nous a donné bien des fois le modèle et l'exemple. Elle a apporté, dans l'étude de toutes ces questions, questions sociales, questions qui touchent au sort des classes populaires, le sentiment très élevé et très noble de la solidarité humaine, et quelquefois même une hardiesse que nous n'imitons, nous, que de loin.

En buvant à la santé de notre hôte, M. Le Jeune, je bois à la Belgique; je bois à nos amis de l'autre côté de la frontière. (*Vifs applaudissements.*)

M. Le Jeune. — Je ne sais, en vérité, Messieurs, que vous dire. Si je vous disais que je crois aux paroles élogieuses qui viennent de m'être adressées, quelle idée vous feriez-vous de moi? Si je vous disais que la confusion que j'éprouve de ces éloges, dans lesquels je ne puis voir qu'un témoignage de bienveillance, qui m'est infiniment précieux, me rend malheureux, vous ne me croiriez pas et, en effet, je dirais un mensonge. Je tâcherai de n'en pas devenir un orgueilleux.

L'accueil que j'ai rencontré aujourd'hui, de votre part, est le plus grand honneur qui m'ait jamais été fait.

Je vous en remercie du fond du cœur; permettez que je m'en tienne à ces seuls mots: je vous remercie du fond du cœur. (*Applaudissements.*)

La soirée s'est terminée dans une salle voisine, où des entretiens animés ont retenu autour de M. Le Jeune, jusqu'à près de minuit, la plupart des convives. Partisans et adversaires du système préconisé par l'éminent homme d'État se sont livrés à des commentaires passionnés, au milieu desquels intervenait avec sa riante bonne humeur, sa simplicité pleine de verve, l'auteur de tout ce tapage scientifique.

Il se prolongera encore longtemps, l'écho de cette grande bataille. Déjà la Presse et l'Université, le Parlement et les Sociétés savantes se sont emparés de ces déclarations, les uns, en tirant argument en faveur de leur thèse, les autres, observant que la froide Belgique ne ressemble en rien à la France de la Garonne, et que ce qui est vérité au delà de l'Escaut ne serait qu'erreur en deçà.

Notre réunion du 20 janvier, après ce brillant prélude, montrera, tout en rentrant dans la spécialité à laquelle nous nous sommes limités, et en se plaçant uniquement au point de vue pénal et pratique, ce que les criminalistes, doivent retenir des deux exposés qu'ils ont applaudis le 16 décembre.

ESSAI SUR LA TENTATIVE

ET PLUS PARTICULIÈREMENT SUR

LA TENTATIVE IRRÉALISABLE

(*Étude de Droit pénal comparé.*)

La question du délit impossible est devenue à nouveau une question actuelle.

Il a suffi pour cela d'un arrêt de la Cour de Paris du 19 octobre 1894 (1) rompant en cette matière avec la jurisprudence de la Cour de cassation. Il s'agissait d'un voleur pris la main dans la poche; mais la poche était vide; peut-être même n'avait-il pas fouillé la bonne: s'il eût mis la main dans la poche de gauche au lieu de celle de droite, il y eût trouvé le porte-monnaie qu'il cherchait. En soi, c'est un délit qui, par avance, était destiné à ne pas réussir; l'objet manquait là où le voleur voulait le soustraire; il y avait délit impossible. Or, peut-on, par application de l'article 2 du Code pénal, assimiler à la tentative prévue et définie par la loi, et par suite punir de la même peine que le délit consommé, un effort inutile, une tentative qui par elle-même ne pouvait pas aboutir, et qui était en soi irréalisable?

Depuis quelque temps déjà cependant la Cour de cassation s'était fait sur ce point une jurisprudence très établie et qui avait paru très rassurante au point de vue de la sécurité publique. La Cour de cassation, s'inspirant de l'idée qui a dicté l'article 2 du Code pénal, distingue suivant que l'impossibilité s'est trouvée purement accidentelle ou suivant au contraire qu'elle était fatale, tenant à la nature des choses, de telle sorte qu'en aucune façon, et toute question de circonstances à part, la réalisation du délit, étant donné les éléments qui en constituaient l'exécution, était condamnée à ne jamais aboutir.

Le voleur qui se trompe de poche n'est victime que d'un accident à peu près analogue à celui qui se présente quand un passant l'arrête sur l'exécution du fait: dans ce dernier cas, il y

(1) Paris, 19 octobre 1894 (*Gazette du Palais*, 1894, t. II, p. 600 et la note).

a tentative au sens strict du mot; c'est certainement l'hypothèse que prévoit avant tout l'article 2 du Code pénal: la tentative en pareil cas n'a été suspendue que par une circonstance indépendante de la volonté de son auteur. Pourquoi donc ne pas en dire autant de la première hypothèse, celle où le voleur a cru fouiller une poche pleine alors qu'elle était vide ? N'est-ce pas en vertu d'une circonstance purement accidentelle que la tentative a manqué son effet?

Logique ou non, cette interprétation était du moins très favorable à l'idée de répression. Et on l'a bien vu à l'émotion soulevée par l'arrêt de la Cour de Paris qui remettait tout en question, déclarant qu'il n'y avait pas à distinguer entre deux sortes d'impossibilité; et qu'en soi toute impossibilité est absolue, en ce sens que, si, dans les conditions où le délit est entrepris, il est impossible qu'il réussisse, le fait de la réalisation ou de la non réalisation du délit ne dépend plus d'aucune autre circonstance accidentelle : l'entreprise est condamnée d'avance. L'impossibilité affecte l'exécution elle-même au moment où devrait commencer la tentative légale : le premier acte d'exécution est déjà un acte destiné à ne pas aboutir, qui n'est par suite dans aucun rapport de causalité directe avec l'exécution elle-même. C'est dire que ce n'est pas un acte d'exécution; si ce n'est pas un acte d'exécution, l'article 2 du Code pénal ne s'applique plus, puisqu'il vise l'exécution commencée et non un simulacre d'exécution. D'ailleurs, s'il est impossible de distinguer entre deux prétendues catégories d'impossibilité, puisque tout le monde admet que l'impossibilité absolue échappe aux prévisions de l'article 2, il faut en conclure que celle que l'on prétend relative et qui n'est qu'une autre forme de l'impossibilité radicale et intrinsèque, doit être traitée de la même façon.

