

LA CONTRIBUTION DE LA DOCTRINE CANONIQUE MÉDIÉVALE À LA NOTION DE COMPLICITÉ PAR OMISSION (XII^e-XV^e SIÈCLE)

La notion d'abstention ou d'omission coupable, c'est-à-dire la répression d'un acte négatif, progresse depuis le xx^e siècle dans les législations pénales des pays occidentaux¹. En France, en dépit d'une réticence envers la notion de commission par omission, la loi et la jurisprudence assimilent ainsi de façon exceptionnelle l'omission à la commission. Mais surtout, alors qu'elles étaient jusque-là peu fréquentes, l'on assiste depuis le milieu du xx^e siècle à une multiplication des infractions de pure omission sous la forme de qualification autonome : on poursuit par exemple pénalement la non-dénonciation d'un crime², l'omission de porter secours à une personne en péril³, ou encore le non obstacle à la commission d'un crime ou d'un délit contre les personnes⁴. Ces infractions d'omission tendent d'ailleurs à devenir nombreuses dans certains domaines comme en particulier le droit routier⁵.

Toutefois, à mesure que s'accroît la place de l'omission dans les droits pénaux européens, l'abstention semble parfois prise en compte comme une forme de complicité. C'est du reste l'une des tendances de la répression de la complicité, que l'on retrouve par exemple dans

1. Sur cette tendance, voir [= v.] en particulier L. Moreillon, *L'infraction par omission. Étude des infractions à la vie et à l'intégrité corporelle en droits anglais, français, allemand et suisse*, Genève, Droz, 1993 ; J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2^e éd. 2002, n° 179-181.

2. C. pén. [France], art. 434-1. L'origine de ce texte remonte à l'ordonnance du 25 juin 1945 qui s'est substituée à une loi du 3 décembre 1942.

3. C. pén. [France], art. 223-6, al. 2.

4. C. pén. [France], art. 223-6, al. 1.

5. J. Pradel, *Droit pénal général*, Paris, 2004, n° 365, p. 330.

le droit pénal de l'Allemagne et dans celui de la Suisse ⁶. Le droit communautaire semble lui aussi pousser dans cette voie. On en trouve une illustration dans le règlement du Conseil relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés, arrêté le 18 décembre 1995 ⁷. Ce texte organise la répression des « irrégularités » au regard du droit communautaire, c'est-à-dire les violations commises par un opérateur économique ayant pour effet de porter préjudice au budget général des Communautés. L'article 7 de ce règlement prévoit une forme de participation par abstention, dans la mesure où il décide que les sanctions prévues en cas d'irrégularité sont étendues aux personnes qui étaient tenues d'éviter que cette violation soit commise ⁸.

Dans le droit pénal français, la complicité ne peut avoir lieu que par provocation, aide ou assistance, ou fourniture de moyens ⁹. Par conséquent, en raison du principe de légalité et de l'interprétation stricte de la loi pénale, la complicité est en principe un acte positif ¹⁰. Cependant, comme le soulignait il y a quelques années Jean Pradel, ce point de vue est aujourd'hui en recul ¹¹. C'est d'abord le cas dans la loi : le 5 mars 2007, le législateur a créé le délit d'enregistrement et de diffusion d'images de violences ¹², qui réprime le fait de filmer des scènes de violences, puis de les diffuser. Ce comportement, qui est semble-t-il apparu en Angleterre sous l'appellation *happy slapping*, et

6. À ce sujet, v. L. Moreillon, *L'infraction par omission. Étude des infractions à la vie et à l'intégrité corporelle en droits anglais, français, allemand et suisse*, op. cit., p. 125-135.

7. Règlement 2988/95 (JOCE 1995, L 312/1).

8. J. Pradel, G. Corstens, G. Vermeulen, *Droit pénal européen*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2009, p. 727.

9. C. pén. [France], art. 121-7 : « Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre ».

10. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, 1997, 7^e éd., t. I, p. 693. La jurisprudence le rappelle régulièrement depuis Cass. crim. 30 nov. 1810, *Bull. crim.*, n° 154 : v. l'arrêt de principe : Cass. crim. 15 janv. 1948, *Recueil Dalloz* [= *D.*], 1948, 100 ; *Bull. crim.*, n° 10 ; *JCP*, 1948, II, 4268, note R. B. ; *Recueil Sirey* [= *S.*] (1949), I, 81, note A. Legal ; *Revue de science criminelle* [= *RSC*], 1948, 294, obs. L. Magnol.

11. J. Pradel, *Droit pénal général*, op. cit., n° 437 ; sur cette évolution, v. B. Bouloc, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 24^e éd., 2015, n° 346, p. 299-301 ; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, Paris, Puf, coll. Droit fondamental, 5^e éd., 2015, n° 387, p. 454-457, ainsi que E. Dreyer, *Droit pénal général*, Paris, LexisNexis, coll. Manuels, 3^e éd., 2014, n° 1055, p. 737-739.

12. Sur cette loi, v. S. Detraz, « L'enregistrement d'images de violences : un cas de présomption légale de complicité », *Droit pénal*, 11, 2007, étude 23 ; C. Lacroix, « *Happy slapping* : la prise en compte d'un phénomène criminel à la mode », *JCP*, 26, 2007, I, 167, 11-13 ; P. J. Delage, *D.* 2007, point de vue, 182 ; M. G. Robert, *RSC*, 2007, p. 867 ; M. H. Galmart, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2007, p. 583.

qui consiste à enregistrer des spectacles de violences pour en faire ensuite la diffusion sur l'Internet ou dans un cercle d'amis, se développe de façon inquiétante dans plusieurs pays d'Europe¹³. Peut-être en raison de son caractère particulièrement choquant, plutôt que d'en faire une infraction autonome, le législateur a choisi d'en faire un acte de complicité des agressions filmées¹⁴. Ce sont les motivations du texte qui sont révélatrices ; on considère en effet que, bien que ne participant pas directement à l'agression, le filmeur, par son attitude, encourage l'agresseur en approuvant moralement son geste¹⁵.

La diffusion de la complicité par omission a aussi lieu dans la jurisprudence, au sein de laquelle s'est développée, depuis les années 1970, une tendance à étendre la notion « d'aide ou assistance » pour réprimer certaines formes d'abstention. Ce courant s'est dirigé dans deux directions : d'une part, en plus du cas où un complice a passé un accord avec l'auteur avant la commission de l'infraction¹⁶, lorsque les circonstances de l'infraction montrent que l'abstention, loin d'être une passivité indifférente, constitue une assistance morale à l'auteur. La Cour de Cassation a par exemple admis que le membre d'un groupe de « skins », qui a assisté aux violences faites par ses camarades, peut être condamné comme complice, car il « adhérerait pleinement à l'intention délictueuse du groupe et qu'il a par sa présence fortifié moralement le groupe des agresseurs »¹⁷. D'autre part, la jurisprudence retient régulièrement la complicité d'une personne qui s'est abstenue face à une infraction alors qu'elle devait et pouvait intervenir. L'hypothèse la plus évidente est la situation de celui qui doit agir en raison d'un devoir professionnel : tel est le cas, dans une

13. C. Blaya a montré combien cette pratique se développe en France : « Cyberbullying and happy slapping in France : a case study in Bordeaux », (J.-A. Moramerchan et T. Jäger dir.), *Cyberbullying : a cross-national comparison*, Landau, Verlag Empirische Pädagogik, 2010. Les résultats de cette enquête ont été repris dans le rapport remis par É. Debardieux au ministre de l'éducation nationale le 12 avril 2011 : *Refuser l'oppression quotidienne : La prévention du harcèlement à l'école*, Rapport au ministre de l'éducation nationale de la jeunesse et de la vie associative, Observatoire international de la violence à l'école, Bordeaux, Université Bordeaux Segalen, 2011, p. 9-10.

14. C. pén. [France], art. 222-33-3 [en visant les actes de tortures et de barbarie, les violences et les agressions sexuelles] : « est constitutif d'un acte de complicité des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne prévues par les articles 222-1 à 222-14-1 et 222-23 à 222-31 [...] et est puni des peines prévues par ces articles le fait d'enregistrer sciemment des images relatives à la commission de ces infractions ».

15. J. Pradel, *Droit pénal général*, Paris, 2008, 17^e éd., p. 415 ; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n^o 387, p. 454-457 ; S. Detraz, « L'enregistrement d'images de violences : un cas de présomption légale de complicité », *loc. cit.*, étude 23.

16. Cass. crim. 27 oct. 1971, BC, n^o 284 ; RSC, 1972, p. 385.

17. Cass. Crim. 20 janvier 1992, Dr. pénal, 1992. Comm. 279, obs. Véron ; J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2012, 8^e éd., p. 460.

espèce désormais ancienne, de l'agent de police, déclaré complice du vol qu'il a laissé commettre par un de ses collègues¹⁸. Plus récemment, dans un arrêt du 15 janvier 1979, la Haute Cour a admis la complicité de délit de fraude fiscale d'un expert-comptable qui s'est abstenu de vérifier et de redresser la comptabilité de son client¹⁹. C'est d'ailleurs une conception encore plus large que l'on retient aujourd'hui de cette obligation d'intervention. Dans une décision du 28 mai 1980, la Cour de Cassation a ainsi retenu la complicité du membre du directoire qui, « ayant connaissance des abus de biens sociaux auxquels se livrait son président, a laissé les commettre, alors qu'il avait les moyens que lui donne la loi pour s'y opposer »²⁰. Comme le souligne André Varinard, l'on a ainsi accru sensiblement le champ d'application de la complicité par omission : celle-ci ne résulte plus seulement du simple devoir professionnel mais est aussi liée à l'existence de moyens légaux dont n'a pas fait usage la personne pour empêcher l'infraction²¹. Ces décisions s'expliquent certes souvent par le lien de causalité entre l'abstention et l'infraction qu'elle favorise. Cependant, la jurisprudence dans son ensemble ne se réduit pas à cette explication, car plusieurs décisions dessinent une tendance à admettre la complicité lorsque l'omission traduit une adhésion morale à l'infraction principale. La mère d'un parricide a ainsi été réprimée comme complice en ce qu'elle exerçait sur l'auteur une emprise psychologique²². Une partie de la doctrine s'est toutefois montrée critique envers cette tendance qui déduirait systématiquement la complicité de l'omission seule, dès lors que celle-ci exprimerait une adhésion morale à l'auteur principal.

Pour autant, replacée dans une perspective historique, cette tendance manifeste une forme de continuité avec les derniers siècles de l'Ancien droit, durant lesquels plusieurs pénalistes font de l'omission

18. Trib. corr. Aix, 14 janvier 1947, *JCP*, 1947, II, 3465, note Béraud ; v. aussi J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, *op. cit.*, p. 461.

19. Cass. crim. 15 janvier 1979, *Bull. crim.*, n° 21. La chambre criminelle a aussi admis la complicité de banqueroute du banquier qui ne s'est pas opposé à un retrait de fonds (Cass. crim. 9 octobre 1989) ; la même complicité de banqueroute a été retenue pour le magistrat consulaire qui ne s'est pas opposé à un délit de malversation (Cass. crim. 30 juin 1999). Dans le même sens, la Cour de cassation a qualifié de complicité d'abus de biens sociaux l'abstention d'un dirigeant de banque qui a omis de remplir ses obligations d'informations, d'analyse et d'appréciation, et qui s'est soustrait délibérément aux règles légales auxquelles il était soumis en raison de sa fonction (Cass. crim. 2 décembre 2009).

20. Cass. crim. 28 mai 1980, *D.*, 1981, I. R. 137 ; J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, *op. cit.*, n° 34, p. 452-463.

21. J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, *op. cit.*, n° 34, p. 461.

22. Cass. crim. 19 décembre 1989, *BC*, n° 488 ; *D.* 1990, 198, note D. Mayer ; *RSC*, 1990, obs. G. Levasseur, 337 ; *Gazette du Palais*, 3 juillet 1990, note J.-P. Doucet, p. 11.

une catégorie de complicité. Tel est le cas de plusieurs criminalistes italiens du XVI^e siècle²³, dont la pensée puise dans le *jus commune* du second versant du Moyen Âge. Or, comme le soulignait il y a plusieurs années René Metz dans son étude sur la responsabilité pénale, l'influence du droit canonique du Moyen Âge a été importante en ce qui concerne la complicité²⁴. L'on sait combien du reste fut décisive l'influence du droit de l'Église sur la culture pénale de l'Europe et son rôle souvent précurseur²⁵. Le magistral ouvrage de Stephan Kuttner sur la faute a montré en particulier comment, entre l'importante collection canonique du *Décret* de Gratien (ca 1140) et la collection officielle de Grégoire IX (1234), le droit canonique, en mettant en valeur les notions de péché et de volonté, a élaboré une théorie aboutie de la culpabilité et de la responsabilité²⁶. C'est la mise en valeur de la volonté, indifféremment de la réalisation effective du délit, qui a contribué à dégager la notion de complicité²⁷. Lotte Kéry a d'ailleurs souligné récemment que les réflexions des premiers décr-

23. A. Laingui, « La théorie de la complicité dans l'ancien droit pénal », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* [= *TvR*] 45, 1977, p. 27-65 ; v. aussi, au sujet de la répression de l'abstention : Id., *La responsabilité pénale dans l'Ancien droit (XVI^e-XVIII^e siècle)*, Paris, LGDJ, 1970 (*Bibliothèque d'Histoire du droit et droit romain*, 17), p. 107-126.

