plus importante encore, dans la doctrine allemande dont la première s'est inspirée. Avec autant de matière, surtout lorsque celle-ci est fragmentée, il est difficile de concevoir l'ensemble. Cependant, nous sommes parvenu à identifier les caractéristiques essentielles que doit avoir un « devoir de garant ».

633 En traitant successivement des sources énumérées de manière exemplative à l'art. 11 al. 2 CP, ainsi que de certaines autres que la jurisprudence et la doctrine ont consacrées, nous avons pu identifier les traits essentiels et caractéristiques du « devoir de garant ». Cette notion fait référence au devoir juridique qualifié d'agir qui incombe au garant pour protéger un ou des biens juridiques que le droit pénal consacre. Ce devoir doit être « qualifié ». La « formule magique » est ici : « qui doit faire quoi envers quel bien juridique tiers et dans quelle mesure/selon quelles modalités ? ». Les réponses à ces questions devront être aussi précises que possible afin de garantir le respect du principe de la légalité, sous sa composante de la précision de la base légale.

634 L'analyse du lien de causalité trouve une réponse nouvelle dans le cadre de ce travail. Bien que ce lien soit toujours hypothétique et analysé comme tel, il n'est plus la relation entre le comportement du garant et le résultat. La position que nous avons adoptée est celle de soutenir que le lien de causa-

lité en matière de commission par omission doit être établi entre la violation du devoir du garant et le résultat. En procédant de cette manière, nous distinguons entre le comportement du garant, la violation de son devoir et le résultat. Le comportement du garant n'est ainsi, une fois la violation du devoir constatée, plus pertinent dans le cadre de l'établissement du lien de causalité. L'analyse est par conséquent plus claire et cohérente.

Un autre sujet qui prête fréquemment à confusion est celui de la relation entre la violation d'un devoir de garant et celle d'un devoir de prudence. Nous avons pu démontrer que les deux notions ne sont pas identiques et leur analyse imposait une approche différenciée. Nous avons fourni les clés pour procéder à cette distinction, qui n'est pas ici purement académique : un auteur qui a violé son devoir de garant par négligence, *i. e.* aura violé également son devoir de prudence, ne pourra être sanctionné si la disposition pénale spéciale ne réprime pas cette forme de culpabilité.

635

Notre étude nous a permis de traiter un problème particulier qui se pose lors de l'application de l'art. 11 CP, à savoir celui de l'équivalence entre le « reproche » adressé à celui qui omet et celui qui commet. Nous avons pu déterminer que la notion de « reproche » fait référence au reproche que le législateur adresse aux personnes qui violent les dispositions pénales spéciales. Cela signifie que, dans le cas de la commission par omission, l'équivalence porte non pas sur les deux comportements, à savoir une commission d'une part et une omission de l'autre, mais bien sur la violation de la disposition pénale « dans son ensemble ». Lors de l'analyse de la condition d'équivalence, devront être remplis tous les éléments constitutifs de la commission par omission ainsi que ceux de la disposition pénale sur laquelle cette figure se sera greffée. Ce n'est qu'ainsi que l'« omission » sera « équivalente » au sens de l'art. 11 al. 3 CP à la commission. Cette analyse ne requiert par conséquent aucunement de « mesurer » les reproches. Elle impose en réalité de vérifier que l'omission reprochée remplit, « acte constitutif » excepté, tous les éléments de la disposition pénale spéciale en question.

636

L'analyse des autres étapes que l'on peut rencontrer lorsqu'il s'agit de traiter de la commission par omission a permis de démontrer que, quelques particularités exceptées, les principes applicables en matière de délits de commission valaient *mutatis mutandis* en matière de délit de commission par omission.

637

Le choix des droits allemand et français au titre de l'étude du droit comparé nous a permis de mettre en lumière deux approches différentes de traiter la figure de la commission par omission : dans le premier ordre juri-

638

dique cité, cette figure a été codifiée dans une norme de la partie générale du Code pénal, tandis que dans le second, son existence est catégoriquement niée par la doctrine, au nom du respect du principe de la stricte légalité. La comparaison entre ces deux conceptions a démontré que la voie choisie par le législateur français n'est pas souhaitable ni viable. Cette voie en effet implique une explosion du nombre de dispositions pénales réprimant des omissions. Elle a également pour effet indirect qu'afin de réprimer une omission pour laquelle il n'existe pas de disposition pénale idoine, la jurisprudence étende les notions de négligence ou de complicité de manière difficilement compatible avec le respect du principe de la légalité.

639 La doctrine et la jurisprudence allemande ont permis de préciser la plupart des points que la disposition traitant de la commission par omission n'avait pas réglés. Bien que des incertitudes subsistent encore, elles ne sont pas de nature à mettre en péril la sécurité juridique et les condamnations prononcées sur la base du § 13 dStGB ne constituent pas des violations du principe de la légalité, même s'il peut arriver qu'elles puissent parfois prêter à critique sur certains points. L'option choisie par le droit allemand ne comporte pas les inconvénients avec lesquels le droit français doit composer ; cette solution est parfaitement viable et cohérente. Ce n'est donc pas sans raison que la jurisprudence et la doctrine suisses ont adopté l'approche du droit allemand en matière de délits de commission par omission. Et c'est naturellement que le législateur suisse a fait de même en 2007 en adoptant l'art 11 CP.

640 Connue depuis plusieurs dizaines d'années et ayant fait l'objet de centaines de milliers de pages de développements, que ce soit de la part de la doctrine ou des tribunaux, la figure de la commission par omission est une construction qui par sa complexité passionne les juristes. Elle pose des questions fondamentales qui s'étendent au-delà de la discussion pénale, voire juridique. De sujet scientifique occupant principalement les théoriciens, la commission par omission tend à s'inviter dans la vie quotidienne, qu'elle soit privée, sociale ou professionnelle. Elle s'impose ainsi aujourd'hui dans des domaines variés dont le nombre ne cesse de croître. Dans les domaines médical et bancaire par exemple ou plus généralement en matière de responsabilité au sein des entreprises, la question de la commission par omission occupe une place qui est vouée à devenir de plus en plus importante. Pourtant, les contributions dans ce domaine sont limitées à certains aspects de cette construction et sont pour l'écrasante majorité en langue allemande. Il n'existait à notre connaissance pas de texte en langue française qui traitât de la figure de la commission par omission dans tous les aspects qui font l'objet du présent travail.

Ce travail a ainsi pour ambition de s'assurer que les très nombreux développements dont a fait l'objet le délit de commission par omission ont donné naissance à un ensemble fonctionnel. Or, il s'est avéré que la création n'était pas complète et que, prise dans son entier, elle souffrait d'incohérences inconciliables. Il nous a ainsi fallu combler les manques qui existaient nécessairement du fait des contributions sectorielles et successives et proposer des solutions permettant la cohérence au sein de ce système. Le souci de cohérence s'est naturellement étendu à l'ensemble du droit pénal : la solution proposée devait pouvoir cohabiter avec les autres constructions et principes du droit pénal. La tâche la plus exigeante cependant fut celle qui est la moins visible : nous avons choisi de traiter dans un texte bref de ce sujet qui a occupé un grand nombre d'éminents juristes depuis de longues années et conduit à la production des centaines de milliers de pages mentionnées.

641

Les deux arrêts du TF que nous avons abordés de manière détaillée, soit celui en matière de blanchiment par omission et celui consacré au faux dans les titres par omission en lien avec la « formule A », nous ont permis de vérifier que les solutions que nous avons proposées résistent à l'épreuve de l'application concrète. Ces arrêts sont également l'illustration de ce que le délit de commission par omission touche des domaines nouveaux et importants en pratique. L'arrêt en matière de faux dans les titres prouve par ailleurs que la jurisprudence du TF peut encore prêter à discussion et permet une marge lors d'une éventuelle plaidoirie. Arrivé à la fin de notre texte, nous sommes cependant conscient que le plus difficile reste à faire : parvenir à convaincre les praticiens que, malgré son apparente complexité, la figure de la commission par omission est une figure juridique dont l'application est aisée et sûre. La brièveté et, nous l'espérons, la clarté de notre texte devraient être les premières preuves de cela.