Ce raisonnement n'était certes pas nouveau; c'est celui, ou à peu près, de tous nos criminalistes français à l'exception de MM. Ortolan et Desjardins (1), mais l'opinion publique n'a pas coutume de s'émouvoir des systèmes des criminalistes, tant qu'ils ne sont que dans leurs livres. Cette fois, le système passait dans la pratique et il se traduisait par une solution très grosse de conséquences : il s'agissait d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris.

Les journaux s'occupèrent de la question; volontiers elle fût

(1) *Conf.* Ortolan : *Éléments de droit pénal* (Édit. revue par M. Albert Desjardins, Ed. 1886, n°s 1002-1004, 1027-1028).

devenue célèbre, si la Cour suprême, en cassant l'arrêt de la Cour de Paris, et en affirmant ainsi sa jurisprudence traditionnelle, n'était venue rassurer les esprits. La Cour d'Orléans, devant laquelle l'affaire fut renvoyée, jugea dans le sens de la doctrine de la Cour de cassation (1). Il semble bien maintenant que la distinction admise par la jurisprudence ne risque plus guère d'être méconnue.

Il ne faudrait cependant pas perdre de vue que le danger subsiste; et il subsiste d'autant plus que la doctrine n'a pas désarmé.

Tous ceux, ou à peu près, qui ont écrit sur la question blâment sévèrement la jurisprudence de la Cour de cassation.

Qu'on n'aille pas croire cependant qu'ils la trouvent mauvaise en soi; la plupart sont d'accord pour déclarer qu'en législation il serait absolument indispensable de prévoir au moins certains cas de tentative impossible et de les assimiler, au point de vue de la répression, à la tentative ordinaire.

C'était déjà l'opinion de M. Villey dans son étude sur le délit impossible, parue au moment des premiers arrêts qui affirmèrent nettement et d'une façon désormais définitive la théorie mixte et la distinction de la Cour de cassation; c'est également la théorie de M. Champcommunal qui a repris la question à propos des arrêts de 1895 (2).

Aussi, est-on généralement d'accord pour s'étonner que la Commission chargée du projet de réforme du Code pénal ait respecté, sans autre modification, l'article 2 du Code de 1810, tel qu'il a été modifié sur ce point en 1832, et n'ait pas cru devoir trancher la question.

On espère voir soulever le débat lorsque le projet viendra devant le Parlement (3); et l'on conçoit, en vue précisément de la discussion qui pourra s'ouvrir à ce sujet, quel intérêt il y a à reprendre l'étude en sous-œuvre et à examiner la question sous toutes ses faces.

Il y a à cela un intérêt d'autant plus vif que, à peu près vers le même moment où la jurisprudence française entrait d'une façon

(1) Cass. 4 janvier 1895 (*Sir. 95. 1. 108*) et Orléans 19 février 1895 (*Sir. 95. 2. 85*).
(2) Villey : Du délit impossible (dans la *France judiciaire* année, 1877-1878 t. II, p. 185 et s. et p. 191-194) Champcommunal : Etude : critique de législation comparée sur la tentative, (dans *Revue critique de législation*, année, 1895, p. 94 et s. et p. 98 et s.) M. Garraud se prononce aussi dans le même sens dans son magistral *Traité théorique et pratique du droit pénal français* (t. I, n° 182, note 33, p. 300).
(3) *Conf.*, Champcommunal, *loc. cit.* p. 100.

si décidée dans la voie où elle continue à se maintenir, une autre jurisprudence, partant d'une législation inspirée par la nôtre, au moins sur le point qui nous occupe, et ayant à interpréter un texte qui n'est guère que la reproduction de l'article 2 de notre Code pénal (1), je fais allusion à l'article 43 du Code pénal allemand et à la jurisprudence du Tribunal suprême de l'Empire, cette jurisprudence aboutissait à une interprétation encore autrement hardie que la nôtre et déclarait punissable toute tentative impossible sans autre distinction, même s'agît-il d'impossibilité absolue pour défaut d'objet.

Et, de fait, la sentence qui a la première affirmé cette tendance nouvelle, et qui produisit dans le monde des jurisconsultes une émotion si considérable, avait trait à un infanticide commis sur un enfant mort-né et que l'on avait cru vivant (2), c'est bien là l'impossibilité absolue et radicale pour défaut d'objet : tentative irréalisable au premier chef. La Cour suprême l'assimilait à la tentative ordinaire. Cela date de 1880 ; depuis, cette jurisprudence nouvelle s'est affirmée par un certain nombre de décisions analogues (3).

Bien entendu, la chose fit grand bruit, non seulement en Allemagne, mais en Italie, où la sentence de 1880 fut commentée, étudiée et surtout réfutée par les maîtres de la science (4).

Il ne semble pas qu'en France l'attention ait été suffisamment attirée sur cette évolution nouvelle. Je crains même qu'on en ait quelque peu méconnu la portée. C'est ainsi par exemple que certaines références faites par les auteurs aux décisions judiciaires de 1880 sembleraient laisser croire que la jurisprudence allemande ne fait que reproduire la théorie de notre jurisprudence française (5). En réalité, elle la dépasse singulièrement, puisqu'elle fait rentrer dans la définition de la tentative toute tentative irréalisable, même au cas d'impossibilité absolue tenant à l'objet.

Il m'a donc semblé, puisqu'il y avait intérêt à remuer à nouveau tous ces problèmes en vue de la réforme de notre Code pénal,

(1) Je ne fais allusion, bien entendu, qu'à la définition de la tentative, pour laquelle l'art. 43 du Code pénal allemand s'est inspiré visiblement du Code pénal français ; et je n'ai pas à parler ici des conséquences de la tentative au point de vue de la répression : le système allemand, sur ce point, diffère absolument du nôtre.