24. R. Metz, « La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval », [La responsabilité pénale, travaux du colloque de philosophie pénale (12-21 janvier 1959)], *Annales de la faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg*, 8, 1961, p. 97-98.

25. A. Laingui, il y a quelques années, rappelait cette influence : « Le droit pénal canonique, source de l'ancien droit pénal laïc », *Églises et pouvoir politique* [Actes des journées internationales d'histoire du droit d'Angers, 30 mai-1^{er} juin 1985], Angers, 1987, p. 213-232. Plus récemment, v. les contributions du volume *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur* (M. Schmoeckel, O. Condorelli, F. Roumy dir.), Bd. 3 : Straf- und Strafprozessrecht, Köln/Weimar/Wien, Böhlau Verlag (Norm und Struktur), 2012. L'on sait aussi l'importance de l'influence de la procédure judiciaire canonique, et dans un article récent, Franck Roumy en donne une illustration supplémentaire au sujet d'une technique procédurale qui correspond à l'expression judiciaire de l'irrecevabilité de l'action et de la force de la chose jugée : « *Silentium perpetuum* et *absolutio ab impetitione* : l'expression de la sentence définitive et de la requête irrecevable dans la procédure canonique des XII^e et XIII^e siècles », *Bulletin of medieval canon law*, 31, 2014, p. 125-145.

26. S. Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX* (Systematisch auf Grund der handschriftlichen Quellen dargestellt, Studi e testi 64, Bibliotheca apostolica vaticana), Città del Vaticano, 1935 ; v. aussi R. Metz, « La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval », *loc. cit.*, p. 88-91. L'idée de péché et de faute contribue aussi à la notion de réparation : O. Descamps, « L'influence du droit canonique médiéval sur la formation d'un droit de la responsabilité » (O. Condorelli, F. Roumy, M. Schmoeckel dir.), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, Bd. 1 : Zivil- und Zivilprozessrecht, Köln/Weimar/Wien, Böhlau Verlag (Norm und Struktur), 2009, p. 137-167 ; A. Lefebvre-Teillard, « Le droit canonique et la formation des grands principes du droit privé français » (H. Scholler dir.), *Die Bedeutung des Kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, (Arbeiten zur Rechtsvergleichung 177), 1996, p. 19-21.

27. S. Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*, *op. cit.*, sur la complicité, v. en particulier les p. 41-43.

talistes sur la complicité étaient au cœur de la doctrine canonique de la culpabilité²⁸. Dans le sillage du *Décret* de Gratien, les raisonnements des décrétistes de la seconde moitié du XII^e siècle consacrés à la participation coupable et à la complicité sont ainsi indissociables des progrès, à la même époque, d'une théorie canonique élaborée de la culpabilité et de la responsabilité personnelle. Alors que jusqu'au XII^e siècle, on séparait avec difficulté le *forum conscientiae* et le for externe, ces progrès sont intimement liés, comme l'a rappelé récemment Lotte Kéry, au contexte dans lequel se dessine progressivement un véritable droit pénal de l'Église, dont on s'efforce de justifier le droit de punir²⁹, distinct de la pénitence. En effet, tandis que l'on prend davantage conscience de l'autonomie de la peine comme punition des violations extérieures des règles ecclésiastiques, vis-à-vis de la sanction pénitentielle du péché³⁰, les premières sommes au *Décret* cherchent à souligner les critères de distinction entre le *peccatum* et une conception proprement juridique de la faute, à travers la définition du *crimen*³¹. Si l'on discerne ainsi peu à peu une finalité et un objet

28. L. Kéry, « *Non enim homines de occultis, sed de manifestis indicant*. La culpabilité dans le droit pénal de l'Église à l'époque classique », *Revue de droit canonique* [= *RDC*], 53/2, 2003, p. 322-336 et Id., « La culpabilité dans le droit canonique classique de Gratien (vers 1140) à Innocent IV (vers 1250) », *La culpabilité*, CIAJ, n° 6, Limoges, Pulim, 2001, p. 436-444.

29. G. Leyte, « Le droit de punir dans le *Décret* de Gratien » (B. d'Alteroche, F. Demoulin-Auzary, O. Descamps, F. Roumy dir.), *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, Paris, éditions Panthéon-Assas, 2009, p. 685-693 ; A. Beristain, « Vers un œcuménisme historique en droit pénal. Réflexions sur la peine rétributive chez les canonistes », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, XX/2, 1965, p. 559-582 ; v. aussi R. Merle, *La pénitence et la peine. Théologie-Droit canonique-Droit pénal*, Paris, Cerf/Cujas, 1985, p. 44-45. La nature du droit pénal de l'Église contemporaine a fait l'objet de plusieurs réflexions : quelques années avant le concile Vatican II (1962-1965), L. Naurois rappelait son rôle disciplinaire : « Quelques aspects du droit pénal de l'Église catholique », *Revue internationale de droit pénal*, 1-2, 1954, p. 357-383. La réforme du code de droit canonique de 1983 a renouvelé la conception du droit pénal de l'Église en insistant sur la nécessité d'une régulation juridique plus soucieuse de la garantie des droits des personnes et sur sa fonction salvifique à la lumière de la théologie : P.-Y. Condé, « La réforme du Code de droit canonique et la refondation d'une régulation juridique dans l'Église catholique romaine (1959-1983). Le cas du droit pénal canonique », *Terrains et Travaux*, 6/1, 2004, p. 139-158 ; v. aussi les contributions consacrées aux orientations actuelles du droit pénal canonique dans *Le droit pénal de l'Église : histoire, philosophie, pastorale, droit comparé*, *RDC*, 56/1-2, 2009.

30. R. Merle, *La pénitence et la peine*, *op. cit.*, p. 31-32 et 45-46. On trouve des témoignages anciens, en particulier dans certaines sources conciliaires des régions de la Loire à la fin du V^e siècle, de sanctions canoniques ayant la nature de véritables peines : O. Guillot, « Pénitence et peine en matière canonique dans les Gaules aux IV^e et V^e siècles », *La peine, discours, pratiques, représentations*, CIAJ, 12, 2005, p. 15-29 [réimpr. dans *Arcana imperii II*, CIAJ, 23, 2010, n° 16, p. 443-457].

31. L. Kéry, « *Non enim omnes de occultis* », *loc. cit.*, p. 313. Sur les critères que pose le *Décret* de Gratien pour distinguer le crime et le péché et les réflexions des décrétistes à ce sujet, v. R. Metz, « La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval », *loc. cit.*, p. 88-91 ; S. Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre*, *op. cit.*, p. 4-6.

propres à la peine canonique, celle-ci conserve toutefois une étroite relation avec la dogmatique pénitentielle dans la mesure où, dans les constructions doctrinales des canonistes, la notion juridique de *crimen* faisait partie intégrante de « l'immense empire du péché »³² dans sa dimension morale et théologique³³. Le contenu et l'évaluation de la culpabilité pénale canonique sont ainsi étroitement en rapport avec l'évaluation de la culpabilité morale et théologique. Lotte Kéry l'a résumé avec clarté : les logiques fondamentales qui animent les mécanismes de la culpabilité dans le droit pénal de l'Église restent foncièrement ancrées dans les logiques de satisfaction du péché en matière morale³⁴. La persistance de l'influence de la pénitence conduit alors à souligner l'importance de la volonté du délinquant dans l'évaluation de sa culpabilité canonique. Au cœur de la notion proprement juridique du délit, les canonistes cherchent à discerner avant tout une inclination de la volonté. Celle-ci devient, aux yeux des canonistes du XII^e siècle, la condition indispensable à toute responsabilité. Ils s'éloignent des logiques pénales de l'imputation matérielle qui prenaient peu en compte l'intention³⁵. L'un des principaux fondements textuels qui favorise cet effort est l'incise au *Décret*, issue des *Retractationes* de saint Augustin († 430), dans laquelle l'évêque d'Hippone estime que le péché est un mal si volontaire qu'il n'y a pas de péché là où il n'y a pas de volonté³⁶. Tout en reprenant cette autorité avec constance, les décrétistes s'efforcent de discerner la volonté coupable. Celle-ci prend les traits du *contemptus*, qui apparaît progressivement, sous la plume des canonistes, comme à la fois le mépris des lois divines et naturelles, et la volonté réfléchie de réaliser la faute. La nature profonde du *contemptus* révèle une conception théologique du mal, qui s'exprime dans l'obstination de l'homme vis-à-vis de la bonté divine et dans la violation de la *caritas* envers le prochain, et dont les

32. Selon l'expression de Stephan Kuttner.

33. R. Merle, *La pénitence et la peine*, *op. cit.*, p. 45-46 ; S. Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre*, *op. cit.*, p. 4-6.

34. L. Kéry, « Non enim omnes de occultis », *loc. cit.*, p. 314.

35. R. Merle, *La pénitence et la peine*, *op. cit.*, p. 31-32 ; O. Descamps, « L'influence du droit canonique médiéval sur la formation d'un droit de la responsabilité », *loc. cit.*, p. 139 ; v. aussi R. Metz, « La responsabilité pénale », *loc. cit.*, p. 91-92.

36. Augustinus Hipponensis, *Retractationes*, XIII, 1, 5 : « Usque adeo peccatum voluntarium malum est, ut nullo modo peccatum sit, si non sit voluntarium » (éd. J.-P. Migne, *Patrologia latina* [= PL], Paris, 1844-1864, t. 32, col. 603). L'incise est reprise dans : C. 15, q. 1, c. 1 (éd. E. Friedberg, *Corpus juris canonici*, vol. I, Leipzig, 1879, réimpr. Graz, 1959, col. 744-745) ; à ce sujet v. O. Descamps, « L'influence du droit canonique médiéval sur la formation d'un droit de la responsabilité », *loc. cit.*, p. 139-143 ; R. Metz, « La responsabilité pénale », *loc. cit.*, p. 91-94.

manifestations les plus graves confinent au reniement de l'amour de Dieu³⁷. Tout en permettant de prendre en compte les excuses personnelles du délinquant, comme l'ignorance par exemple, c'est la prise en compte de la volonté qui permet également de réprimer des comportements qui ne conduisaient pas nécessairement à la réalisation d'un préjudice, comme la tentative ou encore la complicité³⁸.

C'est dans cette perspective que l'on peut replacer l'apport du droit canonique au sujet de la complicité par omission. Nous voudrions ainsi formuler quelques remarques pour souligner d'abord combien la conception de la complicité que forgent les réflexions du droit canonique au Moyen Âge, souvent imprégnée d'une dimension morale, favorise la prise en compte de l'abstention. Cette réflexion se nourrit en particulier des autorités dont se sert le *Décret* de Gratien (ca 1140) pour réprover l'omission des évêques devant les fautes d'autrui que l'on assimile parfois à une approbation morale. Dès la seconde partie du XII^e siècle, cette réflexion se diffuse chez les canonistes et le pouvoir pontifical, qui déduisent de l'omission coupable le soupçon de complicité, et la conçoivent peu à peu comme une forme de participation à la faute d'autrui (I). Dès lors, les canonistes peuvent s'interroger sur la pénalité de certaines abstentions qu'ils considèrent comme des formes de complicité (II). Cette réflexion, qui revêt une forte dimension morale, apporte des renseignements sur la façon dont les canonistes envisagent la criminalité du complice par omission ; elle montre en particulier que chez les canonistes, la complicité par omission s'insère dans une conception unitaire de la faute dans laquelle le complice, loin d'avoir une criminalité propre, emprunte sa couleur criminelle à l'acte qu'il a favorisé.