642

BIBLIOGRAPHIE

Doctrine

- ALBRECHT D., Die Begründung von Garantstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen, C. Heymann, Cologne etc., 1998
- ANDROULAKIS N. K., Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, C.H. Beck, Munich etc., 1963
- ARISTOTE, Ethique à Nicomaque, traduction, notes et bibliographie par BODÉÛS R., Flammarion, Paris, 2008
- ARZT G., Erfolgsdelikt und Tätigkeitsdelikt, RPS 107 (1990) p. 168 ss (cité : ARZT, Erfolgsdelikt)
- ARZT G., Mord durch Unterlassen, in SCHÜNEMANN B. *et al.* (édit.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, W. de Gruyter, Berlin etc., 2001, p. 855 ss (cité : ARZT, Mord)
- ARZT G., Unternehmensstrafbarkeit : Fernwirkungen im materiellen Strafrecht (Fahrlässigkeit, Begünstigung, Urkundendelikte, Geschäftsbesorgung), recht 22 (2004) p. 213 ss (cité : ARZT, Unternehmensstrafbarkeit)
- ARZT G., Vorsatz und Fahrlässigkeit, recht 6 (1988) p. 66 ss (cité : ARZT, Vorsatz)
- AUDARD C., Utilitarisme, in CANTO-SPERBER M. (édit.), Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, 4^{ème} éd., Presses universitaires de France, Paris, 2004, p. 1657 ss
- AUER A./MALINVERNI G./HOTTELIER M., Droit constitutionnel suisse, Vol. 1 : L'Etat, 3^{ème} éd., Staempfli, Berne, 2013 (cité : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, I)
- AUER A./MALINVERNI G./HOTTELIER M., Droit constitutionnel suisse, Vol. 2 : Les droits fondamentaux, 3^{ème} éd., Staempfli, Berne, 2013 (cité : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II)
- BACIGALUPO E., Die Diskussion über die finale Handlungslehre im Strafrecht, in ARNOLD J. *et al.* (édit.), Menschengerechtes Strafrecht : Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, Munich, 2005, p. 61 ss

- BÄNZIGER C., *Sterbehilfe für Neugeborene aus strafrechtlicher Sicht*, Schulthess, Zurich, 2006
- BÄRWINKEL R., *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968
- BAUMANN J., *Hat oder hatte der Handlungsbegriff eine Funktion?*, in DORNSEIFER G. *et al.* (édit.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, C. Heymann, Berlin etc., 1989
- BECCARIA C., *Des délits et des peines*, trad. par CHEVALLIER M., GF Flammarion, Paris, 1999
- BELING E., *Die Lehre vom Verbrechen*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1906
- BENNETT J., *Morality and Consequences*, in MCMURRIN S. M. (édit.), *Tanner Lectures in Human Values II*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981, p. 45 ss (cité : BENNETT, *Morality*)
- BENNETT J., *The act itself*, Clarendon Press, Oxford, 1995 (cité : BENNETT, *Act*)
- BENTHAM J., *An introduction to the principles of morals and legislation*, nouv. introduction par ROSEN F. ; et un essai interprétatif par HART H. L. A., Clarendon Press, Oxford, 2005
- BERGER A., *Unterlassungen : eine philosophische Untersuchung*, mentis, Paderborn, 2004
- BERNHEIM J., *Ethische Probleme ärztlicher Tätigkeit im Strafvollzug*, RPS 108 (1991) p. 355 ss
- BERTSCHI M., *Die Konkurrenz der Beteiligungsformen im Strafrecht*, Juris-Verlag, Zurich, 1961
- BIRNBACHER D., *Tun und Unterlassen*, Ph. Reclam, Stuttgart, 1995
- BÖCKLI P., *Zur Garantenhaftung des Vorgesetzten im Verwaltungsstrafrecht, namentlich bei Steuerstrafen*, RPS 97 (1980) p. 73 ss (cité : BÖCKLI, *Garantenhaftung*)
- BÖCKLI P., *Insiderstrafrecht und Verantwortung des Verwaltungsrates*, Schulthess, Zurich, 1989 (cité : BÖCKLI, *Insiderstrafrecht*)
- BÖHM A., *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten*, thèse, Francfort-sur-le-Main, 1956 (cité : BÖHM A.)
- BÖHM S., *Garantenpflichten aus familiären Beziehungen*, Francfort-sur-le-Main, P. Lang, 2006 (cité : BÖHM S.)

- BON P.-A., *La causalité en droit pénal*, LGDJ, Paris, 2006
- BOTROS S., *Acte et omission*, in CANTO-SPERBER M. (édit.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 4^{ème} éd., Presses universitaires de France, Paris, 2004, p. 1 ss (cité : BOTROS, *Acte*)
- BOTROS S., *An Error About the Doctrine of Double Effect*, *Philosophy* 74 (1999) p. 71 ss (cité : BOTROS, *Error*)
- BOULOC B./MATSOPOULOU H., *Droit pénal général et procédure pénale*, 18^{ème} éd., Sirey, Paris, 2011
- BRÄGGER B. F., *Der neue Allgemeine Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuches : ein Danaergeschenk oder doch eher die Büchse der Pandora?*, *Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie*, 2006/2 p. 20 ss
- BRAMMSEN J., *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986 (cité : BRAMMSEN, *Entstehungsvoraussetzungen*)
- BRAMMSEN J., *Tun oder Unterlassen ? Die Bestimmung des strafrechtlichen Verhaltensformen*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2002 p. 193 ss (cité : BRAMMSEN, *Bestimmung*)
- CAMATHIAS ZIEGLER P., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Mehrheitsentscheidungen von Gremien in Aktiengesellschaften : insbesondere des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung*, thèse, Zurich, 2004
- CARRARD M., *La responsabilité pénale en matière d'accidents du travail*, *RPS* 104 (1987) p. 276 ss
- CASSANI U., *Commentaire de l'ATF 123 IV 70, PJA 1/1998* p. 116 ss (cité : CASSANI, *ATF*)
- CASSANI U., *Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte (Art. 3-7 StGB)*, *RPS* 114 (1996) p. 237 ss (cité : CASSANI, *Wirtschaftsdelikte*)
- CASSANI U., *Infraction sociale, responsabilité individuelle : de la tête, des organes et des petites mains*, in BERTHOUD F. (édit.), *Droit pénal des affaires : La responsabilité pénale pour le fait d'autrui*, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 2002, p. 43 ss (cité : CASSANI, *Infraction sociale*)
- CASSANI U., *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht : Schweizerisches Strafgesetzbuch : Besonderer Teil (SCHUBARTH M. édit.)*, Vol. 9, Crimes ou délits contre l'administration de la justice, Art. 303-311 CP (cité : CASSANI, *Kommentar*)

- CASSANI U./CHERBULIEZ M., *L'assistance au décès : questions de droit pénal et d'éthique*, in BONDOLFI A. *et al.* (édit.), *La mort assistée en arguments*, Georg, Genève, 2000, p. 227 ss
- CEREZO MIR J., *Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre*, in ARNOLD J. *et al.* (édit.), *Menschengerechtes Strafrecht : Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, Munich, 2005, p. 101 ss
- CHAUDET F./CHERPILLOD A./LANDROVE J. C., *Droit suisse des affaires*, 3^{ème} éd., Helbing & Lichtenhahn etc., Bâle etc., 2010
- CLERC F., *Les travaux préparatoires et l'interprétation de la loi pénale*, RPS 64 (1949) p. 1 ss
- CLOUGH A. H., *The Latest Decalogue*, in NORRINGTON A.L.P. (édit.), *The poems of Arthur Hugh Clough*, Oxford University Press, Londres, 1968, p. 60 s.
- VON COELLEN S., *Das „rechtliche Einstehenmüssen“ beim unechten Unterlassungsdelikt : die Emanzipation der Garantenstellung von einzelnen Fallgruppen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008
- COLOMBINI J.-L., *La prise en considération du droit étranger (pénal et extra-pénal) dans le jugement pénal*, thèse, Lausanne, 1983
- CORBOZ B., *L'homicide par négligence*, SJ 1994 p. 169 ss (cité : CORBOZ, *Homicide*)
- COTTIER T., *Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage*, Rüegger, Coire etc., 1991
- DEBOVE F./FALLETTI F./JANVILLE T., *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 4^{ème} éd., PUF, Paris, 2012
- DERBOLAV J., *Handeln, Handlung, Tat, Tätigkeit*, in RITTER J. *et al.* (édit.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Vol. 3, G - H, Schwabe, Bâle etc., 1974, p. 992 ss
- DESPORTES F./LE GUNEHÉC F., *Droit pénal général*, 16^{ème} éd., Economica, Paris, 2009
- DIETRICH A., *Strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung*, thèse, Bâle, 1991
- DÖLLING D. *et al.* (édit.), *Gesamtes Strafrecht : StGB, StPO, Nebengesetze : Handkommentar*, 3^{ème} éd., Nomos, Baden-Baden, 2013 (cité : GS-AUTEUR)
- DONATSCH A., *Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen*, 10^{ème} éd., Schulthess, Zurich etc., 2013 (cité : DONATSCH, *Strafrecht III*)

