

LA COMMISSION PAR OMISSION COMME PROBLÈME DOGMATIQUE*

María Ángeles Cuadrado Ruiz*

I. Introduction

1. Le fondement et la délimitation des délits de « commission par omission » ont, depuis toujours, été flous. Au début du 20^{ème} siècle, notamment pendant les années 20 et 30, apparaît un intérêt grandissant pour le thème. C'est alors que l'on commence, principalement en Allemagne, à traiter de manière détaillée ces délits¹ qui représentent la forme la plus problématique des délits d'omission², et qui, malgré tout, sont devenus une forme générale d'incrimination.³

2. La commission par omission se présente comme un type d'omission pénale dérivée de l'existence d'une base fonctionnelle spécifique, et, par conséquent, réalisable seulement par une certaine catégorie d'individus. Il s'agit, de plus, d'omissions graves, étant donné qu'il faut démontrer leur *équivalence* avec des faits constitutifs d'un acte positif, ce qui a pour conséquence l'assimilation du résultat non évité à la non-réalisation de l'acte exigé par le Code. Un des principaux problèmes de ces délits résulte précisément du fait que l'équivalence avec le comportement actif n'est pas expressément décrite dans le Code, équivalence qu'il faut établir dans le cadre de normes restrictives qui décrivent un acte positif, qui ne concernent, à première vue, que les comportements actifs⁴.

3. Le problème a été revu ces dernières années par les apports récents de la doctrine et la jurisprudence allemandes, qui présentent de nouveaux éléments. Je me réfère, pour les délits d'omission, au normativisme de Jakobs⁵ et de Frisch⁶, amplement développé par Freund⁷ (disciple de Frisch) et par le pragmatisme de la jurisprudence, qui culmine dans la décision allemande des

* Traduction de Angéline Hadman, étudiante à l'Université de Poitiers.

* Professeure à l'Université de Grenade (Espagne).

¹ ALDOSSER, C., *Inwieferne können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden?*, 1882; LANDSBERG, *Die sogenannten Commissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht*, 1890; MERKEL, P., *Begehung durch Unterlassung*, 1895; TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, 1913 (Festgabe für Enneccerus); v. HIPPEL, *Unterlassungsdelikte und Strafrechtskommission*, in ZStW 36 (1915), p. 501 et suiv; SCHWARZ, W., *Die Kausalität bei den Sog. Begehungsdelikten durch Unterlassung*, 1929; SAUER, W., *Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung*, (Festgabe für v. Frank), 1930; KANTOROWICZ, M., *Unechtes Unterlassungs- und unbewusstes Fahrlässigkeitsdelikt*, 1931; MAYER, U., *Die besonderen Tatbestandsmerkmale der unechten Unterlassungsdelikte*, 1934; SCHAFFESTEIN, F., *Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts*, in Festschrift für Gleispach, 1936; NAGLER, J., *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, in GerS 111 (1938).

² SCHÜNEMANN, B., *Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen*, in ZStW 96 (1984), p. 299; FREUND, G., *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, Carl Heymanns Verlag KG Cologne, Berlin, Bonn, Munich, 1992, p. 1.

³ La doctrine espagnole tout comme la doctrine allemande en traite de manière générale dans ses manuels de Droit Pénal Général. Voir MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN, *Derecho Penal Parte General (DP PG)*, 2^{ème} éd., p. 256 et s. ; 3^{ème} éd., Valence, 1998, p. 272 et s. ; MIR PUIG, *DP PG*, 4^{ème} éd., p. 305 et s. ; QUINTERO OLIVARES et a., *DP PG*, Barcelone, 1996, p. 307 et s. ; QUINTERO OLIVARES et a., *Comentarios al nuevo Código penal*, éd. Aranzadi, 1996, p. 85 et suiv. ; LUZON CUESTA, J. M^a, *DP PG*, 1996, p. 205 et s.; VIVES ANTON et a., *Comentarios al Código penal de 1995*, I, éd. Tirant lo Blanch, Valence 1996, p. 83 et s.; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTON, *DP PG*, 4^{ème} éd. 1996, p. 353 et s.; BUSTOS RAMIREZ, J. *DP PG*, 1989, p. 242-243. En Italie, voir FIANDACA/ MUSCO, *DP PG*, 1989, p. 428. Ce n'est pas le cas en France, où les délits de commission par omission sont à peine traités. On utilise, dans la plupart des cas, la formule de l'omission du devoir de secours (non-assistance à personne en danger).

⁴ SILVA SANCHEZ, J. M^a, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, éd. Bosch, 1986, p. 349.

⁵ JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 2^{ème} éd. 1991, p. 34 et s., 164 et s., 188.

⁶ Voir FRISCH, W., *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988.

⁷ FREUND, G., *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992.

pulvérisateurs pour articles en peau⁸, parallèle par certains aspects au cas espagnol de l'huile de colza⁹.

II. Omission, commission et commission par omission

1. Le droit pénal ne peut jouer son rôle de protecteur des valeurs sociales en n'imposant que des normes restrictives¹⁰ (l'infraction est réalisée lorsque un individu fait ce qui est interdit¹¹). Il comprend aussi, dans une moindre mesure, des normes impératives¹² qui exigent une action, établissant ainsi une dynamique. L'omission de cette action peut produire des résultats socialement néfastes¹³ pour ces mêmes valeurs sociales.

2. La transgression de la norme restrictive donne lieu aux délits de commission, tandis que la violation de la norme impérative (ou prescriptive) constitue une omission. L'obéissance à la norme restrictive se fait à travers l'omission de l'action interdite, et à la norme impérative à travers l'exécution de l'action ordonnée¹⁴. Cependant, la distinction entre le « faire » et l' « omettre » n'est pas toujours facile, puisque très souvent elle dépendra de la formulation utilisée. C'est pourquoi il faut toujours tenir compte de la description utilisée dans le Code¹⁵. En définitive, on pourrait dire que cette distinction coïncide avec la différence importante entre causalité (action) et non causalité (omission) du comportement¹⁶.

3. Cependant, certains résultats illicites peuvent provenir, dans certains cas, aussi bien d'une action que d'une omission. Dans ce cas, agir et omettre sont expressément équivalents. Cette équivalence peut être spécifiquement mentionnée par la Partie Spéciale du Code Pénal à travers une conduite alternative, ou bien déterminée par la transformation qui complète un article de la Partie Générale, selon lequel les délits de commission peuvent être complétés par une omission, quand le Code prévoit un résultat compris dans l'incrimination¹⁷. C'est la fonction de l'article 11 du Code Pénal, auquel nous reviendrons plus tard.

4. En ce qui concerne le délit de commission par omission, le résultat est décrit dans une norme restrictive qui ne mentionne pas expressément l'abstention de l'action¹⁸. La loi ne prévoit que le résultat de la commission d'un délit, c'est pourquoi il est nécessaire, au préalable, de compléter l'incrimination légale par une clause ou un principe général. Le délit de commission par omission comme obligation d'agir, doit être fondé à la fois par la loi et par la doctrine, dans chaque cas concret pour déterminer quand tel ou tel résultat prévu par le Code sera considéré *commis par omission*. L'ordre non respecté devra être complété, car l'omission d'une action n'est illicite que lorsque cette action est prévue par la norme restrictive¹⁹. L'individu devra impérativement effectuer une action positive, destinée à neutraliser

⁸ BGH du 06/07/1990, BGHSt 37, 106. Voir traduction (en espagnol) de celle-ci dans CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, 1998, p. 28-31.

⁹ Arrêt de la Cour Suprême (STS) du 23/04/1992 (A. 6783).

¹⁰ TORIO LOPEZ, A., *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, in Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), 1984, p. 694.

¹¹ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos impropios de omisión*, 1970, p. 19 et s.; *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Vienne, 1982, commentaire du paragraphe 2 du ÖStGB autrichien, p. 27.

¹² Bien que, comme le reprend RODRIGUEZ MOURULLO, G., dans *La omisión de socorro en el Código Penal*, p. 5, une certaine partie de la doctrine estime qu'imposer une action équivaut à interdire toute activité inconciliable avec l'action imposée, et que par conséquent, toute norme impérative serait en même temps une interdiction, les deux situations ne coïncident pas forcément.

¹³ MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del Delito*, 2^{ème} éd. Tirant lo Blanch, Valence, 1989, p. 40 ; MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN, *DP PG*, 2^{ème} éd., p. 251 et s. ; 3^{ème} éd., p. 265 et s. ; SILVA SANCHEZ, J. M^a, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 323 ; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos impropios de omisión*, 1970, p. 19 et s.

¹⁴ JAKOBS, G., *DP PG*, 28/3.

¹⁵ MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN, *DP PG*, 2^{ème} éd., p. 250 et s. ; 3^{ème} éd., p. 266.

¹⁶ ROXIN, C., *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in ZStW, 74, p. 415 et s. ; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum StGB*, 1992, marg. 7, paragraphe 13 ; JAKOBS, G., *DP PG*, 28/3.

¹⁷ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/2.

¹⁸ MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN, *DP PG*, 2^{ème} éd., p. 251 et s. ; 3^{ème} éd., p. 270.

¹⁹ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/3.

le danger, et, par conséquent, à éviter une quelconque atteinte aux valeurs sociales²⁰. L'omission comprise dans la commission par omission n'existe pas par elle-même, mais seulement par référence à une action déterminée qui ne s'est pas réalisée²¹.

5. On considère donc l'omission comme la non-réalisation d'une action²² quand il existe la possibilité concrète de l'accomplir²³. Celui qui n'agit pas et ne saisit pas l'opportunité qu'il a d'intervenir, « omet » quelque chose. Cependant, « omettre » ne signifie pas « ne rien faire » passivement, mais ne pas effectuer une certaine activité exigée par le droit²⁴, ou tenir une conduite différente de celle attendue ou prévue²⁵. En agissant, l'individu actif garantit que le processus causal dangereux pour les valeurs sociales, pour la vie, la santé, etc., d'autrui, a été surmonté. Cet individu est prédisposé à maîtriser la situation matérielle qui comporterait la production du résultat. Pour cela, la considération de l'action attendue comme moyen d'amointrissement du danger et comme moyen pour éviter l'atteinte aux valeurs sociales, met clairement en avant la perspective téléologique de la commission par omission : la protection des valeurs sociales²⁶. En d'autres termes, les nouveaux champs de criminalisation du droit pénal moderne (responsabilité pénale du fait des produits défectueux, délits écologiques et économiques) se caractérisent parce que la menace pénale tend à renforcer l'accomplissement des normes (qu'elles soient administratives, civiles, commerciales, internationales...) qui imposent des obligations de faire et de ne pas faire²⁷, qui, si elles ne sont pas respectées, peuvent occasionner la responsabilité en commission par omission. Il s'agit donc d'établir les limites de la commission par omission par rapport aux délits de commission, d'une part, et par rapport à la pure omission, d'autre part.

a) *Parallélisme avec les délits de commission*

1. En proposant la possibilité de la commission par omission comme forme parallèle au délit de commission, le premier problème qui est apparu fut celui de la relation de causalité dans la commission par omission. La science pénale, dans son empressement à trouver le *quid* causal du résultat illicite, prétendit construire le délit de commission par omission sur le même modèle que le délit de commission²⁸.

2. Les théories causales traditionnelles²⁹ ne pouvaient s'appliquer sur ce terrain sans gros inconvénients. Devant une telle situation d'échec, on a essayé d'apporter des solutions plus convaincantes : en substituant l'utilisation de la causalité objective par une simple causalité hypothétique pour les délits de commission par omission, l'affirmation que « si l'auteur s'était comporté de manière correcte, il aurait eu la possibilité effective d'éviter le résultat » suffisant alors³⁰. Cependant, penser que le résultat aurait ou non eu lieu en fonction de l'intervention ou non de l'individu, signifie

²⁰ TORIO LOPEZ, A., *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, in ADPCP, 1984, p. 694 et 695.

²¹ MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN, *DP PG*, 2ème éd., p. 256 et s.; 3ème éd., p. 266.

²² Le fait de ne pas réaliser l'action n'a pas d'importance seulement en droit pénal, elle constitue aussi une référence indispensable pour déterminer le contenu de conduites positives et neutres moralement. Dans ce sens, GIMBERNAT ORDEIG, *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*, ADPCP, 1987, p. 606.

²³ KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, p. 27 et s.; WELZEL, H., *Derecho Penal alemán*, p. 277, seule l'action qui est subordonnée à la maîtrise de l'acte par une personne peut être omise.

²⁴ WESSELS, J., *Derecho Penal, Parte General. Parte Cuarta: los delitos de omisión*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 209 et 213; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Sobre los conceptos de omisión...* p. 583; RODRIGUEZ MOURULLO, G., dans *La omisión de socorro...* p. 5, entend l'omission comme le fait de « ne pas exécuter l'action imposée ».

²⁵ MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN, *DP PG*, 2ème éd., p. 251 et s.; 3ème éd., p. 267 ; MIR PUIG, S., *DP PG*, 4ème éd., p. 305 et s.

²⁶ TORIO LOPEZ, A., *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, dans ADPCP, 1984, p. 694 et 695.

²⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal*, éd. Akal/lure. Madrid, 1991, p. 200; du même auteur, *Delitos impropios de omisión*, 1970, p. 40 et s.

²⁸ TORIO LOPEZ, A., *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, dans ADPCP, 1984, p. 694; Cf. JESCHECK, H. H., *Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht*, dans *ZStW* 77 (1965), p. 114.

²⁹ Vid. de manière extensive MIR PUIG, S., *DP PG*, 3ème éd., p. 227-250.

³⁰ MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN, *DP PG*, 2ème éd., p. 258 et s. ; 3ème éd., p. 273 et s.

entrer dans un champ d'incertitudes et d'abstractions inappropriées au moment de qualifier de « juridiquement adéquat » un comportement. Face à cette situation, la doctrine a choisi de résoudre le problème causal par *analogie*: comme les situations de commission par omission étaient des incriminations spécifiques non écrites, étrangères à l'incrimination légalement prévue qui n'exprimait que l'illégalité de l'action positive, la violation par l'individu responsable de l'obligation d'éviter le résultat illicite n'apparaissait pas non plus dans l'incrimination codifiée, ce qui entraînait une simple équivalence quant à la peine encourue avec la peine correspondant aux conduites actives. Mais cette solution présentait l'inconvénient d'employer l'*analogie in malam partem* (analogie négative pour l'individu)³¹. C'est pour cette raison que Von Liszt démontra que la causalité, la « capacité causale » de l'omission ne devait pas nécessairement constituer la question fondamentale, et qu'il fallait les considérer indépendamment l'une de l'autre³².

3. Tout cela a supposé une diminution progressive de l'importance du moment causal, laissant la place à des éléments normatifs et de valeur, pour aboutir sur le concept actuel de commission par omission. Ces critères doivent se développer dans le cadre législatif, c'est-à-dire dans l'incrimination pénale. La crise de la causalité n'est pas, bien entendu, exclusive au champ de la commission par omission. La vieille idée que la relation de cause à effet équivaut à la prévision des délits par le droit subit, dans la doctrine actuelle, d'importantes limites : on parle, au contraire, d'un appauvrissement du plan des faits (descriptif) et d'une intensification du plan normatif du délit. La Philosophie de la Science moderne ne voit plus dans la causalité une production linéaire, effective et de résultat, mais plutôt une corrélation de probabilité. Cette crise de la causalité, visible dans la formule traditionnelle de la *conditio sine qua non*, permet à la fois d'observer que le fondement de la responsabilité pénale, dans le délit de commission par omission mais aussi dans l'action, s'appuie plus sur les valeurs que sur la relation causale, et c'est pourquoi le concept d'imputation objective est aujourd'hui devenu le noyau central de la prévision des délits par le droit³³.

4. Par conséquent, ce que nous pouvons nous demander est si l'omission effectuée par celui qui est obligé d'éviter le résultat correspond à la réalisation de l'incrimination légale à travers une action positive. Il semble indiscutable qu'aucune omission ne peut enfreindre le contenu d'une norme restrictive³⁴. L'omission viole une norme, qui, indépendamment de sa formulation concrète, exprime un « contenu prescriptif d'ordre »³⁵.

5. Un autre problème important est de savoir s'il existe un concept commun aux actions et aux omissions³⁶.

Déjà en 1904, Radbruch³⁷ niait la possibilité d'assimiler l'action (basée sur les notions de volonté, causalité et fait) et l'omission (basée sur l'absence de ces éléments) : Un concept A et son contraire B ne peuvent cohabiter sous un même concept supérieur. Mais cette objection n'a de sens que dans un système causaliste (auquel appartenait cet auteur), qui identifie l'action avec l'activité. De ce point de vue, il est évident qu'activité (action) et passivité (inactivité, et donc inaction) sont opposées.

Cependant, pour la doctrine finaliste, l'unité des concepts d'activité et de passivité dans la volonté finale poursuivie par le sujet est possible. Armin Kaufmann³⁸ est celui qui a le plus approfondi l'étude de

³¹ Cf. SILVA SANCHEZ, J. M^a, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código Penal*, p. 2

³² Cf. QUINTERO OLIVARES, G., *DP PG*, 2^{ème} éd., rééd., p. 360-361.

³³ TORIO LOPEZ, A., *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, p. 696-697.

³⁴ SCHÖNE, W., *Sobre la posición del resultado en los delitos cuasidolosos de omisión*, in CPC, 1, 1977, p.63: «le droit peut seulement exiger l'action qui tend à éviter le résultat, non l'empêchement de celui-ci ».

³⁵ SILVA SANCHEZ, J. M^a, *El delito de omisión*, p. 321.

³⁶ Vid. de manière extensive HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, p. 282 et s.; du même auteur, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valence, 1997, p. 31 et s.

³⁷ RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, réimp. 1967, p. 132 et s.; p. 140 et s.

³⁸ KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 260 et 272 ; du même auteur, *Methodische Probleme der*

l'omission dans le domaine finaliste. Sous le concept de comportement, cet auteur englobe autant l'omission que l'action comprises dans la capacité d'utilisation finaliste de la volonté. Dans les délits de commission une telle capacité serait exercée (action délictuelle) tandis que dans les délits d'omission le fait que cette capacité n'a pas été exercée fonderait en plus du devoir de garantie, l'imputation du résultat non évité, l'auteur ayant l'obligation d'éviter le résultat. Dans les deux cas il s'agit d'une action finale. Ce concept est valable pour les comportements dolosifs. Cependant, Kaufmann fait l'erreur de ne pas considérer que la finalité n'est pas la seule interprétation envisageable, et c'est pourquoi il est donc difficile de son point de vue de regrouper dans un seul concept l'activité et l'omission dolosive et coupable.

Sans sortir de la doctrine finaliste, on peut admettre sans difficulté que le concept de conduite humaine fondée sur la volonté finale, est aussi unitaire du point de vue de l'intention et de l'imprudence. C'est ce que prétendait Welzel quand il inclut dans le concept supérieur de la finalité le dol et l'imprudence, faisant de ce concept le centre de l'élément subjectif de l'action. Ainsi, dol et imprudence sont les deux sous-catégories de la volonté humaine, pour lesquelles le sujet répondra pénalement de son influence sur son environnement, que ce soit au travers d'une action ou d'une omission.

Pour les auteurs comme Kaufmann³⁹ il faudrait cependant abandonner le plan dogmatique et prendre en compte des considérations axiologiques et évaluatives pour englober sous un même concept l'interdiction de porter atteinte à la valeur sociale et l'ordre de la protéger. Sa thèse part d'un type de commission qui punit l'atteinte ou la mise en danger d'une valeur sociale, mais dans ce type de commission par omission il doit nécessairement exister un ordre d'éviter le résultat, et dont la violation équivaut, au moins approximativement au délit de commission⁴⁰.

Les tentatives de Maurach⁴¹ tendirent également à créer un concept unitaire de conduite humaine « régie par la volonté d'atteindre un résultat déterminé », et qui comprendrait le « faire corporel » tout comme le « ne pas faire », concernant le dol tout comme l'imprudence.

A la fin des années 70 et au début des années 80, les thèses de Herzberg et Jakobs conclurent à l'assimilation totale de la commission active et de la commission par omission.

Le point de départ de la thèse de Herzberg⁴² est surprenant : il considère l'omission comme un « prototype » du fait délictuel, et, à partir de là, s'efforce de prouver la présence des éléments du délit d'omission dans l'acte positif (le non-empêchement d'un résultat et l'existence d'un devoir de garantir). Il tente de chercher un « supraconcept » qui serait le dénominateur commun de l'action et de l'omission. Il prétend ainsi résoudre le problème de l'assimilation action/omission quant à leur qualité à être sanctionnées, c'est-à-dire le fondement d'une sanction pénale dans les cas de délits purs de résultat en établissant leur équivalence avec un délit actif. Le concept de Herzberg est un concept normatif, juridique et pénal, construit à partir de la loi, et s'appuie sur *l'existence indiscutée* des délits de commission par omission. Il s'agit de prouver que de simples omissions de la part d'individus ayant un devoir de garantir peuvent être assimilées à des délits purs de résultat. Les critiques contre la théorie de Herzberg proviennent, précisément, du transfert qu'il fait de la dogmatique de l'omission aux délits actifs. En effet, la doctrine de l'omission s'est développée dans l'ombre des délits de commission, et ne reçoit son fondement qu'à partir de ceux-ci⁴³. Dans sa tentative pour rendre fonctionnels⁴⁴ et doter d'un

Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, in JUS, 1961, p. 174-176.

³⁹ KAUFMANN, A. *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, in JUS, 1961, p. 174-176 ; du même auteur, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 260 et 272.

⁴⁰ Vid. SILVA SANCHEZ, J. M^a, *El delito de omisión*, p. 362-363.

⁴¹ MAURACH, R., *DP PG*, p. 182 et s.

⁴² HERZBERG, R. D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, p. 172 et s.

⁴³ BRAMMSEN, J., *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlin, 1986, p. 108 ; FREUND, G., *Erfolgdelikt und Unterlassen*, p. 148.

⁴⁴ La nouveauté apportée par le courant doctrinal appelé « fonctionnaliste » ou « téléologique » se trouve dans la volonté de rationaliser les aspects téléologiques et axiologiques dans la composition du système. Il s'agit d'aménager un système ouvert, tout en analysant en même temps quelles sont les valeurs de référence dans chaque catégorie, quels objectifs ont

contenu normatif les concepts juridico-pénaux, Jakobs a, dans un premier temps, relativisé l'opposition entre les délits de commission et les délits d'omission, bien que plus tard il ait défendu une différenciation descriptive entre l'action et l'omission pour finalement créer un concept fonctionnel d'action intégrant l'action au sens traditionnel, et l'omission, formulant ainsi une théorie unitaire de la position du garant, aussi bien pour les délits de commission que pour les délits d'omission : « non seulement l'auteur de l'omission, mais aussi celui de la commission est garant s'il a à répondre d'une infraction matérielle découlant d'une commission »⁴⁵. Jakobs entend que la commission par omission et la commission ont une valeur « normativement » égale, même si elles sont différentes ontologiquement. Une telle conception coïnciderait avec le concept négatif de l'action de Herzberg⁴⁶ (dans les délits actifs, la possibilité d'empêcher le résultat signifie que l'auteur n'a pas évité de produire le résultat, c'est-à-dire qu'il l'a produit, puisque la double négation est affirmation). Pour Jakobs, l'assimilation de l'omission avec un comportement actif, dans la commission par omission, est possible pour chaque incrimination de la Partie Spéciale du Code, à travers un comportement alternatif⁴⁷ qui complète et modifie la clause de la Partie Générale.

Dans la doctrine espagnole, il faut souligner l'idée de Mir Puig⁴⁸, qui, sans prétendre créer un concept supérieur qui comprendrait actions et omissions, soutient que la base ontologique de l'omission consiste en un comportement actif : la conduite que l'auteur tient effectivement (incluant la simple passivité) au lieu de la conduite attendue ou prévue juridiquement.