I. L'omission conçue comme une participation à la faute d'autrui

C'est en particulier à l'aune des devoirs et des obligations de l'évêque que le *Décret* de Gratien relaie plusieurs autorités qui déduisent de certaines omissions une forme d'approbation de la faute d'autrui, le *consensus*, qui confine parfois au soupçon de complicité (A). Tandis que cette réflexion sur l'omission se diffuse chez les canonistes, Alexandre III, dans une décrétale prise au sujet du

37. L. Kéry, « Non enim homines de occultis », *loc. cit.*, p. 318 ; v. S. Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre*, *op. cit.*, p. 30-38.

38. L. Kéry, « Non enim homines de occultis », *loc. cit.*, p. 311-312.

meurtre de l'archevêque de Cantorbéry, englobe l'omission parmi les formes de complicité (B).

A. L'omission à l'aune des devoirs de l'évêque

1. Dans le courant du XII^e siècle, tandis que l'importante collection canonique *Concordia discordantium canonum* – que l'on appelle plus communément le *Décret* de Gratien³⁹ – s'efforce de dissocier de plus en plus clairement pénitence et peine, les autorités qu'elle relaie ne sont pas toujours univoques au sujet de l'omission coupable. Dans la C. 23, q. 8, c. 34, par exemple, le *Décret* semble exclure la faute de celui qui s'abstient et allègue à ce sujet le c. 11 du concile de Mayence, qui réunissait le 3 octobre 852 plusieurs évêques de la *Francia orientalis*⁴⁰. Reprenant le texte du concile, le *Décret* explique que ceux qui sont impliqués dans une rixe « et qui n'ont pas porté de coups, n'ont pas été à l'instigation de l'agression, et n'ont pas apporté leur aide aux agresseurs, mais se sont contentés d'être présents, ceux-là sont innocents »⁴¹.

Cependant, dans le *Décret* de Gratien, et chez les premiers décrétistes, on trouve d'autres textes qui réprouvent l'omission et l'abstention lorsqu'elles participent à la faute d'autrui. Les textes les plus explicites, que le *Décret* puise de façon privilégiée dans les collections canoniques liées au mouvement réformateur, les collections chartrai-

39. Les recherches ont été renouvelées ces dernières années sur l'identité de l'auteur (ou des auteurs ?) et sur la composition de la *Concordia*. Anders Winroth (*The making of Gratian's Decretum*, Cambridge, Cambridge University Press, [Cambridge Studies in Medieval Life and Thought, 4^e série, 49] 2000) et Jean Werckmeister (*Décret de Gratien Causes 27 à 36. Le mariage*, Paris, Cerf, coll. Sources canoniques n° 3, 2011) se sont en particulier interrogés sur une composition par étapes et sur les adjonctions successives qui auraient été apportées à une première version du *Décret*. V. aussi les remarques de Franck Roumy sur les premières intuitions de Jean Gaudemet à ce sujet : « Le droit romain au Moyen Âge », *L'œuvre scientifique de Jean Gaudemet*, [Actes du colloque tenu à Sceaux et à Paris les 26 et 27 janvier 2012] (M. Bégou-Davia, F. Roumy, O. Descamps et F. Jankowiak éd.), Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2014, p. 63-64. Pour un bilan de ces recherches, v. F. Roumy, « Gratien », *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques* (O. Cayla et J.-L. Halpérin dir.), Paris, Dalloz, 2008, p. 212-216 ; Id., « Corpus juris canonici », *Dictionnaire de la culture juridique* (D. Alland et S. Rials dir.), Paris, Puf, coll. Quadrige, 2003, en particulier p. 296, ainsi que F. Roumy et S. Boiron, « Chronique d'histoire du droit canonique », *L'année canonique*, 42, 2000, p. 253-255.

40. Concile de Mayence, 3 octobre 852, canon 11 (éd. W. Hartmann, MGH, *Concilia*, t. III, *Die Konzilien der karolingischen teilreiche 843-859*, Hahnsche Buchhandlung, 26, Hannover, 1984, p. 248). Sur ce concile, v. en particulier H. Leclercq, *Histoire des conciles*, Paris, Letouzey et Ané, 1911, p. 190-192.

41. C. 23, q. 8, c. 34 : « Qui nec eum impugnabant, nec vulnerabant, nec consilio nec auxilio cooperantes fuerunt, sed tantum affuerunt, extra noxam sint » (éd. E. Friedberg, *Corpus juris canonici*, vol. I, éd. cit., col. 965).

nes par exemple, sont le plus souvent en relation avec les devoirs et les qualités que l'on attend des évêques. Le *Décret* insiste sur la nécessité pour l'évêque aussi bien de prévenir que de corriger les fautes des âmes qui lui ont été confiées et en particulier ses subordonnés. Le contexte est du reste favorable : la Réforme grégorienne avait insisté sur le devoir d'exemplarité des évêques : l'évêque est pasteur du peuple de Dieu et doit veiller sur les âmes dont il a la charge, aussi bien par la prédication que par la correction de leurs fautes. Il lui revient, assisté de ses prêtres, de diffuser la parole du Christ et de lutter contre l'erreur⁴². Les conciles mérovingiens du VII^e siècle insistaient déjà sur leur devoir d'exemplarité⁴³. Au Moyen Âge central, l'on sanctionne sévèrement les manquements à ces devoirs et, au XI^e siècle, l'on voit des conciles excommunier des évêques en raison de leur comportement scandaleux : en 1055, par exemple, le concile de Lisieux dépose l'archevêque de Rouen en raison de ses mœurs scandaleuses⁴⁴. La Réforme grégorienne accentue cet aspect et renforce le contrôle de l'autorité romaine sur la discipline de l'épiscopat. Le *Décret* reprend ainsi l'obligation du Concile de Rome en 743 et impose aux évêques de faire une visite *ad limina* au moins une fois par an (*Dist.* 93, c. 4)⁴⁵. Les obligations des évêques sont d'ailleurs d'autant plus aiguës lorsqu'il s'agit de leurs subordonnés dont ils doivent prévenir et corriger les fautes. Ce devoir s'illustre en particulier par les visites de l'évêque dans son diocèse, dont la réforme carolingienne avait souligné l'importance.

Parfois, le manquement aux devoirs et la négligence de prévenir ou de réparer les fautes, sont qualifiés comme une sorte d'approbation, que l'on retrouve dans le *Décret* sous la terme *consensus* et le verbe *consentire*. L'importance de cette notion d'approbation s'explique par le contexte historique du *Décret* de Gratien. Cette notion, qui exprime le consentement, contient une dimension morale : lié au *contemptus*,

42. J. Gaudemet, *Église et cité. Histoire du droit canonique*, Paris, Montchrestien/Cerf, 1994, p. 423-424 et p. 215-219.

43. Par exemple, le concile de Bordeaux, tenu vers 670 sous Childéric II, afin de réformer les mœurs du clergé, insiste sur le devoir d'exemplarité des évêques : v. *Les canons des conciles mérovingiens VI^e-VII^e siècles* (éd. J. Gaudemet et B. Basdevant-Gaudemet), Paris, Cerf, coll. Sources chrétiennes 354, 1989, t. II, p. 570.

44. J. Gaudemet, « À propos de l'épiscopat médiéval (XI^e-XIII^e siècles) », *Studia Gratiana* (Festschrift R. Weigand), 27, 1996, p. 172 (réimpr. dans Id., *Formation du droit canonique et gouvernement de l'Église de l'Antiquité à l'âge classique*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2008, n° XVI, p. 367).

45. J. Gaudemet, « À propos de l'épiscopat médiéval (XI^e-XIII^e siècles) », *loc. cit.* (réimpr. dans *Formation du droit canonique, op. cit.*, n° XVI, p. 361). Sur la visite pastorale, v. aussi Id., *Église et cité, op. cit.*, p. 423-425.

qui exprime le rejet de Dieu et le consentement à sa propre faute, le *consensus* semble pouvoir exprimer l'adhésion morale et le consentement à la faute du prochain. Dans le *Décret*, cette acception du *consensus* est parfois utilisée pour sanctionner celui qui s'abstient, en particulier à propos de l'exigence du respect par les évêques des devoirs et obligations qu'ils tirent de leur charge. Les textes que l'on peut prendre comme exemples se trouvent sans surprise de façon privilégiée dans le groupe des *distinctiones* (81-91) consacré aux qualités que l'on exige des évêques⁴⁶. On peut en donner plusieurs illustrations claires : dans la *dist.* 83 c. 2, par exemple, relayant entre autres plusieurs textes d'Yves de Chartres († 1115)⁴⁷, mais dont on retrouve l'idée exprimée chez Burchard de Worms († 1025), le *Décret* affirme combien les fautes sont grandes lorsqu'elles sont commises par un membre de l'Église, et dans ce cas, l'évêque qui ne les corrige pas peut être davantage considéré comme un « chien impudique » que comme un évêque⁴⁸, reprenant là l'image péjorative de cet animal dans l'Ancien Testament⁴⁹. De façon encore plus explicite, la *dist.* 86 c. 3⁵⁰ reprend Yves de Chartres qui affirme que la faute est dans celui qui a le pouvoir de corriger et qui néglige de le faire⁵¹. S'appuyant sur l'Épître aux Romains⁵², le texte rappelle que doivent être jugés non

46. J. Gaudemet, *Les sources du droit canonique VIII^e-XX^e siècle*, Paris, Cerf, coll. Droit canonique, 1993, p. 112-113 ; v. aussi G. Le Bras, Ch. Lefebvre, J. Rambaud, *L'âge classique 1140-1378. Sources et théorie du droit (Histoire du droit et des Institutions de l'Église en Occident) [= HDIEO]*, t. VII, Paris, Sirey, 1965, p. 78-79.

47. Ivo Carnotensis, *Decretum*, V, 317 et 323 (éd. J.-P. Migne, PL, t. 161, col. 421-422). Sur sa carrière et son œuvre, v. la notice de B. Basdevant-Gaudemet dans le *Dictionnaire historique des juristes français, XI^e-XX^e siècle*, (P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen dir.), Paris, Puf, coll. Quadriga, 2007, p. 787-788. Cf. Burchardus Wormatiensis, *Decretum*, I, 203 (éd. J.-P. Migne, PL, t. 140, 1853, col. 548).

48. *Dist.* 83 c. 2 : « Episcopus itaque, qui talium crimina non corrigit, magis descendus est canis inpudicus quam episcopus » (éd. E. Friedberg, *Corpus juris canonici*, vol. I, éd. cit., col. 293).

49. Par exemple Prov. 26, 11. Passage que l'on retrouve dans la deuxième épître de saint Pierre (2, 22). M.-C. Lault a montré l'utilisation de cette autorité puisée dans les Proverbes par les pénitentiels et la patristique pour caractériser le comportement du pécheur opiniâtre : « À la recherche de l'incorrigibilité dans les pénitentiels (VI^e-XI^e siècle) », [XIV^e Congrès international de droit canonique médiéval, Toronto, 5-12 août 2012], *Monumenta Juris Canonici*, Series C : Subsidia, Biblioteca Apostolica Vaticana, Città del Vaticano [à paraître]. Sur la dimension ambivalente et péjorative du chien, v. M. Pastoureau, *Bestiaires du Moyen Âge*, Paris, Seuil, 2011, p. 123, ainsi que M. Girard, *Les symboles dans la Bible*, Paris, Cerf, 1991, p. 800-805.

50. *Dist.* 86 c. 3 : « Faciendis proculdubio culpam habet, qui quod potest corrigere negligit emendare » (éd. E. Friedberg, *Corpus juris canonici*, vol. I, éd. cit., col. 298).

51. Ivo Carnotensis, *Decretum*, VI, 115 (éd. J.-P. Migne, PL, t. 161, col. 473).

52. Rom. 1, 32 : [Au sujet de ceux qui n'ont pas gardé la vraie connaissance de Dieu] « [...] Connaissant bien pourtant le verdict de Dieu qui déclare dignes de mort les auteurs de pareilles actions, non seulement ils les font, mais ils approuvent encore ceux qui les

seulement ceux qui agissent mais aussi ceux qui consentent⁵³. L'on sait d'ailleurs combien les collections chartraines sont l'une des principales sources du *Décret* de Gratien⁵⁴.