- DONATSCH A., Garantenpflicht – Pflicht zur Notwehr- und Notstandshilfe?, RPS 106 (1989) p. 345 ss (cité : DONATSCH, Garantenpflicht)
- DONATSCH A., Garantenstellung und Sorgfaltsbemessung beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, recht 6 (1988) p. 128 ss (cité : DONATSCH, Garantenstellung)
- DONATSCH A./BLOCHER F., Zur strafrechtlichen Organisationspflicht des Geschäftsherren *in* BREITSCHMID P. *et al.* (édit.), Grundfragen der juristischen Person : Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag, Staempfli, Berne, 2007, p. 51 ss (cité : DONATSCH/BLOCHER, Organisationspflicht)
- DONATSCH A./TAG B., Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9^{ème} éd., Schulthess, Zurich etc., 2013 (cité : DONATSCH/TAG, I)
- DONGOIS N. *et al.*, Code pénal : partie générale (art. 1-110) : tables pour les études et la pratique, 3^{ème} éd., Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2011
- DUBS H., Probleme des Unternehmensstrafrechts, RPS 110 (1992) p. 275 ss
- DUPUIS M. *et al.* (édit.), Code pénal : CP, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2012
- ENGISCH K., Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Mohr, Tübingen, 1931
- ENGISCH K., Tun und Unterlassen, *in* LACKNER K. *et al.* (édit.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973, W. de Gruyter, Berlin etc., 1973, p. 163 ss (cité : ENGISCH, Tun)
- ERB V., Rechtmässiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht : eine systematische Darstellung unter Berücksichtigung der entsprechenden zivilrechtlichen Fragestellung, Duncker & Humblot, Berlin, 1991
- EULE-WECHSLER C., Vorsatz und Fahrlässigkeit bei minimal unerlaubten Risiken, thèse, Bonn, 1996
- FEINBERG J., The moral limits of the criminal law, Vol. 1 : Harm to others, Oxford Univ. Press, New York, 1984
- VON FEUERBACH A. R., Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechtes ; mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen ; MITTERMAIER C.J.A. (édit.), 14^{ème} éd., G.F. Heyer, Giessen, 1847
- FLACHSMANN S., Fahrlässigkeit und Unterlassung, Schulthess, Zurich, 1992

- FOOT P., *Virtues and vices and other essays in moral philosophy*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2002
- FREI S., *Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates aus strafrechtlicher Sicht*, Schulthess, Zurich etc., 2004
- FREUND G., *Erfolgssdelikt und Unterlassen : zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, C. Heymann, Berlin etc., 1992
- FREYMOND D./VOGT H.-U., *Die Pflicht des Verwaltungsrates zur Verhinderung von Insiderdelikten in ACKERMANN J.-B. (édit.), Strafrecht als Herausforderung : Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich : zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid*, Schulthess, Zurich, 1999, p. 173 ss
- FÜNFSINN H., *Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdeliktes durch Unterlassen im Strafrecht*, P. Lang, Francfort-sur-le-Main etc., 1985
- GALLAS W., *Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs*, ZStW 80 (1968) 1 (cité : GALLAS, Teil)
- GALLAS W., *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission. Bd. 12, Zweite Lesung des Entwurfs : allgemeiner Teil, Vol. 12, p. 80 ss* (cité : GALLAS, Strafrechtskommission)
- GALLAS W., *Studien zum Unterlassungsdelikt*, R. v Decker & C. F. Müller, Heidelberg, 1989
- GARBARSKI A. M., *La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes*, Schulthess, Zurich, 2006
- GASSER J., *La syllogistique d'Aristote à nos jours*, Université de Neuchâtel Centre de recherches séminologiques, Neuchâtel, 1987
- GAUCH P./SCHLUEP W. R./EMMENEGGER S., *Schweizerisches Obligationenrecht : allgemeiner Teil : ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Vol II, 8^{ème} éd.*, Schulthess, Zurich, 2008 (cité : GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, AT II)
- GEHRIGER P.-O., *Faktische Organe im Gesellschaftsrecht unter Berücksichtigung der strafrechtlichen Folgen*, Schulthess, Zurich, 1979
- GEISLER H., *Das unechte Unterlassungsdelikt*, K. Vater, Breslau (*i. e.* « Wrocław »), 1930
- GERMANN O. A., *Zum sogenannten Analogieverbot*, RPS 61 (1946) p. 119

- GERMANN R., Die strafrechtliche Verantwortung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei Verletzung von Vorschriften der Arbeitssicherheit, Schulthess, Zurich, 1984
- GIDE A., *La Séquestrée de Poitiers*, Gallimard, Paris, 1930
- GIMBERNAT ORDEIG E., Das unechte Unterlassungsdelikt, ZStW 111 (1999) p. 307 ss (cité : GIMBERNAT ORDEIG, Unterlassungsdelikt)
- GIMBERNAT ORDEIG E., Handlung, Unterlassung und Verhalten, in DORNSEIFER G. *et al.* (édit.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, C. Heymann, Berlin etc., 1989, p. 159 ss (cité : GIMBERNAT ORDEIG, Handlung)
- GIMBERNAT ORDEIG E., Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht, in SCHÜNEMANN B. *et al.* (édit.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, W. de Gruyter, Berlin etc., 2001, p. 651 ss (cité : GIMBERNAT ORDEIG, Unternehmensstrafrecht)
- GLESS S., *Internationales Strafrecht : Grundriss für Studium und Praxis*, Helbing & Lichtenhahn Bâle, 2011
- GLOVER J., *Causing death and saving lives*, Penguin Books, Londres etc., 1990
- GRABHERR P., *Zulässige Interpretation und verbotene Analogie nach schweizerischem Strafgesetzbuch*, Ott, Thoun, 1952
- GRANDERATH R., *Die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus einem vorangegangenen gefährdenden Verhalten bei den unechten Unterlassungsdelikten*, thèse, Fribourg-en-Brisgau, 1961
- GRAVEN J., Les principes de la légalité, de l'analogie et de l'interprétation et leur application en droit pénal suisse, RPS 66 (1951) p. 377 ss (cité : GRAVEN J., Principes)
- GRAVEN P., *L'infraction pénale punissable*, 2^{ème} éd. mise à jour par Bernhard Sträuli, Staempfli, Berne, 1995 (cité : GRAVEN, DPG)
- GRAVEN P., La responsabilité pénale du chef d'entreprise et de l'entreprise elle-même, SJ 1985 p. 497 ss (cité : GRAVEN, Chef d'entreprise)
- GRAVEN P., Note sur l'interprétation des lois pénales en Suisse, in PERRIN J.-F. (édit.), *Les règles d'interprétation : principes communément admis par les juridictions*, Presses universitaires, Fribourg, 1989, p. 153 ss (cité : GRAVEN, Interprétation)
- GRAVEN P., Note sur la légalité criminelle, in MORAND C.-A. (édit.), *La légalité : un principe à géométrie variable*, Faculté de droit de Genève/Helbing & Lichtenhahn, Genève/Bâle, 1992, p. 29 ss (cité : GRAVEN, Légalité)

- GRUBMILLER P., *Unterlassen im Strafrecht : eine vergleichende Darstellung der gesetzlichen Regelungen in der Schweiz und in Deutschland*, Schulthess, Zurich, 2011
- GRÜNDEL J., *Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen aus theologisch-ethischer Sicht*, in HIERSCHÉ H.-D. *et al.* (édit.), *Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen : 1. Einbecker Workshop der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht*, 27.-29. Juni 1986, Springer, Berlin etc., 1987, p. 73 ss
- GRÜNWARD G., *Das unechte Unterlassungsdelikt : seine Abweichungen vom Handlungsdelikt*, thèse, Goettingue, 1956
- GRÜNEWALD A., *Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001
- GRUZALSKI B. K., *Death by omission*, in BRODY B. A. (édit.), *Moral theory and moral judgments in medical ethics*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht etc., 1988, p. 75 ss
- GUNIA S. C., *Strafrechtliche Garantenstellungen von Wachpersonen des privaten Sicherheitsgewerbes : Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch die Polizei und das private Sicherheitsgewerbe*, P. Lang, Francfort-sur-le-Main etc., 2001
- GÜNTGE G.-F., *Begehen durch Unterlassen : der gesetzliche Anwendungsbereich des § 13 StGB*, Nomos, Baden-Baden, 1995
- HAAS V., *Kausalität und Rechtsverletzung : ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002
- HÄFELIN U., *Bindung des Richters an den Wortlaut des Gesetzes*, in RIEMER H. M. *et al.* (édit.), *Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag*, Staempfli, Berne, 1986, p. 111 ss
- HAFTER E., *Lücken im Strafgesetzbuch*, RPS 62 (1947) p. 133 ss
- HANSCHITZ R.-C., *Sicherheit - Mythos der Moderne : eine Phänomenologie der Fahrlässigkeit*, K. Alber, Fribourg, 2005
- HARTMANN N., *Der Aufbau der realen Welt : Grundriss der allgemeinen Kategorienlehre*, 2^{ème} éd., A. Hain, Meisenheim, 1964
- HEGEL G. W. F., *Principes de la philosophie du droit, texte intégral, accompagné d'annotations manuscrites et d'extraits des cours de Hegel*, présenté,