(2) R. G. V. ST. S. (*Reichs-Gericht, Entscheidung der vereinigten Straf-Senate*) 24 mai 1880 et R. G. 10 juin 1880 (E. I. p. 439 et 451).

(3) Par exemple 30 mars 1883 (8. 198) : Il s'agissait d'une tentative d'avortement sur une femme qui n'était pas enceinte. *Add.* 1°. juin 1883 (8. 351) ; 27 février 1888 (17. 158).

(4) Voir principalement une étude de Geyer publiée dans la *Rivista penale*, 1881, t. XIV., *Conf.*, Tuozzi Pasquale : *Corso di dritto penale*, t. I, p. 187 et les citations.

(5) *Conf.* Champcommunal, *loc. cit.* dans *Revue critique de législation*, année, 1895, p. 96, note 5.

qu'il ne serait pas sans utilité de présenter un exposé rapide de l'évolution des idées et de la pratique judiciaire en Allemagne sur cette matière.

Cela me paraît d'autant plus nécessaire que, je le rappelais déjà tout à l'heure, cette large interprétation a eu pour point de départ un texte à peu près analogue à celui de notre Code pénal français. Cela nous montre à quel riche développement d'idées et de doctrines, en conformité avec toutes les exigences de la répression sociale telles qu'elles pourront se faire jour, la définition de notre article 2 peut donner lieu ; elle a déjà permis à notre jurisprudence de faire un grand pas en avant par l'adoption d'une distinction qui aboutit à réprimer la plupart des délits impossibles. Le jour où il paraîtrait qu'il y eût lieu, au point de vue de la sécurité publique, d'aller plus loin et de punir la tentative irréalisable, même lorsqu'elle s'attaque à un objet qui fait défaut, nous voyons, par l'exemple de l'Allemagne, que le texte actuel ne ferait pas obstacle à cette dernière phase de l'évolution commencée.

C'est précisément cette souplesse et cette élasticité de la jurisprudence qui me paraît être une garantie rassurante ; tandis que je me défierais beaucoup de l'intervention du législateur.

Après tout, que lui demande-t-on ? De confirmer la jurisprudence actuelle, peut-être même d'entrer dans le détail de certaines catégories et distinctions nouvelles pour classer les différents groupes d'impossibilités. Dans le premier cas, le profit sera assez mince, et, pour tout dire, purement théorique, puisque cela ne changera rien à l'état de choses qui résulte actuellement de la pratique ; et dans le second on risquera de multiplier d'interminables controverses de détail qui entraveront l'action des tribunaux dans bien des cas où, au lieu de discuter sur la nature de l'impossibilité, il y aurait lieu de frapper et de punir sans hésitation.

Voilà pour le profit, il ne serait pas grand. Mais l'inconvénient serait considérable, ce serait de barrer désormais la route à toute innovation. Nous savons bien jusqu'où va la jurisprudence française ; il peut arriver, sous l'empire d'une évolution logique de ses tendances, qu'elle sente la nécessité, non seulement rationnelle, mais sociale, d'aller plus loin. Or, il importe qu'on ne lui ferme pas la route ; il ne faut pas que par avance on lui enlève tout moyen d'aller de l'avant. L'intervention du législateur, très probablement, et par cela seul qu'il s'arrêterait à mi-chemin, ne ferait pas autre chose.

Il y a donc intérêt à montrer, par l'exemple même de ce qui

s'est passé en Allemagne, que nous n'avons rien à gagner à une modification du texte de l'article 2 du Code pénal.

Les réformes scientifiques sont excellentes, mais à condition qu'elles ne compromettent pas l'avenir et que, sous prétexte de fixer l'état de la science, elles ne barrent pas la route au progrès.

Si la jurisprudence française s'était laissé impressionner par les scrupules de la doctrine, je serais le premier à réclamer l'intervention du législateur ; mais, puisqu'elle a su prendre les devants, cela prouve que nous pouvons avoir confiance en elle.

La Commission de revision du Code pénal français paraît s'en être tenue à ces idées (1) ; il n'y a, je crois, qu'à l'en féliciter, puisque c'est le seul moyen de ne rien compromettre (2).

C'est du moins ce que je vais essayer d'établir, en exposant d'abord l'état de la doctrine en Allemagne, puis la marche de la jurisprudence française sur cette matière; et peut-être prendrai-je la liberté, pour finir, d'exposer mes idées personnelles sur ce point.

I

N'ayant pas l'intention de donner ici, pour ce qui est du passé, un exposé historique des doctrines allemandes, je ne remonterai pas plus haut que Feuerbach, que l'on peut considérer d'ailleurs, parmi les maîtres de la science du droit pénal, comme celui qui est en quelque sorte au point de départ initial de l'évolution des idées modernes sur la matière. Il convient en tout cas de laisser absolument de côté dans la question l'article 178 de la grande ordonnance de Charles-Quint, connue sous le nom de Caroline (3). A vrai dire, il semble bien, dans sa lettre, avoir voulu résoudre la question, puisqu'il parle d'actes qui puissent servir à la réalisation du délit; mais il est à peu près acquis aujourd'hui qu'il en parle sans avoir prévu pour cela le problème scientifique qui a été soulevé de nos jours. Et, du reste, ce texte a été invoqué

(1) *Conf., Art. 83 du Projet.* (On remarquera que le nouveau texte propose une réforme importante en ce qui touche la pénalité, mais qu'il ne modifie en rien la définition de la tentative, voir *Bulletin de la Société générale des prisons.* année, 1893. p. 203.)

(2) Il semble bien que ce soit aussi l'opinion exprimée par avance par M. Dareste, dans le compte rendu qu'il donnait en 1886 de l'ouvrage initial de Baumgarten sur la tentative. (Cette étude importante de Baumgarten, que j'aurai souvent l'occasion de citer, avait en effet d'abord paru en magyar avant de paraître en allemand.) Voir *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. XV. année, 1885-1886, p. 123.