Bien entendu, la *Concordia* reprend aussi des textes qui vitupèrent sévèrement l'évêque qui laisse propager l'erreur et l'hérésie parmi les fidèles dont il a la charge. La *dist.* 83 c. 5 reprend ainsi un texte, que l'on trouvait auparavant dans le *De misericordia et justitia* d'Alger de Liège († 1132), selon lequel celui qui ne s'oppose pas à ce qui doit être réprimé apparaît comme y consentir⁵⁵. Et le *Décret* de Gratien ajoute que « l'on ne doit pas flatter les fautes des autres »⁵⁶. La *dist.* 83 c. 3, dont le texte se trouvait aussi chez Alger de Liège, affirme que « l'on approuve l'erreur à laquelle on ne résiste pas »⁵⁷. Mais surtout, ce texte assimile le consentement de l'évêque et son approbation à une forme de participation et de complicité : la *dist.* 83 c. 3, qui reprend une lettre attribuée au pape Éleuthère (175-189) et compilée dans le recueil pseudo-isidorien⁵⁸, affirme ainsi : « Négliger en effet de réfréner les malfaiteurs alors que tu le pourrais, n'est rien d'autre que les favoriser. Et celui qui manque d'obvier au crime manifeste, ne peut être exempt du soupçon de complicité secrète »⁵⁹. Cette même affirmation se trouve également, presque mot à mot, dans plusieurs

commettent » (Traduction française sous la direction de l'École biblique de Jérusalem, *La Bible de Jérusalem*, Paris, Cerf/Desclée de Brouwer, 1999, p. 1949).

53. *Dist.* 86 c. 3 : « Scriptum quippe est : non solum qui faciunt, sed etiam qui consentiunt, participes iudicantur » (éd. E. Friedberg, *Corpus juris canonici*, vol. I, éd. cit., col. 298).

54. F. Roumy, « Corpus juris canonici », *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 296 ; v. aussi G. Le Bras, Ch. Lefebvre, J. Rambaud, *L'âge classique 1140-1378. Sources et théorie du droit (HDIEO)*, op. cit., p. 53-64, ainsi que J. Gaudemet, *Église et cité*, op. cit., p. 391. Pour un bilan de l'apport d'Yves de Chartres au droit canonique du Moyen Âge, v. C. Rolker, *Canon Law and the Letters of Ivo of Chartres*, Cambridge, Cambridge University Press (*Cambridge Studies in Medieval Life and Thought*, 4^e série, 76) 2009 ; ainsi que J. Werckmeister, « Le premier 'canoniste' : Yves de Chartres », *RDC*, 47, 1997, p. 53-70.

55. *Dist.* 83 c. 5 (éd. E. Friedberg, *Corpus juris canonici*, vol. I, éd. cit., col. 294). Alger Leodiensis, *Liber de misericordia et justitia*, II, 5 (éd. E. Martène et U. Durand, *Thesaurus novus anecdotorum*, t. V, Paris, 1717, col. 1064-1065). Sur l'influence d'Alger de Liège, v. G. Le Bras, « Alger de Liège et Gratien », *Revue des études philosophiques et théologiques*, 20, 1931, p. 5-26.

56. *Dit.* 83 post c. 5 : « Sicut autem aliorum vitia palpare non debet » (éd. E. Friedberg, *Corpus juris canonici*, vol. I, éd. cit., col. 294).

57. *Dist.* 83 c. 3 : « Error, cui non resistitur, approbatur [...] » (éd. E. Friedberg, *Corpus juris canonici*, vol. I, éd. cit., col. 293).

58. Projekt Pseudoisidor, Teil I (www.pseudoisidor.mgh.de).

59. *Dist.* 83 c. 3 : « Negligere quippe, cum possis perturbare perversos, nichil est aliud quam fovere. Nec caret scrupulo societatis occultae, qui manifesto facinori desinit obviare » (éd. Emil Friedberg, *Corpus juris canonici*, vol. I, éd. cit., col. 293-294). Alger Leodiensis, *Liber de misericordia et justitia*, II, 5 (éd. E. Martène et U. Durand, *Thesaurus novus anecdotorum*, op. cit., t. V, col. 1064-1065).

passages de la *II^a pars* du *Décret*, par exemple dans la C. 2, q. 7, c. 55⁶⁰, qui reprend la lettre attribuée au pape Éleuthère adressée aux provinces de Gaule. Il est vrai que les textes pseudo-isidorien occupent une place non négligeable dans le *Décret*, et l'on sait leur tendance à promouvoir la hiérarchie et la discipline ecclésiastiques⁶¹. On trouve aussi cette affirmation, dans une formulation presque identique, dans la C. 23, q. 3, c. 8⁶², que l'on retrouve en partie dans la *Collectio canonum* d'Anselme de Lucques († 1086)⁶³, ainsi que dans une lettre attribuée au pape Damase et tirée du recueil pseudo-isidorien⁶⁴.

2. Dès la fin du XII^e siècle, plusieurs décrétistes assimilent certaines formes d'abstention au *consensus* conçu comme une sorte d'approbation morale. C'est le cas dans les premières sommes au *Décret* : à la *dist.* 83, la somme de Paucapalea rappelle le soupçon de complicité pour celui qui n'entrave pas la faute manifeste⁶⁵. Maître Roland, quant à lui, dans la somme au *Décret* qu'il rédige vers 1150, résume toute entière la *dist.* 83 à la situation de l'évêque qui consent à la

60. C. 2, q. 7, c. 55 : « Negligere, perversos cum possis perturbare, nichil est aliud quam fovere. Nec caret scrupulo societatis occultae qui manifesto facinori desinit obviare » (éd. E. Friedberg, *Corpus juris canonici*, vol. I, éd. cit., col. 501).

61. Sur la place qu'occupent les pseudo-isidoriens dans le *Décret* de Gratien et les tendances de ces textes, v. J. Gaudemet, *Les sources du droit canoniques*, op. cit., p. 32-34, ainsi que J. Rambaud-Buhot, « La critique des faux dans l'ancien droit canonique », *Bibliothèque de l'école des chartes* [= *BEC*] 126, 1968, p. 5-62. Pour une vue générale des recueils pseudo-isidoriens, v. H. Fuhrmann, *Einfluss und Verbreitung der pseudo-isidorischen Fälschungen*, MGH, Schriften, 3 vol., 1972-1974.

62. C. 23, q. 3, c. 8 : « Qui potest obviare et perturbare perversos, et non facit, nichil est aliud quam favere impietati eorum. Nec caret scrupulo societatis occultae qui manifesto facinori desinit obviare » (éd. E. Friedberg, *Corpus juris canonici*, vol. I, éd. cit., col. 898).

63. Anselmus Lucensis, *Collectio canonum*, Lib. XIII, 13, 18 : « Quod qui potest perturbare perversos et non facit, eorum impietati consentit » (éd. J.-P. Migne, PL, t. 149, 1853, col. 533). Sur la diffusion de la *collectio* d'Anselme de Lucques, l'on peut consulter l'ouvrage récent de A. Mitrofanov : *L'ecclésiologie d'Anselme de Lucques (1063-1086) au service de Grégoire VII. Genèse, contenu et impact de sa 'collection canonique'*, Turnhout, Brepols (Instrumenta Patristica et Mediaevalia, 69), 2015.

64. Projekt Pseudoisidor, Teil III (www.pseudoisidor.mgh.de).

65. Paucapalea, *Summa ad Dist.* 83 : « Qui autem potest obviare perversis, et non facit, fovet. Nec caret scrupulo societatis occultae qui manifesto facinori desinit obviare » (*Die Summa des Paucapalea*, éd. J.-F. Schulte, Giessen, 1890, réimpr. anast. Aalen, 1965, p. 44). L'attribution de ce texte édité par J.-F. Schulte à Paucapalea a été questionnée par J. T. Noonan dans « The true Pacapalea ? », *Proceedings of the Vth International Congress of Medieval Canon Law*, 1980, p. 157-186. L'étude de J. T. Noonan a suscité une discussion avec Rodolph Weigand dans « Paucapalea and the frühe Kanonistik », *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 150, 1981, p. 137-157. Sur cette question, v. K. Pennigton et W. P. Müller, « The Decretists : The italian school », (W. Hartmann et K. Pennigton dir.), *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234*, Washington, The Catholic university of America press, 2008, p. 128-131.

fornication et à l'erreur dans la mesure où il ne les entrave pas⁶⁶. Tel est aussi le cas de Rufin († 1190), *magister* à Bologne et évêque d'Assise, dans la somme au *Décret* qu'il compose vers 1158. Dans sa glose sur *dist.* 83, le maître bolonais opère une distinction à propos du *consensus* : « il y a deux façons dont on peut consentir : soit lorsqu'on coopère à la commission du péché en lui donnant une aide quelconque ; soit lorsqu'on néglige d'empêcher le prochain de pécher, alors qu'on le devrait »⁶⁷. Le *consensus*, dont on fait application dans la sphère juridique, n'en garde pas moins une grande dimension morale. Simon de Bisignano, dans la somme au *Décret* qu'il rédige entre 1177 et 1179, explique ainsi dans sa glose sur C. 32, q. 5, c. 3, que « [...] par notre approbation morale [= *per consensum*], nous pouvons faire nôtre le péché d'autrui »⁶⁸. Cette dimension morale, liée à la force des logiques de la morale du for interne dans la définition juridique de la culpabilité, peut se retrouver ailleurs. Marie-Clotilde Lault a par exemple récemment montré la façon dont la science juridique médiévale a utilisé les notions d'incorrigibilité et de *consuetudo peccati*, pour dessiner les contours du concept de récidive dans la culture juridique européenne⁶⁹. Par ailleurs, l'attention soutenue des canonistes pour le *consensus* a peut-être été favorisée par la place qu'occupe cette notion chez les glossateurs civilistes. Stephan Kuttner et, plus récem-

66. Magister Rolandus, *Summa ad Dist. 83* : « De episcopo, qui fornicationi consentit, et quod errori consentit, qui non resistit, cum possit » (éd. F. Thaner, *Die Summa Magistri Rolandi*, Innsbruck, 1874, réimpr. 1973, p. 10). Friedrich Thaner attribuait cette somme à Rolando Bandinelli, futur Alexandre III (1159-1181). L'historiographie actuelle tend néanmoins à s'écarter de cette opinion : v. notamment R. Weigand, « Magister Rolandus und Papst Alexander III », *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 143, 1980, p. 3-44.

67. Rufinus, *Summa decretorum*, ad *Dist. 83* : « Sciendum autem est quia duobus modis dicitur quis consentire : vel cum negligit peccato obviare, cum debeat ; vel cum cooperatur peccato defendendo aut aliquo modo auxilium dando » (éd. H. Singer, Paderborn, 1902, [Scientia Verlag, Aalen, 1963], p. 173). À propos de l'élaboration de la somme de Rufin, v. A. Gouron, « Sur les sources civilistes et la datation des sommes de Rufin et d'Étienne de Tournai », *Bulletin of medieval canon law*, 16, 1986, p. 55-70 [réimpr. dans Id., *Droit et coutume en France aux XII^e et XIII^e siècles*, Aldershot (Collected studies series 422), 1993, n^o X].

68. Simonus Bisinianensis, *Summa ad C. 32, q. 5, c. 3* : « Et nota quod rem alienam et peccatum alterius possumus nostrum facere per consensum, ut C. xxxiii. q. iii. c. i [C. 24, q. 3, c. 1] » (*Summa in Decretum*, éd. P. V. Aimone, Fribourg, 2007, p. 458). Sur Simon de Bisignano, v. notamment W. Holtzmann, « Zuden Dekretalen bei Simon von Bisignano », *Traditio*, 18, 1962, p. 450-459.

69. M.-C. Lault, *Perseure diabolicum. La recherche du concept de récidive dans la science juridique médiévale (consilia et statuts urbains italiens, XII^e-XV^e siècles)*, thèse droit, dactyl., Montpellier, 2010. M.-C. Lault a également étudié les racines de ces notions et a montré la diffusion de la notion de *consuetudo peccati* à partir des pénitentiels altimédiévaux et jusque dans le *Décret* de Gratien : « À la recherche de l'incorrigibilité dans les pénitentiels (vi^e-xi^e siècle) », [XIV^e Congrès international de droit canonique médiéval, Toronto, 5-12 août 2012], *Monumenta Juris Canonici*, Series C : Subsidia, Biblioteca Apostolica Vaticana, Città del Vaticano (à paraître).

ment, André Gouron, ont montré que les décrétistes ont précocement pris l'habitude de donner une résonance pénale à certaines notions de nature civiliste. André Gouron a par exemple relevé comment un canoniste rhénan, fortement imprégné par plusieurs écrits juridiques provençaux, a cherché à faire application aux matières criminelles de la distinction entre *ignorantia vincibilis et invincibilis*, plusieurs années après qu'en a été faite une présentation d'ensemble, que l'on doit sans doute à Rogerius⁷⁰.

À partir de la fin du XII^e siècle, la réflexion du droit canonique sur la complicité criminelle est stimulée à l'occasion d'une décrétale que prend Alexandre III afin de réprimer tous les participants au meurtre de Thomas Becket en 1170. À cette occasion, se pose la question de savoir dans quelle mesure l'abstention est susceptible de constituer une forme de participation criminelle. En plus des participants actifs, ce texte s'interroge en effet aussi sur la participation des moins actifs, et contribue à stimuler la réflexion des canonistes au sujet de l'omission coupable.