- révisé, trad. et annoté par KERVÉGAN J.-F., Presses universitaires de France, Paris, 2003
- HEIM W., De la situation de garant, JT 1993 IV p. 162 ss
- HEINE G., Der kommende Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches, ius.full 2004 p. 110 ss (cité : HEINE, Allgemeiner Teil)
- HEINE G., Die Totalrevision des Schweizerisches Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches : Entwicklung und Schwerpunkte im Vergleich, in ARNOLD J. *et al.* (édit.), *Menschengerechtes Strafrecht : Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, Munich, 2005, p. 493 ss (cité : HEINE, Totalrevision)
- HEINE G., Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften, RPS 119 (2001) p. 22 ss (cité : HEINE, Verantwortlichkeit)
- HERZBERG R. D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, W. de Gruyter, Berlin etc., 1972
- HERZOG-EVANS M./ROUSSEL G., *Droit pénal général*, 3^{ème} éd., Vuibert, Paris, 2011
- HILGENDORF E., *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993
- HÖHN E., *Praktische Methodik der Gesetzesauslegung*, Schulthess, Zurich, 1993
- HONIG R., Die Entwicklungslinie des Unterlassungsdelikts von römischen bis zum gemeinen Recht, in LEHMANN H. *et al.* (édit.), *Festgabe für Richard Schmidt, Straf- und Prozessrecht*, C.L. Hirschfeld, Leipzig, 1932, p. 3 ss.
- HOSSFELD F. H., *Tun und Unterlassen : Zur normativen Unterscheidung auf der Grundlage einer rechtebasierten Ethik*, P. Lang, Francfort-sur-le-Main etc., 2007
- HRUSCHKA J., *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode : systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2^{ème} éd., W. de Gruyter, Berlin etc., 1988
- HUBER C., *Gesetzesauslegung am Beispiel des Betäubungsmittelgesetzes*, RSJ 89 (1993) p. 169 ss
- HUBER H., „Nulla poena sine lege“ und schweizerisches Strafgesetzbuch, RSJ 36 (1939) p. 21 ss

- HURTADO POZO J., *Droit pénal, Partie générale, nouvelle édition refondue et augmentée*, Schulthess, Genève, 2008 (cité : HURTADO POZO, DPG)
- HURTADO POZO J., *Le principe de la légalité, le rapport de causalité et la culpabilité : réflexions sur la dogmatique pénale*, RPS 104 (1987) p. 23 ss (cité : HURTADO POZO, Dogmatique)
- HURTADO POZO J., *Principe de la légalité et interprétation en droit pénal*, RPS 110 (1992) p. 221 ss (cité : HURTADO POZO, Légalité)
- HURTADO POZO J., *Théorie de l'infraction, négligence, rapport de causalité et participation in AMBROISE-CASTÉROT C. et al. (collab.), Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire : mélanges offerts à Jean Pradel, Cujas, Paris, 2006, p. 787 ss (cité : HURTADO POZO, Causalité)*
- HÜTTE H., *Massstab und Umfang der Voraussehbarkeit des Kausalverlaufs bei der Fahrlässigkeit*, thèse, Goettingue, 1970
- JAEGER G. – *Die Möglichkeit der Gebotserfüllung als Voraussetzung strafbaren Unterlassens : tatsächliche und rechtliche Grenzen normgemässen Handelns*, thèse, Tübingen, 2006
- JAKOBS G., *Der strafrechtliche Handlungsbegriff : kleine Studie : [Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg am 21. Mai 1992]*, C.H. Beck, Munich, 1992
- JASCHINSKI J., *Die Entwicklung des Begriffs „Erfolg“ in § [Par.] 13 Abs. 1 StGB : ein Beitrag zur Geschichte des unechten Unterlassungsdelikts*, P. Lang, Francfort-sur-le-Main etc., 1995
- JAUN M., *Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung : von der Willensschuld zum Schutz legitimer Integritätserwartungen*, Stämpfli, Berne, 2007
- JAUN M., *Zur gegenwärtigen und künftigen „ratio legis“ der Geschäftsherrenhaftung in GEISER T. et al. (édit.), Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, Festschrift für Hans Hausheer zum 65. Geburtstag*, Stämpfli, Berne, 2002, p. 581 ss
- JEANNERET Y., *L'omission de prêter secours et le concours d'infractions*, RPS 120 (2002) p. 369 ss (cité : JEANNERET, Omission)
- JEANNERET Y., *La violation des devoirs en cas d'accident : analyse critique de l'article 92 LCR*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2002 (cité : JEANNERET, Devoirs)
- JEANNERET Y., *Légalité, contravention et nouveau droit : des surprises?*, RPS 122 (2004) p. 21 ss (cité : JEANNERET, Légalité)

- JESCHECK H.-H., Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht, H.F. Schulz, Fribourg-en-Brisgau, 1965
- JESCHECK H.-H., Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte in neueren Strafgesetzentwürfen, *in* JESCHECK H.-H./VOGLER T. (édit.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, W. de Gruyter, Berlin etc., 1989, p. 795 ss (cité : JESCHECK, Tröndle-FS)
- JESCHECK H.-H., Probleme des unechten Unterlassungsdelikts in rechtsvergleichender Sicht, *in* 140 Hundertvierzig Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht : eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz, R. v. Decker's Verlag G. Schenck, Heidelberg, 1993, p. 115 ss
- JESCHECK H.-H./WEIGEND T., Lehrbuch des Strafrechts : allgemeiner Teil, 5^{ème} éd., Duncker & Humblot, Berlin, 1996
- JOERDEN J. C., Unterlassung, Unterlassen, *in* RITTER J. *et al.* (édit.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Vol. 11, U – V, Schwabe, Bâle etc., 2001, p. 304 ss
- JOST A., Zum Analogieverbot im Strafrecht, RPS 65 (1950) p. 358 ss
- KAHLO M., Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt : eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Theorie des personalen Handelns, V. Klostermann, Francfort-sur-le-Main, 2001
- KAMBERGER P., Treu und Glauben (§ 242 StGB) als Garantenstellung im Strafrecht?, P. Lang, Francfort-sur-le-Main etc., 1996
- KANT E., La fausse subtilité des quatre figures du syllogisme, traduction de FERRARI J. *in* Œuvres philosophiques, Vol. 1, Gallimard, Paris, 1980, p. 177 ss
- KANZIAN C., Kommentar zu Ralf Stoecker : Tun und Lassen-Überlegungen zur Ontologie menschlichen Handelns, Erkenntnis 48 (1998) p. 415 ss
- KATSANOS P., Die Garantenstellung aus engen Lebensgemeinschaften bei den unechten Unterlassungsdelikten, thèse, Munich, 2001
- KAUFMANN A., Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, O. Schwarz, Goettingue, 1959 (cité : KAUFMANN, Dogmatik)
- KAUFMANN A., Relativierung des rechtlichen Lebensschutzes?, *in* SCHÜNEMANN B. *et al.* (édit.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, W. de Gruyter, Berlin etc., 2001, p. 841 ss (cité : KAUFMANN, Relativierung)

- KILLIAS M. *et al.*, Précis de droit pénal général, 3^{ème} éd., Staempfli, Berne, 2008
(cité : KILLIAS *et al.*, DPG)
- KINDHÄUSER U., NEUMANN U., PAEFFGEN H.-U. *et al.* (édit.), Strafgesetzbuch, 4^{ème} éd., Nomos, Baden-Baden, 2013 (cité : DStGB-AUTEUR)
- KISSIN S., Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten : zugleich ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, A. Kurtze, Breslau-Neukirch, 1933
- KLARENAAR F. R., Über die Gleichstellung von Handlung und Unterlassung im deutschen Strafrecht des 19. Jahrhunderts : eine rechtsgeschichtliche Untersuchung, thèse, Francfort-sur-le-Main, 1955
- KLEINHEYER G. *et al.* (édit.), Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten : eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft, 5^{ème} éd., C. F. Müller, Heidelberg etc., 2008 (cité : DEJ-AUTEUR)
- KÖHLER M., Strafrecht : allgemeiner Teil, Springer, Berlin etc., 1997
- KOLLER A., Schweizerisches Obligationenrecht : allgemeiner Teil : Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3^{ème} éd., Stämpfli, Berne, 2009 (cité : KOLLER, AT)
- KOLLER T., Das Von-Roll-Urteil und die Organisationshaftung – Rezeption einer genuin zivilistischen Betrachtungsweise im Strafrecht?, RSJ 92 (1996) p. 409 ss
- KOLLER T./REY M., Vom „Neminem laedere“ zur „Licence to kill“?, Plädoyer 24 (2006) p. 32 ss
- KOLLY G., Selbstständige Verordnungen als Grundlage für Freiheitsstrafen, RSJ 89 (1993) p. 352 ss
- KRAUSS D., Probleme der Täterschaft im Unternehmen, Plädoyer 7 (1989) p. 40 ss
- KUHLEN L., Die Pflicht zum Rückruf in der strafrechtlichen Produkthaftung, *in* ARNOLD J. *et al.* (édit.), Menschengerechtes Strafrecht : Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, Munich, 2005, p. 359 ss
- KUHLEN L., Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung, Juristenzeitung 49/1994 p. 1146 ss
- KUHN A. *et al.* (édit.), La nouvelle partie générale du Code pénal suisse, Staempfli, Berne, 2006 (cité : NPG CP-AUTEUR)