(3) Art. 178 c. c. c: « *Item so sich jemandt eyner missethatt mit etlichen scheinli hen wercken, die zu Volnbringung der missethatt dienstlich sein mogen, understeht, unnd doch an volnbringung derselben missethatt durch andere mittel, wider seinen willen verhindert wurde, solcher bösewill, daraus etliche werck, als obsteht, volgen, ist peinlich zu straffen.* »

à la fois par les partisans des deux opinions les plus extrêmes ; par les partisans de ce que l'on appelle en Allemagne la théorie subjective de la tentative, parce qu'il ferait allusion uniquement aux moyens dont l'auteur du méfait comptait se servir, indiquant que dans son esprit ils devaient avoir un rapport direct avec la réalisation du délit (1) ; et par les partisans de la théorie objective qui le considèrent comme visant l'efficacité matérielle et objective des moyens employés (2). Donc il importe pour toutes ces raisons de le laisser de côté (3).

Quant à Feuerbach, c'est un partisan très ferme de ce que l'on appelle le point de vue objectif en droit pénal; ce qui devait l'amener à construire une théorie toute objective de la tentative.

En quelques mots, voici ce qu'il faut entendre par là.

§ 1.

Tout le monde sait qu'il y a, en matière de répression, deux éléments dont il faut tenir compte, le fait et l'agent.

Le fait, par cela seul qu'il est érigé en délit, est un fait qui doit constituer un acte dommageable pour celui qui en est victime, tout au moins un trouble social et un danger pour la communauté.

La peine est la compensation, aux dépens de celui qui a été l'auteur du fait, du dommage éprouvé, du trouble causé, du danger subi. C'est un paiement. Cela s'appelle, au début, la vengeance due à la victime, plus tard, quand les idées s'élèvent et s'affinent, la vengeance due à la société : puis apparaît l'idée de réparation, qui n'est guère qu'un mot nouveau pour une conception très ancienne.

Il s'agit toujours d'une dette pour un fait contraire au droit : c'est le côté objectif du fait qui domine.

Il est vrai que l'on commence à prendre en considération l'effet interne, psychologique chez l'agent ; mais ce que l'on considère, ce n'est pas la somme de volonté mise dans le crime, ce n'est pas la moralité vraie de l'acte pris dans ses rapports subjectifs avec celui qui l'a accompli ; c'est l'idée de remords, d'expiation pour l'avenir, de satisfaction à la justice dans la mesure où la justice a été violée. Et cette mesure est calculée, non pas d'après

(1) Et, en effet, la fin du texte montre bien que c'est la volonté coupable que l'on veut punir. Voir la note précédente.

(2) Le texte semble bien en effet faire allusion à des moyens réellement efficaces.

(3) *Conf.*, Baumgarten: *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, p. 110 et s., p. 115 et s.

la culpabilité vraie de l'agent, mais d'après la gravité objective du fait, gravité correspondante au trouble qu'il cause, aux résultats qu'il produit, et nullement à l'état psychologique de celui qui l'a exécuté.

Chaque crime est classé d'après sa matérialité objective ; et à tel crime ainsi défini doit correspondre la même satisfaction individuelle, la même mesure d'expiation, la même somme de souffrance correspondant à une même quantité de remords.

Le point de vue subjectif apparaît non pour déterminer la mesure du crime, mais pour mieux assurer la mesure de l'expiation ; il faut associer l'âme, la volonté, à la satisfaction pénale, comme elle a été associée à l'exécution du fait.

Aussi ce n'est pas à la volonté que l'on s'en tient, soit pour mesurer la gravité du fait, soit pour mesurer le temps de l'expiation.

La volonté est un fait individuel ; le crime, pour le juriste, est un fait social. Le trouble qu'il cause, ou la violation qu'il apporte à l'état juridique sur lequel repose la société, sont les mêmes, quel que soit l'agent : la réparation étant due à raison de ce trouble social doit donc être indépendante de celui qui l'a causé.

Dans un système disciplinaire, qui a pu être celui du droit canonique, qui viserait avant tout ce qu'on aurait pu appeler le dommage spirituel chez l'agent, ce qu'on appelait le péché, il conviendrait sans doute de rechercher la part exacte de la volonté dans l'exécution du fait et de ne s'attacher qu'à l'intention criminelle.

Mais, dans un système qui ne vise, et ne doit viser, que la défense de l'ordre juridique établi, c'est la violation du droit qui est le fondement de la réparation pénale : elle en est, à la fois, la condition et la mesure.

Partant de ces données, Feuerbach concluait avec beaucoup de logique qu'il ne peut y avoir de peine, c'est-à-dire de réparation, que s'il y a une violation du droit à réparer.

Rigoureusement, cela aurait dû écarter toute idée de répression en matière de tentative.

Cependant l'ordre juridique n'est pas violé seulement par le dommage réalisé, il l'est tout autant par le danger qu'il a couru : tout acte menaçant pour la société, et susceptible de mettre en péril l'un des éléments sur lequel repose l'organisation juridique qui sert de revêtement à la communauté, est un acte qui justifie l'idée de réparation. C'est le danger qui donne ouverture à la dette ;

mais s'il n'y a aucun danger, si l'acte entrepris est impuissant à nuire, de quoi la société se vengerait-elle ? Elle n'a couru aucun péril. Est-ce d'un fait ? Le fait ne pouvait pas lui nuire. Ce serait donc alors d'une intention ? Mais l'intention criminelle à elle seule ne peut servir de fondement à une peine sociale, car la peine n'est pas faite pour atteindre la conscience de l'individu, mais pour rétablir l'ordre dans la société. Tant que l'intention reste à l'état interne, tant que l'ordre n'a pas été troublé, et il ne peut l'être que par un acte qui le mette en péril, la loi pénale n'a pas le droit d'intervenir, satisfaction n'est pas due à la société.