B. La prise en compte de la complicité par omission

1. La réflexion sur la complicité et la participation par omission progresse avec la décrétale *Sicut dignum*⁷¹ que prend Alexandre III (1159-1181), à la suite du meurtre de l'archevêque de Cantorbéry Thomas Becket en 1170, qui illustre dans le sang le grave conflit théologico-politique entre Henri II Plantagenêt et la papauté⁷². Le texte papal, qui est une réponse à une question de l'évêque d'Exeter sur le sort des assassins, cherche à réprimer, non seulement les auteurs directs, mais également tous ceux qui ont participé à l'homicide, quelle que soit la forme de cette participation : il s'agit principa-

70. A. Gouron, « L'apport des juristes français à l'essor du droit pénal savant », *Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts*, Köln/Weimar/Wien, 1999, p. 361-362 [réimpr. dans Id. *Pionniers du droit occidental au Moyen Âge*, (Collected studies 865), Aldershot, 2006, n° XVI] ; v. aussi P. Landau, « Der Einfluss des kanonischen Rechts auf die europäische Rechtskultur », *Europäische Rechts und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, éd. R. Schulze, Berlin, 1991, p. 53-54.

71. Comp. I^a, 5, 10, 7 = X, 5, 12, 6 (éd. E. Friedberg, *Corpus juris canonici*, vol. II, Leipzig, 1879, réimpr. Graz, 1959, col. 794-796).

72. Sur le meurtre de Thomas Becket, v. H. Vollrath, *Thomas Becket. Höfling und Heiliger* (Persönlichkeit und Geschichte, 164), Zürich, 2004. Pour les aspects bibliographiques et historiographiques, v. J. Haseldine, « Thomas Becket : martyr, Saint-and friend ? », *Belief and culture in the Middle Ages* (R. Gameson et H. Leyer dir.), Oxford, 2001, p. 305-317. M. Staunton, *The lives of Thomas Becket*, Manchester/New York, 2001. R. Foreville, *Thomas Becket dans la tradition historique et historiographique*, Variorum reprints, London, 1981.

lement de l'aide et de l'assistance ainsi que de la provocation. Le texte pose alors l'ensemble des éléments qui permettent d'approcher au plus près la culpabilité de chacun : il s'agit par exemple de l'âge, de la condition, des circonstances de lieu et de temps. La question de l'âge retient particulièrement l'attention et un autre texte papal de la même période exhorte d'ailleurs de ne pas sanctionner certaines violences dont se rendent coupables des religieux en raison de leur âge⁷³. La répression de l'ensemble des participants à l'homicide est d'ailleurs d'autant plus facilitée qu'une autre décrétale d'Alexandre III affirme que si une peine canonique n'est pas prévue pour un délit, celui-ci doit être soumis à l'arbitrage du juge⁷⁴. Toujours est-il que le texte d'Alexandre III fait reposer toutes les formes de participation à l'homicide de Thomas Becket sur la notion de *consensus*, conçu comme une sorte d'approbation morale de l'acte d'autrui. D'ailleurs, comme l'a montré Lotte Kéry dans son étude sur la culpabilité, lorsque la décrétale *Sicut dignum* est transmise par la collection *Parisiensis secunda*, elle est diffusée avec le titre : « Au sujet de la peine des meurtriers et de ceux qui ont consenti »⁷⁵.

2. C'est semble-t-il la reprise du *consensus* du *Décret* de Gratien qui permet au texte papal d'identifier l'omission comme une forme de participation. Il s'agit de ceux qui, sans porter directement de coups, étaient néanmoins présents parmi les agresseurs. Or, le texte de la décrétale prévoit expressément leur répression : ceux-là ne doivent espérer bénéficier que d'une légère mitigation de peine⁷⁶. La sanction de ces participants, qui sont pourtant restés passifs, semble intellectuellement facilitée par l'utilisation de la notion de *consensus*. Pour justifier la répression de la participation par omission, le pape explique en effet que « celui qui néglige d'empêcher l'acte fautif alors qu'il

73. X, 5, 39, 1 (éd. E. Friedberg, *Corpus juris canonici*, vol. II, éd. cit., col. 889-890) ; à ce sujet, v. E. Lusset, « Des religieux en quête de grâce : les suppliques adressées à la Pénitencerie apostolique par des clercs réguliers violents au xv^e siècle », *Médiévales*, 55, 2008, p. 116-117.

74. X, 1, 29, 4, § 1 (éd. E. Friedberg, *Corpus juris canonici*, vol. II, éd. cit., col. 158) ; c'est ce que souligne Bernard Schnapper dans « Les peines arbitraires du xiii^e au xviii^e siècle (doctrines savantes et usages français) », *ThR*, 41, 1973, p. 263 [réimpr. Paris, LGD], 1974, p. 27].

75. *Collectio parisiensis secunda*, tit. LXX : « De pena homicidarum eis que consentientium » (E. Friedberg, *Die canones Sammlungen zwischen Gratian und Bernhard von Pavia*, Leipzig, 1897, réimpr. Graz, 1958, p. 43) ; v. L. Kéry, « *Non enim homines de occultis* », *loc. cit.*, p. 322, n. 46.

76. X, 5, 12, 6, § 2 : « Et illi etiam, qui non, ut ferirent, sed, ut percussoribus opem ferrent, si forte, per aliorum violentiam impedirentur, paulo minori debent poena » (éd. E. Friedberg, *Corpus juris canonici*, vol. II, éd. cit., col. 795).

le peut, ne peut être exempt du soupçon de complicité secrète »⁷⁷. Le texte fonde ce soupçon sur l'autorité des saintes Écritures : « [...] car comme il est écrit, celui qui peut délivrer un homme de la mort, et ne le fait pas, il tue ce dernier »⁷⁸. Cette citation scripturaire est puisée dans le Livre des Proverbes, dans lequel à chacun il est ordonné de délivrer ceux que l'on conduit à la mort : « Délivre ceux qu'on envoie à la mort, ceux qu'on traîne au supplice, puisses-tu les sauver ! »⁷⁹. Or, ce raisonnement et le vocabulaire qu'il utilise semblent inspirés des principes du *Décret* de Gratien au sujet des exigences imposées aux évêques. L'argument selon lequel le comportement passif s'expose au soupçon de la complicité se trouvait en effet déjà formulé dans plusieurs textes du *Décret* qui contribuaient à assimiler la passivité de l'évêque à une forme d'approbation de la faute d'autrui (*Dist.* 83 c. 3 ; *Dist.* 86 c. 3 ; C. 2, q. 7, c. 55 ; C. 23, q. 3, c. 8). La référence scripturaire a quant à elle d'autant plus de force qu'on en trouve peut-être l'écho dans la *dist.* 86 c. 21, qui met en exergue une assertion extraite du traité *De officiis*, dans laquelle Ambroise de Milan († 397) avertit : « Nourris celui qui meurt de faim. À chaque fois en effet que tu aurais pu sauver un homme en le nourrissant, si tu ne l'as pas nourri, tu l'as tué »⁸⁰. Toujours est-il que l'utilisation de la notion de *consensus* dans *Sicut dignum* traduit un indéniable progrès en réprimant l'omission par le biais de la participation punissable. Désormais, alors que certaines formes de passivité de l'évêque avaient été assimilées à une sorte d'approbation dans la casuistique du *Décret*, l'utilisation de cette forme d'approbation morale, comme support de la participation à la faute d'autrui, permet d'englober l'omission.

77. X, 5, 12, 6, § 2 : « [...] nec caret scrupulo societatis occultae, qui, [quum possit] manifesto facinori desinit obviare » (éd. E. Friedberg, *Corpus juris canonici*, vol. II, éd. cit., col. 795).

78. X, 5, 12, 6, § 2 : « [...] quia, cum scriptum sit : qui potuit hominem liberare a morte, et non liberavit, eum occidit [Prov. 24, 11] » (éd. Emil Friedberg, *Corpus juris canonici*, vol. II, éd. cit., col. 795). Sur l'utilisation des saintes Écritures dans les sources canoniques, v. J. Gaudemet, « La Bible dans les collections canoniques », (P. Riché et G. Lobrichon dir.), *Le Moyen Âge et la Bible* (Bible de tous les temps 4), Paris, 1984, p. 359-360 ; C. Munier, « À propos des citations scripturaires du Décret de Gratien », *RDC*, 25, 1975, p. 74-84. Pour une vue d'ensemble sur la période de l'Ancien droit en matière pénale, v. J.-M. Carbasse, « L'influence de la Bible sur l'ancien droit pénal français », *L'année canonique*, 35, 1992, p. 103-114.

79. Prov. 24, 11 : « erue eos qui ducuntur ad mortem et qui trahuntur ad interitum liberare ne cesses ». Traduction française sous la direction de l'École biblique de Jérusalem, *La Bible de Jérusalem, op. cit.*, p. 1127. Cette autorité peut être rapprochée d'un extrait de Ps 81.

80. *Dist.* 86 c. 21 : « Pasce fame morientem. Quisquis enim pascendo hominem servare poteris, si non paveris, occidisti » (éd. E. Friedberg, *Corpus juris canonici*, vol. I, éd. cit., col. 302).

La glose ordinaire du *Décret* de Gratien, que compose Jean le Teutonique († ap. 1230) entre 1215 et 1217, et qui est révisée ensuite suite par Barthélémy de Brescia, illustre les progrès de la réflexion sur la complicité par omission : elle contribue en effet à diffuser au delà du XII^e siècle la notion d'approbation morale, que le *Décret* déduisait de l'inaction des évêques, et à interpréter certaines formes de passivité comme un *consensus*. Cette œuvre, rédigée en partie sous l'inspiration de la *summa* d'Huguccio († 1210) et des apparats de Laurent d'Espagne († 1248), glose ainsi un texte du *Décret*, au sujet d'un archevêque qui a laissé un presbytre être privé de sa charge ; la glose souligne à ce propos que « l'on dit consentir de trois façons, lorsque quiconque coopère, lorsqu'il ne corrige pas alors qu'il le devrait en raison de sa fonction, ou lorsqu'il protège le péché »⁸¹. Ces distinctions ne sont pas absentes des réflexions des canonistes au sujet de la pénalité du complice par omission.

II. La répression de la complicité par omission

Sans élaborer une théorie générale, les canonistes des XIII^e et XV^e siècles cherchent à déterminer la pénalité du complice par omission, en raisonnant sur plusieurs cas de figure, qui apparaissent peu à peu comme autant de catégories de complicité par omission (A). Certains de ces raisonnements laissent entrevoir la conception que se font les canonistes de la criminalité du complice (B).

A. Les catégories de complicité par omission et la pénalité du complice

1. Dans le sillage de la Réforme grégorienne, l'augmentation de l'activité législative du pape, que suscite en partie le succès du *Décret*, nécessite la composition de nouvelles collections canoniques de textes⁸². La diffusion de *Sicut dignum* à partir des années 1190 dans les

81. Johannes Teutonicus, Gl. ord. ad C. 2, q. 1, c. 10 : « Consentire dicitur quis tribus modis, ut qui ad hoc cooperatur, ut in simonia et in incestu, in raptu virginis [...], cum non corrigit qui tenetur ex officio corrigere, cum defendit peccantem vel quando sua auctoritate delinquitur » (*Decretum Gratiani emendatum et notationibus illustratum una cum glossis*, éd. Romae, 1582, col. 819-820). Sur la glose de Jean le Teutonique, v. S. Kuttner, « Johannes Teutonicus, das vierte Lateran Konzil und die *Compilatio quarta* », *Studi et Testi*, 125, 1946, p. 608-634.