- LACKNER K., § 13 StGB – eine Fahlleistung des Gesetzgebers ?, *in* LACKNER K. *et al.* (édit.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973, W. de Gruyter, Berlin etc., 1973, p. 117 ss
- LACKNER K./KÜHL K., Strafgesetzbuch : Kommentar, 28^{ème} éd., C.H. Beck, Munich, 2014
- LADD J., Active and passive euthanasia, *in* LADD J. (edit.), Ethical issues relating to life and death, Oxford University Press, New York, 1979
- LANDSCHEIDT C., Zur Problematik der Garantienpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten : zugleich ein Beitrag zur Gefahrenquellenverantwortlichkeit im Rahmen der unechten Unterlassungsdelikte, Duncker & Humblot, Berlin, 1985
- LAUFHÜTTE H. W. *et al.* (édit.), Strafgesetzbuch : Leipziger Kommentar : Grosskommentar, 12^{ème} éd., De Gruyter, Berlin, 2006/2007 (cité : DStGB LK-AUTEUR)
- LE ROY Y./SCHOENENBERGER M.-B., Introduction générale au droit suisse, 3^{ème} éd. entièrement refondue, Bruylant/L.G.D.J./Schulthess, Bruxelles/Paris/Zurich etc., 2011
- LEGE M. A., Strafbarkeitsbegründende Rechtspflichten zur Abwendung von Schäden durch gefährliche Produkte, insbesondere zum Rückruf rechts-gutsgefährdender Produkte, Köhler-Druck, Tübingen, 2000
- LEROY J., Droit pénal général, 4^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 2012
- VON LISZT F., Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21^{ème} et 22^{ème} éd., W. de Gruyter, Berlin etc., 1919
- VON LISZT F., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Vol. 1, W. de Gruyter, Berlin, 1970 (cité : VON LISZT, Vorträge)
- LOCKE J., An essay concerning human understanding, collated and annotated, with prolegomena, biographical, critical and historical by Alexander Campbell Fraser, Dover, New York, 1959
- LOGOZ P., Commentaire du Code Pénal Suisse, Partie Générale (art. 1 à 110), 2^{ème} éd. mise à jour avec la collab. d'Yves Sandoz, Delachaux & Niestlé, Neuchâtel, 1976
- LUKAS M., "Tatbestandsmässiges Verhalten" versus "objektive Zurechnung" im Strafrecht, thèse Wurtzbourg, 1996
- LÜTHI W., Die schweizerische Strafrechtseinheit, H. Huber, Berne, 1938

- LÜTOLF S. H., *Strafbarkeit der juristischen Person*, Schulthess, Zurich, 1997
- MAASS W., *Betrug verübt durch Schweigen*, Brühlscher Verlag, Giessen, 1982
- MATT H., *Kausalität aus Freiheit : eine rechtsphilosophische Grundlegung zum Bewirken durch Tun und Unterlassen im (Straf-)Recht*, Nomos, Baden-Baden, 1994
- MAYER M., *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden*, Springer, Berlin etc., 2008 (cité : MAYER M.)
- MAYER U., *Die besonderen Tatbestandsmerkmale der unechten Unterlassungsdelikte*, thèse, Heidelberg, 1934 (cité : MAYER U.)
- MEIER C., *Die Lebensgefährdung*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2006
- MEIER-HAYOZ A./FORSTMOSER P., *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 11^{ème} éd., Staempfli, Berne, 2012
- METZEN P. M., *Die Problematik und Funktion der fakultativen Strafmilderung fuer die Begehung durch Unterlassen ([Paragr.] 13 Abs. 2 STGB 1975)*, thèse Cologne, 1977
- MEYER R., *Die Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, Schulthess, Zurich, 1972
- MOHLER H. F. M., *Der Versuch beim Unterlassungsdelikt*, thèse Bâle 1971
- MOMSEN C., *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, Nomos, Baden-Baden, 2006
- MOREILLON L., *La responsabilité pénale de l'entreprise et du chef d'entreprise en droit des affaires - Perspectives de droit international* in BERTHOUD F. (édit.), *Droit pénal des affaires : La responsabilité pénale pour le fait d'autrui*, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 2002, p. 17 ss (cité : MOREILLON, Chef d'entreprise)
- MOREILLON L., *L'infraction par omission : étude des infractions à la vie et à l'intégrité corporelle en droit anglais, français, allemand et suisse*, Droz, Genève, 1993 (cité : MOREILLON, Infraction par omission)
- MOREILLON L., *Omission de porter secours : article 128 nouveau du Code pénal suisse : Genèse, portée et examen comparé des solutions en droits suisse, français et allemand*, RPS 112 (1994) p. 233 ss (cité : MOREILLON, Omission de porter secours)
- MOREILLON L./ROTH R. (édit.), *Code pénal I : art. 1-110 CP*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle etc., 2009 (cité : CR CP I-AUTEUR)

- MÜLLER R., *Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer*, Schulthess, Zurich etc., 2005
- NIEPOTH B., *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, P. Lang, Francfort-sur-le-Main, 1994
- NIGGLI M. A., *Ultima Ratio? Über Rechtsgüter und das Verhältnis von Straf- und Zivilrecht bezüglich der sogenannten „subsidiären oder sekundären Natur“ des Strafrechts*, RPS 111 (1993) p. 236 ss
- NIGGLI M. A., *Zur Problematik der Auslegung in Zivil- und Strafrecht : Analogie, Subsumption, Selbstreferenz und Wortlautgrenze*, PJA 2/1993 p. 154 ss
- NIGGLI M. A./WIPRÄCHITGER H. (édit.), *Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 1-110 StGB, 3^{ème} éd.*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle etc., 2013 (cité : BSK StGB I-AUTEUR)
- NIGGLI M. A./WIPRÄCHITGER H. (édit.), *Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Art. 111-401 StGB, 3^{ème} éd.*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle etc., 2013 (cité : BSK StGB II-AUTEUR)
- NITZE P., *Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB)*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989
- OERTLE M., *Die Geschäftsherrenhaftung im Strafrecht : unter besonderer Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)*, thèse Zurich, 1996
- OTTO K., *Die strafrechtliche Haftung für die Auslieferung gefährlicher Produkte*, in WEIGEND T./KÜPPER G. (édit.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, W. de Gruyter, Berlin etc., 1999, p. 291 ss
- PARETO V., *Trattato di sociologia generale*, édition due aux soins de BOBBIO N. *et al.*, Ed. di Comunità, Milan, 1964
- PAWLIK M., *Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten*, ZStW 111 (1999) p. 335 ss
- PEDOTTI E., *Die Unterlassung der Nothilfe : mit besonderer Berücksichtigung des geltenden und künftigen schweizerischen Rechtes*, thèse, Aarau, 1911
- PETTIT P., *Conséquentialisme*, in CANTO-SPERBER M. (édit.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 4^{ème} éd., Presses universitaires de France, Paris, 2004, p. 329 ss
- PFANDER H., *Die Rechtspflicht zum Handeln aus Vertrag beim unechten Unterlassungsdelikt*, thèse Bâle, 1967

- PFENNINGER H., *Das Strafrecht der Schweiz*, Puttkammer & Mühlbrecht, Berlin, 1890
- PHILIPPS L., *Der Handlungsspielraum : Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*, V. Klostermann, Francfort-sur-le-Main, 1974
- PIETH M., *Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens*, RPS 121 (2003) p. 353 ss
- POPP P., *Anwendungsfragen strafrechtlicher so genannter Geschäftsherrenhaftung*, recht 21 (2003) p. 21 ss (cité : POPP, *Geschäftsherrenhaftung*)
- POPP P., *Kommentar zum Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927*, Dike, St-Gall, 1992 (cité : POPP, *Kommentar*)
- PRADEL J./VARINARD A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 8^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2012
- PUPPE I., *Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie?*, in SCHÜNEMANN B. *et al.* (édit.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, W. de Gruyter, Berlin etc., 2001, p. 287 ss
- RADBRUCH G., *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem : zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, J. Guttentag, Berlin, 1904
- RAWLS J., *A theory of justice*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2005
- REBUT D., *L'omission en droit pénal : pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, thèse, Lyon, 1993
- RESELLINI J. P., *Les grèves de la faim en médecine pénitentiaire*, RPS 106 (1989) p. 393 ss
- RIEDO C./CHVOJKA M., *Fahrlässigkeit, Mittäterschaft und Unsorgfaltsgemeinschaft*, RPS 120 (2002) p. 152 ss
- RIKLIN F., *Die strafrechtliche Regelung der Sterbehilfe. Zum Stand der Reformdiskussion in der Schweiz*, in HOLDEREGGER A. (édit.), *Das medizinisch assistierte Sterben : Zur Sterbehilfe aus medizinischer, ethischer, juristischer und theologischer Sicht*, 2^{ème} éd., Presses universitaires/Herder, Fribourg/Fribourg etc., 1999, p. 328 ss (cité : RIKLIN, *Sterbehilfe*)