Dans une théorie de ce genre ce que la loi doit punir c'est l'acte criminel en soi, un acte qui par lui-même, à supposer qu'il ait été voulu, constitue une atteinte au droit ; et la loi punit cet acte délictuel, non pas comme étant la manifestation d'une intention perverse, elle le punit en tant qu'il est une violation matérielle du droit. Ce n'est pas l'intention qu'elle cherche à connaître et à atteindre à travers l'acte qui la manifeste, c'est le fait en soi qu'elle vise, et l'intention n'est exigée que comme justification de la peine que le fait entraîne pour le coupable.

S'il en est ainsi, les caractères délictuels du fait lui viennent de ses éléments matériels. Avant de se demander s'il y a une intention criminelle, il faut se demander s'il y a un fait criminel ; et la criminalité du fait lui vient de la somme de trouble ou de danger qu'il est de nature à produire pour la communauté. Voilà pourquoi un fait qui n'implique en lui-même aucun danger pour personne est un fait qui manque de la condition première de la criminalité.

La tentative n'est donc punissable que si elle se compose d'éléments matériels qui puissent aboutir, qui soient ainsi en rapport de causalité directe avec l'exécution, qui soient un acheminement à la réalisation, et comme une exécution partielle du fait.

Assurément Feuerbach n'expose pas ainsi en détail tous ces développements ; c'était bien inutile, c'étaient des conceptions courantes. Il se contente d'en tirer les conséquences juridiques qui en découlaient logiquement en matière de tentative.

La tentative n'est punissable, dit-il, que si le fait qui la constitue est en rapport de causalité avec le crime, et, par suite, si ce fait, objectivement parlant, constitue par lui-même un danger « *wenn..... objectiv gefæhrlichist* ». Et il ajoute qu'il en est ainsi parce que toute répression suppose avant tout un fait qui, dans

sa matérialité, soit une violation du droit, ce qui implique forcément que le droit ait été réellement violé ou en danger de l'être (1).

§ 2.

Mais dès l'époque de Feuerbach, il se formait déjà une théorie subjective de la tentative. Je crois même, et j'essaierai de le montrer par l'histoire de notre droit français en cette matière, que c'est le point de vue subjectif qui était ancien et la théorie objective qui était récente: cette dernière apparut après coup comme un vestige de l'influence germanique.

La première se rattachait à des idées plus simplistes, plus naturelles, plus vraies, en somme; elle avait pour elle le droit canonique, qui avait exercé sur les théories philosophiques du droit pénal une si grande influence; en réalité elle était plus réellement humaine, elle répondait à des sentiments instinctifs plus profonds. La seconde, prise dans sa formule scientifique, résultait d'une conception juridique qui passait alors pour l'expression même de la science et qui, par suite, n'était qu'une conception rationnelle, forcément artificielle comme toutes les constructions purement abstraites; il était impossible qu'elle fît complètement oublier les idées traditionnelles et instinctives sur la nécessité de punir et de prévenir, dès qu'une intention criminelle s'est manifestée par des actes extérieurs qui ne laissent plus de doute sur son irrévocabilité.

C'est bien là, en effet, la définition de la théorie subjective en matière de tentative.

Cette théorie subjective peut se concevoir à deux points de vue.

Tout d'abord il y a le point de vue ancien et traditionnel de la réparation due pour toute résolution criminelle devenue irrévocable et se réalisant en acte; puis il y a un point de vue très moderne qui est celui de la défense sociale, pour laquelle il faut atteindre non pas l'acte en lui-même, puisque ce qui est fait est fait, mais l'agent dont l'acte a révélé ainsi les instincts pervers et qui, lui, constitue le vrai danger social pour l'avenir. C'est sur le criminel qu'il faut agir, si l'on veut prévenir le renouvellement du crime; et ce criminel, il faut l'atteindre dès qu'un acte extérieur irrévocable l'a révélé comme un élément de trouble et de danger pour la société.

(1) Feuerbach: *Lehrbuch des ... peinlichen Rechts*, § 42 (Édit. de 1836 publiée par Mittermaier, p. 47 et 48).

C'est ainsi que l'École positive moderne (1) se rencontre avec la théorie spiritualiste des canonistes. C'est l'homme qu'il faut atteindre, c'est lui qu'il faut guérir. Donc, tout acte qui révèle son péché, auraient dit les canonistes, le soumet à l'expiation; tout acte qui révèle sa criminalité pathologique, diraient les modernes, doit le soumettre au traitement pénitentiaire qui doit mettre la société à l'abri de son action, ou peut-être essayer d'en faire un élément assimilable, compatible avec l'état social.

D'un côté comme de l'autre, on aboutit à la répression de la tentative, quelle qu'elle soit, irréalisable ou non.

J'expose maintenant la conception en bloc sans distinguer désormais entre les deux points de vue, ancien et moderne, que je viens d'esquisser.

Dans cette théorie subjective, on reconnaît bien sans doute que la loi ne doit pas punir l'intention qui ne se réalise pas en acte, parce que la répression publique qui voudrait atteindre autre chose qu'un fait positif qui eût troublé l'ordre social, constituerait elle-même pour la société, et pour les conditions de vie de l'individu dans la société, un élément de trouble et de danger plus considérable que les perturbations provenant des crimes individuels. D'autre part, au point de vue même de l'École, qui ne voit dans la répression qu'un moyen préventif pour l'avenir, le danger ne se révèle que chez les individus assez violents ou assez énergiques pour passer à l'action: c'est l'action qui est le critérium du danger social.

Mais, lorsque l'intention s'est traduite en acte, toutes les causes de justification de la peine se trouvent réalisées. Pour ceux qui voient la justification de la peine dans la manifestation extérieure d'une résolution criminelle, la volonté de l'agent s'est incarnée dans un fait public qui la rend désormais passible de la réprobation publique et, par suite, d'une satisfaction publique. La conscience publique est atteinte, non seulement par la réalisation d'un dommage individuel, mais par tout effort par lequel on prend parti contre la société, contre le droit et contre la justice: passer de l'intention à l'acte, c'est déjà s'attaquer à la société elle-même. Or, qu'importe le danger possible ou non qu'elle a couru? Ce qui importe, c'est le fait de l'attaque en soi. Toute tentative, réalisable ou non, classe celui qui l'entreprend parmi les adversaires du droit et de la société: donc celle-ci a qualité pour défendre

(1) *Conf.*, Garofalo: *Criminologie* Edit. 1895, p. 39 et s.

le droit et la justice d'abord, et pour se défendre elle-même ensuite.