82. Sur la montée en puissance du pouvoir législatif du pape, v. H. Vidal, « Le pape législateur de Grégoire VII à Grégoire IX », *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*, Montpellier, 1988, p. 261-275.

nouveaux recueils systématiques de décrétales, les *Quinque compilationes antiquae*⁸³, dont les maîtres font rapidement la glose, favorise la circulation du texte. Mais surtout, *Sicut dignum*⁸⁴ est repris lorsque le pape Grégoire IX (1227-1241) commande à Raymond de Peñafort (ca 1180-1275) de rassembler dans un recueil officiel toutes les décrétales postérieures à la *Concordia*. Ce recueil, appelé les *Décrétales de Grégoire IX* – mais aussi *Liber extra* car il rassemble les textes *en dehors* du *Décret* – est promulgué en 1234 par la bulle *Rex Pacificus*. Cette diffusion dans les collections de décrétales suscite les progrès de la réflexion sur la complicité dans la glose des décrétalistes. Le plus souvent, leur raisonnement sur la pénalité du complice ne fait pas l'économie des réflexions du *Décret* et du texte d'Alexandre III sur la passivité des complices. Dans son commentaire sur la *compilatio Ia*, qu'il met en forme dans les années 1189-1192, Bernard de Pavie († 1213) glose les dispositions de *Sicut dignum* en soulignant l'idée que celui qui peut sauver autrui de la mort, et manque de le faire, n'est pas exempt de faute⁸⁵. Les autorités qu'il allègue sont révélatrices : il allègue d'abord les textes du *Décret* qui réprouvent l'inaction de l'évêque. Il se sert cependant aussi du droit romain en alléguant en particulier un passage du Digeste, dans lequel les jurisconsultes estiment que le soldat est en faute lorsqu'il s'abstient de défendre son chef qui est sous la menace de l'ennemi. Ce passage ne manque d'ailleurs pas de retenir l'attention de Bartole, au siècle suivant, mais aussi des pénalistes italiens du xvi^e siècle, au sujet de la question de savoir s'il faut ou non réprimer celui qui s'abstient de révéler le projet d'un crime dont il a connaissance⁸⁶.

L'intégration de la décrétale d'Alexandre III dans le *Liber extra* redouble l'attention des canonistes sur le lien entre complicité et omission. Bernard de Parme († 1266), dans la glose ordinaire au *Liber extra*, dont la première version est achevée en 1241 mais qui est remaniée jusqu'en 1263, commente les dispositions d'Alexandre III de façon révélatrice. Il examine en effet les développements sur

83. Comp. I^a, 5, 10, 7 (éd. E. Friedberg, *Quinque compilationes antiquae*, Leipzig, 1882, réimpr. Graz, 1956, p. 57-58).

84. X, 5, 12, 6 (éd. E. Friedberg, *Corpus juris canonici*, vol. II, éd. cit., col. 794-796).

85. Bernardus Papiensis, *Summa Decretalium*, V, 5, 10, § 10 : « Item illud notandum, quod non est omnino liber a culpa homicidii, qui potuit aliam liberare a morte et non liberavit, ut infra eod. Sicut [...] § Illi autem et ar. Di. LXXXVI Facientis (c. 3) [Dist. 86, c. 3] et C. XXIII qu. 3 Non in inferenda (c. 7) [C. 23, q. 3, c. 7], Qui potest (c. 8) [C. 23, qu. 3, c. 8] et qu. 5 Reos (c. 7) [C. 23, q. 5, c. 7] et ar. Dig. de re milit. Omne (L. 6) § ult [Dig. 49, 16, 6] [...] » (éd. Th. Laspeyres, Regensburg, 1860, réimpr. Graz, 1956, p. 224).

86. A. Laingui, « La théorie de la complicité dans l'ancien droit pénal », *loc. cit.*, p. 31, n. 11.

l'abstention à la lumière des textes du *Décret* sur les obligations des évêques. Glosant le passage de *Sicut dignum* consacré à ceux qui étaient présents au meurtre sans porter de coups (X, 5, 12, 6, § 2), il renvoie à la *dist.* 83 c. 1 et à la *dist.* 86 c. 3 qui assimilent, au sujet de l'exercice par l'évêque de ses fonctions, le fait de ne pas agir à une approbation morale⁸⁷. Il semble alors rapprocher, à partir de ce cas d'espèce, l'abstention coupable à l'approbation morale de la faute d'autrui, dans la mesure où il confirme l'utilisation du *consensus* comme support des différentes formes de complicité et au service de la participation par omission.

Au XIII^e siècle, chez la plupart des grands décrétalistes, la notion de *consensus* persiste à servir de fondement dans leur réflexion. L'on retrouve ainsi le lien entre approbation morale et participation par abstention chez Sinibaldo Fieschi, qui devient en 1243 le pape Innocent IV († 1254)⁸⁸, et dont on connaît le rigorisme de sa doctrine pénale⁸⁹. Au sujet des développements relatifs aux compétences des juges, il affirme, comme la glose ordinaire, qu'il y a quatre catégories de *consensus* : « le fait de ne pas s'opposer à la faute, la provocation, la coopération, ainsi que l'ordre et l'approbation ultérieure »⁹⁰. Or, pour chacun de ces *consensus*, lesquels recourent en partie les formes de participation identifiées par Alexandre III, il donne une indication sur la façon dont il doit être sanctionné. Parmi ces catégories de *consensus*, deux d'entre elles correspondent à des formes de passivité : le fait de ne pas s'opposer et l'approbation. S'agissant du fait de ne pas s'opposer, dans ce cas, celui qui consent pèche moins que celui qui agit, ce qui laisse entendre qu'il doit être moins puni que s'il avait agi⁹¹. S'agissant de l'approbation de la faute d'autrui, dans ce cas,

87. Bernardus Parmensis, Gl. ord. ad X, 5, 12, 6, v^{is} *qui potuit* (*Corpus iuris canonici, Decretales cum glossis*, Romae, 1582, col. 1699). Sur l'œuvre de Bernard de Bottone, plus connu sous le nom de Bernard de Parme, v. notamment S. Kuttner, « Notes on the *Glossa ordinaria* of Bernard of Parma », *BMCL*, 11, 1981, p. 86-93.

88. Sur la carrière et l'œuvre d'Innocent IV, v. Y. Mauten, « Innocent IV », *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques, op. cit.*, p. 287-291, ainsi que A. Melloni, *Innocenzo IV, Istituto per le scienze religiose*, Bologne, 1990.

89. B. Schnapper, « Les peines arbitraires du XIII^e au XVIII^e siècle », *loc. cit.*, p. 263 [réimpr. Paris, LGD], 1974, p. 27].

90. Innocentius IV, Com. ad X, 1, 29, 1, v^o *poena* (*Commentaria super quinque libros Decretalium*, Francofurti, 1570, réimpr. anast. 1968, fol. 119rb). Bernardus Parmensis, Gl. ord. ad X, 1, 29, 1, v^{is} *pari poena* (*Corpus iuris canonici, Decretales cum glossis*, éd. cit., col. 327).

91. Innocentius IV, Com. ad X, 1, 29, 1, v^o *poena* : « Primus est consensus negligentiae, ubi minus peccat consentiens, quam faciens [...] » (*Commentaria super quinque libros Decretalium*, éd. cit., fol. 119rb). Bernardus Parmensis, Gl. ord. ad X, 1, 29, 1, v^{is} *pari poena* « [...] quadruplex est consensus, negligentiae, consilii, cooperationis, et auctoritatis seu

expliquent la glose ordinaire et Innocent IV, celui qui apporte son approbation pêche davantage et doit donc être puni plus sévèrement⁹². Comme le souligne Lotte Kéry, le vocabulaire d’Innocent IV est marqué par la notion de péché et semble parfois hésiter entre pénitence et peine. Cela s’explique peut-être par la dimension morale que revêt le *consensus* dans ces formes de complicité par omission⁹³.

L’on trouve également ces deux formes de participation passive chez Raymond de Peñafort, dont s’est fortement inspiré sur ce sujet Geoffroy de Trani († 1245) qui enseigne le droit canonique à Bologne, avant de devenir cardinal en 1244⁹⁴. L’un et l’autre exposent leur raisonnement à l’aune de situations concrètes, dont la casuistique renvoie respectivement au canon du concile de Mayence qu’avait repris le *Décret*⁹⁵ et aux dispositions de la décrétale d’Alexandre III à propos de ceux qui avaient assisté les meurtriers de Thomas Becket sans porter de coups. Raymond de Peñafort, que reprend Geoffroy de Trani, se demande si, lorsque plusieurs ont participé à une rixe et que l’un a été tué, tous ne devraient pas être jugés pour homicide : « Je réponds que du point de vue du péché, l’on peut appeler homicides tous ceux qui ont porté des coups et ceux qui sont venus avec la volonté de tuer alors qu’ils n’ont pas porté de coups »⁹⁶. Il porte le même jugement à propos de ceux qui sont également restés passifs et qui n’avaient pas la volonté de tuer : « Et de même, ceux qui n’ont pas

defensionis. In primo casu, negligentiae, minus peccat consentiens, quam. faciens, nisi forte negligentia nimis crassa fuerit, ut in praelato, ut i. q. i quicquid invisibilis [C. 1, q. 1, c. 101] et 83 dist. consentire [Dist. 83 c. 5] et nihil [Dist. 83 c. 6] » (*Corpus iuris canonici, Decretales cum glossis*, éd. cit., col. 327).

92. Innocentius IV, Com. ad X, 1, 29, 1, v^o *poena* : « Quartus est consensus autoritatis sive defensionis, ubi plus peccat consentiens quam faciens, et magis punitur, 24, q. 3 qui aliorum [C. 24, q. 3, c. 32] 11, q. 3, qui consentit [C. 11, q. 3, c. 100] » (*Commentaria super quinque libros Decretalium*, éd. cit., fol. 119rb). Bernardus Parmensis, Gl. ord. ad X, 1, 29, 1, v^{is} *patri poena* : « In quarto casu, auctoritatis sive defensionis, magis peccat consentiens defendendo, et auctoritatem praestando quam faciens, et magis puniendus est. 24 quaest. 3 qui aliorum [C. 24, q. 3, c. 32] et 11 quaest. 3 qui consentit [C. 11, q. 3, c. 100] » (*Corpus iuris canonici, Decretales cum glossis*, éd. cit., col. 327).

93. L. Kéry, « Non enim homines de occultis », *loc. cit.*, p. 328-329.

94. Sur la carrière de Geoffroy de Trani, v. Martin Bertram, « Goffredo da Trani », (M. Caravale dir.), *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. 57, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, 2001, p. 545-549.

95. C. 23, q. 8, c. 34.

96. Raimundus de Pennaforte, *Summa de poenitentia*, Liber secundus, tit. I, n^o 7 : « Respondeo : quantum ad peccatum dicuntur homicidae omnes qui percusserunt, et etiam qui voluntate occidendi venerunt, licet non percusserint » (éd. X. Ochoa et A. Diez, Romae, Universa bibliotheca iuris curante instituto iuridico claretiano, 1976, vol. 1, tomus B, col. 448-449) ; Goffredus Tranensis, *Summa super titulis Decretalium*, V, 12, n^o 9 : « Respondeo quantum ad peccatum omnes dicuntur homicid[a]e que percusserint et que voluntate occidendi venerunt licet non percusserint. » (éd. Lugduni, 1519, fol. 189ra, réimpr. anast., p. 427).

tué et n'avaient pas la volonté de le faire, mais sont venus prêter main forte aux meurtriers, en cas de besoin »⁹⁷. À leur sujet, aussi bien Raymond de Peñafort que Geoffroy de Trani reprennent le verset du Livre des Proverbes⁹⁸ et jugent que « ceux-ci, qui n'ont pas sauvé un homme de la mort alors qu'ils le pouvaient, ne sont pas exempts de faute et ne doivent donc pas être exemptés de peine »⁹⁹.

Geoffroy de Trani explique aussi que la participation au meurtre peut prendre la forme d'une approbation postérieure au crime. S'inspirant de lecture de la *Summa de paenitentia* de Raymond de Peñafort, et après avoir distingué homicide spirituel et homicide corporel, le décrétaliste explique en effet que l'homicide corporel peut avoir lieu par acte ou par parole. S'agissant de l'homicide par parole, Raymond de Peñafort et Geoffroy de Trani affirment que « le meurtre peut être commis de trois façons : le conseil, l'ordre et *defensione* »¹⁰⁰. Le comportement dont il est question ici en troisième lieu consiste à prendre la défense de l'acte après coup, c'est-à-dire approuver postérieurement le meurtre commis ou bien le ratifier. Cette distinction relative au meurtre en parole s'est d'ailleurs diffusée largement et semble constituer l'opinion commune des décrétalistes : Geoffroy de Trani affirmait qu'il la trouvait chez Raymond de Peñafort¹⁰¹, et

97. Raimundus de Pennaforte, *Summa de paenitentia*, Liber secundus, tit. I, n° 7 : « Item et illi qui nec occiderunt nec voluntatem occidendi habuerunt, sed venerunt ut praestarent auxilium, si forte violentia ipsorum repelleretur » (éd. X. Ochoa et A. Diez, éd. cit., col. 449). Goffredus Tranensis, *Summa super titulis Decretalium*, V, 12, n° 9 : « Item et illi qui non occiderunt nec voluntatem occidendi habuerunt, sed venerunt prestare auxilium occidentibus si forte is aliquod impedimentum prestaret. » (éd. cit., fol. 189ra, réimpr. anast., p. 427).