- RIKLIN F., *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I : Verbrechenslehre*, 4^{ème} éd., Schulthess, Zurich, 2013 (cité : RIKLIN, AT I)
- RODRIGUEZ MONTANES T., *Einige Bemerkungen über das Kausalitätsproblem und die Täterschaft im Falle rechtswidriger Kollegialentscheidungen*, in SCHÜNEMANN B. *et al.* (édit.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, W. de Gruyter, Berlin etc., 2001, p. 307 ss
- RÖHL K. F., *Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen und das fahrlässige Unterlassungsdelikt*, *Juristische Arbeitsblätter* 1999 p. 895 ss
- ROTH R., *A Berne du nouveau? A propos de quelques nouveautés de la partie générale du Code pénal*, in *La revisione della parte generale del codice penale*, Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, CFPG/Helbing & Lichtenhahn, Lugano/Bâle etc., 2005, p. 17 ss (cité : ROTH, A Berne)
- ROTH R., *L'entreprise, nouvel acteur pénal*, in BERTHOUD F. (édit.), *Droit pénal des affaires : La responsabilité pénale pour le fait d'autrui*, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 2002, p. 77 ss (cité : ROTH, *Entreprise*)
- ROTH R., *Le principe de la légalité en droit pénal administratif*, in MORAND C.-A (édit.), *La légalité : un principe à géométrie variable*, Faculté de droit de Genève/Helbing & Lichtenhahn, Genève/Bâle, 1992, p. 43 ss (cité : ROTH, *Légalité*)
- ROTH R., *Une responsabilité sans culpabilité ? : L'entreprise, la «faute d'organisation» et le droit pénal*, *SJ* 2003 II p. 187 ss (cité : ROTH, *Responsabilité*)
- ROUILLER C., *Le principe de la légalité en droit public suisse*, in MORAND C.-A (édit.), *La légalité : un principe à géométrie variable*, Faculté de droit de Genève/Helbing & Lichtenhahn, Genève/Bâle, 1992, p. 7 ss
- ROXIN C., *An der Grenze von Begehung und Unterlassung*, in BOCKELMANN P. *et al.* (édit.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, V. Klostermann, Francfort-sur-le-Main, 1969, p. 380 ss (cité : ROXIN, *Grenze*)
- ROXIN C., *Die Entsprechungsklausel beim unechten Unterlassen*, in PRITTWITZ C. *et al.* (édit.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 577 ss (cité : ROXIN, *Entsprechungsklausel*)
- ROXIN C., *Kausalität und Garantenstellung bei den unechten Unterlassungen*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2009 p. 73 ss (cité : ROXIN, *Kausalität*)

- ROXIN C., Ingerenz und objektive Zurechnung, *in* DONATSCH A. *et al.* (édit.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte : Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Schulthess, Zurich etc., 2002, p. 551 ss (cité : ROXIN, Ingerenz)
- ROXIN C., Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, *ZStW* 74 (1962) p. 411 ss (cité : ROXIN, Pflichtwidrigkeit)
- ROXIN C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Vol. 1, 4^{ème} éd., C. H. Beck, Munich, 2006 (cité : ROXIN, AT I)
- ROXIN C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Vol. 2, C. H. Beck, Munich, 2003 (cité : ROXIN, AT II)
- ROXIN C., Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, *in* LACKNER K. *et al.* (édit.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, W. de Gruyter, Berlin etc., 1973, p. 241 ss (cité : ROXIN, Schutzzweck)
- ROXIN C., Täterschaft und Tatherrschaft, 8^{ème} éd., W. de Gruyter, Berlin etc., 2006 (cité : ROXIN, Tatherrschaft)
- RUDOLPHI H.-J., Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, O. Schwartz, Goettingue, 1966 (cité : RUDOLPHI, Gleichstellungsproblematik)
- RUDOLPHI H.-J./HORN E. *et al.* (édit.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, Vol. 1, Luchterhand, Francfort-sur-le-Main, état à juillet 2014 (cité : SK DStGB-AUTEUR)
- RUTZ M., Abgrenzungs- und Konkurrenzprobleme zwischen fahrlässigem Begehungs- und dem Unterlassungsdelikt, *RPS* 88 (1972) p. 81 ss (cité : RUTZ, Unterlassungsdelikt)
- RUTZ M., Der objektive Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, *RPS* 89 (1973) p. 358 ss (cité : RUTZ, Fahrlässigkeitsdelikts)
- SANGENSTEDT C., *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern : zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtlichen Garantenhaftung*, P. Lang, Francfort-sur-le-Main etc., 1989
- SCHILD TRAPPE G., Allerlei zum neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, *in* BÄNZINGER F. *et al.* (édit.), *Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht*, 2^{ème} éd., Staempfli, Berne, 2006, p. 1 ss
- SCHLEIMINGER D., „...den sie wissen, was sie tun“ : die Abgrenzung des Eventualvorsatzes von der bewussten Fahrlässigkeit am Beispiel der Raserfälle, *PJA* 1/2007 p. 40 ss

- SCHMID N., Einige Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorganen, RPS 105 (1988) p. 156 ss (cité : SCHMID, Aspekte)
- SCHMID N., Von der zivilrechtlichen zur strafrechtlichen Produktehaftung, in FORSTMOSER P. *et al.* (édit.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Schulthess, Zurich, 1989, p. 647 ss (cité : SCHMID, Produktehaftung)
- SCHMIDHÄUSER E., Begehung, Handlung und Unterlassung im Strafrecht : Terminologie und Begriffe, in DORNSEIFER G. *et al.* (édit.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, C. Heymann, Berlin etc., 1989
- SCHNEIDER C., Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, Duncker & Humblot, Berlin, 1997
- SCHÖNKE A./SCHRÖDER H., Strafgesetzbuch : Kommentar, 29^{ème} éd. mise à jour par LENCKNER T. *et al.* (édit.), C.H. Beck, Munich, 2014 (cité : DStGB K-AUTEUR)
- SCHUBARTH M., Eigenhändiges Delikt und mittelbare Täterschaft, RPS 114 (1996) p. 325 ss (cité : SCHUBARTH, Täterschaft)
- SCHUBARTH M., Kommentar zum schweizerischen Strafrecht : Schweizerisches Strafgesetzbuch : Besonderer Teil, Vol. 1, Delikte gegen Leib und Leben Art 111-136 StGB, Staempfli, Berne, 1982 (cité : SCHUBARTH, Kommentar)
- SCHUBARTH M., Sicherheitsdispositiv und strafrechtliche Verantwortlichkeit im Eisenbahnverkehr, RSJ 92 (1996) p. 37 ss (cité : SCHUBARTH, Eisenbahnverkehr)
- SCHUBARTH M., Sind die sogenannten Wirtschaftsdelikte wirklich ein Problem?, RPS 90 (1974) p. 384 ss (cité : SCHUBARTH, Wirtschaftsdelikte)
- SCHUBARTH M., Zur strafrechtlichen Haftung des Geschäftsherrn in der Schweiz, RPS 92 (1976) p. 370 ss (cité : SCHUBARTH, Geschäftsherr)
- SCHÜNEMANN B., Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte : zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, O. Schwartz, Goettingue, 1971
- SCHULTZ H., Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches „Einführung und Anwendung des Gesetzes“ des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Stämpfli, Berne, 1987 (cité : SCHULTZ, Bericht)
- SCHULTZ M., Aufhebung von Garantstellungen und Beteiligung durch Unterlassen, JuS 1985 p. 270 ss (cité : SCHULTZ M., Aufhebung)

- SCHÜRER-MOHR W., Erlaubte Risiken : Grundfragen des „erlaubten Risikos“ im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik, P. Lang, Berne, 1998
- SCHÜRMAN H., Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, Duncker & Humblot, Berlin, 1986
- SCHWAB H.-J., Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, P. Lang, Francfort-sur-le-Main etc., 1996
- SCHWENZER I., Schweizerisches Obligationenrecht : allgemeiner Teil, 6^{ème} éd., Stämpfli, Berne, 2012 (cité : SCHWENZER, AT)
- SEEBASS G., Wollen, V. Klostermann, Francfort-sur-le-Main, 1993
- SEELMANN K., Nichtstun als Straftat : Bedeutungszuwachs und Problempotential der unechten Unterlassungsdelikte, RPS 125 (2007) p. 262 ss (cité : SEELMANN, Nichtstun)
- SEELMANN K., Rechtsphilosophie, 5^{ème} éd., C.H. Beck, Munich, 2010 (cité : SEELMANN, Rechtsphilosophie)
- SEELMANN K., Solidaritätspflichten im Strafrecht?, in JUNG H. *et al.* (édit.), Recht und Moral : Beiträge zu einer Standortbestimmung, Nomos, Baden-Baden, 1991, p. 295 ss (cité : SEELMANN, Solidaritätspflichten)
- SEELMANN K., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Helbing & Lichtenhahn, 5^{ème} éd., Bâle etc., 2012 (cité : SEELMANN, AT)
- SEELMANN K., Unternehmensstrafbarkeit : Ursachen, Paradoxien und Folgen, in ACKERMANN J.-B. *et al.* (édit.), Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Schulthess, Zurich, 2001, p. 169 ss (cité : SEELMANN, Ursachen)
- SILVA SANCHEZ J.-M., Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte, in SCHÜNEMANN B. *et al.* (édit.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, W. de Gruyter, Berlin etc., 2001, p. 641 ss
- SINGER P. Praktische Ethik, traduit de l'anglais par BISCHOFF O., WOLF J.-C. et KLOSE D., 2^{ème} éd., Ph. Reclam, Stuttgart, 2006
- SOYER J.-C., Droit pénal et procédure pénale, 21^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 2012
- SPITZ P., Strafrechtliche Produkthaftung – Übertragbarkeit zivilrechtlicher Betrachtungsweisen?, Helbing & Lichtenhahn, Bâle etc., 2001
- STANKEWITZ R. G., Die dogmatischen Grundlagen und Voraussetzungen einer Überwachergarantenstellung aus Sachherrschaft, thèse, Wurzburg, 1991
- STEFANI G./LEVASSEUR G./BOULOC B., Droit pénal général, 22^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2011