Et quant à ceux qui font de la peine surtout un moyen préventif pour l'avenir, soit au point de vue de l'amendement ou de la séquestration de l'agent, soit au point de vue de l'intimidation des autres, il va de soi que, la perversité du tempérament criminel étant démontrée par l'acte qui l'a mise en œuvre, la peine est acquise et justifiée.

C'est donc ici l'intention qu'il faut atteindre et poursuivre à travers l'acte qui la révèle, c'est la formule opposée à celle de la théorie objective ; et cette intention est tout aussi pleinement manifestée que la tentative soit ou non réalisable.

Nous trouvons cette théorie subjective, sous sa forme ancienne bien entendu et sans aucun rapport direct avec les conceptions plus ou moins positivistes de l'École moderne, représentée en Allemagne par Tittmann, dans son *Manuel de la science du droit pénal*, dont la première édition date de 1806 (1).

On voit donc que, dès le début de ce siècle, en Allemagne, les deux camps se trouvaient déjà en présence et avaient pris nettement position.

§ 3.

Il paraît bien cependant que la théorie objective resta prédominante ; elle semblait avoir pour elle l'article 178 de la Caroline ; et à coup sûr elle répondait admirablement aux conceptions scientifiques qui l'emportaient de plus en plus et à l'idée que l'on se faisait du caractère de la peine et du but de la répression.

C'est à elle encore que se rattache Mittermaier, quoiqu'il soit considéré aujourd'hui comme le défenseur d'une sorte de théorie mixte et en tous cas d'une distinction destinée à un brillant avenir, celle que nous qualifions aujourd'hui de distinction entre l'impossibilité absolue et l'impossibilité purement relative.

Il s'en faut cependant que cette théorie mixte apparaisse avec cette netteté dans les premiers écrits du célèbre criminaliste (2).

Il commence par mettre à part les cas où l'objet du délit n'existe pas, ou, ce qui revient au même, les cas où le caractère sous lequel la loi l'envisage au point de vue du délit lui ferait totalement défaut (3). Dans tous ces cas aucun doute n'est possible, la

(1) Voir, pour ce qui est de Tittmann, ce qu'en dit BAUMGARTEN, *loc. cit.* p. 236.
(2) Peut-être la première trace d'une distinction de ce genre se trouve-t-elle dans CARMIGNANI, Elementa juris criminalis : § 231. (*Conf.*, TUOZZI PASQUALE : *loc. cit.* p. 186, note. 3.)
(3) Sur les différentes phases qu'a suivies la pensée de Mittermaier sur ce point e pour les citations, voir BAUMGARTEN : *loc. cit.* p. 241 et s.

tentative n'est pas punissable. Reste l'hypothèse où les moyens seraient inefficaces : ici il distingue suivant que le moyen employé serait incapable par lui-même, quelles que fussent les circonstances qui en accompagnent l'emploi, de produire le résultat voulu, et suivant au contraire que dans l'espèce donnée il doit être simplement insuffisant : inaptitude ou insuffisance du moyen, ce sont les deux points de vue pris en considération. Dans le premier cas on reste sous l'application de la théorie objective ; le fait n'est qu'un simulacre d'exécution qui ne menace personne ; dans le second, tout en admettant encore la théorie objective comme point de départ, il faut reconnaître que, si le danger a pu être écarté par les circonstances particulières de l'espèce, en soi il existait : au moment où l'exécution commençait on n'aurait pas pu dire *a priori* que la réalisation fût impossible ; si le moyen s'est trouvé inefficace, cela a tenu à des circonstances que l'agent pouvait en effet ne pas prévoir, circonstances qui auraient pu ne pas se présenter. Donc la condition exigée par la théorie juridique objective pour que la répression soit acquise, et qui est l'existence d'une menace réelle et, comme disait Feuerbach, d'un danger matériel qui existe en soi et objectivement, cette condition existe. Il faudra donc bien, en pareil cas, appliquer les peines de la tentative ; il y aura tentative légale.

Cette dernière concession a dû s'imposer à tous les partisans de la théorie objective ; elle était forcée. Il est certain que celui qui ne sait pas se servir de son arme, qui vise mal par exemple, ne peut pas être considéré comme exécutant un acte qui ne contienne par lui-même ni menace ni danger ; ce serait révoltant et absurde tout à la fois (1). Et cependant logiquement, mathématiquement, une déviation de l'arme au moment de l'exécution ou une insuffisance dans le chargement, constituent une impossibilité aussi radicale en soi que le fait de tirer à vide ou, pour prendre un exemple qui revient souvent sous la plume des Allemands, de prendre, en matière d'empoisonnement, du sucre pour de l'arsenic.

Voilà donc une première concession que tous les partisans de la théorie classique, si je puis ainsi appeler la théorie objective, sont

(1) Il est vrai que, pour éviter la contradiction qu'on aurait pu leur imputer, les partisans de la doctrine classique déclarent qu'en pareil cas il n'y a pas délit impossible, mais délit manqué (*conf.* VILLEY : note sous cass. 12 avril 1877, dans *Sir. 77. I. 329, in fine.*) Cela est possible ; mais le délit n'en est pas moins manqué par suite d'une impossibilité initiale tenant au défaut de relation entre les moyens et l'objet ; et, à ce titre, il y avait, au moment même où se plaçait le commencement d'exécution, impossibilité radicale d'exécution (*conf.*, *infrà*, III, § 2).

bien obligés d'admettre, et je la retrouve aujourd'hui encore très franchement acceptée et avouée chez nos criminalistes français.

Et cependant ce premier pas fait, et il est forcé, les autres suivent forcément, logiquement.

En effet, lorsqu'on dit, au cas d'insuffisance du moyen, qu'il subsiste un danger susceptible de justifier la peine, il faut s'entendre.