Silva Sanchez⁴⁹ considère que les notions d'action et d'omission ne s'opposent pas, mais qu'elles se situent à des niveaux systématiques différents. De son point de vue, il n'y a, sur le plan de l'être, que des processus causaux, certains étant interprétables et se dénommant actions. Ils ne peuvent être déterminés comme commission ou omission uniquement à partir d'un système normatif. C'est ce qui se

une incidence sur l'attribution d'un contenu à chaque concept, quelles valeurs résolvent les conflits entre les objectifs etc. Tout cela s'ajoute à l'ambition de modifier le contenu réel de chaque catégorie en fonction des changements de valeur ou des variations dans la relation existant entre les objectifs du droit pénal et ceux de la théorie du délit. Il faut distinguer au minimum deux courants fonctionnalistes : un courant modéré représenté par ROXIN (*Kriminalpolitik und Strafrecht*, 1ère éd., 1970, *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, 1972, Trad. de MUÑOZ CONDE), qui considère qu'une orientation du système vers les estimations de la Politique Criminelle est nécessaire pour l'application du Droit Pénal dans la société actuelle, ce qui représente un « système ouvert » (p. 33 et s.), qui oblige à une vaste réglementation des concepts ; un autre courant radical représenté par JAKOBS (*Derecho Penal. Parte General*, 1995, Trad. de CUELLO CONTRERAS et SERRANO GONZALEZ DE MURILLO) pour qui la dépendance entre Droit pénal et Politique Criminelle n'est pas unilatérale. Précisément, le lien entre le concept de culpabilité et la théorie des objectifs de la peine (prévention générale positive) peut servir de preuve de cette réciprocité. Pour JAKOBS, si l'on part de la fonction du Droit Pénal, et non des structures, qui font partie de la doctrine pénale, cela conduit à une (re)réglementation des concepts ; non seulement des concepts de culpabilité et d'action, auxquels la doctrine a toujours accordé une structure logique, objective et préjuridique, mais également du concept de sujet imputé qui est également considéré comme un concept fonctionnel. Dans cette conception, *un sujet n'est pas celui qui peut occasionner ou éviter un événement, mais celui qui peut être responsable de cet événement*. Les concepts de causalité, pouvoir, capacité, culpabilité, etc., perdent également leur contenu préjuridique et se transforment en concepts qui désignent des degrés de responsabilité ou de compétence. Il s'agit, en (re)réglementant, d'orienter les efforts vers un droit pénal au sein d'une société de structures donnée, sans renoncer, bien entendu, à formuler des ambitions face à la réalité (Prologue à la 1^{ère} éd., p. IX-X) Cf plus amplement SILVA SANCHEZ, J. M^a, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 67 et s.

* N. d. T : Il existe, en droit pénal espagnol, 4 éléments permettant de définir une infraction : la *tipicidad* (le fait que l'action est prévue par le droit), l' *antijuridicidad* (le fait qu'elle est contraire au droit), la *punibilidad* (le fait qu'elle est passible de sanction), la *penalidad* (le fait qu'on peut lui faire correspondre une peine).

⁴⁵ JAKOBS, *DP PG*, 2ème éd., 1991, 6/20, 7/58 définit l'action comme une production individuelle du résultat pouvant être évitée, tandis qu'il considère l'omission comme le non-empêchement pouvant être évité du résultat. S'il existe une responsabilité pour la commission d'une infraction matérielle, l'auteur de l'omission ainsi que l'auteur du fait commis doivent être garants.

⁴⁶ HERZBERG, R.-D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, p. 172 et s.

⁴⁷ JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 28/10.

⁴⁸ MIR PUIG, S., *DP PG*, 4ème éd., p. 305 et s.

⁴⁹ SILVA SANCHEZ, J. M^a, *El delito de omisión. Concepto y sistema.*, p. 134 et s., 163-278; du même auteur, "Comisión" y "omisión". *Criterios de distinción*, in Cuadernos de Derecho judicial, Madrid 1994, p. 11 et s.

se passe lorsque le droit pénal étudie une action. La distinction entre la commission et l'omission s'effectue normativement; c'est-à-dire que pour déterminer si nous nous trouvons devant une commission ou une omission, il faut décider si la norme exprime une action portant préjudice aux valeurs sociales ou une absence d'intervention dans le but de protéger celles-ci. La commission par omission est commission et est omission, et requiert pour cela une assimilation structurelle et matérielle sur le plan normatif avec la commission active. Le comportement actif et la commission par omission seraient passibles de la même peine (sauf pour ceux qui estiment, comme c'est le cas dans le système juridique allemand, que la commission par omission requiert une atténuation – facultative –).

Pour Muñoz Conde⁵⁰, la différence entre action et omission dépend du critère d'évaluation, de la norme de référence qui s'utilise pour apprécier la conduite humaine. À partir de là, il déduit qu'il n'est pas si aisé de les différencier et qu'il faut toujours prendre plus en compte la norme de référence que la manière dont se manifeste la conduite, qui est toujours constituée de moments actifs et passifs. Mais l'omission n'existe pas en soi, elle est l'omission d'une action qui peut se réaliser, et, c'est pourquoi elle renvoie toujours à une action déterminée, dont la non-réalisation constitue son essence même. Il n'existe pas une omission en soi, mais dans tous les cas, il s'agit de l'omission d'une action déterminée. C'est pourquoi l'omission qui intéresse le droit pénal ne peut être comprise sur un plan exclusivement ontologique et qu'il faut donc se référer à deux éléments définissant l'infraction : l'illégalité et la prévision de l'infraction par le droit*.

Un autre secteur doctrinal signale cependant, qu'entre commission par omission et commission il n'existe pas forcément d'assimilation négative en ce qui concerne l'« illégal », car ses théoriciens, d'une part, considèrent plus coûteux l'accomplissement du devoir d'agir que celui d'omettre, et, d'autre part, recentrent la problématique dans la relation de causalité, qu'ils disent absente dans les délits d'omission, et par conséquent dans la commission par omission : « dans les délits de commission par omission, le sujet pouvait (et devait) éviter la production du résultat, ne le fit pas, mais n'en fut pas responsable non plus »⁵¹.

6. Actuellement, notamment après la problématique suscitée dans les cas de responsabilité pénale du fait des produits défectueux, dans lesquels la causalité juridique et la causalité scientifique ne correspondent pas tout à fait, nous assistons à un éloignement entre délits d'action et délits de commission par omission. Il ne faut cependant pas perdre de vue que dans les délits de commission par omission, le comportement de l'auteur (garant) est prévu par une norme impérative, alors que c'est le résultat décrit dans une norme restrictive qui survient, non pas comme conséquence de l'action interdite, mais comme conséquence d'une omission.

De mon point de vue, si la question est de savoir si la peine prévue pour la réalisation active du délit est aussi applicable à la commission par omission, je dirais que commission et omission ont en commun la base légale de la réalisation de l'infraction, qui se transforme en délit de commission par omission à travers l'apport d'un complément par la clause légale générale de l'article 11 du CP de 1995, ou de thèses doctrinales plus ou moins respectueuses du principe de légalité. Les deux comportements, qu'ils soient commission active ou omission, en portant atteinte ou en mettant en danger une même valeur sociale, ont en commun le résultat prévu par le Code, au sein du même cadre normatif expressément décrit comme une norme restrictive. C'est donc pour cela, selon moi, que la conséquence juridique devrait être la même. Dans ce même sens, l'omission de celui qui se voit obligé d'éviter le résultat aurait la même valeur que l'action qui le provoque.

Selon moi, l'article 11 décrit un concept qui inclut l'action et l'omission. La loi punit par exemple les coups et blessures dans ses articles 147 et suivants du CP de 1995. De tels résultats peuvent se produire à la suite d'un comportement actif, mais aussi d'une omission. Le législateur utilise dans

⁵⁰ MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *DP PG*, 2ème éd., 1996, p. 252; 3ème éd., 1998, p. 266.

⁵¹ CEREZO MIR, J., *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 201; du même auteur, *Curso de Derecho Penal español, PG, II*, p. 49 et s.; ENGISCH, K., *Tun und Unterlassen*, in *Festschrift für W. Gallas*, Berlin, 1973, p. 189; ROMERO CASABONA, C. M^a, *Límites de los delitos de comisión por omisión*, p. 45-46.

l'article 11 du CP de 1995 un concept de conduite comprenant l'interdiction et l'ordre; je me réfère ici à la *violation d'un devoir juridique spécial de l'auteur*⁵². Avec un énoncé comme celui de l'article 147 du CP de 1995 « *celui qui causera à autrui une blessure* », il est possible d'identifier, comme l'explique Silva⁵³, deux normes initiales, une d'interdiction et l'autre d'obligation, qui correspondraient à une infraction dogmatique de commission et à une autre d'omission, avec des éléments différents, mais qui montrent une identité structurelle. Malgré la forme restrictive (norme initiale), il existe dans le délit de commission par omission un contenu impératif, un ordre portant sur la valeur sociale protégée.

B) *La comisión par omisión comme omisión*

1. Concernant la commission par omission, le comportement de l'auteur, en même temps et en fonction du devoir juridique qui fonde sa position légale de garant, aurait la même nature que la violation d'une norme impérative⁵⁴. La transformation d'infractions matérielles commises en violation du devoir juridique pour le garant fait naître de nouveaux impératifs, qui, dogmatiquement, sont proches des normes restrictives, unis à celles-ci par une valeur sociale commune et par le même cadre pénal. C'est pour cela que pour une partie de la doctrine, les délits de commission par omission sont ontologiquement des délits d'omission, car il n'y a pas, ni dans l'un ni dans l'autre, de processus causal actif du résultat. Le processus causal aura été engendré par une autre instance et le résultat s'imposera au sujet, vu qu'il n'aura pas réalisé l'action attendue par le droit⁵⁵.

2. Traditionnellement, les délits d'omission se divisent en deux groupes de structure différente : les délits d'omission pure ou propre et les délits de commission par omission. Les délits de pure omission sont les faits qui deviennent punissables quand une norme prescriptive est violée, et quand on omet d'agir conformément aux exigences de la loi⁵⁶. Les raisons pour lesquelles cette conduite est punissable ne sont pas liées au résultat, mais bien à l'omission de l'action imposée par la loi⁵⁷, tandis qu'en ce qui concerne la commission par omission, l'omission de l'action attendue par le système juridique ne suffit pas, la production d'un résultat étant nécessaire pour que les conditions de la commission par omission soient remplies. C'est un élément configurateur de ces délits.

D'autres auteurs font une distinction entre omission prévue par la loi et omission non décrite dans la rédaction légale. Parmi les premiers, ils incluent des formes d'omission pure ainsi que de commission par omission, tandis que parmi les seconds il n'y aurait que des formes de commission par omission⁵⁸.

⁵² Dénommé dans la doctrine allemande *Pflichtverletzung* et qui ne concerne pas seulement les omissions ou seulement les comportements actifs, vid. de manière plus extensive ROXIN, C., *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, dans ZStW 74 (1962), p. 411 et s.

⁵³ SILVA SANCHEZ, J. M^a, *Política criminal y reforma legislativa en la comisión por omisión*, p. 1075-1078; du même auteur, *El delito de omisión*, p. 368 : il suit le schéma suivant : il part de conduites interdites (P), les unes créant un risque pour autrui (p), les autres représentant les conduites de sauvegarde des valeurs sociales protégées (q) réalisées par des sujets responsables ; c'est-à-dire, Pp et P-q (le signe - exprimant l'absence de cette conduite). De P-q il extrait une norme impérative Oq (P-q=Oq), c'est-à-dire l'obligation, pour certains sujets spécialement responsables de sauvegarder la valeur sociale quand celle-ci se trouve en danger. Le problème fondamental réside dans la détermination du champ de q.

⁵⁴ Nous verrons plus tard qu'une fois déterminée la position du garant, cet individu, en vertu de cette position, devrait exécuter l'action attendue qui empêcherait le résultat portant atteinte à la valeur sociale protégée. Cette action attendue, le devoir d'agir qui naît de la position de garant, apparaît dans une norme impérative.

⁵⁵ WELZEL, H., *Derecho Penal alemán*, p. 289; SILVA SANCHEZ, J. M^a, *El delito de omisión*, p. 349, inclut la commission par omission dans les omissions qui se réfèrent à des résultats. Voir pour l'opposition à cette théorie NOVOA MONREAL, E., *Los delitos de omisión*, p. 30.

⁵⁶ JESCHECK, H. H., *Tratado de DP PG*, 3ème éd., p. 493 et 828. SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, p. 56 parle de délits propres d'omission et délits de commission par omission ; WESSELS, J., *Strafrecht AT*, 24 éd., p. 209, classe l'omission en omission propre et impropre, et il en est ainsi également dans le *Wiener Kommentar zum StGB*, p. 27. Vid SILVA SANCHEZ, J. M^a, *El delito de omisión*, p. 319-336; QUINTERO OLIVARES, G. et a., *DP PG*, 1996, p. 305, il y a deux sortes d'omissions: pure ou propre, et impropre ou commission par omission. ; MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN, *DP PG*, 2ème éd., p. 255 et s. ; 3ème éd. p. 268.

⁵⁷ QUINTERO OLIVARES, G. et a., *DP PG*, 1996, p. 305.

⁵⁸ Bien qu'une importante partie de la doctrine considère ces terminologies (délict propre et impropre d'omission) équivalentes à l'omission pure et à la commission par omission, d'autres auteurs comme Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der*

Cependant, une autre partie de la doctrine, représentée par Roxin⁵⁹ en Allemagne et, dans la doctrine espagnole par Rodríguez Mourullo et Muñoz Conde, fait une division tripartite des délits d'omission : délits d'omission pure, ou propre, délits d'omission et résultat (omission qualifiée), et délits impropres d'omission, ou commission par omission⁶⁰, ces derniers étant l'équivalent des délits de commission.

Silva⁶¹ conclut son étude sur le délit d'omission avec une proposition de classification, dans laquelle il superpose plusieurs points de vue, obtenant ainsi les catégories suivantes : omissions pures ou simples, et omissions suivies d'un résultat. Les premières regrouperaient les omissions qui se concrétisent par la non-réalisation de l'action indiquée, mais dans lesquelles aucun résultat illicite n'est imputable à l'auteur. Elles se diviseraient à leur tour en omissions pures générales, réalisables par tout le monde et omissions pures exclusives du responsable. Ces dernières, les omissions pures du garant, se subdiviseraient à leur tour en omissions pures de garant expressément prévues par le Code Pénal, et omissions pures de garant non prévues légalement.

Je partage cette idée de division de Silva dans la mesure où dans le CP il existe des omissions pures du garant, comme par exemple l'art. 195.3. Si de plus advient un résultat, donnant lieu par conséquent à un concours d'infractions, elles constitueraient, dans la nomenclature de Muñoz Conde et de Roxin, les dénommées omissions qualifiées (omission et résultat).

Quant aux omissions qui renvoient à un résultat, -caractérisées par la possibilité de pouvoir imputer un résultat à la non-réalisation de la conduite prescrite, comme conséquence du non-empêchement de la part de l'individu- Silva les subdivise en omissions qui renvoient à un résultat sans équivalence à une commission, et omissions qui renvoient à un résultat ayant une équivalence avec l'action positive correspondante. Dans cette dernière catégorie, il différencie les omissions légalement prévues avec équivalence à une action positive (omissions qui renvoient à un résultat, équivalentes à une commission, expressément prévues par les textes légaux qui les décrivent de façon négative) et la commission par omission (omissions qui renvoient à un résultat, équivalentes à une commission, mais qui ne sont en aucun cas prévues dans un précepte légal)⁶².

Unterlassungsdelikte, p. 206, 275 et s., et NOVOA MONREAL, *Los delitos de omisión*, in *Doctrina Penal*, jan.-mars 83, p. 42, réservent le terme « omission impropre » pour les cas qui ne sont pas prévus expressément par la loi et incluent dans l'omission propre les figures légales d'omission pure ainsi que de commission par omission.

⁵⁹ ROXIN, considérations du professeur Roxin aux journées Hispano-Allemandes de Droit Pénal, avec pour motif son investiture comme *Doctor Honoris Causa* par l'Université Complutense de Madrid, Madrid 26-28 janvier 1994. Cette classification est également défendue en Espagne par MUÑOZ CONDE et RODRIGUEZ MOURULLO. De son côté, SILVA SANCHEZ, in « *Comisión* » y « *omisión* ». *Criterios de distinción*, p. 19, suggère aussi que l'on prévoit dans le Code les omissions qui, étant plus graves que les omissions pures « classiques », comme l'omission du devoir de secours de l'art. 195 ou l'omission du devoir d'empêcher certains délits de l'art. 450, n'atteignent pas la gravité propre à la commission active, et ne peuvent pas non plus être considérées identiques à celle-ci, ne constituant donc pas une commission par omission. La solution que propose SILVA serait de prévoir expressément dans le Code, – comme qualification de l'infraction spécifique de l'omission du devoir de secours, par exemple – une série d'omissions qui, étant plus graves que les omissions pures, ne sont toutefois pas équivalentes avec l'action positive.

⁶⁰ MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN, *DP PG*, 2ème éd., p. 254-255; 3ème éd., p. 269; RODRIGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro*, p. 77; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, p. 41.

⁶¹ SILVA SANCHEZ, J. M^a., *El delito de omisión*, p. 336-339 et s., 343 et s., 347-348.

⁶² Cadre explicatif : A) Omission pure ou simple :

1. Omission pure générale
2. Omission pure du garant :
 - 2.1 Prévues expressément par le Code
 - 2.2 Non prévues expressément par le Code

B) Omissions qui renvoient à un résultat :

1. Omissions qui renvoient à un résultat sans équivalence avec la commission
2. Omissions qui renvoient à un résultat avec équivalence avec la commission

(garant)

- 2.1 Déterminées légalement
- 2.2 Commission par omission (non déterminés dans le précepte légal).

Selon moi, bien que certains auteurs parlent de délits d'omission impropres⁶³ pour faire référence à ceux qui ne sont pas prévus par la loi, et de délits d'omission qualifiée pour les délits de commission par omission prévus par la loi⁶⁴, je pense qu'ils appartiennent au même genre et que seuls les délits de commission par omission que la jurisprudence a rencontrés le plus fréquemment ont été codifiés, diminuant ainsi l'arbitraire et l'insécurité juridique. Il en est ainsi par exemple, des articles 414.1 et 415 qui punissent l'autorité publique ou le fonctionnaire qui consentirait à la destruction de documents ou permettrait l'accès aux mêmes, et l'article 432 qui punit l'autorité publique ou le fonctionnaire qui consentirait qu'un tiers soustraie des biens publics, entendant par « consentir » ou « permettre » le « laisser faire ». L'article 305 établit également comme incrimination la fraude fiscale « par action ou omission ». Et l'article 136 du CP militaire prévoit que l'omission suivie d'un résultat, du militaire ayant le commandement (le garant) qui n'adopte pas les mesures qui évitent ou limitent le dommage dans des circonstances critiques, est une infraction.

Quoi qu'il en soit, dans les délits de commission par omission, l'omission de l'action attendue (omission du devoir juridique), n'est pas le fondement d'un délit d'omission pure⁶⁵ (norme impérative) car nous sommes dans la sphère des normes restrictives quant au résultat qui en découle, bien que tous les délits d'omission, même les délits de commission par omission, constituent des violations de normes impératives⁶⁶. L'impossibilité de prévoir dans le Code ce genre de comportements est la raison pour laquelle les délits de commission par omission (terminologie que je préfère utiliser car je crois qu'elle exprime plus clairement la structure de ces délits⁶⁷) restent seulement partiellement exprimés dans le Code et en tant que métissage entre les délits de commission et ceux d'omission. Pour cette raison, je pense qu'ils possèdent une identité propre et autonome⁶⁸. Dans ce même ordre d'idées je considère (dans une certaine mesure) que la commission par omission était auparavant l'un des aspects du comportement négatif, s'est détachée de celui-ci, et est apparue aux côtés d'une omission qui désormais a perdu de sa couleur⁶⁹.

3. Dans quelles conditions l'omission peut-elle correspondre à la réalisation d'une infraction du Code à travers un acte positif ? Comment concrétiser l'idée directrice qui exprime l'équivalence structurelle ?⁷⁰ Dans ce sens, le texte du Code Pénal qui considère comme une infraction le délit de commission par omission⁷¹ -l'article 11 CP- effectue une transformation générale et apparaît comme une norme servant de pont entre la norme restrictive d'un délit actif et une norme prescriptive, pour arriver à un délit

⁶³ KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 206, 275 et s.; NOVOA MONREAL, *Los delitos de omisión*, p. 42.

⁶⁴ JESCHECK, H. H., *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*, in Cuadernos del CGPJ, n°8, p. 77; RODRIGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro*, p. 77; du même auteur, *La cláusula general sobre la comisión por omisión*, p. 906-908; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, p. 41; SILVA SANCHEZ, J. M^a, *El delito de omisión*, p. 347-349, sont d'accord sur les délits d'omission qui renvoient à un résultat, avec équivalence avec une action positive, prévus par les textes légaux qui les décrivent de façon négative.

⁶⁵ MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN, *DP PG*, 2ème éd., p. 251 et s.; 3ème éd., p. 272 et s.; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, p. 44. C'est autre chose quand l'auteur se trouve obligé d'agir selon un précepte légal. Son omission constituerait dans ce cas une omission pure, puisqu'il a enfreint une norme impérative. Dans le même sens, MIR PUIG, S., *DP PG*, 3ème éd., p. 335. Cela peut arriver si l'on omet de porter secours à une personne non protégée et qui se trouve en danger manifeste et grave (art. 195 CP) ou si l'on n'empêche pas certains délits de se produire (art. 450).

⁶⁶ JESCHECK, H. H., *Tratado DP PG*, 3ème éd., 1981, p. 828, n. 18: les normes prescriptives imposent une action déterminée, une action positive, et la violation du droit consiste en une omission.

⁶⁷ NOVOA MONREAL, E., *Los delitos de omisión*, p. 31 souligne que l'expression utilisée traditionnellement « délit de commission par omission » est adéquate ; SILVA SANCHEZ, J. M^a, *El delito de omisión*, p. 348 et 349 dit que l'expression « commission par omission » peut encore être utile, malgré le fait qu'elle soit ambiguë et erronée. Le poids de la tradition ainsi qu'une clarté indéniable au moment d'expliquer la problématique qu'il faut résoudre ici jouent en sa faveur ; JAKOBS, G., *DP PG*, 28/12, préfère appeler ces délits « délits d'omission impropres », ou, mieux encore, délits secondaires d'omission.

⁶⁸ Dans ce sens, NOVOA MONREAL, E., *Los delitos de omisión*, p. 31.

⁶⁹ FREUND, G., *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, p. 39.

⁷⁰ SILVA SANCHEZ, J. M^a, *El delito de omisión*, p. 350

⁷¹ Vid. *infra* Les éléments légaux constitutifs du délit de commission par omission.

d'omission⁷². Il appartient au juge de déterminer les caractéristiques objectives et personnelles qui permettent d'effectuer cette assimilation, et de rattacher au texte légal, dont le but est d'interdire la production du résultat, l'omission qui n'a pas empêché l'évènement⁷³. De là découle la problématique décisive des délits de commission par omission, autant dans la sphère politico-juridique que dans la sphère doctrinale. Quelles omissions doit-on intégrer dans les délits de commission par omission ?⁷⁴

L'auteur qui viole le devoir qui est sien d'éviter un résultat, réalise un illicite pénal qui est prévu dans la loi non comme un délit d'omission mais comme un délit de commission, c'est-à-dire comme une norme restrictive⁷⁵. Pour certains auteurs, comme Rodríguez Mourullo⁷⁶ et Silva Sanchez⁷⁷, le cadre naturel de la commission par omission serait représenté d'un point de vue doctrinal par les incriminations interdisant de « causer » et non par les incriminations qui prévoient la production d'un résultat à partir d'une conduite active. De cette façon, il faudrait interpréter les verbes utilisés par le Code dans la norme initiale comme des interdictions ; par exemple, l'expression « celui qui cause à autrui une blessure » (délit de coups et blessures, art. 147 et s.) doit être interprétée comme « il est interdit de causer une blessure à autrui ». Dans ce sens, de telles conduites sont celles qui donnent lieu à cette violation et qui permettent d'imputer à leur auteur le résultat produit. La relation entre les conduites interdites par le Code comme « blesser » et les ordres non écrits doit faire référence à la même valeur sociale et au même cadre pénal.

4. Nous pouvons donc conclure, étant donné qu'il existe vraiment une omission dans les délits de commission par omission, (omission d'un ordre juridique qui n'est pas décrite négativement par le Code, mais qui crée malgré tout une incrimination pénale construite comme un délit de commission -norme restrictive-), que nous sommes devant des délits provenant d'un métissage et possédant une identité propre.