- STOECKER R., Tun und Unterlassen-Überlegungen zur Ontologie menschlichen Handelns, *Erkenntnis* 48 (1998), p. 395 ss
- STOFFERS K. F., Die Formel "Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit" bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen, Duncker & Humblot, Berlin, 1992 (cité : STOFFERS, Formel)
- STRATENWERTH G., Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, in LACKNER K. *et al.* (édit.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973, W. de Gruyter, Berlin etc., 1973, p. 227 ss
- STRATENWERTH G., Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht, *RPS* 81 (1965) 179 ss (cité : STRATENWERTH, Handlungslehre)
- STRATENWERTH G., Die Verjährung beim Unterlassungsdelikt, in NIGGLI M. A. *et al.* (édit.), Festschrift für Franz Riklin : zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, Schulthess, Zurich, 2007, p. 245 ss (cité : STRATENWERTH, Verjährung)
- STRATENWERTH G., Rechtliche Aspekte der Sterbehilfe, in METTNER M. (édit.), *Wie menschenwürdig sterben ? : zur Debatte um die Sterbehilfe und zur Praxis der Sterbebegleitung*, NZN, Zurich, 2000, p. 111 ss (cité : STRATENWERTH, Rechtliche Aspekte)
- STRATENWERTH G., Sterbehilfe, *RPS* 95(1978) p. 60 ss (cité : STRATENWERTH, Sterbehilfe)
- STRATENWERTH G., Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I : Die Straftat, 4^{ème} éd., Staempfli, Berne, 2011 (cité : STRATENWERTH, AT I)
- STRATENWERTH G., Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, 7^{ème} éd., Staempfli, Berne, 2010-2013 (cité : STRATENWERTH, BT)
- STRATENWERTH G./WOHLERS W., Schweizerisches Strafgesetzbuch : Handkommentar, 3^{ème} éd., Staempfli, Berne, 2013 (cité : STRATENWERTH/WOHLERS)
- STREE W., Zumutbarkeitsprobleme bei Unterlassungstaten, in ESER A. *et al.* (édit.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, Munich, 1998, p. 393 ss
- STÜBEL C. C., Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, Hilscher, Dresde, 1828
- TAG B., Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis : eine arztstrafrechtliche Untersuchung, Springer, Berlin etc., 2000 (cité : TAG, Lex artis)

- TAG B./GRUBMILLER P., Vom alten zum neuen Strafrecht, Allgemeiner Teil :
synoptische Darstellung, Dike, Zurich, 2007
- TAG B./HAURI M. (édit.), Die Revision des Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil,
Dike, Zurich, 2006
- TANQUEREL T., Manuel de droit administratif, Schulthess, Genève, 2011
- TERCIER P./PICHONNAZ P., Le droit des obligations, 5^{ème} éd., Schulthess,
Genève etc., 2012
- THÉVENOZ L./WERRO F. (édit.), Commentaire romand, Code des obligations
I, art. 1-529 CO, 2^{ème} éd., Helbing & Lichtenhahn, Genève etc., 2012 (cité :
CR CO I-AUTEUR)
- THOMAS D'AQUIN, Summa Theologica, J.-P. Migne, Lutetiae Parisiorum (*i. e.*
« Paris »), 1862-1864
- THOMSON J. J., Acts and other events, Cornell University Press, Ithaca, 1977
- TOEPEL F., Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen
Erfolgsdelikt, Duncker & Humblot, Berlin, 1992
- TOMPERT R., Wahrscheinlichkeitsurteil und Handlungsunwert : ein Beitrag
zur Frage der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht,
thèse, Bonn, 1961
- TRACHSEL E., Die Verjährung gemäss den Art. 70 - 75 bis des schweizerischen
Strafgesetzbuches, thèse, Zurich, 1990
- TRAPP R. W., „Nicht-klassischer“ Utilitarismus : eine Theorie der Gerechtigkeit,
V. Klostermann, Francfort-sur-le-Main, 1988
- TRECHSEL S. *et al.*, Schweizerisches Strafgesetzbuch : Praxiskommentar, 2^{ème}
éd., Dike, Zurich, 2013 (cité : TRECHSEL, Praxiskommentar)
- TRECHSEL S./NOLL P., Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I,
Schulthess, 6^{ème} éd., Zurich etc., 2004 (cité : TRECHSEL/NOLL, AT I)
- ULLRICH P., Strafrechtlich sanktionierte Hilfeleistungspflichten in der Schweiz,
Rüegger, Berne, 1980
- VEST H., Die strafrechtliche Garantenpflicht des Geschäftsherrn, RPS 105
(1988) p. 288 ss (cité : VEST, Garantenpflicht)
- VEST H., Mittäterschaft des Nichtlenkers für Verkehrsregelverletzungen?, RPS
119 (2001) p. 113 ss (cité : VEST, Mittäterschaft)

- VOLK K., Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, Dogmatische Aspekte und kriminalpolitische Probleme in JESCHECK H.-H./VOGLER T. (édit.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, Walter de Gruyter, Berlin etc., 1989
- WAIBLINGER M., Die Bedeutung des Grundsatzes „nullum crimen sine lege“ für die Anwendung und Fortentwicklung des schweizerischen Strafrechts, RJB 91 II (1955) p. 212 ss
- WALDER H., Die Kausalität im Strafrecht, RPS 93 (1977) p. 113 ss (cité : WALDER, Kausalität)
- WALDER H., Probleme bei Fahrlässigkeitsdelikten, ZBJV 104 (1968) p. 161 ss (cité : WALDER, Probleme)
- WALDER H., Vorsätzliche Tötung, Mord und Totschlag, RPS 96 (1979) p. 117 ss (cité : WALDER, Tötung)
- WEHRLE S., Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt-Regressverbot ?, Helbing & Lichtenhahn, Bâle etc., 1986
- WELP J., Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, Duncker & Humblot, Berlin, 1968
- WELZEL H., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, W. de Gruyter, Berlin etc., 1975 (cité : WELZEL, Abhandlungen)
- WELZEL H., Das deutsche Strafrecht : eine systematische Darstellung, 11^{ème} éd., W. de Gruyter, Berlin, 1969 (cité : WELZEL, Strafrecht)
- WESSELS J./BEULKE W., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 43^{ème} éd., C. F. Müller, Heidelberg, 2013 (cité : WESSELS/BEULKE, AT)
- WINIGER R., Hungerstreik und Zwangsernährung, RPS 95 (1978) p. 386 ss
- WINTER A., Der Abbruch rettender Kausalität, P. Lang, Francfort-sur-le-Main, 2000
- WIPRÄCHTIGER H., Strafbarkeit des Unternehmens - Die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, PJA 7/2002 p. 754 ss (cité : WIPRÄCHTIGER, Unternehmen)
- WIPRÄCHTIGER H., Revision des Allgemeinen Teils des StGB, RPS 123 (2005) p. 403 ss (cité : WIPRÄCHTIGER, Revision)

- WOHLERS W., Gehilfenschaft durch « neutrale » Handlungen : Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. berufstypischem Verhalten?, RPS 117 (1999) p. 425 ss (cité : WOHLERS, Handlungen)
- WOHLERS W., Trunkenheitsfahrten als eigenhändige Delikte, RPS 116 (1998) p. 95 ss (cité : WOHLERS, Delikte)
- WOLFF E. A., Kausalität von Tun und Unterlassen, Heidelberg, Universitätsverlag C. Winter, 1965
- VON WRIGHT G. H., Norm and action : a logical enquiry, Routledge & K. Paul/ The Humanities Press, Londres/New York, 1963
- ZAFFARONI E. R., Friedrich Spee oder der Ursprung strafrechtlicher Kritik, in ARNOLD J. *et al.* (édit.), Menschengerechtes Strafrecht : Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, Munich, 2005, p. 221 ss
- ZEICHNER W., Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Garantenstellung aus enger Lebensgemeinschaft seit der Gründung des Reichsgerichts, Schön, Munich, 1973
- ZÜRCHER E., Code pénal suisse : exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908, traduit par GAUTIER A., Staempfli, Berne, 1914 (cité : ZÜRCHER, Motifs)

Autres sources

- Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, vom 21. September 1998, FF 1998 1799 ss (cité : BB 1998)
- Message du Conseil fédéral, du 12 juin 1989, concernant la modification du code pénal suisse (Législation sur le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières), FF 1988 II 961 ss (cité : MCF 1989)
- Message du Conseil fédéral, du 21 septembre 1998, concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1998 1797 ss (cité : MCF 1998)