En soi, et à prendre les circonstances telles qu'elles se présentent au moment où commence l'exécution, le danger n'existe pas : il est matériellement impossible, si la direction de l'arme est défectueuse, que l'objectif soit atteint. Pour que le danger existe, il faudrait donc supposer une circonstance qui fait défaut, et qui serait celle-ci : le meurtrier aurait pu viser juste, et alors sa victime était atteinte. Mais n'est-ce pas exactement la même chose dans la plupart des cas où il y a impossibilité ? De quoi donc a-t-il dépendu que l'empoisonnement réussît ? D'un hasard minuscule ; le poison était là, sous la main du criminel ; celui-ci a entendu du bruit, il s'est troublé, il a pris une substance pour une autre ; bref, l'aliment s'est trouvé inoffensif. Et notre voleur qui fouille un tronc ou une poche vide ? A quoi cela a-t-il tenu que le vol pût s'accomplir ? Il y avait plusieurs troncs dans l'église ; il a été au hasard, il s'est attaqué à celui qui était vide ; ou bien il s'attaque à la mauvaise poche. Au moment où il met la main dans la poche, c'est-à-dire au moment où l'exécution commence, peut-on dire qu'il ait quelque chance de réussir ? Aucune. Seulement, il suffit de supposer, ce qui eût pu tout aussi bien arriver, que les circonstances eussent été un peu différentes, que le voleur choisît la bonne poche au lieu de la mauvaise, pour voir apparaître le danger et la menace. C'est exactement comme pour le cas de déviation de l'arme ; il eût suffi d'une légère modification dans les éléments qui constituent l'exécution du délit, et modification qui était à la portée de l'agent, qui, loin d'être irréalisable, était en quelque sorte sous sa main, et que le hasard seul a empêchée de se produire, pour que la consommation fût assurée.

Dans les deux cas le danger est de même nature ; il est, si je puis dire, rétroactivement hypothétique ; mais cette hypothèse qu'il faut supposer pour que le danger se réalise, ne dépendait elle-même que d'un pur accident d'exécution : en prenant les choses telles que l'agent les a préparées elle pouvait se réaliser tout aussi bien que l'hypothèse contraire qui a rendu l'exécution impossible.

Or, dans tous ces cas, le motif juridique de répression est le

même ; de plus, il serait scandaleux et révoltant de faire dépendre la répression d'un pur hasard dont l'impunité blesserait la conscience publique tout autant que pourrait le faire la réalisation du crime lui-même (1).

Il faut donc arriver forcément à élargir le domaine de la répression et le cercle des hypothèses où la tentative, bien qu'irréalisable en soi, reste une tentative légale, parce que, au moment où l'agent met en œuvre les moyens dont il dispose, il y a une menace réelle qui surgit et que l'impossibilité qui l'empêche de réussir ne provient que d'une maladresse dans l'exécution, ou d'une ignorance en ce qui touche les conditions de réussite. Le voleur ne pouvait pas savoir quelle poche attaquer de préférence, de même que l'assassin pouvait être un mauvais tireur ; dans tous ces cas, qu'il s'agisse de l'objet qui n'existe pas là où on le cherche, ou du moyen qui ne peut réussir dans les conditions où on l'emploie, il y a impossibilité purement accidentelle et simplement relative.

L'esprit conçoit donc une distinction possible entre le cas où, étant donné les éléments que l'agent a en vue, il est impossible qu'aucun danger surgisse jamais de l'exécution qu'il prépare, et le cas, au contraire, où les éléments qui doivent constituer l'exécution du crime sont de nature à conduire à l'exécution et par suite à réaliser un danger par le fait seul que l'agent passera de l'intention à l'acte, sauf déviation accidentelle, erreur ou modification imprévue dans le mode d'emploi.

On conçoit ainsi, tout en gardant comme point de départ le principe de la théorie classique, et en faisant du danger possible le critérium de la répression, trois degrés d'extension du cercle des tentatives impossibles rentrant encore dans la tentative punissable (2).

Le premier suppose que l'objet existe là où on le vise et que les moyens en soi sont efficaces, mais que, par le fait même d'une mise en œuvre défectueuse au cours de l'exécution, les moyens et l'objet ne sont plus dans un rapport tel que la réalisation du délit soit possible : cela ne vise guère que le cas d'utilisation défectueuse des moyens ; c'est la première concession qui s'impose, celle, nous l'avons vu, que tout le monde admet. On l'identifie, en général, mais à tort nous le verrons, avec le délit manqué.

Un second degré d'extension vise les cas où non seulement la

(1) *Conf.*, Champcommunal : *loc. cit.*, p. 99 ; et Villey : *du délit impossible, loc. cit.*, p. 192 et 194.
(2) *Conf.*, également, sur ces diverses distinctions, *infrà*, III, § 2.

mise en œuvre et l'emploi des moyens se trouvent défectueux, mais où les éléments sur lesquels on agit se trouvent, indépendamment des circonstances mêmes de l'exécution, dans un rapport qui empêche l'exécution de réussir sans que ce rapport doive forcément rester insuffisant dans d'autres espèces analogues. Ceci correspond à notre distinction traditionnelle entre l'impossibilité absolue et l'impossibilité relative, qu'elle ait trait à l'objet ou aux moyens peu importe. Cela comprendrait, par exemple, les cas où l'objet, bien qu'existant en soi, n'existe pas là où on le cherche; c'est le cas du voleur qui se trompe de poche. Il ne s'agit plus ici d'impossibilité qui ne résulte que d'une maladresse d'exécution, ce qui arriverait par exemple si, pour forcer la serrure d'un tronc, le voleur se servait de moyens forcément insuffisants; le rapport de causalité entre le but et les moyens ne se trouve pas dévié par la maladresse de l'agent; il se trouve inexistant dès le début: les moyens sont appliqués à un état de choses qui ne renferme pas l'objet du délit; l'un est à droite et les moyens portent à gauche. Il y a donc plus qu'insuffisance d'exécution, il y a impossibilité d'exécution. Mais cette impossibilité n'est que relative, parce qu'il eût suffi de changer le rapport de mise en œuvre entre les moyens et l'objet pour obtenir un résultat.