98. Prov. 24, 11. Geoffroy de Trani allègue aussi un texte du *Décret* (C. 23, q. 3, c. 7) reprenant une assertion d'Ambroise de Milan, puisée dans le Livre des offices (c. 36) qui met dans la bouche de Salomon l'ordre de sauver celui que l'on conduit à la mort.

99. Raimundus de Pennaforte, *Summa de paenitentia*, Liber secundus, tit. I, n° 7 : « Illi etiam non sunt immunes a culpa, nec debent esse immunes a poena, qui, cum possent, hominem non liberaverunt a morte » (éd. X. Ochoa et A. Diez, éd. cit., col. 448-449). Goffredus Tranensis, *Summa super titulis Decretalium*, V, 12, n° 9 : « Illi etiam non sunt immunes a culpa nec debent esse immunes a pena qui non eripiunt hominem a morte cum possint [...] » (éd. cit., fol. 189ra, réimpr. anast., p. 427).

100. Raimundus de Pennaforte, *Summa de paenitentia*, Liber secundus, tit. I, n° 3 : « Corporale, quo homo occiditur corporaliter. Et hoc committitur dupliciter, scilicet lingua vel facto. Lingua, tribus modis, scilicet praecepto, consilio, defensione » (éd. X. Ochoa et A. Diez, éd. cit., col. 442-443) ; Goffredus Tranensis, *Summa super titulis Decretalium*, V, 12, n° 1 : « Corporaliter homicidium est hominis peremptio cum homo corporaliter et hoc committitur dupliciter lingua vel facto. Lingua tribus modis precepto, consilio et defensione » (éd. cit., fol. 187rb, réimpr. anast., p. 423).

101. Goffredus Tranensis, *Summa super titulis decretalium*, V, 12, n° 2 : « Dixit Ray[mondus] enim quod homicidium lingua committitur tribus modis precepto consilio et defensione [...] » (éd. cit., fol. 211va, réimpr. anast., p. 424).

Henri de Suse (ca. 1200-1271)¹⁰², qui doit son surnom Hostiensis à sa fonction de cardinal-évêque d'Ostie, la reprend dans sa *Summa aurea* qu'il achève de composer en 1253. En parlant des différentes manières de causer le meurtre, ce dernier explique que « l'homicide est causé par acte ou parole ; par la parole, il est causé par trois moyens : le conseil, l'ordre, et l'approbation »¹⁰³.

2. Au xiv^e siècle, les décrétalistes de la fin de l'époque classique s'efforcent dans leurs commentaires de *Sicut dignum*, de résumer les critères de la répression des complices par abstention. Jean d'André († 1348), *fons et tuba juris*, dans son commentaire du *Liber extra*, rappelle la situation de ceux qui n'ont pas porté de coups mais se sont contentés d'être présents pour apporter une aide aux meurtriers en cas de besoin. Il explique d'abord que ceux qui sont ainsi restés passifs n'avaient pas la volonté de tuer¹⁰⁴. De plus, alors que la décrétale indiquait qu'ils ne pouvaient bénéficier que d'une peine légèrement moindre, cette sanction peut être laissée à l'arbitraire du juge¹⁰⁵. Ils ne sont ainsi pas exempts de faute et Jean d'André reprend la formule du Livre des proverbes – « celui qui peut libérer un homme de la mort et ne le fait pas, tue ce dernier » – qu'utilisait la décrétale d'Alexandre III. Il ajoute que cette formule doit être entendue non dans son sens littéral mais dans son sens figuré¹⁰⁶, car si le participant n'a pas tué lui-même, pèse néanmoins sur lui le soupçon de complicité. De plus, dans la glose ordinaire qu'il compose sur le *Sexte*, il cherche aussi à apprécier la culpabilité de celui qui approuve ultérieurement un crime. Jean d'André indique que pour juger une telle approbation, il faut que le crime ait été commis au nom de celui qui le ratifie postérieurement¹⁰⁷.

102. Sur Henri de Suse, cardinal-évêque d'Ostie, v. la notice de F. Roumy, *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle, op. cit.*, p. 724-726 ; et N. Didier, « Henri de Suse, évêque de Sisteron (1244-1250) », *RHD*, 81, 1955, p. 244-270 et 409-429.

103. Hostiensis, *Summa aurea*, super X, 5, 12, 6, n° 3 : « Et hoc duobus modis [...] verbo et facto. Verbo sit tribus modis, scilicet, praecepto, consilio, et defensione » (éd. Basilae, 1573, col. 1235).

104. Johannes Andreae, Com. ad X, 5, 12, 6, n° 3, v° *ferirent* : « Et sic non habuerunt animum occidendi [...] » (*In quinque Decretalium libros novella commentaria*, éd. Venetiis, 1581, fol. 58ra).

105. Johannes Andreae, Com. ad X, 5, 12, 6, n° 4, v° *multari* (*In quinque Decretalium libros novella commentaria*, éd. cit., fol. 58ra). Sur la contribution du droit canonique médiéval à l'essor des peines arbitraires dans l'Ancien droit, v. B. Schnapper, « Les peines arbitraires du XIII^e au XVIII^e siècle », *loc. cit.*, p. 263-264 [réimpr. Paris, LGDJ, 1974, p. 27-28].

106. Johannes Andreae, Com. ad X, 5, 12, 6, n° 4 (*In quinque Decretalium libros novella commentaria*, éd. cit., fol. 58ra).

107. Johannes Andreae, Gl. ord. ad VI, 5, 9, 5, v^{is} *ratum habuerit* (éd. Romae, 1582, col. 696).

Dans la seconde moitié du ^{xiv}^e siècle et au siècle suivant, les canonistes sont de plus en plus explicites dans leur tendance à faire de l'omission une véritable catégorie de participation et de complicité. Se fondant lui aussi sur la formule biblique, Antoine de Butrio († 1408) souligne que cela revient au même de tuer un homme ou de ne pas le sauver du danger de mort alors qu'on le peut ¹⁰⁸. Chez Nicolaus de Tudeschis († 1445), *Abbas modernus*, mais que l'on appelle aussi le Panormitain, et dont les commentaires sur les *Décrétales* et les *Clémentines* connaissent un grand succès aux ^{xv}^e et ^{xvi}^e siècles ¹⁰⁹, l'adhésion reste le ressort de la complicité par omission : pour preuve, selon lui, celui qui conserve les vêtements des délinquants est censé leur fournir une aide et consentir à leur faute ¹¹⁰. Antoine de Butrio semble aller encore plus loin : il estime que celui qui ne porte pas assistance à la victime du meurtre alors qu'il le peut, est présumé complice ¹¹¹. Quelques années plus tard, Panormitain formule une présomption semblable : selon lui, celui qui ne s'oppose pas à la faute, alors qu'il le peut, est présumé complice du fautif ¹¹². Cette présomption suffit-elle pour faire condamner le complice à une peine ? Rien n'est moins sûr tant ces raisonnements s'inscrivent dans la dialectique des médiévaux, qu'il s'agisse des canonistes ou des civilistes, sur la force des présomptions en lien avec la réflexion générale sur les preuves en matière pénale ¹¹³. Comme le rappelait il y a quelques années Bernard Schnapper, les grands pénalistes des derniers siècles

108. Antonius de Butrio, Com. ad X, 5, 12, 6, n° 4 : « [...] quod paria sunt, quem hominem occidere, vel posse liberare, si non liberat » (*In librum quintum Decretalium commentaria*, Venetiis, 1578, réimpr. Torino, 1967, fol. 49va).

109. Sur Nicolaus de Tudeschis, appelé le Panormitain en raison de la fonction d'archevêque qu'il a exercée à Palerme, v. les contributions réunies dans *Niccolò Tedeschi (Abbas Panormitanus) e i suoi Commentaria in decretales* (O. Condorelli dir.), Rome, 2000.

110. Panormitanus, Com. ad X, 5, 12, 6, n° 6 « Consentire delicto et auxilium prestare, censetur etiam ille, qui custodit vestes delinquentium » (*Commentaria in quartum et quintum Decretalium libros*, t. VII, Venetiis, 1617, fol. 129ra).

111. Antonius de Butrio, Com. ad X, 5, 12, 6, n° 5 : « [...] presumitur socius delicti non iuvans occisum, cum potest » (*In librum quintum Decretalium commentaria*, éd. cit., fol. 49va). Sur son œuvre et sa carrière, v. L. Prosdocimi, « Antonio de Budrio (Antonius de Butrio) » *Dizionario biografico degli Italiani*, 1961, 3, p. 540-543.

112. Panormitanus, Com. ad X, 5, 12, 6, n° 5 : « Item collige, quod non obvians delicto, cum potest, praesumitur socius deliquentis » (*Commentaria in quartum et quintum Decretalium libros*, t. VII, éd. cit., fol. 129rb).

113. À ce sujet, l'on peut consulter J.-P. Lévy, « Le problème de la preuve dans les doctes savants du Moyen Âge », *Recueil de la Société Jean Bodin*, 17, 1965, p. 137-167, ainsi que J. Gaudemet, « À propos de la preuve dans le droit canonique médiéval », *Revista española de derecho canónico*, 49, 1992, p. 225-234 ; v. aussi Id., « À propos de la preuve dans le droit canonique médiéval », *Miscellanea Domenico Maffei dicata. Historia, ius, studium*, (A. García y García, P. Weimar dir.), II, Goldbach, Keip Verlag, 1995, p. 1-10.

du Moyen Âge comme Albertus Gandinus († 1309) estimaient, en dehors des présomptions *juris et de jure*, qu'il n'était pas possible de condamner sur présomption ; du reste, même en matière d'hérésie, plusieurs canonistes importants comme Antoine de Butrio s'opposent à condamner définitivement un suspect sur présomption ¹¹⁴.

3. Les civilistes médiévaux, de leur côté, ne vont pas aussi loin que les canonistes au sujet de l'omission coupable. À partir des textes des compilations de Justinien ¹¹⁵, ils distinguent plusieurs cas de figure qui recourent les formes de complicité par omission sur lesquelles réfléchissent les canonistes. Bartole († 1357) distingue ainsi l'omission de révéler un crime qui va se commettre, le fait de ne pas s'opposer à un crime et la ratification du crime. Du reste, plusieurs des criminalistes italiens du xvi^e siècle, Julius Clarus († 1575) par exemple, puisent ces distinctions chez Bartole et traitent de ces questions sous l'angle de la complicité. Bartole ne réprouvait pas la non-dénonciation du crime mais admettait une exception importante, la lèse-majesté. Par ailleurs, s'agissant de l'omission d'empêcher un crime, l'opinion commune des docteurs que rapporte Julius Clarus, pose pour principe que « nul n'est obligé de s'opposer à la commission d'un délit, non plus que de dénoncer le malfaiteur », même s'il en a la possibilité. À partir des commentaires de Bartole, les bartolistes du début de l'Époque moderne distinguent cependant une troisième forme de complicité par omission : le consentement au crime. Cette question recouvre celle du consentement de celui qui reste passif, ainsi que la problématique de la ratification postérieure. À ce sujet, Julius Clarus distingue dans l'omission, ceux qui répugnent à agir et ceux qui consentent au crime d'autrui. De façon générale, il semble favorable à la sanction du complice lorsque son inaction trahit une forme d'approbation. Il justifie en particulier la répression de ceux qui consentent au crime d'autrui, lorsqu'ils doivent agir en raison de leur fonction. Cette approbation revêt alors une forme d'autorité ¹¹⁶. Parmi les exemples que donne Julius Clarus, il en est un qui semble directement puisé dans la doctrine canonique, car il s'agit de l'évêque qui par son inaction laisse se répandre l'hérésie dans son diocèse.

114. B. Schnapper, « Les peines arbitraires du xiii^e au xviii^e siècle », *loc. cit.*, p. 276 [réimpr. Paris, LGD], 1974, p. 40].

115. Sur la complicité en droit romain, v. L. Chevallier, « Contribution à l'étude de la complicité en droit pénal romain », *RHD*, 1953, p. 200-243 ; Th. Mommsen, *Le droit pénal romain*, t. I (traduction par J. Duquesne), Paris, Fontemoing, 1907, p. 113-119.

116. A. Laingui, « La théorie de la complicité dans l'ancien droit pénal », *loc. cit.*, p. 34-35.

Enfin, le juriste milanais accepte aussi de réprimer celui qui ratifie postérieurement un crime, dès lors qu'il a été commis en son nom ¹¹⁷.