Collection
Genevoise

<http://www.unige.ch/droit/CG.html>

Derniers ouvrages parus

Collection générale

Dan Adrian 2015
Le délit de commission par omission –
éléments de droit suisse et comparé

Kaveh Mirfakhraei 2014
Les indemnités de fin de contrat dans le
contrat d'agence et le contrat de distribu-
tion exclusive

Sigrist, Alexandra 2013
Les pouvoirs de la police :
le cas de la délinquance juvénile

Pavlidis, Georgios 2012
Confiscation internationale :
instruments internationaux, droit de
l'Union européenne, droit suisse

Rubido, José-Miguel 2012
L'exercice du droit de préemption
immobilier au regard du droit privé

Gonin, Luc 2011
L'obsolescence de l'Etat moderne
Analyse diachronique et contextuelle
à l'exemple de l'Etat français

Marti, Ursula 2011
Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht
Am Beispiel der internationalen,
europäischen und schweizerischen
Rechtsordnung

Alberini, Adrien 2010
Le transfert de technologie en droit com-
munautaire de la concurrence
Mise en perspective avec les règles
applicables aux accords de recherche
et développement, de production
et de distribution

Bernard, Frédéric 2010
L'Etat de droit face au terrorisme

Donatiello, Giuseppe 2010
Responsabilité du débiteur :
de la délégation à l'organisation
de l'exécution des obligations
Codifications supranationales récentes
(CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes
européens) et Code des obligations suisse

Recueils de textes

*François Bellanger /
Jacques de Werra (éd.)* 2012
Genève au confluent du droit interne
et du droit international
Mélanges offerts par la Faculté de droit
de l'Université de Genève
à la Société Suisse des Juristes à l'occasion
du Congrès 2012

Foëx, Bénédic / Jeandin, Nicolas (éd.) 2011
Le Code de procédure civile
Aspects choisis

Hottelier, Michel (éd.) 2011
Albert Cohen
L'écrivain au service de l'Etat de droit
Actes du colloque organisé le 18 février
2011 par la Faculté de droit et la Fondation
Mémoire Albert Cohen

Flückiger, Alexandre (éd.) 2010
Emouvoir et persuader pour
promouvoir le don d'organes ?
L'efficacité entre éthique et droit

*Trigo Trindade Rita / Peter Henry /
Bovet Christian (éd.)* 2009
Economie Environnement Ethique
De la responsabilité sociale et sociétale.
Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain

Droit civil

*Baddeley, Margareta / Foëx Bénédic /
Leuba Audrey / Papaux Van Delden
Marie-Laure (éd.)* 2014
Facettes du droit de la personnalité
Journée de droit civil 2013 en l'honneur
de la Professeure Dominique Manai

Marchand Sylvain 2012
Droit de la consommation

*Baddeley, Margareta / Foëx Bénédic /
Leuba Audrey / Papaux Van Delden
Marie-Laure (éd.)* 2012
Le droit civil dans le contexte
international
Journée de droit civil 2011

*Baddeley, Margareta /
Foëx, Bénédic (éd.)* 2009
La planification du patrimoine
Journée de droit civil 2008 en l'honneur
du Professeur Andreas Bucher

*Perrin, Jean-François /
Chappuis, Christine* 2008
Droit de l'association
3^e édition

Baddeley, Margareta (éd.) 2007
La protection de la personne
par le droit
Journée de droit civil 2006 en l'honneur
du Professeur Martin Stettler

Droit et Histoire

*Dufour, Alfred / Quastana, François /
Monnier, Victor (Éd.)* 2013
Rousseau, le droit et l'histoire
des institutions
Actes du colloque international pour
le tricentenaire de la naissance de
Jean-Jacques Rousseau (1712–1778)
organisé à Genève, les 12, 13 et
14 septembre 2012

Dufour, Alfred / Monnier, Victor (Éd.) 2011
La Savoie, ses relations avec
Genève et la Suisse
Actes des journées d'étude à l'occasion
du 150^e anniversaire de l'Annexion
de la Savoie à la France organisées à
Genève, les 4 et 5 novembre 2010

Schmidlin, Bruno 2011
Der Vertrag im europäischen Zivilrecht /
Le contrat en droit civil européen

Hottelier, Michel (éd.) 2010
Fazy, James
De l'intelligence collective des sociétés
Cours de législation constitutionnelle

Monnier Victor/ 2009
Quastana François (éd.)
Paoli, la Révolution Corse et les Lumières
Actes du colloque international organisé
à Genève, le 7 décembre 2007

Droit de la propriété

Foëx, Bénédicte (éd.) 2013
Planification territoriale
Droit fédéral et spécificités cantonales

Foëx, Bénédicte (éd.) 2012
Les rénovations d'immeubles

Foëx, Bénédicte (éd.) 2012
La réforme des droits réels immobiliers
Les modifications du Code civil entrées en
vigueur le 1^{er} janvier 2012

Foëx, Bénédicte (éd.) 2011
Droit de superficie et leasing
immobilier
Deux alternatives au transfert
de propriété

Foëx Bénédicte/Hottelier Michel 2009
La garantie de la propriété à l'aube
du XXI^e siècle
Expropriation, responsabilité
de l'Etat, gestion des grands projets
et protection du patrimoine

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine/ 2013
Winiger, Bénédicte (éd.)
Le tort moral en question
(Journée de la responsabilité civile 2012)

Chappuis, Christine/ 2011
Winiger, Bénédicte (éd.)
La preuve en droit de la responsabilité
civile
(Journée de la responsabilité civile 2010)

Chappuis, Christine/ 2009
Winiger, Bénédicte (éd.)
La responsabilité pour l'information four-
nie à titre professionnel
(Journée de la responsabilité civile 2008)

Winiger Bénédicte 2009
La responsabilité aquilienne au 19^e siècle
Damnum iniuria et culpa datum

Winiger, Bénédicte (éd.) 2008
La responsabilité civile européenne
de demain / Europäisches Haftungsrecht
morgen
Projets de revision nationaux et principes
européens / Nationale Revisionsentwürfe
und europäische Haftungsprinzipien.
Colloque international à l'Université de
Genève

Droit international

Reymond Michel 2015
La compétence internationale en cas
d'atteinte à la personnalité

- Palaco Caballero de María Flor* 2015
La Cour internationale de justice et la protection de l'individu
- Romano Gian Paolo* 2014
Le dilemme du renvoi en droit international privé
La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse
- Granges Mathieu* 2014
Les intérêts moratoires en arbitrage international
- Grignon Julia* 2014
L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire
- Bulak Begüm* 2014
La liberté d'expression face à la présomption d'innocence
Justice et médias en droit italien et suisse à l'aune de la convention et de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme
- Johannot-Gradis Christiane* 2013
Le patrimoine culturel matériel et immatériel : quelle protection en cas de conflit armé?
- Chatton, Gregor T.* 2013
Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels
- Ludwiczka, Maria* 2013
La délégation internationale de la compétence pénale
- Petry, Roswitha* 2013
La situation juridique des migrants sans statut légal
Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations
- Redalié, Lorenzo* 2013
La conduite des hostilités dans les conflits armés asymétriques : un défi au droit humanitaire
- Tran, Laurent* 2013
Le régime uniforme de responsabilité du transporteur aérien de personnes
- Daboné, Zakaria* 2012
Le droit international public relatif aux groupes armés non étatiques
- Lessène, Ghislain Patrick* 2012
Vers la consécration d'un principe de la légalité des lieux de détention
L'exemple de l'Afrique subsaharienne francophone
- Michalak, Katarzyna* 2012
La protection du handicapé mental en droit de la sécurité sociale
Etude de droit international et comparé (droit européen, polonais et suisse)
- Zouré, Théophile Noël* 2012
Le commerce des produits agricoles dans le droit de l'OMC

Le présent ouvrage est consacré à l'étude de la figure de la commission par omission. Construction jurisprudentielle dans un premier temps, elle a été introduite formellement dans le Code pénal suisse, à l'article 11, lors de la révision de la Partie générale le 1^{er} janvier 2007.

Le texte aborde de manière systématique les éléments qui composent cette forme d'omission afin de répondre aux questions que les lecteurs, étudiants ou praticiens, peuvent se poser en lien avec cette figure.

Les étudiants sauront apprécier la concision et la clarté de l'exposé, de même que l'existence de nombreuses définitions. Les différents exemples permettent d'illustrer certaines notions pour en faciliter l'assimilation.

Les praticiens, qu'ils soient juristes, avocats ou magistrats, disposeront d'un outil leur permettant de manier avec plus d'aisance encore cette construction juridique, qu'il s'agisse d'estimer la responsabilité qu'encourt leur employeur ou leur client ou pour décider du sort d'une procédure pénale. Les références fournies ainsi que la bibliographie ouvrent la voie à l'approfondissement le cas échéant.

Tous trouveront dans un seul texte en langue française l'ensemble des éléments indispensables à l'application de l'article 11 CP et les clés pour appréhender cette figure juridique loin d'être aussi évidente qu'elle pourrait à première vue le laisser croire.

ISBN 978-3-7255-8538-0



www.schulthess.com