C) *Autonomie de la commission par omission*

1. Le délit de commission par omission a une structure autonome et des caractéristiques partielles des délits d'action et des délits d'omission, ou caractéristiques mixtes, c'est-à-dire que c'est un « hybride qui se trouve à mi-distance entre les délits d'action et les véritables délits d'omission »⁷⁸, qui, de la même manière qu'en chimie, donne un « nouveau produit » avec des caractères singuliers si l'on combine les deux, même si ses éléments originaires peuvent se trouver dans les délits de commission et les délits d'omission. La référence à la norme impérative enfreinte par une omission serait un élément commun aux délits d'omission pure et à ceux de commission par omission, et ils partagent avec les délits d'action positive le résultat et le cadre punitif.

2. Les délits de commission par omission « consistent à ne pas faire quelque chose d'obligatoire (...) et ne pas avoir empêché un résultat illicite (norme prescriptive dans le premier cas, norme restrictive dans le second) »⁷⁹. Ils sont une commission authentique (bien qu'ils ne causent pas de manière active le

⁷² JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 28/12.

⁷³ Pour ROXIN, cette tâche revient à la jurisprudence et à la doctrine, *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch*, in *JUS*, 73, 197 ; WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, p. 288, il appartient au juge, à travers un apport complémentaire au texte, de trouver les caractéristiques objectives de l'auteur. Il n'est possible de tirer du délit de commission uniquement l'empêchement du résultat illicite, et, à partir de là, naît pour le juge, une insécurité dogmatique d'apprécier les caractéristiques non écrites de l'auteur du délit de commission par omission. Cette difficulté dogmatique n'est située ni plus ni moins que dans la nature des choses : il est impossible, en principe, de prévoir de manière concrète et exhaustive dans les textes légaux la quantité et variété d'auteurs de commission par omission.

⁷⁴ SILVA SANCHEZ, J. M^a, *El delito de comisión*, p. 349.

⁷⁵ WESSELS, J., *Derecho penal, Parte general...*, p. 207 et s.

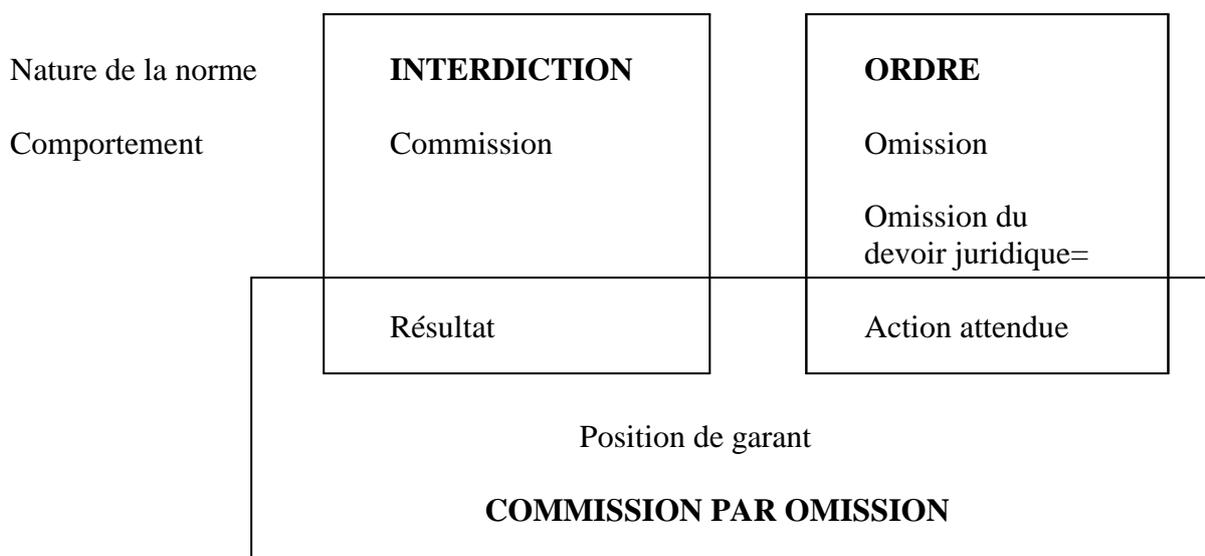
⁷⁶ RODRIGUEZ MOURULLO, G., *La cláusula general sobre la comisión por omisión*, p. 917.

⁷⁷ Vid. SILVA SANCHEZ, J. M^a, *El delito de omisión*, p. 362-363, 367-368.

⁷⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos improprios de omisión*, 1970, p. 131; NOVOA MONREAL, E., *Los delitos de omisión*, in *Doctrina Penal*, jan.-mars 1983, p. 30-31.

⁷⁹ STS du 18 nov. 1991, 19^{ème} argument (FJ 19).

résultat) et une vraie omission : « commission propre » et « omission impropre »⁸⁰. Voir schéma ci-dessous:



III. Le délit de commission par omission comme incrimination par renvoi « sui generis »

1. La structure des normes pénales se compose de deux parties : la définition des éléments constitutifs de l'infraction, et la mise en place de la conséquence juridique ou de la sanction. Classiquement dénommées « incriminations par renvoi », on ne trouve en général qu'une partie de la définition des éléments de l'action punissable, la norme renvoyant à une norme distincte pour la compléter. La nécessité de ces renvois provient de la complexité et de l'évolution constante des thèmes⁸¹ comme la santé, les aliments, les produits de consommation de masse, l'environnement⁸² etc., dans lesquels la norme pénale ne peut contenir les nombreuses variations qui peuvent découler de chaque conduite punissable, de sorte qu'il devient inévitable de se reporter à une autre loi ou règlement pour compléter la définition. On estime également que le renvoi procure (dans la mesure où la conduite est concrétisée par un règlement) une meilleure sécurité juridique que l'utilisation par le CP de concepts vagues et indéterminés qui doivent nécessairement être concrétisés par les juges, sans qu'ils ne puissent se baser sur des dispositions écrites⁸³. Si l'on incluait ces conduites qui forment l'illicite prévu par la norme pénale à l'intérieur de cette norme, il faudrait continuellement la réformer, sous peine de la laisser pratiquement sans application. Pour éviter cette détérioration législative on a recours à l'incrimination par renvoi, technique législative utilisée avec fréquence notamment dans le champ des délits-obstacle, sur laquelle s'est déjà prononcée la Cour Constitutionnelle⁸⁴, de telle façon que seules les actions et omissions comprises dans la norme de rang législatif constituent des incriminations. La norme pénale

⁸⁰ C'est la terminologie utilisée par SILVA SANCHEZ, J. M^a, « *Comisión* » y « *omisión* ». *Criterios de distinción*, p. 15.

⁸¹ MUÑOZ CONDE, F./ CUADRADO RUIZ, M^a A., *Ley penal en Blanco* (voix), in *Enciclopedia Juridica Civitas*, 1995.

⁸² SILVA SANCHEZ, J. M^a, *Blankettstrafgesetze und die Rückwirkung der lex mitior*, in *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, 1994, p. 138 et s.; il est expliqué que dans le droit pénal économique l'utilisation des lois incomplètes est très intense, étant donné que la matière concernée est, de par sa propre nature, plus variable que le noyau dur traditionnel du droit pénal.

⁸³ SILVA SANCHEZ, J. M^a, *Blankettstrafgesetze und die Rückwirkung der lex mitior*, in *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, 1994, p. 138. Voir, pour l'opposition, COBO DEL ROSAL/BOIX REIG, *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, in *Rev. de Derecho Público. Comentarios a la legislación penal. Tomo I, Derecho Penal y Constitución*. EDERSA, 1982, p. 200.

⁸⁴ L'arrêt du Tribunal Constitutionnel (STC) 3/1988 du 21 janvier 1988 admet, en premier lieu, la « collaboration réglementaire au sein des normes de sanction », c'est-à-dire, le renvoi aux règlements. Mais le Tribunal Constitutionnel exige, pour accepter le renvoi, que « les éléments essentiels de la conduite soient suffisamment déterminés » dans la loi.

existe indépendamment du fait que l'acte punissable est défini dans une norme d'origine législative ou procède d'une autorité administrative⁸⁵. Il s'agit seulement d'un problème de technique législative qui, d'un point de vue légal, n'a pas d'incidence⁸⁶. L'incrimination spécifique complétée a les mêmes fonctions, notamment en ce qui concerne son sens comme fondement de l'illégalité et comme objet de référence de la culpabilité pénale⁸⁷. Voici succinctement exposé le concept classique de l'incrimination par renvoi.

2. D'autre part, les délits de commission par omission ne sont que partiellement déterminés juridiquement. Il faut cependant garder à l'esprit que, dans tous les cas, c'est la signification de l'incrimination établie par le droit qui décidera si la commission par omission peut être assimilée à une commission active⁸⁸, et cela bien que l'existence d'un devoir juridique (« obligation légale ou contractuelle d'agir, ou circonstance par laquelle la personne qui omet a créé une situation de risque pour la valeur sociale protégée par le droit à travers une action ou une omission précédente »⁸⁹) soit le pré-requis fondamental pour constituer une commission par omission. Lorsque nous nous trouverons face à des « incriminations ouvertes »⁹⁰, il faudra doter le juge d'un maximum d'éléments possibles pour reconstruire une « légalité dispersée »⁹¹. Nombreux sont les théoriciens qui pensent que les infractions matérielles, et, selon moi, également les délits de commission par omission –en tant qu'infractions matérielles⁹²– comportent une espèce d'incrimination par renvoi qui doit être complétée par une autre sorte de « Loi »⁹³.

3. Pour moi, le principe de légalité exige que le législateur incorpore à la loi incomplète, non seulement la valeur, mais aussi un modèle de comportement⁹⁴ qui, dans le délit de commission par omission, se référerait au devoir juridique sur lequel se fonde l'action attendue et omise, c'est-à-dire, à

⁸⁵ MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, p. 396-397, créa une classe d'incriminations par renvoi au sens large (descriptions d'infractions ayant besoin d'être complétées); OCTAVIO DE TOLEDO, E., *Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho penal*, p. 84-85; MUÑOZ CONDE, F./ CUADRADO RUIZ, M^a A., *Ley penal en blanco*, in *Enciclopedia Jurídica Civitas*, 1995.

⁸⁶ A l'opposé, COBO DEL ROSAL/ BOIX REIG, *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, Comentarios a la legislación penal. Tomo I, Derecho Penal y Constitución, EDESA, 1982, p. 199-201: « les incriminations par renvoi sont inconstitutionnelles dans la mesure où elles sont contraires aux dispositions des articles 53.1 et 81.1 de la Constitution ». Également contre, MESTRE DELGADO, E., *Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal*, dans *ADPCP*, 1988 (41), p. 517 et s.

⁸⁷ MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, p. 397-398.

⁸⁸ RODRIGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro*, p. 85 et s.

⁸⁹ Art. 11 CP 1995.

⁹⁰ MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN, *DP PG*, p. 260; 3^{ème} éd., p. 274; RODRIGUEZ MOURULLO, G., *El delito de omisión*, p. 87-88; du même auteur, *DP PG*, p. 286: « les délits dont seulement une partie des caractéristiques de la conduite interdite est décrite par la loi, remettant au juge l'obligation de compléter les autres caractéristiques, sont les infractions ouvertes ou nécessitant un complément »; pour TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*, p. 158, le cadre caractéristique du droit pénal économique de la prévision dans la loi du délit est l'utilisation de normes totalement ou partiellement « ouvertes »; CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 79 et s. La doctrine finaliste considère les délits d'imprudence comme des infractions ouvertes, infractions qui expriment un devoir juridique qui doit être l'objet d'évaluation par le juge. Dans le même ordre d'idées, CERZO MIR situe également les délits d'imprudence avec les délits de commission par omission puisque les deux sont des infractions non décrites légalement; KAUFMANN, A., *Metodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, p. 176 dit que l'omission est une infraction non écrite.

⁹¹ MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, p. 44; ROMERO CASABONA, C. M^a, *Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político-criminal*, in *Política Criminal y Reforma Penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Ed. Rev. de Der. Privado. Madrid 1993, p. 929.

⁹² Vid. *infra* Le résultat.

⁹³ STS du 23 avril 1992, FJ 2: parmi les délits de commission, les infractions matérielles doivent être complétées par la Loi naturelle de la causalité, argumentation de KAUFMANN, A., dans *Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren*, dans *JZ*, 1971, p. 569 et s.: la causalité comme élément de l'infraction serait un élément à compléter avec la loi de la causalité. Contre: PAREDES CASTAÑÓN/ RODRIGUEZ MONTAÑES, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, p. 62-63, pour qui une telle conception signifie une déformation substantielle de l'idée originale des « lois incomplètes ».

⁹⁴ Dans ce sens, TIEDEMANN, K., *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, p. 141-144.

l'empêchement du résultat. D'une part, la référence au résultat de l'infraction de commission par omission prévue à l'art. 11 CP renvoie à une autre norme pénale de la Partie Spéciale. Ce résultat décrit dans la norme restrictive, complète en quelque sorte l'incrimination de l'article 11⁹⁵. La commission par omission naît de la mise en rapport des incriminations de la Partie Spéciale avec la norme de la Partie Générale. D'autre part, le devoir juridique, l'*obligation légale ou contractuelle*, par exemple, et donc l'action attendue, nous renverra, en de nombreuses occasions, aux normes extrapénales⁹⁶ de la Communauté Autonome, de l'Etat et de l'Union Européenne⁹⁷, ainsi qu'à d'autres branches du droit parmi lesquelles on admet comme source de production normative jusqu'à la coutume ; la conséquence juridique du délit de commission par omission est dans tous les cas celle qui est prévue dans la Partie Spéciale⁹⁸. C'est pour cela que j'entends que les délits de commission par omission sont une classe « *sui generis* » d'incriminations par renvoi, puisque la description écrite se trouve dispersée et doit être complétée par la norme restrictive et l'article 11, et, qu'à leur tour, ces deux derniers renvoient, ou peuvent renvoyer, à une norme extrapénale pour la description du fait illicite.

IV. Incrimination par renvoi, commission par omission et erreur

1. Pour cette raison, je considère qu'un concept ample d'incriminations par renvoi est approprié, notamment en ce qui concerne les problèmes posés par l'erreur⁹⁹. Dans une incrimination par renvoi, c'est-à-dire dans une loi-cadre complétée par une autre norme, il est difficile de déterminer l'objet du dol. Dans la commission par omission, il faut prendre en compte le fait que la norme restrictive (celle qui décrit le résultat illicite) se transforme dans un premier temps au moyen de la clause de la Partie Générale¹⁰⁰ et, si de plus la norme restrictive est une loi comportant une incrimination traditionnelle par renvoi, la norme complémentaire devra s'unir avec la loi-cadre, le dol devant alors contenir tous les éléments appartenant à cette infraction. Selon une partie de la doctrine de la théorie du dol, même lorsque tous ces éléments sont connus, et qu'on y ajoute la connaissance positive de la norme incomplète, il n'en découle dans le cas concret aucune indication d'agir ou de ne pas agir, le dol doit donc également se référer à l'existence concrète de la norme complémentaire. Pour cela, l'erreur, même sur l'existence de la normative complémentaire, constituerait une erreur de droit sur les éléments objectifs de l'infraction¹⁰¹.

2. Dans le monde complexe de l'activité d'entreprise, et, par exemple, dans des secteurs de production ou de distribution de produits de consommation de masse dans lesquels l'intervention de l'Etat dans l'économie se manifeste par une réglementation exhaustive qui régit et contrôle chacune des phases du produit, il est fréquent d'agir sans connaître les règles juridiques relatives au sujet qui, par exemple, instaurent le *devoir juridique spécial de l'auteur* dans le délit de commission par omission. Face à la quantité croissante d'éléments normatifs¹⁰² sur la question, les destinataires de la norme, parfois

⁹⁵ SILVA SANCHEZ, J. M^a, *Blankettstrafgesetze und die Rückwirkung der lex mitior*, in Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, 1994, p. 137, n.14, soutient que la réglementation à laquelle renvoie une loi incomplète pourrait également être une « réglementation pénale ». Ce serait ainsi, par exemple, dans les renvois internes, ou d'une loi pénale à une autre de même nature.

⁹⁶ TIEDEMANN, K., *Das Parteienfinanzierungsgesetz als strafrechtliche lex mitior*, in NJW 1986, p. 2475 et s. ne distingue pas entre loi pénale et norme extrapénale qui complètent l'infraction.

⁹⁷ OEHLER, D., *Die Bedeutung des Wirtschaftsstrafrecht im neuen Europa*, in la Rivista trimestrale di Diritto Penale dell'Economia, 1991, num. 1, p. 46.

⁹⁸ JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, 3ème éd., p. 352 et s., dénomme les dispositions qui définissent l'acte punissable et renvoient ailleurs pour la conséquence juridique « l'incrimination par renvoi à l'envers ».

⁹⁹ MIR PUIG, S., *DP PG*, 3ème éd., p. 38-42 ; MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, p. 381 et s.

¹⁰⁰ GRACIA MARTIN, L. dans le prologue au *Código Penal y Leyes penales especiales*, Egido Editorial, 1996, dénomme la norme restrictive qui contient le résultat illicite l' « infraction originaire », et la clause de la partie générale l' « infraction associée ».

¹⁰¹ MUÑOZ CONDE, F., *Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias*, in La Ley, an XII, num. 2675, p. 8; du même auteur, *El error en derecho penal*, 1989; JAKOBS, G., *DP PG*, 8/46.

¹⁰² Quant à la problématique des éléments normatifs de l'infraction comme objet du dol, vid. JAKOBS, G., *DP PG*, 8/48 et s.; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Problemas del error*, in La Ley, num. 4056, 12 juin 1996, p. 1 et s.

conseillés par des spécialistes et des techniciens, peuvent voir l'aspect subjectif de leur erreur « compensé » par l'article 14 du CP¹⁰³.

3. Certains auteurs allemands¹⁰⁴ et espagnols, comme Bajo¹⁰⁵ et Torio¹⁰⁶, considèrent l'erreur sur les normes extrapénales comme une erreur de droit. Cependant, Tiedemann¹⁰⁷ se déclare contre l'opinion dominante en Allemagne concernant l'erreur : l'erreur sur l'existence de la norme est, en droit pénal économique, avant tout une erreur sur l'exigence juridique et sur le concept de droit plus vaste que les simples impératifs pénaux, c'est-à-dire sur le système juridique dans son ensemble. Une erreur de ce type est une erreur de droit sur les éléments objectifs de l'infraction et non une erreur de droit sur l'interdiction. En Espagne, Muñoz Conde¹⁰⁸ soutient la même opinion, que je considère correcte, selon laquelle dans le cadre des délits économiques et de l'entreprise, les renvois à d'autres normes qui ont lieu dans les incriminations législatives -par exemple « sans qu'il soit dûment autorisé » (art. 359) ou « sans que soient remplies les formalités prévues par les lois ou les règlements » (art. 360) ; « ne remplissent pas les exigences techniques relatives à sa composition, stabilité et efficacité » (art. 361) ; « ne remplissent pas ou modifient les conditions disposées dans les lois ou les règlements concernant la caducité et la composition » ou « utilisation non autorisée » (art. 363)- se transforment en un « *fait constitutif de l'infraction pénale* »¹⁰⁹, et donc, il s'agirait d'une véritable « erreur de droit sur les éléments

¹⁰³ 1. *L'erreur invincible sur un fait constitutif de l'infraction pénale exclut la responsabilité criminelle. Si l'erreur, une fois examinées les circonstances du fait et les circonstances personnelles de l'auteur, peut être évitée, l'infraction sera considérée et punie comme faute d'imprudence.*

2. *L'erreur sur un fait qui qualifie l'infraction ou sur une circonstance aggravante empêchera son appréciation.*

3. *L'erreur invincible sur l'illicéité du fait constitutif de l'infraction pénale exclut la responsabilité criminelle. Si l'erreur peut être évitée, le juge appliquera la peine inférieure d'un ou deux degrés*.*

* N.d.T : En Espagne, les peines ne sont pas calculées comme en France. Une fourchette est établie pour chaque infraction, et le juge a la possibilité, selon les circonstances subjectives de l'inculpé (circonstances atténuantes, aggravantes, complicité, ...) d'appliquer une peine inférieure ou supérieure à la fourchette indiquée selon des calculs indiqués dans les articles 61 à 72 CP.

¹⁰⁴ JESCHECK, H. H., *Tratado de DP PG*, p. 578-579; KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 140; WELZEL, H., *Derecho Penal alemán*, p. 283 ; JAKOBS, G., *AT*, p. 690 et s., se réfèrent à ce type d'erreur comme une erreur sur l'obligation dictée par le Code Pénal quand dans les délits d'omission l'auteur ne remplit pas son devoir d'agir. Erreur de droit sur l'interdiction et erreur de droit sur l'obligation dictée par le Code doivent être traitées de la même manière. JESCHECK, H. H., *Tratado de DP PG*, 4ème éd., se référant à l'erreur de droit dans les délits d'omission, suggère qu'il faille toujours considérer la possibilité d'existence de cette erreur. Dans les délits de commission par omission, la norme impérative ne se déduit pas de l'interdiction juridico-pénale d'amoindrir une valeur juridique, mais d'une norme étrangère au DP, qui oblige à intervenir pour protéger cette valeur. Par conséquent, l'erreur de droit peut se référer aussi bien à la norme restrictive qu'au devoir de garant.

¹⁰⁵ BAJO FERNANDEZ, M., *DP*, p. 582.

¹⁰⁶ TORIO LOPEZ, A., *El « error iuris »*, in *Perspectivas materiales y sistematicas. III Jornadas de Derecho Penal*. Ed. Fernandez Albor, 1975, p. 313 et s.; du même auteur, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de CP*, in *La Reforma Penal y penitenciaria*, éd. Fernandez Albor, 1980, p. 249 et s., notamment p. 262.

¹⁰⁷ TIEDEMANN, K., *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, alemán, español)* p. 159, dans les lois incomplètes, de par la lecture conjointe de la loi pénale et de la réglementation extrapénale, le renvoi ne représente pas simplement une technique législative mais transforme le contenu de l'infraction pénale. Si, auparavant, l'infraction était normative, elle est plutôt descriptive après le renvoi extrapénal. Pour cela, on considère que l'erreur n'est pas, après la lecture conjointe, une erreur de droit sur les éléments objectifs de l'infraction, mais une erreur de droit sur l'interdiction. Ailleurs, cependant, TIEDEMANN, K., *Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität ?* p. 52, considère l'erreur sur l'existence de la norme comme une erreur de droit sur les éléments objectifs de l'infraction.

¹⁰⁸ MUÑOZ CONDE, F. *Bases para una teoría del error* qui s'intéresse aux conséquences in *La Ley*, an XII, num. 2675, p. 8; du même auteur, *El error en derecho penal*, 1989 ; du même auteur *Begriff und Reform des Wirtschaftsstrafrechts in Spanien*, in *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, p. 72-73; OEHLER, D., *Die Bedeutung des Wirtschaftsstrafrecht im neuen Europa*, in *Rivista trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1991, num. 1, p. 47 ; en Italie, alors que la jurisprudence s'est montré, dans ces cas-là, favorable à l' « erreur de droit sur les éléments objectifs de l'infraction », la doctrine les considère erreur de droit sur l'interdiction, vid. COVINO, C., *L'ignoranza della legge e errore nel diritto penale*, Pirola Ed., Milan, 1991, p. 39 et s., 48 et s.; DI AMATO, A., *Diritto penale dell'impresa*, p. 99-101.

¹⁰⁹ SILVA SANCHEZ, J. M^e, *Blankettstrafgesetze und die Rückwirkung der lex mitior*, in *Bausteine des europäischen*

objectifs de l'infraction»¹¹⁰, et non une erreur sur l'obligation dictée par le Code Pénal (ou sur l'interdiction). De la même manière la position du garant qui fonde le *devoir juridique spécial de l'auteur* dans le cas d'une commission par omission renvoie à la totalité du système juridique. Une erreur sur celle-ci serait également une erreur de droit sur les éléments objectifs de l'infraction.

4. Les normes extrapénales auxquelles doivent renvoyer les incriminations du Code qui régulent des secteurs à incidence sociale et économique comme peuvent l'être la santé publique ou l'environnement, obligent à considérer toute erreur sur les éléments normatifs de l'infraction de la commission par omission, ou des infractions matérielles prévues par les normes restrictives¹¹¹, comme des erreurs excluant le dol, et donc excluant la responsabilité pénale si le délit d'imprudence n'est pas prévu dans ce cas (art. 12 du CP). Et, jusqu'à maintenant, rien n'a changé sur le fait que les éléments dont découle la position de garant¹¹² sont des éléments normatifs de l'infraction, qui, pour être reconnus, nécessitent dans la conscience de l'auteur une évaluation particulière en plus de la connaissance du lien entre les normes¹¹³.