B. La criminalité de la complicité par omission

1. À côté de la question de la fixation de la peine du complice, la question de son éventuelle irrégularité illustre l'idée que les canonistes médiévaux se font de la complicité et de sa criminalité. L'irrégularité, ce que les canonistes appellent *irregularitas*, est l'empêchement canonique d'accéder aux ordres majeurs (sous-diaconat, diaconat, sacerdoce). Une telle irrégularité frappe le clerc qui serait l'auteur de violences physiques sur un homme d'Église (*inmissio manuum*) ou qui commettrait un homicide. Au XIII^e siècle, Raymond de Peñafort explique dans sa *Summa de poenitentia* que, du point de vue de l'irrégularité, tous ceux qui ont participé à l'homicide, y compris ceux qui n'ont pas porté de coups, doivent être empêchés ¹¹⁸. Dans son étude sur la culpabilité, Lotte Kéry a souligné ce qu'il y avait de paradoxal à poser des critères pour évaluer au plus près la culpabilité de chacun, tout en écartant ces principes en matière d'irrégularité. Elle ajoutait cependant qu'il s'agissait alors, en particulier au sujet de l'homicide, de protéger la dignité du sacrement de l'ordre. Du reste, les *summae confessorum* du XIII^e siècle, par exemple le *Liber poenitentialis* de Thomas de Chabham, soulignent que le confesseur n'a aucun pouvoir sur ces irrégularités ¹¹⁹. De sorte que lorsqu'un clerc participe à un homicide, il doit solliciter une dispense afin de mettre fin à cet empêchement ou de le réinstaller dans ses fonctions ecclésiastiques ¹²⁰. Les importantes investigations menées dans les archives de la Pénitencerie apostolique ¹²¹ ont souligné qu'en matière d'homicide, lorsque la victime ou le meurtrier était engagé dans les ordres majeurs, l'on poussait les

117. *Ibid.*, p. 36-37.

118. Raimundus de Pennaforte, *Summa de poenitentia*, Liber secundus, tit. I, n° 7 : « Quantum ad irregularitas autem, dico omnes indistincte repellendos [...] » (éd. X. Ochoa et A. Diez, éd. cit., col. 449-450).

119. P. Michaud-Quantin, « À propos des premières *Summae confessorum*. Théologie et droit canonique », *Recherches de théologie ancienne et médiévale*, 26, 1959, p. 284-286.

120. J. Werckmeister, *Petit dictionnaire de droit canonique*, art. « Irrégularité (*irregularitas*) », Paris, Cerf, 2010, p. 123. Sur les conditions de l'accès au clergé et la sanction de l'irrégularité au Moyen Âge classique, v. J. Gaudemet, *Église et cité*, op. cit., p. 478 et suiv.

121. Sur l'origine et les fonctions de la Pénitencerie apostolique, v. le rappel historique détaillé que fait W. P. Müller dans « Violence et droit canonique : les enseignements de la Pénitencerie apostolique (XIII^e-XVI^e siècle) », *Revue historique*, 644, 2007, p. 771-796, v. en particulier les p. 772-777. W.P. Müller renvoie à l'ouvrage d'E. Göller qui reste incontournable sur l'histoire de la *Penitentiaría Apostolica* : *Die päpstliche Pönitentiaria von ihrem Ursprung bis zu ihrer Umgestaltung unter Pius V*, 2 t., Rome, 1907-1911.

demandeurs à adresser leurs suppliques directement à Rome devant la Pénitencerie apostolique ¹²².

2. L'analyse détaillée par Wolfgang P. Müller de plusieurs décisions de la Pénitencerie apostolique entre le XIII^e et le XVI^e siècle montre que, si les homicides commis par des prêtres sont, comme on peut s'y attendre, traités avec une grande sévérité, la même rigueur est de mise pour les clercs engagés dans les ordres majeurs qui sollicitent une dispense pour homicide. Le plus souvent, en effet, le clerc homicide se voit définitivement empêché d'exercer son ministère. Or, il faut relever que cette sévérité touche aussi bien les auteurs directs, que les participants, c'est-à-dire les complices. En effet, comme le montre Wolfgang P. Müller, outre une excuse fortement absolutoire comme par exemple la légitime défense, de telles suppliques n'étaient généralement accueillies que si on alléguait le « défaut complet de participation directe ou indirecte » ¹²³. Cette tendance marquée par les décisions de la Pénitencerie apostolique s'accorde avec la position qu'exprimait Raymond de Peñafort. Et bien que l'irrégularité ne soit pas au sens propre une peine, cette question permet de tirer des enseignements importants de la conception que se font les canonistes médiévaux de la criminalité du complice. Ainsi, si l'abstention expose le complice à une culpabilité moindre que celle de l'auteur principal, la question de l'irrégularité montre que les canonistes inscrivent la participation criminelle dans une conception unitaire de la faute : dès lors, si le complice a une culpabilité qui lui est propre, il n'a en revanche pas de criminalité distincte car il partage la même couleur criminelle avec l'auteur de l'acte principal. À l'image d'un « buvard », la tache qui imprègne le complice est le plus souvent moins dense que celle de l'auteur, mais elle est d'une couleur identique. Peu

122. Comme le rappelle W.P. Müller, ce constat peut être fait grâce aux importantes éditions réalisées depuis que le Vatican a autorisé en 1983 l'ouverture des archives de la Pénitencerie d'avant 1569. La voie a dès lors été ouverte par Ludwig Schmutge qui a dirigé le *Repertorium Poenitentiarie Germanicum*, dans lequel sont édités les actes des registres pénitentiels relatifs aux demandeurs germanophones pour la période qui va du pontificat d'Eugène IV à celui de Sixte IV, de 1431 à 1484 : *Verzeichnis der in den Supplikenregistern der Pönitentiarie vorkommenden Personen, Kirchen und Orte des Deutschen Reiches* (L. Schmutge dir.), 7 vol. Tübingen, 1996-2005. Depuis, plusieurs autres éditions ont été réalisées pour d'autres pays d'Europe et la plus récente concerne l'Angleterre : P.D. Clarke et P.N.R. Zutshi, *Supplications from England and Wales in the registers of the Apostolic Penitentiary, 1410-1503*, Canterbury and York Society, Woodbridge, Boydell & Brewer, 2013-2015, 3 vol. V. aussi, sur l'attitude de la Pénitencerie face aux demandes des clercs réguliers à la fin du Moyen Âge : E. Lusset, « Des religieux en quête de grâce : les suppliques adressées à la Pénitencerie apostolique par des clercs réguliers violents au XV^e siècle », *loc. cit.*, p. 115-134.

123. W.P. Müller, « Violence et droit canonique : les enseignements de la Pénitencerie apostolique (XIII^e-XVI^e siècle) », *loc. cit.*, p. 778-779.

importe donc que la macule du complice soit infime, en matière d'irrégularité en lien avec un homicide, elle est de la couleur criminelle du meurtrier.

Il est difficile de mesurer de façon exhaustive l'influence de la doctrine canonique médiévale sur les réflexions des civilistes de l'Époque moderne. L'on peut cependant souligner une inclination à inscrire l'abstention dans la complicité dans le *De penis temperandis* de Tiraqueau († 1558)¹²⁴, pour lequel, sur cette question, André Laingui a montré l'influence de la doctrine canonique médiévale¹²⁵. De façon générale, il semble qu'à compter du XVI^e siècle, à partir des commentaires de Bartole, s'inscrit la tendance à examiner l'omission sous l'angle de la complicité et à faire apparaître la complicité par abstention dans les typologies de complicité que formulent les juristes des derniers siècles de l'Époque moderne. Tel est le cas du grand juriste milanais Julius Clarus qui, dans son traité de droit pénal *Pratique criminelle*, qu'il publie en 1560, s'intéresse grandement à l'omission coupable. S'il est défavorable à obliger quiconque à s'opposer à la commission d'un crime, il distingue néanmoins dans l'omission, ceux qui répugnent à agir et ceux qui consentent au crime d'autrui et semble favorable à la répression de ces derniers, lorsqu'ils devaient agir en raison de leur fonction¹²⁶. Dans la seconde moitié du XVI^e siècle et à la charnière du siècle suivant, Farinacius († 1618)¹²⁷ fait lui aussi de l'abstention une catégorie à part entière de participation criminelle¹²⁸. Ce mouvement ne se dément pas par la suite. Durant le dernier siècle de l'Ancien Régime, dans son *Traité de la justice criminelle* qu'il publie en 1771, Jousse († 1781) justifie la répression de l'omission sous l'angle de la complicité¹²⁹. L'on sait du reste combien il

124. André Tiraqueau, *De penis temperandis*, cause 44 (introduction, traduction et notes A. Laingui, *Le « De penis temperandis » de Tiraqueau*, 1559, Paris Economica, 1986).

125. A. Laingui, « Le droit pénal canonique, source de l'ancien droit pénal laïc », *Églises et pouvoir politique*, *loc. cit.*, p. 221-222.

126. A. Laingui, « La théorie de la complicité dans l'ancien droit pénal », *loc. cit.*, p. 34-35.

127. Par exemple, la lecture que fait Jousse de Farinacius au sujet de la récidive a été examinée par B. Durand : « Jousse, la récidive et Farinacius », (C. Leveux-Teixeira dir.), *Daniel Jousse. Un juriste au temps des Lumières (1704-1781)*, *CLAJ*, n° 16, Limoges, Pulim, 2007 p. 101-113.

128. Farinacius, qu. 51, n° 3.

129. Jousse, *Traité de la justice criminelle*, Paris, 1771, t. I, p. 32 et suiv. ; à ce sujet, v. A. Laingui, *La responsabilité pénale dans l'Ancien droit*, *op. cit.*, p. 113, n. 26. Sur Jousse, v. les contributions réunies par C. Leveux-Teixeira dans *Daniel Jousse. Un juriste au temps des Lumières (1704-1781)*, *CLAJ*, n° 16, Limoges, Pulim, 2007 ; v. aussi la notice que A. Astaing a consacrée à Jousse dans le *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, p. 433. Sur la doctrine pénale française de l'Ancien droit, v. B. Durand, « Intuitions, tentations et

puise de façon privilégiée dans les auteurs italiens du xvi^e siècle. L'on constate que plusieurs grands juristes des derniers siècles de l'Ancien droit, quand bien même ils n'en recherchent pas la répression, abordent l'abstention coupable sous l'angle de la complicité, en la fondant sur l'adhésion morale au crime d'autrui. Le grand criminaliste de la fin de l'Ancien Régime, Muyart de Vouglans († 1791), par exemple, explique qu'en matière de crime, si la ratification postérieure est par nature moins grave, elle peut néanmoins prendre une dimension criminelle en raison de ses circonstances, en particulier la connivence, et soumettre celui qui approuve à la torture et à une peine¹³⁰. Mais surtout, il estime que « l'approbation tacite » est susceptible d'être une forme de complicité. Peut ainsi être complice celui qui, ayant connaissance d'un crime, n'empêche pas sa commission alors qu'il le pouvait ; c'est en particulier le cas en matière de lèse-majesté, mais également lorsque la personne devait s'opposer au crime en raison de sa fonction¹³¹.

Nicolas KERMABON
Maître de conférences en histoire du droit,
Université du Maine (EA 4333)

raisons de la doctrine pénale française d'Ancien Régime », (S. Dauchy dir.), *Auctoritates. Xenia R. C. Van Caenegem oblata*, Bruxelles, 1997, p. 186-208.

130. A. Laingui, « La théorie de la complicité dans l'ancien droit pénal », *loc. cit.*, p. 37 ; v. Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, chap. II (éd. Paris, chez Le Breton, 1757, p. 17).

131. Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, chap. II : « Dans le nombre des approbations tacites, l'on peut ranger [...] ces formes de crimes qui se commettent *in omittendo* ; c'est-à-dire, en n'empêchant point le crime lorsqu'on le peut. [...] celui qui a pu empêcher le crime qu'il sçavait, et ne l'a pas fait, en devient le complice [...]. 1^o. Lorsqu'il s'agit d'un crime atroce, tel que celui de lèse-majesté [...]. 2^o. Lorsque les personnes qui n'empêchent point le crime étaient tenues de le faire par les devoirs de leur état [...] » (éd. Paris, chez Le Breton, 1757, p. 18) ; v. aussi Id., *Loix criminelles*, Paris, chez Merigot, 1780, Livre 1, Titre 2, § 5, p. 9-10. V. la notice qu'A. Laingui a consacrée à Muyart de Vouglans dans le *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, p. 585-586, ainsi que Id., « Pierre-François Muyart de Vouglans ou l'anti-Beccaria (1713-1791) », *Archives de philosophie du droit*, 39, 1995, p. 169-179.