C'est précisément le droit, complexe et changeant – non seulement émanant de l'Etat ou des différents ministères, mais aussi des Communautés Autonomes, et de l'Europe – parfois conjoncturel et imprécis, qui fait que quelquefois la personne n'est pas consciente des devoirs juridiques imposés par le droit dans son ensemble qui l'obligent à agir. Et, précisément, étant donné que c'est dans la configuration de l'incrimination elle-même que surgissent les renvois obligatoires à des normes pénales ou extrapénales, avec l'insécurité et la confusion que cela suppose, c'est dans l'incrimination même qu'il faut réparer ces erreurs.

5. Étant donné que, notamment dans le cadre de l'entreprise, les erreurs sont surmontables, il convient de considérer l'action commise par erreur comme un délit d'imprudence, ce qui est très rare dans le cadre des délits économiques, mais pas dans les cas de mise en danger de l'environnement (art. 331), de la santé publique (art. 367) ou d'utilisation illicite d'énergie nucléaire (art. 341).

V. Les éléments légaux constitutifs¹¹⁴ du délit de commission par omission : l'exigence de la position de garant et la signification de l'équivalence entre action et omission

Le texte légal concernant la commission par omission a pour but la protection des valeurs juridiques. Le délit de commission par omission doit pour cela refléter la philosophie de la politique criminelle, à savoir

Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, 1994, p. 147, dit aussi que la « Loi pénale » n'est pas seulement le texte d'un précepte contenu dans une loi pénale, car elle comprend aussi toute la réglementation extrapénale qui donne un contenu impératif à ce précepte, tandis que CORDOBA RODA, *Notas al Tratado de Maurach*, tomo I, p. 144, n. 33, entend que les normes qui complètent l'infraction prévue par le Code Pénal ne font pas partie intégrante de la Loi pénale.

¹¹⁰ En Allemagne, le BGH a également considéré dans certains de ses arrêts que dans les délits de commission par omission l'erreur portant sur le devoir juridique d'agir est une erreur de droit sur les éléments objectifs de l'infraction et non une erreur de droit sur l'interdiction elle-même, précisément parce que ce devoir appartient à la description de l'infraction, et non à l'illégalité. Vid. dans ce sens BGH 3 p. 82 et 89 ; BGH 4 330 ; BGH 14 232. Pour WELZEL, H., *Derecho Penal alemán*, p. 303, les fondements donnés par la Cour dans ces cas-là sont erronés vu qu'on ne peut traiter l'erreur sur le devoir d'agir de manière différente dans les délits d'omission pure et dans les délits de commission par omission.

¹¹¹ Dans ce sens, MUÑOZ CONDE, F., *Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias*, in *La Ley*, an XII, n. 2675, p. 8.

¹¹² Vid. *infra*

¹¹³ VOGEL, J., *Norm und Pflicht*, p. 220; JAKOBS, G., *DP PG*, 29/90.

¹¹⁴ SILVA SANCHEZ, J. M^a, *El delito de omisión*, p. 364, fait une distinction entre description de l'infraction comme *précepte légal* et description de l'infraction comme *catégorie doctrinale*. La première conception fait allusion à l'expression partielle des présupposés de fait de la norme secondaire, qui d'un point de vue formel, respectent les exigences du principe de légalité. Elle est écrite. La description de l'infraction comme catégorie doctrinale serait l'expression de l'illégalité spécifique d'un délit, c'est-à-dire l'ensemble des éléments positifs de la définition de l'action punissable violant la norme primaire, et il n'est pas écrit. Quand je parle de description légale de l'infraction je me réfère au précepte légal mais j'inclus également quelques éléments de la définition de l'action punissable.

que les normes pénales n'interdisent pas les infractions purement éthiques, mais interdisent la mise en danger ou l'atteinte portée aux intérêts ou aux valeurs sociales. La projection de ce critère téléologique dans le délit de commission par omission doit impliquer l'exigence que l'action omise aurait pu diminuer le risque et éviter, de cette manière, l'atteinte portée à la valeur sociale protégée par la norme¹¹⁵. Les requis doctrinaux de la commission par omission ont été élaborés au fil du temps, d'abord comme une question purement technique, pour se transformer définitivement, ensuite, en un précepte légal.

A) Arguments doctrinaux antérieurs au Code Pénal de 1995

1. Avant le Code Pénal de 1995 la commission par omission n'était pas réglementée expressément. C'est pour cela qu'en ce qui concerne l'aspect politico-juridique, et faute de régulation expresse des délits de commission par omission, le principe *nulla poena sine lege* connaissait une profonde limitation. Même ainsi, la doctrine défendait son application et tentait depuis toujours de la rendre compatible avec la garantie du principe de légalité. Pour ce faire, les précisions apportées par la doctrine mettaient en avant le devoir d'agir, et sélectionnaient les omissions qui étaient susceptibles d'être assimilées aux actions positives quand elles n'empêchaient pas la production du résultat illicite.

a) Une partie de la doctrine espagnole (Antón Oneca, Jiménez de Asúa, Rodríguez Devesa, Córdoba Roda)¹¹⁶ avait admis ce genre d'omissions, trouvant leur fondement dans le fait que les délits de commission par omission sont des infractions matérielles, et, de ce fait, la formulation de l'article 1 du CP¹¹⁷ était compatible avec la reconnaissance du fait que la commission par omission était susceptible d'être punie. En vérité, c'est bien une omission, démontraient-ils, même si sur le plan de l'évaluation de la conduite de l'auteur, elle pouvait être considérée comme *équivalente à une action*, mais elle n'en perdait pas pour autant son caractère d'omission. Même dans l'hypothèse où la commission par omission de certains faits est susceptible d'être reliée à une incrimination qui décrit une action positive, il faudrait reconnaître qu'on est en face d'une omission (jamais d'une action), qui, s'il est possible de la considérer comme étant comprise dans une incrimination, se convertit en une « omission punie par la loi ». Ils mettaient ainsi en évidence la nécessité d'interpréter le terme « omissions » de l'ancien article 1 du CP comme comprenant non seulement les omissions spécifiquement décrites par la loi, mais aussi celles rattachables à une incrimination, même si cette dernière ne décrivait pas expressément l'omission. Si l'interprétation de l'incrimination permettait d'assurer que le moyen qui conduisait au résultat était indifférent (omission ou action), la commission par omission de cette même incrimination se convertissait finalement en « omission punie par la loi ». La possibilité de relier la commission par omission à l'incrimination était facilitée quand la description légale se limitait à interdire littéralement de causer ou produire un résultat déterminé. Ils proposaient également cette possibilité dans les incriminations dont le sens indiquait que ce que l'on interdisait et ce que l'on voulait punir était l'existence du résultat, indépendamment du fait que sa production était la conséquence d'une action positive ou d'une omission¹¹⁸. Des raisons matérielles dans l'application judiciaire conduisaient aussi ces auteurs à accepter la légalité de la sanction de la commission par omission, car il existe des hypothèses dans lesquelles l'omission est une sorte d'atteinte aux valeurs sociales, plus dangereuse que l'action positive elle-même.

b) Une autre partie de la doctrine fait une interprétation (extensive) du concept social d'action¹¹⁹, et inclut la commission par omission dans les infractions matérielles, sans pour autant utiliser l'analogie.

¹¹⁵ TORIO LOPEZ, A., *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, in ADPCP, 1984, p. 701.

¹¹⁶ ANTON ONECA, J., *DP PG*, p. 173 ; JIMENEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho Penal, III*, 4ème éd., p. 440 et s.; RODRIGUEZ DEVESA, J. M^a, *DP PG*, 14ème éd., p. 385 et s.; CORDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, éd. Ariel, 1974, p. 9 et s.

¹¹⁷ L'article 1 du Code Pénal antérieur à 1995 affirmait, suite à la réforme de 1983, que « les actions et omission dolosives ou imprudentes punies par la loi sont des délits ou des contraventions ».

¹¹⁸ Cf. RODRIGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro*, p. 105 et s.

¹¹⁹ Soutenu en Allemagne par JESCHECK, H. H., *Tratado DP PG*, 4ème éd., Grenade 1993, p. 200 et s.. Pour la théorie sociale de l'action, il existe un supraconcept de caractère normatif qui englobe action et omission. Dans ce sens GIMBERNAT ORDEIG, E., *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento*, ADPCP 1987, p. 594, 600 et s.

La doctrine sociale de l'action soutient qu'il est possible d'élaborer un supraconcept qui englobe actions et omissions selon les conceptions de la sociologie¹²⁰. Cette seconde alternative à la solution du problème de la légalité de la commission par omission interpréterait les verbes qui sont utilisés par le législateur et qui exigent un résultat, non dans un sens naturaliste mais dans un sens social. C'est-à-dire que, pour qu'un résultat soit objectivement imputable à un individu, il n'est pas nécessaire que celui-ci le cause physiquement, il suffit qu'il ne l'évite pas alors qu'il avait le devoir d'agir. Dans ce sens, on peut comprendre que les infractions matérielles peuvent être réalisées par omission sans outrepasser le sens littéral du mot¹²¹.

Devant cette absence de prévision expresse, certains auteurs préconisaient une concrétisation et une précision plus grandes, demandant une formule générale qui rendrait la commission par omission punissable, en vue de coordonner ce type de délits avec le principe *nullum crimen sine lege* et de ne pas susciter ainsi de doutes dans l'interprétation¹²².

c) Cependant, pour une autre partie de la doctrine espagnole, une clause générale concernant la commission par omission n'était pas nécessaire, et sa prévision expresse dans la Partie Spéciale du Code ne l'était pas non plus. Ces auteurs pensaient même que l'incorporation d'une clause générale générerait des inconvénients¹²³ lorsqu'il existe réellement une égalité structurelle totale entre commission et omission. Les partisans de cette thèse affirment donc que pour punir une infraction commise par omission et appliquer la même peine qu'au délit de commission, une totale identité normative entre action et omission est nécessaire.

Gimbernat¹²⁴ rejette la théorie de la position de garant dans la nécessité d'une équivalence exacte entre omission et commission active. Dans les infractions matérielles, la commission par omission, c'est-à-dire l'incorporation directe de l'omission dans l'incrimination, rend nécessaire l'équivalence parfaite entre l'omission et la production active du résultat préjudiciable (ou du danger). Et cette équivalence exacte, ou identité structurelle et matérielle avec la commission active ne découle pas du simple fait que celui qui n'accomplit pas son devoir est garant.

Luzón Peña¹²⁵ exige aussi une équivalence ou identité structurelle et matérielle entre action et omission, pour que celle-ci puisse être incorporée dans la description légale, et par conséquent, qu'elle

¹²⁰ SERRANO PIEDECASAS, J. R., *Crítica formal del concepto de la omisión*, dans ADPCP, 1993, p. 998.

¹²¹ MIR PUIG, S., *DP PG*, 3^{ème} éd., p. 328-329 ; SILVA SANCHEZ, J. M^a, *El delito de omisión*, p. 359 et s.; du même auteur, *Aspectos de la comisión por omisión : fundamentos y formas de intervención*, in CPC, 1989, p. 376 et s., 395 et s.

¹²² Ainsi GOMEZ BENITEZ, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1984, p.585; ROMERO CASABONA, *Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político criminal*, in *Política criminal y reforma penal*, Homenaje al Prof. Del Rosal, Madrid, 1993, p. 925 et suiv; 936 et s.; du même auteur, *Límites de los delitos de comisión por omisión*, in *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994, p. 33 et s., 48 et s.; TORIO LOPEZ, A., *Límites político criminales del delito de comisión por omisión*, p. 698-699; ZUGALDIA ESPINAR, *Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3º del artículo 489 bis del Código Penal*, in CPC, 1984, p. 571 et s.; MIR PUIG, S., *DP PG*, 3^{ème} éd., p. 329, 333 et s., 345 et s., proposait aussi une théorie restrictive de la commission par omission. Cet auteur met en avant la présence de la position de garant, ainsi que l'absence d'une action attendue, la production d'un résultat et la capacité d'éviter ce résultat comme étant les éléments qui caractérisent ce type de délits. La position de garant s'appuie essentiellement sur la théorie fonctionnelle, et, par conséquent, on ne peut affirmer l'existence de la position de garant uniquement a) à travers la création ou augmentation d'un danger attribuable à son auteur et b) parce que le danger ne crée pas une situation de dépendance personnelle de la valeur sociale protégée. Il est nécessaire, dans un premier temps, que le danger ne soit pas étranger au sujet qui omet de faire quelque chose, car celui-ci doit être responsable du danger. Dans un second temps, la valeur sociale protégée doit rester sous le contrôle du garant qui n'accomplit pas son devoir. MIR instaure une idée de la position de garant totalement concrète.

¹²³ Selon les critiques, une réglementation de la commission par omission créerait le risque d'une extension de la responsabilité pénale découlant de celle-ci, ce qui pourrait conduire à sanctionner plus de cas qu'antérieurement ; dans ce sens, voir entre autres SILVA SANCHEZ, J. M^a, *Política Criminal y Reforma legislativa en la comisión por omisión*, p. 1078-1079.

¹²⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E., dans le compte-rendu du livre de BACIGALUPO, *Delitos improprios de omisión*, in ADPCP, 1970, p. 726 et s.; du même auteur, *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento*, in *Estudios de Derecho Penal*, 3^{ème} éd., 1990, p.194, n. 40 ; du même auteur, *Causalidad, omisión e imprudencia*, in ADPCP, 1994, p. 5 et s.

¹²⁵ LUZON PEÑA, D. M., *Curso de DP PG, I*, Madrid, 1996; du même auteur, *Omisión de socorro : distinción entre omisión*

se transforme en une infraction. Pour cet auteur, il y a commission par omission quand l'omission du sujet, par sa position sociale ou par la fonction spécifique et habituelle qu'il remplit, crée ou augmente de façon décisive ou déterminante un risque d'atteinte à la valeur sociale. Si le sujet omet d'accomplir son devoir ou sa fonction, ou omet d'exercer sa compétence professionnelle, il crée suite à cette omission un danger jusqu'à maintenant inexistant, ou il augmente le danger jusqu'alors contrôlé de porter atteinte à la valeur sociale protégée.

La mère qui n'alimente pas son enfant, l'aiguilleur qui ne change pas les voies ou le médecin qui arrête d'administrer les médicaments commettraient un homicide en commission par omission parce que c'est l'omission de l'action attendue respectivement d'alimenter, de changer les voies ou d'administrer le traitement qui crée ou augmente le danger. Si les sujets avaient agi, ce danger aurait été inexistant ou contrôlé. Les cas dans lesquels le sujet qui n'accomplit pas son devoir ne crée pas de danger et n'augmente pas non plus le danger existant (le danger procédant de causes naturelles, d'agissements de tiers ou d'agissements non dolosifs du sujet lui-même) mais laisse le danger survenir ou se limite à ne pas intervenir, ne sont pas des commissions par omission selon Luzón, même si le sujet est garant et a un devoir spécifique de garantie vis-à-vis de la valeur protégée, car son omission n'a pas produit de préjudice. Dans tous les cas, selon cette thèse, il y aurait omission du devoir de secours. Ce serait par exemple le cas du conjoint (garant) qui ne porte pas secours à son conjoint malade, le laissant mourir ; le secouriste qui ne porte pas secours à la personne qui se noie ne tue pas non plus. De la même manière, Luzón considère que dans les cas d'ingérence*, l'action non dolosive précédant l'omission est celle qui crée le danger, et non l'omission, qui ne crée ni n'augmente le danger existant, mais laisse celui-ci suivre son cours. Pour Luzón, seules les omissions directement et structurellement incorporables dans la description des infractions purement matérielles donneraient lieu à une commission par omission, c'est-à-dire les omissions qui sont compatibles avec cette description, sans plus, c'est-à-dire sans forcer et sans ouvrir la teneur littérale à des cas non prévus dans celle-ci ni compris dans la finalité de la norme. En définitive, il rejette la théorie de la position du garant, qu'il considère incorrecte et susceptible d'augmenter les possibilités de sanctions.

Dans le même ordre d'idées que Luzón, Díaz y García Conlledo¹²⁶ soutient que si la notion de la commission par omission suppose de punir avec la même peine des faits qui peuvent être englobés dans une même incrimination, qu'ils soient de commission ou d'omission, alors le seul fondement possible pour respecter le principe de légalité serait celui de l'équivalence entre la réalisation de l'infraction d'omission ou de commission. Ceci signifie en d'autres termes « identité structurelle et matérielle sur le plan normatif », ce qui, selon lui, rend inutile et même parfois peu pratique (selon la manière dont elle est rédigée) l'inclusion d'une clause générale de la commission par omission dans la Partie Générale des Codes Pénaux.

Pour Silva¹²⁷, l'« identité structurelle sur le plan normatif » entre l'omission et la réalisation de l'infraction matérielle prévue par le Code est une exigence dans notre système juridique, vu que d'un point de vue politico-criminel elle réduirait les situations de commission par omission. L'omission sera

propia e impropia, Commentaire de l'arrêt de la Cour Suprême du 3 mars 1980. in DP Circ., 2^{ème} éd. 1990, p. 175 et s., 185 ; du même auteur, *Estudios Penales*, 1991, p. 177, 235 et s., 240-241 ; du même auteur, *Participación por omisión y omisión de impedir delitos*, in La Ley, an VII, n° 1538, p. 4.

* N. d. T: l'ingérence (en espagnol, *ingerencia*) est la création par le sujet d'une situation dangereuse par une commission ou par une omission. C'est une source de la position de garant du sujet.

*N. d. T: l'ingérence (en espagnol, *ingerencia*) est la création par le sujet d'une situation dangereuse par une commission ou par une omission. C'est une source de la position de garant du sujet.

¹²⁶ DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M., *Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo?* Commentaire de la STS, Salle 2, du 8 octobre de 1991. in PJ, n° 24, p. 208, n. 12.

¹²⁷ SILVA SANCHEZ, J. M^a., *El delito de omisión*, p. 342 et s., notamment 369-371; du même auteur, *Aspectos de la comisión por omisión : fundamentos y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario*, in CPC, n° 38, 1989, p. 371-376 et s., n. 23; du même auteur, *Política Criminal y Reforma legislativa en la comisión por omisión*, p. 1074-1077; du même auteur, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código Penal*, in La Ley, n° 4144, 15 octobre 1996, p. 1 et s.

structurellement identique à la commission active, et donnera lieu par conséquent à la commission par omission, quand le sujet aura matériellement et effectivement assumé un engagement spécifique : une position de garant, qui agit sur le sujet même comme une « barrière pour empêcher un risque spécifique ». Le fait de ne pas contenir le risque quand il menace de se réaliser contre la valeur sociale protégée suppose une identité structurelle authentique sur le plan normatif avec le fait actif. Peu importe que le risque ait lieu à cause du sujet, ou que celui-ci, ayant « entre ses mains » ce risque, le laisse produire des résultats provoquant un préjudice. Commission active et commission par omission se présentent ainsi comme deux formes diverses ontologiquement, mais deviennent, d'un point de vue normatif, identiques dans leur structure et leur configuration matérielle comme modes de contrôle du risque prévu par le Code. De cette manière, un ordre et une interdiction peuvent être compris dans la même incrimination du Code. En général, la norme sous-jacente aux incriminations de la Partie Spéciale du Code est une norme qui interdit des conduites mettant en danger de manière significative les valeurs protégées par la société. De telles conduites à risques peuvent acquérir une double configuration ontologique : d'une part, la création au moyen d'un mouvement corporel (de causalité effective) de ce risque (commission active) ; d'autre part, la prise en charge de l'engagement matériel d'agir, dans le but d'empêcher des risques déterminés qui menacent une autre sphère juridique, ajoutée à la violation de cet engagement. La commission par omission est omission lorsqu'elle suppose la violation d'un engagement effectif d'agir : l'auteur n'est pas matériellement à l'origine du risque, mais il ne l'a pas maîtrisé alors que cela lui incombe ; et elle est commission parce que la prise en charge de l'engagement ajoutée à sa violation impliquent une maîtrise du risque identique à celle qui existe lorsqu'il est activement créé. Selon Silva, dans la commission par omission, le risque qui a une origine externe au sujet devient une infraction *par et pour lui* en vertu de l'engagement violé qui génère pour lui une nécessité de surmonter le danger normativement identique à celle que pourrait avoir un sujet qui crée activement ce même danger. Pour Silva, ni le médecin de garde ni celui des urgences, ni même le médecin rural ne commettent un homicide par omission parce que leur engagement est générique (et non spécifique) pour contenir le risque *spécifique* pour la valeur protégée par la société. Il y aurait engagement spécifique par exemple si le médecin procédait à une prise en charge effective du traitement et n'adoptait pas les moyens de protection, donnant lieu à un danger qui transforme le médecin en maître absolu du processus qui conduit au résultat.

Pour Huerta Tocildo¹²⁸ également, la solution de l'identité structurelle sur le plan normatif remédierait aux problèmes d'une réglementation explicite des omissions assimilables à la commission dans la Partie Spéciale du Code, et à ceux provenant de l'incorporation d'un précepte dans la Partie Générale qui réglerait le problème de l'assimilation, et qui, de par son imprécision pourrait donner lieu, au sein de la jurisprudence, à des solutions contre-productives.

Gracia Martín¹²⁹ exige également qu'il y ait dans la commission par omission non pas une simple équivalence mais une identité totale qui ne peut s'établir que sur le plan normatif de la description dans le Code des actes illégaux. S'il en était ainsi, il conviendrait d'incorporer l'omission directement dans les incriminations de la Partie Spéciale. Pour Gracia le critère décisif de l'identité est celui qu'il appelle « relation de maîtrise sociale »¹³⁰. Seul celui qui possède la capacité de maîtrise de la cause fondamentale du résultat, et qui de plus met en œuvre effectivement cette maîtrise au moyen d'un acte personnel, se situe dans la position de garantie de la commission par omission, et son omission pourrait être identique à la commission active de l'infraction. Si l'omission est, dans ces cas là, identique à l'action, c'est parce qu'elle porte intégralement le contenu de l'infraction et c'est pour cette raison que la

¹²⁸ HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, p. 186 et s.; du même auteur, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valence, 1997, *passim*.

¹²⁹ GRACIA MARTIN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, I, p. 354 et s., 361-368; du même auteur, *La comisión por omisión en el Derecho Penal español*, in *La comisión por omisión*, Cuadernos de Derecho judicial (CGPJ), 1995, p. 55 et s., 82 et s.; DIEZ RIPOLLES/GRACIA MARTIN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, éd. Tirant lo Blanch, 1993, p. 77, 78, 84.

¹³⁰ GRACIA MARTIN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, I, Saragosse, 1985, p. 350-365 et s.

peine prévue pour la commission par omission au sens strict doit être la même que celle prévue pour la commission active. Dans les véritables délits de commission par omission, le garant est le sujet qui omet de réaliser l'acte idéal pour éliminer ou contrer le préjudice apporté par l'élément cause du résultat.

Pour Gracia, l'introduction d'une disposition spécifique pour la commission par omission n'est pas nécessaire. Elle ne pourrait avoir qu'une valeur déclarative et serait pour le moins perturbatrice. Gracia considère que les peines de ces omissions doivent être prévues directement dans les infractions de la Partie Spéciale et être équivalentes à celles des actions.

2. En général, à l'exception des défenseurs d'une identité structurelle totale de l'action et de l'omission sur le plan normatif, la doctrine se montrait favorable à une clause relative à la commission par omission, incorporant également la position de garant reconnue par Silva ou Gracia, bien que considérée inutile par Gimbernat, Luzón Peña ou Díaz y García Conlledo.

B) Arguments jurisprudentiels

1. Comme nous l'avons dit plus haut, le développement dogmatique de la commission par omission s'effectue en Allemagne à partir des années 20 et 30 et s'introduit lentement dans notre pays. A cela s'ajoute la répercussion qu'eut la conception de Silvela de l'omission dans la doctrine et la jurisprudence espagnoles, reprise par la suite par Córdoba Roda, selon laquelle « l'omission n'est pas une forme distincte commune à tous les délits, mais n'en concerne que quelques uns, de manière spéciale et déterminée, en nombre très restreint. Par conséquent, l'inaction n'est une forme légale de commettre un délit que dans des cas concrets, et, d'une certaine manière exceptionnels »¹³¹. Tout ceci contribua à ce que, pratiquement jusqu'aux années 80, la Cour Suprême reste hésitante et mette longtemps pour assumer les thèses doctrinales concernant la commission par omission. A partir de cette époque, la jurisprudence est beaucoup plus claire, ferme et régulière quant au requis de la position du garant pour affirmer la commission par omission.

Bien que la jurisprudence se montre réticente à admettre la commission par omission dolosive, dans les cas d'imprudence la Cour Suprême assimile de manière continue l'omission du garant au comportement actif. La Cour parvient à ces solutions sans pour autant entrer dans l'équivalence discutée entre action et omission, ni s'arrêter spécialement sur l'analyse des différentes solutions soutenues par la doctrine concernant les principaux problèmes que pose la commission par omission¹³².

Voyons quelques décisions :

2. En premier lieu, je voudrais insister sur le fait que la commission par omission a été admise par la doctrine ainsi que par la jurisprudence, sans être considérée comme une violation du principe de légalité. Dans ce sens, la décision de la Cour Suprême (STS) du 28 janvier 1994 ne laisse aucun doute :

« Le comportement humain relevant de la compétence du droit pénal peut présenter deux aspects différents : le fait de faire quelque chose, conduite active, dénommé « action », que l'on peut également appeler « commission », et le fait de ne pas accomplir son devoir, en principe considéré comme une conduite passive, dénommé « omission ». Ces deux aspects sont prévus dans l'article 1 du Code Pénal. En premier lieu, il est indispensable de résoudre la question de savoir si les faits jugés se réfèrent à une commission (ou action) ou, au contraire, si le devoir d'éviter un résultat a été violé par la non-réalisation de ce qui était obligatoire et exigé par le système juridique, hypothèse qui se dénomme omission impropre ou commission par omission. La doctrine retient plusieurs critères pour différencier une conduite active d'une conduite négative (omission) au sein de ce que l'on appelle la commission par omission. Parmi ces critères, celui qui s'intéresse au moment où la volonté criminelle se manifeste, se démarque par son contenu pertinent. De ce point de vue, la distinction se fera en fonction ou à partir

¹³¹ SILVELA, L., *Derecho Penal*. Tome II, Madrid 1879, p. 128.

* N.d.T: le *cooperador necesario* défini à l'article 28 b) du CP espagnol est la personne qui participe à l'acte sans l'exécuter matériellement, mais sans lequel l'infraction n'aurait pu être réalisée.

¹³² DEL RIO FERNANDEZ, L., *Participación por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, in Cuadernos de Derecho judicial, 1994, p. 117 et s.

du moment où la volonté de l'auteur se manifeste par la mise en place de son plan. Si cette manifestation se situe au début des faits qui constituent le délit, il s'agira d'un délit d'action au sein duquel l'omission n'est rien d'autre qu'un moyen pour atteindre le résultat, résultat atteint grâce à une omission. Au contraire, il y a commission par omission quand le sujet a le devoir d'agir et n'a pas interrompu l'évènement dont il vient à connaissance alors que celui-ci est déjà enclenché, c'est-à-dire que l'évènement qui a produit le résultat qui aurait dû être évité était déjà commencé. »

L'arrêt du 26 juin 1990 analyse la position de l'auteur et du « *colaborateur necesario** » d'un homicide commis matériellement dans son propre domicile par deux individus autres que la personne appelée en jugement. Le requérant affirme que le Code Pénal n'a pas de clause générale d'assimilation entre l'action et l'omission et ne prévoit pas non plus expressément les délits d'omission, et que pour cela, l'institution de la commission par omission a été interprétée de manière extensive puisqu'en l'occurrence la condition de garant de la victime n'était pas vérifiée. S'il n'y a pas de position du garant, il n'y a pas non plus d'obligation de protéger la valeur sociale en cause. La Cour Suprême répond de la manière suivante :

« Il n'est pas tout à fait vrai que notre Code Pénal ne contient pas de norme à caractère général dans laquelle il est spécifié que l' « action » et l' « omission » sont équivalentes au moment de l'inculpation délictuelle, car une simple lecture du paragraphe 1^{er} de l'article 1 de ce texte de loi suffit pour comprendre l'existence de cette équivalence ; c'est-à-dire que ces deux formes d'agir font partie de la même catégorie de commission et doivent être évaluées de la même manière parce que toutes deux produisent le même effet, même si certaines de ces formes ont un caractère positif et les autres négatif. Au vu de cette clause générale d'assimilation, il ne convient pas de dire que les infractions d'omission n'existent pas, car l'emploi de l'action négative dans la production d'un fait n'a aucune raison d'être inclus de manière concrète dans le précepte qui définit l'infraction (...). »

Dans cette décision la Cour Suprême assimile l'article 1 de l'ancien Code Pénal à une clause générale d'équivalence entre action et omission. Je pense comme Rodríguez Mourullo¹³³ que l'arrêt du 26 juin 1990 est, sur ce point précis, incorrect, vu que l'article 1 ne traitait d'aucune façon de la problématique de la commission par omission, se bornant, de la même manière que l'article 10 du Code Pénal en vigueur, à déclarer que l'omission comme forme de conduite humaine peut, de la même façon que l'action, constituer la substance du délit. Ces préceptes disposent en réalité que le délit peut consister en une omission, punie par la loi, mais ils sont loin d'établir une clause d'équivalence entre les hypothèses qui permettent d'assimiler le non-empêchement du résultat prévu dans le Code et sa production active (l'article 11 du Code actuel contient bien cette clause d'équivalence).

3. En second lieu, la jurisprudence admet et exige expressément la position de garant comme condition nécessaire dans la commission par omission¹³⁴.

La décision du 27 janvier 1995 condamne l'auteur pour vol, viol, et coups et blessures en commission par omission, quand elle dit qu'il est possible de

« sanctionner les actions et les omissions qui consistent à empêcher un résultat quand la personne qui omet se trouve en position de garant, conformément à la législation pénale en vigueur.

Dans ce sens, la doctrine et la jurisprudence disent que (...), pour qu'on puisse entendre qu'un délit a été commis « par omission », il est indispensable que le sujet inculpé ait la qualité de « garant », c'est-à-dire qu'il soit obligé d'agir pour empêcher la production de l'infraction.

Faire correspondre la condition de « garant » à ces effets-là, c'est-à-dire « charger » une personne de l'obligation, sous peine de conséquences pénales, d'agir pour éviter qu'une autre ou d'autres personnes ne commettent un délit, doit être une opération qui peut être vérifiée après un examen très minutieux des circonstances environnantes. »

Ainsi, par exemple, l'arrêt du 31 janvier 1986 condamne un sujet comme « *colaborateur necesario** » par omission pour viol et assassinat. Dans l'argumentation de la Cour (argument n°2), il est dit expressément que pour qu'il y ait commission par omission (la décision se réfère à la participation

¹³³ RODRIGUEZ MOURULLO, G., *La cláusula general sobre la comisión por omisión*, in Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria de D. Juan DEL ROSAL, p. 911.

* N.d.T : le *cooperador necesario* défini à l'article 28 b) du CP espagnol est la personne qui participe à l'acte sans l'exécuter matériellement, mais sans lequel l'infraction n'aurait pu être réalisée.

¹³⁴ Non seulement par rapport à l'auteur, mais aussi au « *colaborateur necesario** ».

criminelle, comme « collaborateur nécessaire* » ou comme complice) la position de garant est nécessaire¹³⁵.

La décision suivante souligne également la nécessité de la position de garant :

« La doctrine, tout comme la jurisprudence, considère que pour qu'on puisse entendre qu'un délit est commis par omission, il est indispensable que le sujet inculpé ait la qualité de garant de la victime, ou, ce qui revient au même, soit obligé, par des circonstances concrètes, d'éviter la réalisation du fait » (STS du 26 juin 1990).

4. En général, la Cour Suprême fonde la position de garant sur la théorie du devoir juridique formel, ayant ses sources dans la loi, dans un contrat ou dans une action précédente, évoluant jusqu'à la théorie des fonctions, tout en continuant à utiliser la théorie formelle. En réalité, elle les mêle, accueillant les nouvelles tendances doctrinales de manière accumulative, ce qui rend confuse la délimitation des délits de commission par omission et de la position de garant.

« La jurisprudence a admis la position de garant dans le cas des délits impropres, ou de commission par omission, quand le sujet a un devoir spécial d'agir ayant une base légale, et, en particulier, quand il provient *de la loi, de la libre acceptation de la position de garant ou d'un acte précédent (illégal) qui a créé le danger concret* produisant le résultat » (STS du 27 janvier 1995).

Comme le dit la décision du 31 octobre 1991 (RJ 1991/7473), la source de cette intervention attendue par le droit, ce devoir juridique d'action du garant, ou devoir juridique d'agir, peut naître de la loi, du contrat, ou d'une action dangereuse précédente.

De même, l'arrêt du 13 décembre 1988, dans son argument n°3, souligne que le devoir juridique d'agir se fonde sur les sources formelles :

« La doctrine, tout comme la jurisprudence de cette Cour estime que les conduites négatives (omissions), mis à part les cas concrètement prévus et décrits dans la loi pénale spécifiquement, peuvent être évaluées comme des conduites punissables dans la perspective appelée « commission par omission » (...). Il suffit pour cela que le sujet, pour avoir créé une situation déterminée dangereuse, ait un devoir spécifique d'agir pour empêcher la production du résultat contraire au droit, devoir né de la *détermination légale* expresse ou de la position de « garant » assumée par le sujet, ayant comme base l'idée d'*ingérence***. »

L'arrêt du 22 juin 1991, celui du 31 octobre 1991 et celui du 6 octobre 1995, entre autres, donnent un fondement à la position de garant dans la *loi*, dans le devoir de veiller sur ses enfants, en raison de l'autorité parentale de l'article 154.1 du Code Civil.

La décision du 26 juin 1990 dit que les « circonstances qui [donnent un fondement à la position de garant] peuvent être très différentes dans chaque hypothèse, mais il en existe certaines qui ont un caractère évident de définition [comme] *avoir créé le danger* qui déclenche l'action (l'acte précédent dangereux) ». En des termes similaires, la décision du 6 avril 1992 admet la position de garant par ingérence* quand elle explique que le sujet

¹³⁵ Je ne vais pas analyser dans cet article le problème de la participation par omission, mais je voudrais toutefois signaler la situation actuelle dans la doctrine espagnole et allemande. Il existe en Allemagne trois positions:

a) Celle qui soutient qu'il ne convient pas de faire une distinction entre l'auteur et le participant lorsqu'il y a une position de garant (le critère de la maîtrise du fait n'ayant aucun sens ici). Le garant répondra toujours comme auteur de commission par omission, même si un autre sujet a commis le fait activement, étant lui-même auteur (KAUFMANN, WELZEL, et en Espagne BUSTOS, BACIGALUPO).

b) Celle qui soutient que la coopération par omission du garant est possible, étant donné que s'il n'empêche pas la commission active du fait, c'est parce que l'action maîtrise le fait, requis nécessaire pour parler d'auteur, tandis que le garant passif ne maîtrise pas le fait délictuel, c'est pourquoi il ne fait que participer. (JESCHECK, et dans la doctrine espagnole CORDOBA RODA et RODRIGUEZ MOURULLO).

c) La théorie éclectique défend la thèse selon laquelle dans les infractions matérielles, si celui qui omet d'empêcher la commission active du délit par autrui est garant, il est toujours auteur ; elle admet cependant la participation en commission par omission pour éviter l'impunité du garant dans les infractions au sein desquelles il n'est pas possible de considérer le garant passif comme auteur, comme par exemple les délits de main propre (dans lesquels l'auteur est celui et uniquement celui qui a commis l'action illégale), d'activité, spéciaux ou comportant des éléments subjectifs illégaux, etc. (STRATENWERTH, RUDOLPHI, et, parmi nos auteurs, GOMEZ BENITEZ) (Cf. LUZON PEÑA, D. M., *La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, in PJ, n°2, p. 77 et 78).

« a créé une situation de danger qui le rend garant, et, au lieu de réaliser l'action attendue, que le système juridique transforme en action exigée, non seulement n'a accompli aucune action qui puisse empêcher que l'autre inculpé ne commette le délit qu'il a commis, mais il est également resté silencieux, et, de par une conduite absolument passive a indubitablement contribué de manière efficace à ce que l'autre inculpé puisse réaliser son dessein criminel ».

Dans son arrêt du 31 janvier 1986, la Cour fonde la position de garant non seulement sur la relation de parenté avec la victime, mais également sur le fait que du fait de cette circonstance, et, surtout du fait de son amitié avec la famille de la petite fille, le sujet, en la mettant en confiance a créé le risque des attaques postérieures et a assumé tacitement la fonction de garde, protecteur et défenseur confiée par la petite fille en les accompagnant dans la voiture. La passivité du sujet en position de garant provenant de son agissement qui a créé le risque implique un devoir spécifique d'empêcher que ne se produise un résultat préjudiciable¹³⁶. Dans cette décision, la Cour mêle la théorie fonctionnelle (protection d'une valeur sociale) et la théorie formelle (acte dangereux précédent), tandis que dans son arrêt du 22 septembre 1993 il penche clairement pour la théorie des fonctions. La Cour Suprême déclare que le recours initié par le Procureur et les accusés est valable, et édicte une nouvelle décision dans laquelle il condamne les sujets comme auteurs d'un délit d'escroquerie aggravé par une fraude procédurale. Dans son argument juridique n°3, la Cour souligne que

« l'escroquerie par omission peut avoir lieu quand *certaines relations de confiance et de loyauté réciproques imposent un devoir d'agir, et, dans ce cas particulier, la proche relation parentale* et la communauté d'intérêts sur la maison en question obligeaient ceux, comme les accusés qui étaient au courant du litige en cours sur le crédit hypothécaire, de mettre au courant leurs frères des injonctions de la banque, *ce qu'ils ne firent pas*, de manière malicieuse afin de provoquer la procédure d'exécution – la fraude de nature procédurale se trouve ici – pour non-paiement de la somme due, la somme payée étant insuffisante et totalement non-proportionnelle à la valeur de la propriété, comme première étape d'un plan conçu pour récupérer la propriété au préjudice des deux autres copropriétaires. Cette procédure d'exécution hypothécaire était la suite inévitable du non-paiement des sommes dues et se poursuivait jusqu'à son terme, malgré les invitations réitérées à payer qu'elle contient au dossier, pour finalement arriver à l'adjudication, en toute confiance que les frères auraient pu intervenir dans la procédure judiciaire – alors qu'en fait ils ignoraient les notifications et pouvaient seulement avoir accès à l'information publiée dans les bulletins officiels et dans le journal d'une ville dans laquelle ils ne résidaient pas.

Ici, la Cour trouve comme fondement à l'action attendue, au devoir d'agir, une fonction protectrice d'une valeur sociale, tantôt en vertu d'un lien naturel qui existe surtout dans le cadre familial (proche relation de parenté), tantôt dans une *acceptation volontaire de fonctions spécifiques protectrices*, qui existent, en général, chez toutes les personnes qui, de manière expresse ou tacite assument l'obligation d'empêcher certains résultats déterminés, obligation qui constitue précisément l'objet de l'acceptation, *mais qui ne peut pas toujours avoir son fondement dans la loi ou dans un contrat*.

En ce qui concerne les sources de la position du garant, la jurisprudence fait un pas en avant et prend en compte également le rôle social que détient le sujet dans un ensemble organisé de personnes, qui se base sur le principe de hiérarchie et aussi sur la division du travail. L'inaccomplissement des devoirs du sujet par rapport aux buts et objectifs de l'organisation sociale le rend garant en tant que grand responsable, entre autres choses. Dans son arrêt du 2 février 1996 la Cour condamne comme auteur en commission par omission un directeur de prison en fonctions, d'un délit de l'article 187.5 du CP et d'une contravention de coups et blessures causés par les fonctionnaires à différents détenus. Le directeur fut témoin passif de l'utilisation de la force superlatatoire pour vaincre la résistance active et passive des détenus :

« L'infraction décrite dans l'article 187.5 de l'ancien Code Pénal se réfère au fonctionnaire des prisons qui imposerait aux prisonniers ou condamnés des privations illégales ou userait d'une rigueur non nécessaire. Elle suppose un délit spécial propre, en tant que le sujet actif de l'infraction ne peut être que le fonctionnaire des prisons, c'est-à-dire un membre d'un des différents corps d'institutions pénitentiaires. L'action consiste à imposer

*N. d. T: l'ingérence (en espagnol, *injerencia*) est la création par le sujet d'une situation dangereuse par une commission ou par une omission. C'est une source de la position de garant du sujet.

¹³⁶ Voir à ce sujet DEL RIO FERNANDEZ, L., *Participación por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, in Cuadernos de Derecho judicial (CGPJ) 1994, La comisión por omisión, p. 137, 152 et s.; LUZON PEÑA, D. M., *La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, in PJ, n°2, p. 77 et 78.

des privations illégales, et à en user avec une rigueur non nécessaire, c'est pourquoi l'incrimination exige de déterminer si les privations étaient bien illégales ou non, et si une rigueur non nécessaire a été utilisée, parce que l'action ne correspondra pas à celle prévue par le Code quand la privation imposée aux détenus est légale ou quand la rigueur utilisée est nécessaire.

L'accusé était directeur en fonctions et il ne fit qu'ordonner « l'identification et l'isolement provisoire des détenus responsables, ainsi que leur transfert à des cellules d'isolement situées dans la 5^{ème} galerie » (...) La loi organique générale pénitentiaire 1/1979, du 26 septembre (RCL 1979\2382 et ApNDL 11177) exige des détenus non seulement le respect des normes du règlement intérieur (art.4b), mais également le maintien d'une attitude de respect et considération des fonctionnaires (art. 4c), signalant que « le régime disciplinaire des établissements a pour but de garantir la sécurité et d'obtenir une cohabitation adéquate » (art.41.1) et le Règlement pris par Décret Royal 1201/1981, du 8 mai (RCL 1981\1427, 1814 et ApNDL 11181) attribue au directeur, entre autres fonctions, celle d' « adopter les mesures réglementaires urgentes nécessaires pour prévenir, et, si besoin est, résoudre n'importe quel trouble individuel ou collectif à l'ordre dans l'établissement, et d'en rendre compte immédiatement au centre de direction. » Les choses se sont passées ainsi et il est normal de le noter, mais l'exécution d'une telle action dans laquelle l'accusé a bien participé de manière intermittente, lui a permis de vérifier que la résistance active ou passive avait été surmontée par un emploi (excessif) de la force, dont l'usage était certes justifié, mais pas le surplus appliqué dans l'exécution de l'accord. (...) Le requérant lui-même reconnaît qu'il était présent lors de coups portés à un détenu. Ici, sa présence et sa fonction rendaient non nécessaire, étant donné le nombre de fonctionnaires intervenant dans le transfert de chaque détenu, l'utilisation de la force contre la résistance des détenus, ce qu'il considère comme n'étant pas très grave. Sa présence avérée dans ce cas le transforme de directeur en fonctions en garant de l'exécution du transfert.

(...) La présence de l'accusé pendant les maltraitances contre certains détenus, sa catégorie spéciale de fonctionnaire et sa position hiérarchique au sein du centre, la délégation partielle de l'exécution de l'ordre sur sa personne et sa participation active aux transferts, le rendent garant de la sécurité des détenus transférés et font de lui un des auteurs de par cette condition de garant. »

Dans cette décision, je pense qu'il faut souligner la manière dont la jurisprudence fait valoir la position de garant de l'auteur avec comme base la fonction qu'il remplit en relation avec la valeur juridique protégée – la sécurité des détenus. La responsabilité pénale revient au responsable hiérarchique supérieur. L'action attendue par le droit, qui l'oblige à adopter les mesures nécessaires est clairement décrite par le droit, dans le Règlement pénitentiaire. Les théories fonctionnelle et formelle se complètent ici, et plus précisément dans la notion de non-adoption des mesures réglementaires urgentes et nécessaires pour prévenir, et, si besoin était de régler tout trouble individuel ou collectif à l'ordre dans l'établissement, en informant immédiatement la direction ; c'est-à-dire qu'il n'a pas mené à bien l'action qu'il devait juridiquement réaliser alors qu'il pouvait le faire, et aurait ainsi évité et contrôlé le danger qui n'aurait donc pas existé ou aurait été contrôlé, il est donc pénalement responsable en commission par omission.

5. Un résultat, une action attendue et un devoir d'éviter le résultat (capacité et possibilité de l'éviter) sont les autres éléments que la jurisprudence a soulignés au fil du temps pour l'imputation du résultat au sujet omettant.

L'arrêt du 22 juin 1991 relatif à l'omission du père qui assiste passivement aux mauvais traitements d'une de ses filles par sa mère expose dans son argument n°2 :

« De telles conduites, indépendamment des délits d'omission prévus par le Code peuvent être admissibles pour la commission de certaines *infractions matérielles* (comme c'est le cas avec les délits de coups et blessures) dans ce que la doctrine appelle « délits de commission par omission », ou délits d'omission impropre, quand l'ordre social octroie au sujet *l'obligation d'éviter le résultat pénalement prévu* en tant que garant d'une valeur sociale déterminée ; cette obligation est avérée dans le cas présent, dans le devoir de veiller sur ses enfants qui découle de l'autorité parentale de l'article 154.1 du Code Civil.

Dans ce cas, la conduite passive du père était une condition nécessaire pour la production du résultat. Il ne convient pas d'imaginer que l'action « *attendue* » (*compris comme obligatoire*) de protection de la part du père n'aurait pas évité le résultat, surtout si l'on prend en compte les multiples blessures de l'enfant. »

Dans son arrêt du 6 avril 1992, la Cour Suprême déclare, dans son argument n°5, que :

« Dans cette décision on fonde à nouveau la position de garant sur l'action dangereuse antérieure, qui, avec le résultat produit et l'absence d'action attendue constituent les éléments de définition de la commission par omission. »

Dans sa décision du 28 janvier 1994 la Cour condamne une femme pour homicide en commission par omission : un homme tétraplégique est abandonné sans soins au domicile conjugal et meurt 5 jours plus tard d'insuffisance respiratoire. Dans son argument n°6, la Cour exprime clairement sous forme de définition la structure de la commission par omission, ainsi que ses éléments configurateurs :

« La structure de la commission par omission comprend les trois éléments qu'elle partage avec l'omission pure ou propre, qui sont les suivants : a) une situation prévue dans le Code ; b) l'absence d'une action déterminée qui était exigée ; c) la capacité pour la réaliser ; mais elle comprend également trois autres éléments qui lui sont propres et nécessaires pour qu'on puisse affirmer la responsabilité objective : la position de garant, la production d'un résultat et la possibilité de l'éviter. »

Il faut souligner dans cette décision de 1994, alors que le projet de Code Pénal est en élaboration, la manière dont les prises de position et les discussions doctrinales donnent déjà un profil à la jurisprudence qui, en l'espace de peu de temps, sera modifiée par la réglementation actuelle de la clause générale de la commission par omission. Parmi les points importants figurent les éléments suivants :

- a) La position de garant est nécessaire. La commission par omission a ses origines dans le devoir juridique d'agir : dans l'ingérence* et dans d'autres sources.
- b) Les délits de commission par omission sont des infractions matérielles. Il faut que la possibilité d'éviter le résultat existe vraiment.
- c) L'absence d'action attendue et la capacité de la réaliser sont les éléments propres à l'omission.

6. Enfin, je voudrais souligner que, si au début la jurisprudence considérait la position de garant comme critère d'équivalence en soi, et n'a pas établi d'identité normative entre action et omission (par exemple dans la STS du 31/01/1986 dans laquelle il est dit que « ne pas empêcher » le résultat (lorsqu'on est en position de garant) équivaut à « causer » au sens large), dans les décisions postérieures elle a admis que la position de garant ne suffisait pas, et qu'il fallait en plus que l'omission fût équivalente à la commission :

« Les critères d'équivalence entre l'action et l'omission ne découlent certainement pas exclusivement de la position de garant du sujet omettant. La doctrine a mis en évidence que l'omission doit nécessairement être équivalente à l'action. Cela n'est pas le cas dans l'hypothèse d'un viol, dans lequel il est clair que la pénétration n'est pas équivalente à la non-pénétration... »¹³⁷ (STS 27/01/95).

D'autres décisions (STS 09/04/96 ; STS 06/11/96) insistent également sur le fait que l'équivalence entre l'action et l'omission ne se trouve pas exclusivement lorsqu'il y a position de garant.

Cela signifie que la position du garant est un élément nécessaire mais insuffisant : on exige également que l'omission soit « équivalente » à l'action, c'est pourquoi la Cour précise que les deux conditions doivent être avérées pour pouvoir qualifier un fait en commission par omission : la position du garant et les devoirs qui l'obligent à agir, et l'« équivalence » entre action et omission. Ce sont donc deux phases différentes.

7. Quant à moi, je soutiens les thèses doctrinales de l'identité structurelle entre la commission et l'omission sur le plan normatif, mais sans perdre de vue que nous sommes dans le cadre de la commission par omission. Comme je l'ai souligné plus haut, la commission par omission est commission et est omission, mais elle a une autonomie et une indépendance propres. Si pour Gimbernat, Luzón Peña et Díaz y García Conlledo la position de garant ne joue aucun rôle dans l'identité entre action et omission, j'estime que pour pouvoir punir avec la peine que la loi prévoit pour la violation d'une interdiction, le résultat décrit dans le Code qui découle de l'omission d'une action

*N. d. T : l'ingérence (en espagnol, *ingerencia*) est la création par le sujet d'une situation dangereuse par une commission ou par une omission. C'est une source de la position de garant du sujet.

¹³⁷ Pour ces cas-là, la doctrine avait de toute manière admis avant l'entrée en vigueur du nouveau Code Pénal la qualification de « collaborateur nécessaire** » omettant (art. 28 b) plutôt que celle d'auteur matériel.

**N.d.T : le *cooperador necesario* défini à l'article 28 b) du CP espagnol est la personne qui participe à l'acte sans l'exécuter matériellement, mais sans lequel l'infraction n'aurait pu être réalisée.

attendue juridiquement, l'omission de cette action ne peut exister que si l'on attend juridiquement du sujet une action : il est garant. De mon point de vue, la position de garant devient ainsi le lien qui unit une facette du comportement à l'autre pour donner lieu à la commission par omission. Je pense que cet élément n'est pas gênant, et même qu'il renforce la pleine identité entre la commission et l'omission. Par exemple, dans le cas de conséquences néfastes causées par des produits à des consommateurs, l'obligation juridique d'agir (arrêt de la production et de la distribution, retrait du produit du marché, par exemple) n'incombe qu'à certains sujets (donc seuls imputables), et non à tout le monde^{137 bis}. Ces sujets obligés par le droit à réaliser l'action attendue, sont les sujets actifs de la commission par omission, de par la fonction qu'ils remplissent dans le cadre de leur organisation.

La position de garant est ainsi configurée comme un élément essentiel de la commission par omission ; c'est-à-dire que sans position de garant il n'y a pas de commission par omission.

VI. Evolution historique

1. La solution juridique de punir par une peine les infractions matérielles dont l'exécution comprend également la production du résultat par omission, a été régulièrement omise (!!!) dans l'histoire de notre droit¹³⁸. L'idée n'est présente que dans deux des lois de *Las Partidas** : dans La Partida* II, Titre XXVIII, Loi VI, qui condamne pour infanticide la mère qui laisse mourir de faim son fils sans défense; et dans La Partida* VII, Titre VIII, Loi XVI, qui condamne pour homicide les employés et les servantes qui voient mourir leurs maîtres et leurs enfants sans leur porter secours. Ce sont les deux seules hypothèses dans lesquelles l'assimilation avec des conduites actives est claire. Dans le *Fuero Real**, Livre IV, Titre XXIII, Loi III, une seule hypothèse d'assimilation entre action et omission est reprise : le décès de l'enfant survenu suite à son abandon, personne ne l'ayant recueilli ou protégé. Dans l'*Ordenamiento de Alcalá**, dans la *Nueva** ou dans la *Novísima Recopilación**, les infractions matérielles ne pouvaient être commises que par action au sens strict, c'est pourquoi il est pratiquement impossible d'admettre que la commission par omission existait à cette époque-là.

2. Une technique similaire à celle utilisée dans les textes antérieurs est reprise dans le Code de 1822 pour les délits commis contre la vie (art. 605 et 711). Dans les Codes antérieurs à celui de 1995, la commission par omission n'est pas prévue, et, par conséquent, ce sont les arguments doctrinaux et jurisprudentiels qui lui donnent corps.

A partir du Code de 1848 jusqu'au Code antérieur à celui en vigueur, la même technique juridico-pénale est utilisée : les omissions prévues expressément dans le Code sont considérées comme des délits d'omission pure ou propre, qu'elles soient ou non suivies d'un résultat¹³⁹. Cette approche s'accroît à partir de la Réforme du 17 juillet 1951 qui incorpore les articles 338 bis et 489 bis.

3. La commission par omission ne fut réglementée ni dans le projet de 1980 ni dans la proposition d'avant-projet de 1983¹⁴⁰. Elle ne fut pas admise dans le projet de 1980 malgré les idées de quelques pénalistes spécialisés dans ce sujet¹⁴¹ qui proposaient l'inclusion d'une clause générale. Le comité

^{137 bis} Cf. CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, 1998; du même auteur, *Protege el Derecho Penal a los consumidores?*, AP n°18, 1999.

* N.d.T: Anciens textes de lois espagnols.

¹³⁸ Cf. HERRERO HERRERO, C., *La posición de garante, un concepto de compromiso en los delitos de comisión por omisión*, in *Estudios de Derecho Penal, procesal-penal y Criminología*. Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, p. 47-50.

¹³⁹ Quant aux autres classifications des délits d'omission, voir *supra* *Omission, commission, et commission par omission*.

¹⁴⁰ HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, p. 71; du même auteur, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valence, 1997, p. 21 et s.; RODRIGUEZ MOURULLO, G., *La cláusula general sobre la comisión por omisión*, p. 911.

¹⁴¹ CEREZO MIR, J., *Observaciones críticas al Proyecto de Ley Orgánica de CP*, in *La Reforma penal y penitenciaria*, Saint Jacques de Compostelle, 1980, p. 202; MIR PUIG, S., *Observaciones a los títulos preliminar y primero del Proyecto de CP de 1980*, in *La Reforma penal y penitenciaria*, p. 500; TORIO LOPEZ, A., *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, in *ADPCP* 1984, p. 698-699, 702 et s. dans lequel il se montre en faveur d'une prévision de la position de garant dans la Partie Générale, mais sans faire aucune proposition.

spécial rédacteur de l'avant-projet de 1983 estimait que la commission par omission ne devait être admise qu'avec un caractère restrictif, puisqu'une clause générale aurait eu tendance à généraliser l'équivalence entre le non-empêchement d'un résultat illicite et sa production active. Malgré tout, la question fut débattue au sein de la Commission Générale de Codification à propos d'un amendement présenté par Cerezo Mir, et la formule présentée par Barbero Santos fut acceptée:

Celui qui, bien qu'en ayant la possibilité n'empêche pas la production d'un résultat décrit dans la loi pénale, encourra la peine établie pour l'infraction décrite uniquement s'il avait le devoir juridique d'éviter le résultat, et si l'omission peut être assimilée à l'action.

Malgré cela, le Comité spécial maintint sa position d'origine, tout en gardant cette formule comme solution alternative pour que le Gouvernement puisse choisir l'expression qu'il considérerait la mieux adaptée. Le Gouvernement en remettant le projet au Parlement n'inclût pas la clause sur la commission par omission¹⁴². Cependant « la proposition alternative de la Partie Générale du Code Pénal »¹⁴³ présentée au Parlement par le PCE (Parti Communiste d'Espagne) comme « contreprojet » au projet de loi sur la « réforme partielle du Code Pénal » de 1982, contenait bien dans son article 5 une clause générale sur les délits de commission par omission qui se réduisait à la clause d'équivalence¹⁴⁴.

Les délits qui consistent en la production d'un résultat pourront être considérés comme étant commis suite à une action ou à une omission, mais seulement lorsque le non-empêchement du résultat équivaudra à sa production active. Le Juge pourra dans ce cas atténuer la peine conformément à l'article 55.

4. Le Projet de CP de 1992, au contraire, proposait dans son article 10 la clause générale sur la commission par omission suivante :

Les délits ou contraventions qui consistent en la production d'un résultat préjudiciel ou dangereux pourront être commis par action ou par omission, mais dans tous les cas, seulement lorsque le non-empêchement du résultat équivaudra, selon le contenu de la loi, à sa production active.

Cette formule légale fut reçue par la doctrine avec toutes sortes de critiques :

Pour Jescheck¹⁴⁵, l'article 10 de l'avant-projet de 1990¹⁴⁶, qui fut quasiment recopié par celui de 1992, ne dit rien à propos du problème central des délits de commission par omission, c'est-à-dire de la position de garant, et ne dispose pas par conséquent que le devoir d'empêcher le résultat ne peut qu'être un devoir juridique qui affecte personnellement l'auteur par omission (et non pas un devoir moral). Une telle réglementation est réduite à la clause d'équivalence. Il propose donc un texte qui régleme de manière plus complète ce thème par les requis suivants :

- a) que la commission par omission soit admise uniquement dans les cas d'infractions matérielles.
- b) que le devoir d'éviter le résultat provienne du système juridique lui-même et affecte directement l'auteur.
- c) qu'il existe une clause d'équivalence liée expressément aux délits avec des moyens de commission déterminés.
- d) que les fondements matériels trouvent une place dans cette clause, et par conséquent que les deux groupes de positions du garant y soient compris : garants protecteurs (d'attention, de soins) et garants surveillants (de sécurité).

¹⁴² Cf. RODRIGUEZ MOURULLO, G., *La cláusula general sobre la comisión por omisión*, p. 912-913

¹⁴³ MIR PUIG/MUÑOZ CONDE, *La propuesta alternativa de la Parte General del Código Penal*, in CPC, n°18, 1982.

¹⁴⁴ JESCHECK, H. H., *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*, p. 85; SILVA SANCHEZ, J. M^a, *Política Criminal y Reforma legislativa*, p. 1072.

¹⁴⁵ JESCHECK, H. H., *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*, p. 77 et s., p. 85.

¹⁴⁶ L'article 10 du brouillon de l'avant-projet de CP de 1990 énonçait : « *Les délits ou contraventions qui consistent en la production d'un résultat préjudiciel ou de danger pourront être commis par action ou par omission, mais dans ces cas-là, uniquement lorsque le non-empêchement du résultat équivaudra à sa production active.* »

Díaz y García Conlledo¹⁴⁷ voit également cette clause de manière négative, puisqu'elle renvoie à un critère extensif d'assimilation et ne préjuge pas du critère sur lequel elle doit baser cette équivalence. Sa position est cohérente puisque, de même que Luzón Peña il considère la position de garant superflue dans le cadre d'une identité normative entre commission et omission.

Selon Rodríguez Mourullo¹⁴⁸ cet article manque de critères matériels. Il ne mentionne ni l'exigence d'un devoir juridique d'œuvrer, ni les sources de ce devoir. Il ne parle pas non plus du non-empêchement d'un résultat appartenant à un type de délits dont le résultat est prévu et décrit par le droit, mais parle de *délits et contraventions qui consistent en la production d'un résultat*. Il souligne pour cela que du point de vue du principe de légalité rien n'a changé, étant donné qu'il s'agit d'une clause vide avec une valeur purement formelle. Elle requiert bien l'équivalence du non-empêchement du résultat avec sa production active, mais reste muette sur tous les critères qui pourraient servir d'orientation à une telle équivalence, se limitant au *sens du contenu de la loi*, c'est-à-dire à l'infraction correspondante dans la Partie Spéciale.

Romeo Casabona¹⁴⁹ se manifeste en faveur de la clause légale bien qu'elle présente, selon lui, certains défauts : la formule utilisée n'introduit aucun critère pour délimiter qui est le sujet actif du délit ; elle n'indique pas non plus quelles infractions *pourront être commises par action et par omission* et se limite seulement à inclure le principe d'équivalence. Romeo propose la formule suivante :

Les délits ou contraventions qui consistent en la production d'un résultat préjudiciel ou dangereux seront punis, qu'ils soient commis par action ou par omission, mais dans ce second cas de figure, seulement quand le non-empêchement du résultat équivaldra, selon le contenu de la loi, à sa production active, et uniquement dans les cas où le sujet omettant aurait eu l'obligation de l'éviter.

De plus, il propose que soit expliqué dans la Partie Générale qui peut avoir la qualité de sujet actif, au-delà de cette *obligation – juridique – commune d'éviter le résultat*. Il faudrait également préciser quelles incriminations de la Partie Spéciale sont punissables en commission par omission, et prévoir également l'atténuation facultative de la peine dans la Partie Générale.

Silva Sánchez¹⁵⁰, qui est d'avis qu'il faut imposer dans la commission par omission une peine identique à celle du délit de commission correspondant, qualifie d' « assez heureux dans sa rédaction et dans son contenu » l'article 10 du Projet de 1992. Pour cet auteur, de fait, la clause réduit le cadre de la commission par omission aux délits *consistant en la production d'un résultat préjudiciel ou dangereux* qui peuvent être commis par action ou par omission. En ce qui concerne la clause d'assimilation, sa formulation a un caractère quasi tautologique, mais ne spécifie pas les éléments qui doivent être présents dans l'omission pour qu'une telle équivalence soit avérée. Il est seulement dit que l'équivalence existera *selon le contenu de la loi*, c'est-à-dire au moment où elles sont « commises » dans le sens de la description de l'infraction utilisée par le Code. Enfin, il considère, d'un point de vue technique, que la clause pose des difficultés car elle comprend le terme *production active* au lieu de *non empêchement*.

5. Nous arrivons au Projet de 1994, qui indique dans son article 11 :

Les délits ou contraventions qui consistent en la production d'un résultat pourront être considérés comme commis par omission uniquement lorsque le non-empêchement de ce résultat équivaldra, selon le contenu de la loi, à sa production active, enfreignant ainsi un devoir juridique spécial de l'auteur.

¹⁴⁷ DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M., *Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo?* Commentaire de la STS, Salle 2 du 8 octobre 1991, in PJ, num. 24, p. 208, n. 12.

¹⁴⁸ RODRIGUEZ MOURULLO, G., *La cláusula general sobre la comisión por omisión*, p. 915 et s.

¹⁴⁹ ROMEO CASABONA, C. M^a., *Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencia y perspectiva político-criminal*, p. 937; du même auteur, *El Anteproyecto de CP 1992*, in *Propuestas para la Reforma Penal*, Université de la Laguna, 1992, p. 16 et s.

¹⁵⁰ SILVA SANCHEZ, J. M^a., *Política criminal y reforma legislativa en la comisión por omisión*, in *Política Criminal y Reforma Penal*, homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal. Ed Rev. de Derecho Privado, Madrid 1993, p. 1069 et s.

Ce projet du Gouvernement intégra la référence au « devoir spécial », ceci étant probablement dû à l'acceptation partielle d'un amendement de la minorité catalane¹⁵¹.

6. Avant de continuer à étudier l'évolution de la clause générale jusqu'à sa transcription dans l'article 11 du nouveau Code Pénal, je crois opportun de nous arrêter très brièvement pour faire quelques considérations sur la clause générale établie par le système juridique allemand dans son paragraphe 13, qui a sans aucun doute servi de référence dans l'élaboration du texte (même si finalement, l'idiosyncrasie espagnole a ajouté ses propres particularités).

VII. Le paragraphe 13 du Code Pénal allemand

1. En Allemagne, le Code Pénal du 1^{er} janvier 1975 dispose dans son paragraphe 13 que :

Celui qui omet d'éviter un résultat prévu dans la description légale d'une infraction pénale sera puni par la loi seulement s'il lui revient juridiquement le devoir de garantir que le résultat ne se produise pas, et si l'omission équivalait à la réalisation de l'infraction au moyen d'une action.

Ce précepte, actuellement en vigueur, est resté inchangé dans les réformes pénales postérieures. Jusqu'alors en Allemagne les délits de commission par omission n'étaient pas réglementés par la loi, tout comme en Espagne jusqu'au Code de 1995. Que signifiait donc dans le droit pénal allemand cette nouvelle disposition ?

2. En Allemagne, les théoriciens partent de l'idée que la commission par omission est une simple omission revêtue d'une intensité spéciale de devoir, le devoir juridique de garantie. Cela signifie qu'ils considèrent cette modalité dogmatique à la fois comme un peu plus et un peu moins que la commission active, ce qui nous amène à la conclusion suivante : s'il s'agit d'un plus par rapport à la commission active, cette modalité ne pourra pas être ajoutée à toutes les incriminations de la Partie Spéciale, et il sera nécessaire de s'en remettre à un autre procédé d'inclusion dans le Code. S'il s'agit d'un moins par rapport à commission active, il faudra au minimum garantir la possibilité d'une sanction minorée. Le paragraphe 13 admet les deux interprétations¹⁵².

3. La formulation allemande exprimait clairement l'existence réelle des délits de commission par omission et la volonté du législateur de les sanctionner. Jusque là il n'était possible de punir ce type de délits que par leur incorporation dans les délits de commission, ce qui soulevait un double questionnement dans la doctrine allemande : d'une part, la question était de savoir si cette incorporation était une interprétation admissible ou si elle consistait en une analogie prohibée de ce qui est réellement décrit dans la loi comme un fait actif. D'autre part, la jurisprudence développée autour de la position du garant suscitait quelques doutes quant à la sécurité juridique. Ces deux problèmes se réglèrent grâce à la nouvelle disposition. Le soupçon portant sur une possible violation de l'interdiction de l'analogie fut écarté et l'interprétation authentique du législateur contenue dans le paragraphe 13 - *sera puni par la loi* - éloignait toute insécurité. La loi autorisait avec le paragraphe 13, et comme nous le verrons, également avec l'article 11 du Code Pénal espagnol de 1995, la possibilité qu'une infraction formulée positivement se produise par omission. En d'autres termes, les incriminations de commission peuvent inclure les cas de commission par omission, c'est-à-dire une même disposition punit également le résultat occasionné par omission, mais pour cela l'existence d'un garant est nécessaire¹⁵³.

4. Le devoir d'agir, ou comme l'exprime la terminologie allemande « le devoir juridique de garantie », transforme la personne ayant ce devoir en garant de la non-réalisation du résultat. La position de garant apparaît ainsi dans la doctrine comme le trait d'union entre l'action et l'omission. En conséquence, sans position de garant il n'existe pas de sanction pour les délits de commission par omission¹⁵⁴. Dans le

¹⁵¹ VIVES ANTON et a., *Comentarios al CP de 1995, Vol. I*, Valence, 1996, p. 84.

¹⁵² Vid. SILVA SANCHEZ, J. M^a, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código Penal*, in *La Ley*, n° 4144, 15 octobre 1996, p. 1 et s.

¹⁵³ ROXIN, C., *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Straf-gesetzbuch*, in *JUS*, 1973, p. 197.

¹⁵⁴ ARZT, G., *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, in *JA*, 1980, p. 556 et s. Même dans le cas où le critère d'identité structurelle et normative était adopté, la position de garant serait nécessaire. Voir en ce sens SILVA

paragraphe 13 du Code Pénal allemand l'exigence de la position du garant sert de solution à la difficulté de l'assimilation entre action et omission. Il s'ensuit que la position de garant se trouve au cœur de la problématique des délits de commission par omission, puisqu'elle détermine le cercle de personnes qui peuvent être auteurs de ce genre de délits¹⁵⁵.

5. Conformément au paragraphe 13, la production d'un résultat prévu par le droit appartient à la description objective d'un délit de commission par omission¹⁵⁶ dans le Code. On estime que la causalité qui manque dans l'omission peut être substituée par le devoir d'éviter un résultat, même si l'on considère que l'illégalité d'une modalité de l'action ne peut pas correspondre à une simple passivité.

6. La doctrine allemande se montrait inquiète devant une clause sur la commission par omission dans la Partie Générale du Code. Dans un premier temps, la clause déconcertait. La première moitié de la phrase indique que celui « à qui il revient juridiquement le devoir de garantir la non-production du résultat » ne peut être tenu pour responsable si l'on n'ajoute pas l'équivalence prétendue et supplémentaire entre action et omission, ce qui permettrait de supposer que l'équivalence est déjà en soi une hypothèse de la position du garant. Dans ce sens, la doctrine allemande pensait que la clause pouvait même être dangereuse, puisque si l'on profite de l'occasion pour faire correspondre juridiquement de façon extensive – de manière indiscutable - action et omission, on pourrait toujours de la même manière éviter l'application d'une peine dans un cas particulier, niant cette même correspondance¹⁵⁷.

La seconde nouveauté du paragraphe 13 était la clause d'équivalence, « si l'omission équivaut à la réalisation de l'infraction au moyen d'une action », ou, ce qui revient au même, « si l'omission équivaut à l'action ». La possibilité de l'identité parfaite de valeur entre le non-empêchement du résultat prévu par le Code et la production active de ce même résultat fut l'un des problèmes traités avec une attention spéciale par la doctrine allemande. Pour Roxin¹⁵⁸, la seule violation du devoir de garantie n'est pas suffisante pour sanctionner un fait en commission par omission. Plus encore, il est nécessaire de prouver dans tous les cas que le comportement du garant équivaut à celui d'une commission. Ce n'est que dans le cadre d'une relation sociale spécifique que certaines omissions de devoir déterminées peuvent être considérées comme identiques au comportement actif. Rudolphi exige également qu'en plus de la position de garant, l'omission équivaille à la production active du résultat, c'est-à-dire qu'il exige les mêmes éléments structuraux dans l'omission que dans l'action positive¹⁵⁹.

La troisième nouveauté du paragraphe 13 est l'introduction d'une clause d'atténuation facultative. Une partie de la doctrine allemande estime que l'omission est moins grave que l'agissement, c'est pourquoi ils admettent l'assimilation de certaines omissions avec la commission active, non pas sur un plan dogmatico-structurel, mais sur un plan axiologique, (les deux origines du délit étant formellement passibles de la même peine), ce qui permet au moins une atténuation de la peine par rapport à celle de la commission, c'est-à-dire de considérer que le résultat non empêché par l'omettant doit être puni avec une sévérité moindre que la conduite active¹⁶⁰. Ces questions, entre autres, permirent que le Comité spécial du Parlement créé pour la Réforme du Code introduise l'atténuation – bien que facultative – de la peine, mais les critiques de la doctrine ne se firent pas attendre. Il était certainement contradictoire, d'une part, d'incorporer l'omission d'éviter le résultat dans une infraction de la Partie Spéciale pour

SANCHEZ, J. M^a, *El delito de omisión*, p. 369.

¹⁵⁵ ARZT, G., *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, p. 553.

¹⁵⁶ WESSELS, J., *DP PG*, p. 213.

¹⁵⁷ ROXIN, C., *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Straf-gesetzbuch*, in *JUS*, 1973, p. 197 et s.

¹⁵⁸ ROXIN, C., *Política Criminal y sistema del Derecho penal*, p. 46 et s.

¹⁵⁹ RUDOLPHI, H. J., *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966, p. 98 et s. ; du même auteur, in *SK StGB*, 6^{ème} éd. 1992, 13/17.

¹⁶⁰ RODRIGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, p. 98 et s.

admettre la commission par omission, et, d'autre part, de donner au juge la faculté d'atténuer la peine. Il s'ensuivit que Schöne n'admit pas une réduction de la peine en cas de commission par omission¹⁶¹.

7. En résumé, ce qui permet de clarifier le paragraphe 13 est que l'incrimination comprend aussi bien la commission que l'omission, même s'il est difficile d'y voir un pas considérable¹⁶² étant donné que ceci n'était pas sérieusement remis en cause¹⁶³. Cette clause prétendait réduire les possibilités de sanction de ce genre d'omissions. L'introduction de l'article 13 dans la Partie Générale du CP allemand n'a rien apporté d'essentiel à la résolution des questions extrêmement délicates concernant ces délits. Ledit précepte a de plus été remis en question, et commence à ne plus être vu comme la formule adéquate pour résoudre les problèmes de la commission par omission¹⁶⁴. Si l'on affirme que la position de garant est valable et parfaitement appropriée aux infractions matérielles (homicide, blessures corporelles et dommages par exemple), délits-types sur la base desquels s'est développée historiquement la figure du garant, alors l'omission du garant qui n'évite pas la production du résultat correspond toujours à la commission de ce même résultat par une « action positive », et donc aucune vérification additionnelle n'est nécessaire. Comprise dans ce sens, la formule du paragraphe 13 n'a aucune signification autonome. Roxin¹⁶⁵ conclut ainsi que la mission de la clause d'équivalence n'était autre que d'inciter le juge à faire une étude générale de ce qui lui paraît flou, incompréhensible ou peu clair dans chaque cas qui lui était soumis. La position de garant permet d'atténuer la confusion, et d'étendre le champ de la sécurité juridique, laissant l'affaire à la discrétion du juge. Au fond, malgré la disposition légale, la question reste ouverte.

VIII. La commission par omission dans le Code Pénal en vigueur: l'article 11¹⁶⁶

1. Le problème fondamental de la commission par omission concerne le fait d'assimiler la réalisation d'un résultat prévu dans le Code par un comportement passif, avec une action positive. Dans notre pays, malgré la proposition d'une partie de la doctrine d'introduire un catalogue fermé – *numerus clausus* – des situations possibles de commission par omission dans la Partie Spéciale¹⁶⁷, le Code Pénal espagnol adopté par le Parlement le 8 novembre 1995 prévoit dans sa Partie Générale, et plus exactement dans l'article 11, l'infraction pour laquelle le délit de commission par omission, maintenant prévu légalement, prend toute son ampleur¹⁶⁸ :

Les délits ou contraventions qui consistent en la production d'un résultat seront considérés commis par omission uniquement lorsque le non-empêchement de ce résultat équivaudra, selon le contenu de la loi, à sa production active, et qu'il y a violation d'un devoir juridique spécial de l'auteur. A cet effet il est possible d'assimiler l'omission à l'action : a) lorsqu'il existe une obligation spécifique légale ou contractuelle d'agir ; b) lorsque l'omettant a créé une situation de risque pour la valeur juridiquement protégée au moyen d'une action ou d'une omission précédente.

Ce qui, à la vue de l'article 1.1 du Code Pénal de 1995

Aucune action ni aucune omission ne sera punie si elle n'est pas prévue comme un délit ou une contravention par une loi antérieure à sa perpétration.

¹⁶¹ SCHÖNE, W., *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, 1974, p. 339 et s.

¹⁶² ROXIN, C., *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Straf-gesetzbuch*, in *JUS* 1973, p.198 ; SCHÖNE, W., *Unterlassene Erfolgabwendungen und Strafgesetz*, 1974, p. 324.

¹⁶³ FREUND, G., *Erfolgdelikte und Unterlassen*, 1992, p. 1.

¹⁶⁴ Voir SILVA SANCHEZ, J. M^a, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código Penal*, in *La Ley*, n° 4144, 15 octobre 1996, p. 1 et s.

¹⁶⁵ ROXIN, C., *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Straf-gesetzbuch*, in *JUS*, 1973, p. 199.

¹⁶⁶ Cf. CUADRADO RUIZ, M^a A., *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Barcelone, 1998.

¹⁶⁷ HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, p. 163 et s.; du même auteur, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, éd. Tirant lo Blanch, Valence, 1997, *passim*.

¹⁶⁸ MIR PUIG, CEREZO MIR, TORIO LOPEZ, ZUGALDIA ESPINAR, entre autres, le préconisaient ainsi ; voir SILVA SANCHEZ, J. M^a, *Política Criminal y Reforma legislativa en la comisión por omisión*, p. 1071.

dégage toute une série de doutes par rapport aux exigences du principe de légalité¹⁶⁹. De la même manière, les actions ou omissions imprudentes *seront uniquement punies lorsque la loi le dispose expressément* (art. 12).

2. L'article 11 du CP prétend résoudre le problème du sujet qui n'agit pas, qui laisse faire ou qui omet d'agir : est-il également responsable du délit contre la santé publique, de la fraude, du vol, des blessures ou de la mort de la victime? La formule finalement adoptée n'est pas à l'abri des objections mais offre tout de même une base légale aux praticiens et quelques lignes directrices pour qu'ils puissent résoudre le problème quand il se présente à eux, sans recourir à des critères extralégaux ou purement doctrinaux qui pourraient enfreindre le principe de légalité¹⁷⁰.

3. Cependant le texte était dans une certaine mesure inutile pour une partie de la doctrine : la jurisprudence n'avait jamais dépassé les limites permises par les exigences du principe de légalité, n'étant jamais tombée dans des excès¹⁷¹. Dans tous les cas, la formule de l'article 11 comble une lacune légale : on répétait sans cesse que l'omission n'était rien, et que rien ne peut causer, ce qui aujourd'hui n'est plus possible grâce à ce précepte.

4. L'actuel mouvement de réforme du Droit Pénal se montre en faveur de la consécration *législativ*e du principe de base qui permet d'assimiler la commission par omission à la commission active. Le paragraphe 13 du StGB¹⁷² allemand, mais également le paragraphe 2 du ÖStGB autrichien¹⁷³ et l'article 40 du Code Pénal italien¹⁷⁴ entre autres, l'ont ainsi consacré. Cette clause apparaît également dans l'article 13 du Code Pénal brésilien¹⁷⁵, dans l'article 10 du Code Pénal portugais¹⁷⁶ et dans l'article 1.2 du Projet polonais¹⁷⁷. Le système juridique espagnol s'est joint à cette tendance, contrairement aux systèmes anglais et français.

5. La réglementation proposée par le Gouvernement pour introduire la commission par omission dans le Code a connu des changements lors des phases de discussions de la Commission et de rapport à la Chambre des Députés. Dans cette dernière phase, la première partie de l'article 11 du Projet de 94 fut transformée par l'acceptation de l'amendement 226 du Groupe Populaire qui proposait d'améliorer la

¹⁶⁹ MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN, *DP PG*, 2ème éd., p. 251 et s.; 3ème éd. p. 275.

¹⁷⁰ MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN, *DP PG*, 2ème éd., p. 256 et s.; 3ème éd. p. 272 et s.

¹⁷¹ VIVES ANTON et a., *Comentarios al CP de 1995, Vol. I*, Valence, 1996, p. 84 et s.; SILVA SANCHEZ, J. M^a, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código Penal*, p. 3-4 : En toute logique par rapport à la thèse qu'il défend sur la pleine identité structurelle sur le plan normatif, il considère les hypothèses de commission par omission comme des hypothèses assimilables avec la commission active quant à la peine, c'est pourquoi une clause comme celle du nouvel article 11 n'était pas nécessaire, puisque les seules hypothèses de commission par omission sont inscriptibles dans les infractions de la Partie Spéciale, puisqu'elles sont "structurellement identiques" sur le plan normatif aux hypothèses de commission active.

¹⁷² Voir *supra*.

¹⁷³ Le paragraphe 2 du ÖStGB autrichien contient une disposition similaire : « *La causation d'un résultat préjudiciable est punissable par la loi. Est également punissable celui qui, obligé par le système juridique en vertu d'une obligation qui lui revient spécialement, omet d'éviter le résultat préjudiciable. L'omission par l'obligé juridiquement de l'empêchement du résultat équivaut à la réalisation de l'infraction légale pénale au moyen d'une action* ».

¹⁷⁴ L'article 40 du CP italien dispose : « *ne pas empêcher un résultat qui doit être en vertu d'une obligation juridique équivaut à le causer* ».

¹⁷⁵ L'article 13 du CP brésilien, paragraphe 2 dispose : « *l'omission sera pénalement significative quand l'omettant devait et pouvait agir pour éviter le résultat. Le devoir d'agir incombe à :*

- *celui qui, en vertu d'une loi, avait une obligation de soins, protection ou surveillance.*
- *celui qui assumait d'une autre manière la responsabilité d'empêcher le résultat.*
- *celui qui, de par son comportement antérieur a créé le risque de production du résultat.* »

¹⁷⁶ L'article 10 du CP portugais dispose : « *1. Quand une infraction légale comprend un certain résultat, le fait comprend non seulement l'action nécessaire pour le produire, mais également l'omission de l'action adéquate pour l'éviter, sauf si la loi en dispose autrement. 2. La commission par omission d'un résultat est punissable uniquement quand retombe sur l'omettant un devoir juridique qui l'oblige personnellement à éviter ce résultat. 3. La peine pourra être atténuée de manière spéciale en cas d'application du numéro antérieur.* »

¹⁷⁷ L'avant-projet du CP polonais de mars 1993 disposait dans son article 1.2 : « *Seule la personne qui a l'obligation juridique spéciale d'éviter le résultat peut être responsable pénalement pour un délit matériel d'omission.* »

référence au devoir juridique : « ... *podrán ser comprendidos como si se hubieran realizado por omisión...* ». Etant d'une valeur impérative moindre, la rédaction définitive fut la suivante : « *serán considerados como si se hubieran realizado por omisión únicamente cuando...* ».

Dans la phase de Commission, une modification bien plus substantielle eut lieu : la détermination des hypothèses dans lesquelles *on entend* que le sujet qui omet une conduite se trouve en *posición de garantía especial*. L'énumération définitive des sources de la position de garant fut proposée et défendue par le PNV (Parti Nationaliste Basque). Cette modification se trouvait dans l'amendement n°2 du Groupe Parlementaire Basque et fut adoptée. Selon Don Emilio Olabarria qui défendait cet amendement, on cherchait une meilleure définition des cas où l'omission doit être assimilée à l'action. De son côté, le député socialiste M. Barrero défendait l'idée selon laquelle la référence au devoir juridique était suffisante et que l'on n'avait pas besoin de préciser les positions de garantie, mais a finalement admis son inclusion¹⁷⁸. On arriva ainsi à la rédaction de l'article en vigueur dont la première partie coïncide substantiellement avec l'article 11 du Projet de CP de 1994 malgré quelques modifications, la seconde partie étant le fruit de la procédure parlementaire.

6. Le texte de 1995 a mélangé deux perspectives radicalement opposées : la thèse de l'identité structurelle totale sur le plan normatif, bien qu'elle fût concrétisée dans le Code avec une terminologie « plus faible » (équivalence selon le contenu de la loi) et la thèse qui base la commission par omission sur l'omission pure, c'est-à-dire la violation d'un devoir qui, en vertu de la seconde partie de l'article 11, est définie dans des termes principalement formalistes¹⁷⁹.

La première phrase du précepte concrétise la position d'une partie de la doctrine moderne (à laquelle je me suis référée plus haut¹⁸⁰) qui, en règle générale, estime que la légalisation expresse de la commission par omission est inutile, affirmant que l'identité structurelle totale sur le plan normatif assimile action et omission, ce qui suppose des comportements distincts de ceux exigés par le droit, comportements qui créent ou augmentent le risque de production du résultat. Cela conduit inévitablement à instaurer des positions sociales et personnelles déterminées de prise de responsabilité face à la valeur sociale¹⁸¹, bien qu'elles ne s'identifient pas toujours avec le concept plus formel de « devoir juridique » ou de position de garant. Pour toutes ces raisons, une clause générale n'était pas du tout indispensable¹⁸².

La seconde partie du précepte reprend les thèses de la doctrine traditionnelle pour laquelle l'exigence d'un véritable *devoir juridique de garantie*¹⁸³, un *devoir spécial juridique de l'auteur* représente la dernière phase du processus de réduction du champ de la commission par omission¹⁸⁴. La

¹⁷⁸ Cf. LOPEZ GARRIDO/ GARCIA ARAN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid, 1996, p. 49 et s.; *Código penal. Especial monográfico. Comentarios y notas. Crónica Parlamentaria*. Ed. Tapia, Madrid 1996, voir Procédure Parlementaire, Livre I, Titres I et II.

¹⁷⁹ SILVA SANCHEZ, J. M^a, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del artículo 11 del Código Penal*, p. 3-4.

¹⁸⁰ Voir *supra* (GIMBERNAT, LUZON PEÑA, DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, SILVA SANCHEZ, GRACIA MARTIN)

¹⁸¹ LUZON PEÑA, D. M, *Estudios Penales*, 1991, p. 177, 235 et s., 240-241; du même auteur, *Participación por omisión y omisión de impedir delitos*, in *La Ley*, an VII, n° 1538, p. 4.

¹⁸² Voir LOPEZ GARRIDO/GARCIA ARAN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 49 et s.

¹⁸³ Si, jusqu'au milieu des années 50 la doctrine espagnole était hésitante quant à la reconnaissance de la nature juridique du devoir d'agir qui sert de base pour la responsabilité pénale au titre de commission par omission (JIMENEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho penal*, III, Buenos Aires, 1951, p. 364, admet, en plus de la violation de devoirs juridiques qui émanent de la loi, du contrat ou de n'importe quelle autre obligation juridique ou d'une conduite précédente, « ceux qui surgissent de devoir moraux exigés aujourd'hui par le fait de vivre en société » dans les délits de commission par omission); d'autres auteurs insistèrent fermement sur la nature *juridique* du devoir d'agir (ANTON ONECA, J., *Derecho penal. Parte General*, tome 1, 1949, p. 172). Actuellement, il est unanimement admis par la doctrine que la violation du devoir d'agir dans la commission par omission est la violation d'un devoir juridique, et non d'un devoir social ou moral, voir MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN, *DP PG*, 2^{ème} éd., p. 251 et s., 256 et s. ; 3^{ème} éd., p. 274. Ce devoir juridique de garantie est également distinct des devoirs moraux et du devoir général d'empêcher certains délits établi dans l'article 450 du CP de 1995, qui répond plutôt à une idée générique de solidarité humaine.

¹⁸⁴ La doctrine traditionnelle maintenue entre autres par RODRIGUEZ DEVESA, COBO et VIVES est celle de la théorie formelle du devoir juridique. Cf RODRIGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro en el Código Penal*, p. 102 et s.

responsabilité au titre de la commission par omission peut seulement être admissible s'il existe ce devoir juridique aux caractéristiques très concrètes, et l'on fait ainsi un pas de plus pour se rapprocher du principe de légalité quand ce principe de base n'est pas exclusivement confié à la doctrine scientifique et jurisprudentielle, mais s'élève au rang de principe légal. La détermination des sources de cette obligation est le but que l'article 11 prétend assumer, d'une manière peu convaincante cependant.

7. Il semble découler de la rédaction du précepte que la règle générale serait la non-assimilation des délits actifs aux délits passifs et que l'exception serait, précisément, la punition des conduites passives comme si elles étaient actives au moyen de la formule de l'article 11¹⁸⁵. A la première lecture, il n'est pas très clair si l'omission est assimilée à l'action à chaque fois que concourent les paragraphes a) et b) de l'article 11, ou s'il est en plus nécessaire que *selon le sens de la loi* [l'omission] *équivalle (...) à sa production active* [du résultat]¹⁸⁶. Personnellement, je penche pour une interprétation harmonieuse du précepte. Ce qu'il faut tout d'abord se demander c'est si la « violation d'un devoir spécial juridique » implique par elle-même l'équivalence « selon le contenu de la loi » ou si deux jugements sont nécessaires. Selon moi, la violation du devoir et l'équivalence selon le contenu de la loi qui doit être considérée comme l'expression d'une identité sur le plan des structures normatives¹⁸⁷ sont toutes deux nécessaires ; c'est-à-dire que je penche pour une double exigence :

a) D'une part, il y a nécessité d'un devoir juridique, et pas uniquement et strictement l'un de ceux mentionnés dans les paragraphes a) et b). En réalité, les hypothèses qu'énumère le Code sont des références formelles insuffisantes pour comprendre tous les cas dans lesquels il peut y avoir une identité structurelle normative entre omission et commission, selon le sens du texte de loi. Pensez par exemple à la cohabitation de fait d'un couple non marié, et par conséquent sans obligations légales ni contractuelles *spécifiques* dérivées de cette situation¹⁸⁸, ou aux hypothèses dans lesquelles le sujet peut avoir assumé la fonction spécifique de maîtriser les causes de risques pour la valeur sociale, n'ayant pas leur origine dans une obligation légale ou contractuelle concrète, comme peuvent l'être les situations de communauté de risque¹⁸⁹. Autre exemple, dans la STS du 22 septembre 1993, la Cour fonde la position de garant sur une acceptation volontaire de fonctions protectrices spécifiques, qui existe lorsque l'obligation d'empêcher certains résultats est assumée expressément ou tacitement, obligation qui constitue précisément l'objet de l'acceptation, mais qui ne peut pas toujours se fonder sur la loi ou un contrat. Pour cela, une telle énumération doit être considérée comme ouverte, comme présentant simplement des exemples¹⁹⁰.

Je considère qu'il aurait été plus logique de développer pleinement la seconde partie de l'article 11 de manière identique au système pénal brésilien dans son article 13¹⁹¹, si ce que l'on recherchait était l'énumération expresse des sources de la position de garant. La clause brésilienne explicite les sources de la position de garant en mélangeant les sources formelles (loi, ingérence*) et les sources matérielles

¹⁸⁵ LANDECHO VELASCO/ MOLINA BLAZQUEZ, *DP PG*, éd. Tecnos, 5^{ème} éd., 1996, p. 256 et s.

¹⁸⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Código penal*, Prologue, éd. Tecnos, 1995.

* N. d. T: l'ingérence (en espagnol, *inferencia*) est la création par le sujet d'une situation dangereuse par une commission ou par une omission. C'est une source de la position de garant du sujet.

¹⁸⁷ MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN, *DP PG*, 2^{ème} éd., p. 256 et s.; 3^{ème} éd., p. 275 et s. ; SILVA SANCHEZ, J. M^a, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código Penal*, p. 3-4; QUINTERO OLIVARES et a., *Comentarios al nuevo Código penal*, éd. Aranzadi, 1996, p. 85 et suiv; VIVES ANTON et a., *Comentarios al CP de 1995, Vol. I*, Valence, 1996, p. 84 et s.

¹⁸⁸ MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *DP PG*, 2^{ème} éd., p. 256 et s.; 3^{ème} éd. p. 274.

¹⁸⁹ QUINTERO OLIVARES et a., *Comentarios al nuevo Código penal*, éd. Aranzadi, 1996, p. 85 et s.

¹⁹⁰ MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *DP PG*, 2^{ème} éd., p. 256 et s.; 3^{ème} éd., p. 275 et s. ; MIR PUIG, S., *DP PG*, 4^{ème} éd., p. 306 ; et SILVA SANCHEZ, J. M^a, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código penal*, p. 3-4 considèrent l'énumération de sources de l'article 11 simplement indicative, tandis que MORALES PRATS dans QUINTERO OLIVARES et a., *Comentarios al nuevo Código penal*, éd. Aranzadi, 1996, p. 85 et s. et VIVES ANTON et a., *Comentarios al CP de 1995, Vol. I*, Valence, 1996, p. 84 et s. considèrent le catalogue de sources comme étant déterminé.

¹⁹¹ Voir *supra* note 175.

(garant protecteur de la valeur sociale, garant surveillant d'une source de danger), permettant même de prendre en considération la position de garant sous toutes ses formes, pour empêcher le résultat.

b) D'autre part, l'omission doit être équivalente *selon le contenu de la loi* avec l'action positive. Pour cela, l'omission devra être incorporée dans la description légale du fait¹⁹². L'assimilation matérielle ne requiert pas seulement une position spéciale de devoir, mais également une relation spéciale avec la valeur sociale¹⁹³ qui devra être constatée à l'aide de la théorie des fonctions, c'est-à-dire qu'il faudra joindre la situation légalement prévue du devoir d'agir avec la position de garant qui existe quand une *fonction spécifique de protection de la valeur sociale* ou une *fonction personnelle de maîtrise d'une source de danger*¹⁹⁴ reviennent au sujet.

Le devoir juridique spécial délimite ainsi le champ dans lequel l'équivalence matérielle peut être vérifiée. De cette manière, grâce à la rédaction de la seconde partie de l'article 11 qui signale comment l'action peut être assimilée à l'omission, l'idée d'équivalence selon le contenu de la loi devient le critère directeur de tout le précepte, de façon à ce qu'il faudra ajouter à la simple constatation de l'obligation légale, contractuelle ou découlant de l'action précédente une décision d'équivalence au sens strict. Pour cela, il ne me semble pas que d'un point de vue normativo-matériel, la référence à la violation d'un devoir juridique spécial, qui n'existait pas dans le Projet de 1992, trouble le critère central d'*assimilation normativo-matérielle* d'identité structurelle. Au contraire, de cette manière, les sources formelles et les sources matérielles se recouvrent et se complètent¹⁹⁵.

8. Après l'incorporation dans le Code de l'article 11, il est possible d'affirmer que les délits de commission par omission sont le complément des délits d'action -comme variante de l'omission-, si la production du résultat est contenue dans l'incrimination objective¹⁹⁶.

a) Le législateur décrit la *production du résultat* comme un des éléments du délit de commission par omission¹⁹⁷. En effet, l'article 11 dispose que :

« Les délits ou contraventions qui consistent en la production d'un résultat seront considérés commis par omission uniquement lorsque le non-empêchement de ce résultat équivaudra, selon le contenu de la loi, à sa production active. »

Le délit de commission par omission est par définition une infraction matérielle¹⁹⁸, ou, comme le soutient Gimbernat¹⁹⁹, un délit produisant un préjudice, et est ainsi le reflet du délit de commission, c'est-à-dire

¹⁹² GRACIA MARTIN, L., *Código penal y Leyes penales especiales*, Egido Ed., Saragosse, 1996, p. 38.

¹⁹³ VIVES ANTON et a., *Comentarios al CP de 1995, Vol. I*, Valence, 1996, p. 84 et s.

¹⁹⁴ MIR PUIG, S., *DP PG*, 4^{ème} éd., p. 306.

¹⁹⁵ MORALES PRATS dans QUINTERO OLIVARES et a., *Comentarios al nuevo Código Penal*, éd. Aranzadi, 1996, p. 85 et s. s'oppose à cette vision.

¹⁹⁶ JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 29/2 ; WESSELS, J., *Strafrecht AT*, p. 213.

¹⁹⁷ GÜNTGE, G-F., *Begehen durch Unterlassen*, p. 29; SCHÖNE, W., *Sobre la posición del resultado en los delitos cuasidolosos de omisión*, in CPC, 1977, p. 63 et s., p. 72.

¹⁹⁸ Les infractions matérielles sont celles qui exigent la production d'un résultat extérieur et dissociable de l'action elle-même pour que le délit soit consommé. La description objective de l'infraction décrit en général un résultat que le législateur prétend éviter, de manière que la norme de conduite peut pousser le sujet à éviter n'importe quel fait qui pourrait conduire à la production de ce même résultat. En d'autres termes, la norme pénale n'interdit pas les résultats, mais interdit les comportements qui contiennent un risque de produire ces résultats. Cf. DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Tipicidad e imputación objetiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valence 1996, p. 107 et s.; voir également GÜNTGE, *Begehen durch Unterlassen*, p. 57 ; SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, p. 231 et s.; du même auteur, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, p. 84; du même auteur, *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal...*, p. 536, conçoit également le délit de commission par omission comme une infraction matérielle, de sorte qu'il fonde le devoir de garantie sur la base de la *maîtrise du garant sur la cause du résultat* ; pour JAKOBS, G., *DP PG*, 6/84, les descriptions des infractions matérielles peuvent se limiter à décrire auteur et résultat, ou bien ajouter une *limitation de la conduite*, c'est-à-dire limiter les moyens pour atteindre le résultat à une seule des variantes possibles dans la pratique. La limitation de la conduite, au cas où l'on passe des délits de commission aux délits de commission par omission, doit correspondre à la production du résultat au moyen d'une commission. Selon l'article 11, elle doit équivaloir à sa production active.

¹⁹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Causalidad, omisión e imprudencia*, in ADPCP, 1994, p. 5-6, dans les infractions matérielles le législateur sanctionne le dommage effectif produit sur la valeur sociale, et, selon une autre terminologie qu'il n'utilise pas, les infractions matérielles devraient être appelées « de résultat ». Cependant, cette terminologie ne s'ajusterait pas

que les éléments objectifs de l'infraction en relation avec le résultat sont identiques à ceux du délit de commission²⁰⁰. En réalité, sa particularité réside dans le fait que le résultat prévu par la loi n'est pas produit par une action, mais qu'il n'est pas évité à cause de l'omission d'une action possible de l'auteur²⁰¹. Et c'est dans ce non-empêchement du résultat que réside l'essence du délit de commission par omission²⁰². S'il n'y a pas de résultat on ne pourra pas parler de commission par omission. C'est précisément pour ces raisons que le résultat apparaît comme un des éléments de l'infraction dans la description du délit de commission par omission, non seulement dans notre Code Pénal, mais aussi dans d'autres systèmes juridiques. Ainsi par exemple dans le paragraphe 13 du StGB allemand :

« Celui qui omet d'éviter un résultat prévu dans la description légale d'une infraction pénale sera puni par la loi seulement s'il lui revient juridiquement le devoir de garantir que le résultat ne se produise pas, et si l'omission équivaut à la réalisation de l'infraction au moyen d'une action. »

Le paragraphe 2 du ÖStGB autrichien contient une disposition similaire :

« La production active d'un résultat préjudiciable est punissable par la loi. Est également punissable celui qui, obligé par le système juridique en vertu d'une obligation qui lui revient spécialement, omet d'éviter le résultat préjudiciable. L'omission par la personne juridiquement obligée de l'empêchement du résultat équivaut à la réalisation de l'infraction légale pénale au moyen d'une action ».

ainsi que l'article 13.2 du Code Pénal brésilien²⁰³ :

« L'omission sera pénalement significative quand l'omettant devait et pouvait agir pour éviter le résultat. »

ou l'article 10.1 du Code Pénal portugais²⁰⁴ qui dispose

« Quand la description légale d'une infraction mentionne un certain résultat, le fait comprend non seulement l'action nécessaire pour le produire, mais également l'omission de l'action adéquate pour l'éviter, sauf si la loi en dispose autrement. »

ou l'article 40 du Code Pénal italien qui dispose

« Le non-empêchement d'un résultat qui doit l'être en vertu d'une obligation juridique équivaut à sa production active ».

Egalement dans l'avant-projet du CP polonais de mars 1993, dans l'article 1.2 le résultat est considéré comme un élément du délit de commission par omission :

« Seule la personne qui a l'obligation juridique spéciale d'éviter le résultat peut être responsable pénalement pour un délit matériel²⁰⁵ d'omission. »

Ces préceptes exigent que l'omettant soit responsable juridiquement quand le résultat se produit. La production du résultat réprouvé par le droit est illégale, c'est un élément de l'infraction²⁰⁶.

b) Qu'est-ce qu'un résultat dans le délit de commission par omission de l'article 11 CP ?

totalément à la réalité vu qu'au sens ample, les délits-obstacles sont également suivis d'un résultat.

²⁰⁰ JESCHECK, H., H., *Tratado DP PG*, 3^{ème} éd., p. 883 ; du même auteur, *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*, in Cuadernos CGPJ, 8, p.77; FREUND, G., *Erfolgsdelikte und Unterlassen*, 1992, p. 128, 133; JAKOBS, G., *DP PG*, 29/8; MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN, *DP PG*, p. 227 ; 3^{ème} éd., p. 272 ; RODRIGUEZ MOURULLO, G., *La cláusula general sobre la comisión por omisión*, p. 906; SILVA SANCHEZ, J. M^a, *El delito de omisión*, p. 348, 349, 371; ROMERO CASABONA, C. M^a, *Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político criminal*, p. 925, 937.

²⁰¹ JESCHECK, H. H., *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*, in Cuadernos del CGPJ, n°8, Journées sur la "réforme du Droit Pénal en Allemagne", p. 77; SILVA SANCHEZ, J. M^a, *El delito de omisión*, p. 352.

²⁰² RODRIGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro*, p. 74.

²⁰³ Voir MUÑOZ CONDE, F., *Nueva parte general del Código penal brasileño*, in ADPCP 1987, p. 726.

²⁰⁴ Voir MAIA GONCALVES, *Código penal português anotado y comentado y legislación complementaria*, 4^{ème} éd., Coimbra, 1988, p. 86-88.

²⁰⁵ On entend par délit matériel une infraction matérielle (N.d T. : infraction qui n'existe que lorsque le résultat recherché a été obtenu).

²⁰⁶ MIR PUIG, S., *DP PG*, 3^{ème} éd., p. 333 ; JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 29/2 ; WESSELS, J., *Strafrecht A*, p. 213; SCHÖNE, W., *Unterlassene Erfolgsabwendungen*, p. 90 et s. ; du même auteur, *Sobre la posición del resultado en los delitos cuasidolosos de omisión*, in CPC, 1, 1977, p. 71, 72.

En principe, comme l'affirme Jakobs²⁰⁷, le résultat dans le sens des préceptes comme ceux précédemment énoncés consiste en tout ce qui peut être évité. Le fait que l'action attendue ne soit pas réalisée ne suffit pas, il faut qu'un résultat non évité par l'omettant se produise.

Lorsqu'on parle de résultat, il est possible de différencier un concept restreint d'un concept ample. Dans un sens restreint, le concept de résultat est affirmé par la différenciation entre infractions matérielles et infractions formelles²⁰⁸. Dans les infractions matérielles il convient de différencier les infractions matérielles concrètes des délits-obstacle. Il y aura un résultat dans les deux cas : dans les infractions matérielles concrètes il existe une atteinte effective aux valeurs protégées, mais il existe également un « résultat » dans les délits-obstacle, qui se situent en position équidistante entre les infractions matérielles et les infractions formelles²⁰⁹. Dans les délits-obstacle, pour lesquels la menace touchant la valeur sociale qui n'a pas réussi à se concrétiser dans un résultat matériel est sanctionnée, il existe bel et bien un résultat : le danger, puisqu'un résultat de risque s'est produit pour la valeur sociale, sur la base d'un pronostic *ex ante*. Le résultat consisterait en la création d'une situation de risque pour la valeur sociale, qui n'a pas pu être réduite²¹⁰. Pour affirmer la consommation du délit en commission par omission il faudra que le préjudice ou la mise en danger (résultat de danger concret-abstrait²¹¹) de la valeur sociale protégée soit vérifié(e). La nouveauté de l'article 11 CP est la réalisation d'une assimilation légale expresse des résultats de préjudice et de danger²¹², ce qui suppose que le dol devra inclure le résultat légalement prévu, que ce soit dans les infractions matérielles ou dans les délits-obstacle²¹³.

Au sens large du terme on entendrait le résultat comme étant la réalisation de l'infraction pénale. Avec cette acception, il faudrait supposer qu'il existe un résultat dans toutes les incriminations de la Partie Spéciale. Ainsi, dans l'exécution des infractions formelles il existerait aussi un « résultat » qui pourrait être évalué pénalement²¹⁴, bien que de manière plus ou moins abstraite, à condition que l'activité soit décrite comme une intervention active sur un objet²¹⁵. Cependant, dans les infractions formelles la conduite n'est pas décrite par référence à ce « résultat ». Par exemple, le non-empêchement d'une conduite injurieuse pour un garant ne le convertit pas en l'auteur d'une diffamation²¹⁶, vu que les infractions formelles se caractérisent par l'absence d'un résultat significatif intrinsèquement relié au comportement illégal²¹⁷. Il s'ensuit que la possibilité de commettre des infractions formelles en commission par omission est écartée²¹⁸.

Un concept restrictif de résultat dans lequel il est possible d'intégrer le résultat des délits de commission

²⁰⁷ JAKOBS, G., *DP PG*, 29/2.

²⁰⁸ JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 6/85, 29/2. Il conçoit les infractions formelles comme l'exécution d'une action. Cette exécution montre à son tour un aspect externe, et, dans ce sens on parle également de résultat dans les infractions formelles. Par conséquent pour Jakobs il n'existerait pas de séparation tranchante entre ces infractions et les infractions matérielles.

²⁰⁹ Voir STS du 20 juin 1989.

²¹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Causalidad, omisión e imprudencia*, in ADPCP, 1994, p. 5-6; du même auteur, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, éd. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 31.

²¹¹ MIR PUIG, S., *DP PG*, 3^{ème} éd., p. 222.

²¹² Le Projet de 1992 réduisait le cadre de la commission par omission au cadre des délits « consistant en un résultat préjudiciel ou dangereux ».

²¹³ RODRIGUEZ MONTAÑES, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, p. 159.

²¹⁴ GÜNTGE, G-F., *Begehen durch Unterlassen*, p. 31 et s.

²¹⁵ SCHÖNE, W., *Unterlassene Erfolgsabwendungen*, p. 326 et s. ; JAKOBS, G., *DP PG*, 29/2, dans ces cas-là il convient de séparer de l'action cette intervention, comme résultat.

²¹⁶ HERZBERG, R. D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, p. 87.

²¹⁷ BAUMAN, J., *AT*, 8^{ème} éd., 1989, p. 102 considère les délits préjudiciels ainsi que les délits-obstacles comme des infractions matérielles. Celles-ci exigent, contrairement aux infractions formelles, un résultat dans le monde extérieur en plus du résultat illégal.

²¹⁸ SILVA SANCHEZ, J. M^a, *El delito de omisión*, p. 350-353.

par omission me paraît donc plus acceptable²¹⁹. Quant à l'imprécision du concept résultat, elle n'a pas non plus une répercussion importante sur les infractions de commission par omission énoncées ci-dessus. Le concept de résultat est tout simplement transféré des infractions matérielles aux infractions antérieures, et cela a pour conséquence le fait que les infractions formelles restent extérieures au cadre de l'empêchement en ce qui concerne les comportements d'omission²²⁰. C'est pourquoi, si le résultat comme élément du délit de commission par omission est considéré de la même manière que le résultat dans les infractions matérielles, seules celles-ci (de résultat concret et de danger) seront susceptibles de commission par omission²²¹.

c) Tout ce qui précède permet d'énoncer que les préceptes légaux relatifs aux infractions matérielles n'expriment pas seulement des comportements actifs, mais admettent également la commission par omission²²², bien que de manière inégale selon la description de l'infraction. La détermination légale expresse permet d'inclure de tels résultats dans la production active de l'infraction, dans les cas où les conduites sont équivalentes et que celui qui était juridiquement obligé d'éviter le résultat l'a omis. Pour Vives, cependant, l'exigence selon laquelle il convient seulement de parler de commission par omission *dans les délits ou contraventions qui consistent en la production d'un résultat* suppose que le précepte requiert non seulement un résultat mais aussi que le délit « consiste » en ce résultat. Pour autant, si les moyens de commission sont déterminés légalement mais que l'omission n'est pas prévue parmi ceux-ci, elle n'aura pas de virtualité et la formule générique ne pourra donc pas s'appliquer puisque dans ce cas les délits ou contraventions ne « consistent » pas en la production d'un résultat²²³.

d) Le résultat a servi également pour réunir dans une même théorie les comportements actifs et passifs. Pour certains auteurs, le champ d'application des infractions matérielles n'est valable que dans une théorie qui fonderait la structure de la norme de comportement, indépendamment de la manière dont ils sont perpétrés (commission ou commission par omission). De ce point de vue, Herzberg conçoit les infractions matérielles comme le « non-empêchement d'un résultat par un garant », que ce soit des délits actifs ou passifs. D'un point de vue ontologique, le non-empêchement du résultat aurait les mêmes caractéristiques dans l'action et dans l'omission. De cette manière, il crée un concept d'infractions matérielles qui regroupe comportements actifs et passifs, dans lequel la position de garant est un élément commun aux deux modalités²²⁴. Pour Jakobs²²⁵, non seulement l'auteur d'une omission

²¹⁹ SILVA SANCHEZ, J. M^a, *Política criminal y reforma legislativa en la comisión por omisión*, p. 1080: « le terme résultat ne devrait pas être entendu dans le sens physique de résultat matériel (préjudiciel ou de mise en danger d'une valeur sociale), séparé dans le temps et dans l'espace de la conduite, mais devrait être entendu comme résultat au sens juridique du terme (dommage et mise en danger), ce qui permettrait d'inclure également les infractions formelles, que ce soient les délits-obstacles (danger abstrait) ou les délits produisant un dommage. Tout cela est possible quand on parle simplement de résultat (...). Tout cela permettrait une restriction aux infractions matérielles (délits-obstacles ou matériels), excluant les infractions formelles ».

²²⁰ GÜNTGE, G-F., *Begehen durch Unterlassen*, p. 30; également JESCHECK, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 4^{ème} éd., 1988, p. 558; SILVA SANCHEZ, J. M^a, *El delito de omisión*, p. 352 : « des raisons acceptables ont l'air d'exister permettant de rejeter la possibilité de perpétrer des infractions formelles en commission par omission. »

²²¹ Dans ce sens, QUINTERO OLIVARES et a., *Comentarios al nuevo Código penal*, p. 85 et s., bien que pour certains auteurs comme RODRIGUEZ DEVESA, J. M^a, *DP PG*, 14^{ème} éd., p. 388, toutes les infractions matérielles ne peuvent pas être commises par omission, comme par exemple le viol des articles 179 ou 182 du CP 95.

²²² SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971. Par exemple, en ce qui concerne les délits préjudiciels dans lesquels quelqu'un, *par n'importe quel moyen ou processus porte atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé physique ou morale d'autrui* (art. 147), *en se reportant au résultat causé ou au risque produit* (art. 148), ces résultats, qui sont des éléments du délit de coups et blessures, peuvent être perpétrés *par n'importe quel moyen ou processus*, ce qui inclut également le non-empêchement par un garant. Par conséquent, le résultat des infractions de coups et blessures contre la santé individuelle peut également se produire en commission par omission, p. 46 et s. Voir MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 11^{ème} éd., p. 97 et s., qui considère que le comportement illégal dans ce délit peut consister en une action au sens strict, et en une omission, qui s'assimile à l'action quand l'omettant est en position de garant.

²²³ VIVES ANTON et a., *Comentarios al CP de 1995, Vol I*, Valence, 1996, p. 84 et s.

²²⁴ HERZBERG, R.-D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, p. 174.

²²⁵ JAKOBS, G., *DP PG*, 7/58.

mais aussi l'auteur d'un délit actif doivent être garants dans les hypothèses de responsabilité pour la commission d'une infraction matérielle. Et selon Freund²²⁶, l'essence des infractions matérielles se trouve dans la responsabilité spéciale (*Sonderverantwortung*) qui doit être identique dans le cas d'une omission et dans le cas d'un comportement actif.

e) Dans tous les cas, et indépendamment d'une théorie commune ou non à l'action et à l'omission et des éléments communs ou non de chacune d'elles, les délits de commission par omission sont des infractions matérielles.

9. Les questions qu'il faut résoudre pour pouvoir affirmer qu'une omission est susceptible de produire un résultat et considérer qu'un sujet a commis un délit en commission par omission sont²²⁷ : a) en premier lieu, la position de garant de l'auteur (le devoir d'éviter le résultat qui incombe au sujet de l'omission) et b) en second lieu, que le non-empêchement du résultat équivaille selon le contenu de la loi à sa production active.

En ce qui concerne la première condition, le texte légal délimite le cercle des responsables possibles en spécifiant les trois types de garants les plus habituels : garants de par la loi, garants de par un contrat ou garants de par une action précédente. Le sujet a l'obligation de tenter d'empêcher la production du résultat en vertu de devoirs déterminés dont il a assumé la charge ou qui lui incombent en raison de sa profession, de sa situation etc. C'est ce que l'article 11 CP dénomme *un devoir spécial juridique de l'auteur*. Cette obligation spéciale convertit le sujet en garant de la non-production du résultat, et le terme utilisé par la doctrine « *position de garant* » en découle²²⁸.

Dans les délits de commission par omission, le sujet actif ne peut pas être par conséquent n'importe quel sujet qui pourrait éviter le résultat, mais uniquement celui qui a un devoir juridique spécifique de l'éviter. La position de garant est, par conséquent, l'axe central de la commission par omission²²⁹ et le fondement de l'imputation du résultat²³⁰.

Avec le second requis, il semble que le législateur ait voulu surmonter le problème que suscite la « relation de causalité » dans ce genre de délits. Dans les délits de commission par omission, il n'est pas nécessaire d'affirmer une véritable causalité, mais il suffit que le sujet aurait pu éviter ce résultat quand il se trouvait en position de garant²³¹. Par conséquent, ce second requis a tendance à redonner une plus grande place à la position de garant dans la commission par omission.

10. En définitive, la consécration législative du délit de commission par omission doit être considérée, selon moi, comme positive (bien que moins éclairante). La formule utilisée permet de réduire la commission par omission aux hypothèses dans lesquelles l'omission est assimilable à la commission active du résultat selon le contenu de la loi, car il existe un authentique devoir juridique de garantie de par la position spéciale de l'auteur vis-à-vis de la valeur sociale. En établissant légalement un principe de cette nature, le législateur accomplit sans aucun doute un important devoir législatif, ce qui représente un progrès évident dans la problématique de ces délits. Cependant, cela ne signifie pas que les objections politico-juridiques soient éradiquées de manière définitive. Malgré la clause légale, les délits de commission par omission continueront à être des « infractions ouvertes », déterminées en partie par la loi et nécessitant en partie une interprétation par le juge. Il serait impossible de décrire dans les incriminations légales l'infinité incalculable des auteurs d'omissions qui, en n'empêchant pas le résultat, méritent d'être assimilés à ceux qui le causent²³².

²²⁶ FREUND, G., *Erfolgdelikt und Unterlassen*, p. 142, 144-145.

²²⁷ Concrètement par rapport à l'imputation en commission par omission dans l'article 363 Cp. Voir CUADRADO RUIZ, M^a A., *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Barcelone, 1998.

²²⁸ Cf. MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN, *DP PG*, 2^{ème} éd., p. 256 et s.; 3^{ème} éd., p. 274.

²²⁹ COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTON, *DP PG*, 4^{ème} éd.; Valence 1996, p. 360, 362 et s.

²³⁰ QUINTERO OLIVARES, G. et a., *DP PG*, 1996, p. 307 et s.

²³¹ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos improprios de omisión*, 2^{ème} éd., 1983, p. 90; MIR PUIG, S., *DP PG*, 4^{ème} éd., p. 318.

²³² RODRIGUEZ MOURULLO, G., *DP PG*, p. 309-310; du même auteur, *La omisión de socorro*, p. 87-88 ; MUÑOZ CONDE/

Il est possible que l'article 11 soit un texte ambigu, critiquable dans sa rédaction concrète, mais on ne peut nier le fait qu'il offre à celui qui interprète et à celui qui applique le droit pénal une formule qui les guide lors de la prise de décision. La légalisation d'une clause générale comme l'article 11 CP a donné pour la première fois dans l'histoire de notre droit pénal, un « costume légal » à la commission par omission, ce que je considère comme un pas en avant, malgré les objections qui ont été opposées à ce précepte.

11. Sans prédire dès à présent les avantages et inconvénients qu'apportera l'article 11 CP, on peut envisager qu'un système de *numerus clausus* soit ajouté ultérieurement dans la Partie Spéciale, conformément auquel le législateur déterminerait le champ des types de délits par rapport auxquels « est autorisée *ex lege* l'identification normativo-structurale » entre omission et perpétration active de l'infraction²³³.

XI. Conclusions

1. La commission par omission est une commission authentique et une omission indiscutable. Sa structure est autonome, avec des caractéristiques mixtes ou partielles des délits d'action et des délits d'omission, et avec des caractéristiques propres, comme la position de garant par exemple.

2. La décision politique législative de procéder à une réglementation légale expresse de la figure dogmatique de la commission par omission me semble appropriée. Le système juridico-pénal mis en place par les articles 1 et 10 du CP est ainsi complété selon le principe de légalité, et échappe ainsi aux objections possibles à cet égard.

3. J'estime également qu'il est correct de le faire au moyen d'une clause dans la Partie Générale. Je trouve que la proposition d'ajouter ultérieurement un système de *numerus clausus* dans la Partie Spéciale, conformément auquel le législateur déterminerait le champ des types de délits par rapport auxquels « est autorisée *ex lege* l'identification normativo-structurale » entre omission et perpétration active de l'infraction, serait quelque peu redondante, dans la mesure où la nature des délits de commission par omission se réfère à ce genre de délits.

4. La réponse donnée par l'article 11 au problème de l'assimilation entre action et omission ayant pour effet la possibilité de faire correspondre à l'omission la production d'un résultat déterminé, se base, d'un côté, sur l'équivalence entre l'omission et la production active d'un résultat, « selon le contenu de la loi » (thèse de l'identité structurelle sur le plan normatif), et, de l'autre, sur l'existence d'un « devoir juridique spécial de l'auteur » d'éviter le résultat, qui se trouve dans la loi, dans un contrat ou dans un risque pour la valeur sociale protégée causé par le sujet omettant (thèse du devoir juridique basé sur les sources formelles). Ceci suppose donc une solution cumulative (mixte) de deux réponses doctrinales diverses que la jurisprudence utilisait conjointement : d'un côté, celle de la pleine identité structurelle entre action et omission sur le plan normatif, qui ne requérait pas, cependant, de formulation expresse. De l'autre, celle d'un devoir juridique spécial de garantie mentionnée par l'article 11, et la formulation expresse de la position de garant par les sources formelles. Je pense par conséquent qu'une interprétation harmonieuse de tout le précepte conviendrait mieux, car sont nécessaires à la fois une description formelle de la position de garant qui définisse les conduites à tenir pour protéger la valeur sociale, et l'identité entre commission et omission.

En définitive, la première partie de l'article 11 contient une règle générale dans laquelle il est dit que la commission par omission consiste *en la production d'un résultat* par une conduite décrite en termes actifs. Le Code n'accueille donc pas la proposition de Rodríguez Mourullo et de Silva, dans laquelle le

GARCIA ARAN, *DP PG*, 2^{ème} éd., p. 260 ; 3^{ème} éd., p. 274.

²³³ QUINTERO OLIVARES et a., *Comentarios al nuevo Código penal*, éd. Aranzadi, 1996, p. 85 et s.; les mêmes auteurs, *DP PG*, 1996, p. 307 et s. auraient préféré que le législateur réglemente seulement quelques « graves omissions spécifiques productrices de résultats » plutôt que d'opter pour une clause générale concrète d'incrimination de la commission par omission. Auparavant, la solution du *numerus clausus* comme alternative à la clause générale avait été suggérée par HUERTA TOCILDO dans *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, p. 163 et s. ; du même auteur, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, éd. Tirant lo Blanch, Valence, 1997, *passim*.

cadre naturel de la commission par omission serait représenté par les infractions dites restrictives (qui interdisent de causer) et non par celles qui prévoient la production d'un résultat à partir d'une conduite active. A cela s'ajoute le fait que l'auteur a le devoir juridique d'éviter le résultat, circonstance qui n'était pas présente dans le Projet de 1992. Cependant, le premier paragraphe ne se limite pas à établir *la violation d'un devoir juridique spécial de l'auteur*, mais ajoute une autre possibilité d'identité normative : l'omission qui équivaut à la commission *selon le contenu de la loi*.

Dans la deuxième partie, le précepte définit les hypothèses dans lesquelles un tel devoir doit être considéré comme existant, et énumère les sources formelles traditionnelles du devoir de garant. Une telle énumération doit être comprise comme étant non-exhaustive ou indicative, puisque le précepte exige qu'action et omission soient équivalentes selon le contenu de la loi, et il convient de noter que d'autres situations, même s'il n'est pas possible de les citer toutes expressément, permettent également d'imputer le résultat au sujet ayant créé ou n'ayant pas évité le risque pour la valeur sociale. Dans ce sens, je considère qu'il aurait été plus judicieux de développer pleinement la seconde partie de l'article 11 de manière identique au système pénal brésilien dans son article 13, si ce que l'on recherchait était l'énumération expresse des sources de la position de garant. La clause brésilienne explicite les sources de la position de garant en mélangeant les sources formelles (loi, ingérence*) et les sources matérielles (garant protecteur de la valeur sociale, garant surveillant d'une source de danger), permettant même de prendre en considération la position de garant sous toutes ses formes, pour empêcher le résultat. Dans tous les cas, notamment dans le cas du précepte espagnol qui explicite les sources formelles de la position de garant, l'identité entre omission et commission n'est pas automatiquement déterminée. Il faudra de plus vérifier les autres requis de l'imputation objective du résultat, et, bien sûr, les autres éléments de la responsabilité criminelle, car jusqu'à présent nous sommes restés dans le domaine de la description par le droit de ce concept.

5. Je ne partage pas l'importance donnée par la doctrine à la causalité hypothétique dans les délits de commission par omission. Comme dans les délits d'omission, ceci ne constitue pas le problème central, qui, selon moi, est évincé dans la commission par omission par l'importance de la constatation de la position du garant.

6. Je considère approprié un concept ample de lois pénales incomplètes, dans lequel les délits de commission par omission seraient une sorte d'incriminations par renvoi « *sui generis* ».