Mais encore faut-il que l'objet existe en soi, et que les moyens pris en eux-mêmes fussent efficaces. Cela ne comprendrait pas l'hypothèse où l'on s'attaquerait à un objet inexistant, comme si l'on veut donner la mort à qui n'existe déjà plus, ou celle encore où l'on se servirait de moyens qui fussent en soi absolument inoffensifs, comme serait de se servir de sucre au lieu de poison. Dans tous ces cas il y aurait impossibilité absolue.

Enfin, sans aller encore jusqu'à écarter toute distinction entre les diverses tentatives impossibles, on comprendrait, toujours à s'en tenir à l'idée de danger possible, qu'on se contentât d'apprécier le rapport de causalité dans la préparation telle que l'agent l'a en vue et non dans l'exécution au moment où elle commence. L'agent a en vue un objet qui se trouve exister, il a à sa disposition des moyens qui en soi sont efficaces: cela doit suffire pour que le danger apparaisse comme un danger social au moment où commence l'exécution, peu importe qu'à ce moment, par suite d'une erreur ou d'un accident, l'exécution se présente sous un rapport qui la rende impossible, même d'une impossibilité absolue. Je fais allusion surtout au cas d'erreur dans l'emploi du poison. L'agent avait bel et bien préparé de véritable poison: donc tout

était disposé pour que la mort dût s'en suivre; il suffisait de passer de la préparation à l'acte irrévocable; de faire apparaître l'exécution définitive. Le moment où l'agent se décide à agir est le moment où le danger social se réalise; car à ce moment tout est mis en œuvre pour qu'il y ait une personne tuée; peu importe que l'agent se trompe et prenne une substance inoffensive pour le poison qu'il avait préparé. Ce n'est qu'une erreur accidentelle dont il n'y a pas plus à tenir compte que de la déviation de l'arme au moment où l'on fait partir le coup.

Bien entendu, il faudrait en dire autant de celui qui tirerait avec un fusil qu'on eût déchargé à son insu. Il s'agit d'un moyen impossible et l'impossibilité, si l'on se place au moment de l'exécution est aussi radicale et absolue que lorqu'il s'agit d'un prétendu empoisonnement à l'aide de substances inoffensives substituées au poison que l'on avait préparé. Mais, si l'on se place au point de vue des moyens mis en œuvre par l'agent, au moment où tout était disposé pour atteindre le but voulu, on peut dire que ce danger existe, qu'il menace la victime que l'on vise, qu'il est suspendu sur sa tête, et ce n'est plus alors qu'à un événement purement accidentel qu'elle a dû son salut. De même, si, au lieu d'une arme ordinaire, il s'agissait d'une bombe ou de tout autre engin explosible disposé de telle sorte qu'il doive infailliblement tuer la victime que l'on a en vue: peu importerait qu'un tiers à l'insu du criminel eût aménagé les choses de telle sorte que l'explosion fût rendue impossible.

Pour que l'idée même de danger fît défaut, il faudrait supposer que les éléments du délit, tels qu'ils existent dans l'esprit de l'agent et au point de vue de la préparation même de l'infraction, sont incapables de constituer la matérialité objective du fait visé: l'agent qui veut commettre un infanticide a en vue un enfant qui n'existe déjà plus et c'est sur un cadavre qu'il va opérer; ou encore il a en vue, pour exécuter un empoisonnement, des substances qu'il croit nuisibles et qui ne le sont pas. Il a beau se livrer à ses préparatifs; ses préparatifs ne menacent personne; il aura beau franchir la limite fatale qui le sépare de l'action, cette mise en œuvre ne sera jamais qu'une manifestation d'intention criminelle, ce ne sera pas un acte criminel. Pour en décider autrement, il faudrait mettre de côté, ce qui est le point de départ de la théorie classique, l'idée d'un danger possible; il faudrait ne s'attacher qu'à la manifestation extérieure d'une intention coupable, et punir cette intention pour elle même; ce serait la théorie subjective.

On voit donc que tout en restant sur le terrain de la théorie objective on peut aller très loin dans le domaine de la répression, et atteindre, sauf une exception assez restreinte, la plupart des délits impossibles.

C'est précisément ce que fit peu à peu Mittermaier, en suivant insensiblement ces degrés d'approximation que je viens d'exposer successivement; et, ce qu'il y a de plus intéressant à noter, c'est que c'est en s'appuyant sur le Code pénal français qu'il alla le plus loin dans le domaine de la répression en matière de tentatives impossibles, et qu'il en arriva à ce troisième cercle d'évolution susceptible de comprendre même le cas de tentative d'empoisonnement au moyen de substances inoffensives substituées par erreur au poison que l'on avait préparé. C'est que, dit-il, une législation comme le Code pénal français, qui fait dépendre la tentative du commencement d'exécution, doit considérer comme tentative punissable le seul fait de passer à l'exécution, indépendamment de toute question relative à l'efficacité des moyens employés (1). C'est le fait de passer à l'acte, comme disaient les glossateurs, c'est le *Processus ad actum* qui fonde l'idée d'une dette à payer à la société, d'une réparation à la conscience publique. Sans doute il faut, pour que l'on ait en vue un crime, que les faits et éléments visés par l'agent soient de nature à produire un résultat criminel, donc que l'on vise un objet qui existe quelque part et que l'agent, sauf question de chance ou d'erreur, puisse atteindre ; mais ceci admis, du moment qu'il y a un objet menacé, il y a un danger qui existe objectivement, au moins dans l'esprit de l'agent. Et cela suffit, d'après la théorie romaniste consacrée par l'article 2 du Code pénal français, pour que l'entrée dans le monde des faits matériels de la résolution criminelle, autrement dit la mise en acte de ce qui n'était avant que projet interne, et ce mot « commencement d'exécution » ne signifie pas autre chose, réalise la tentative punissable.

On voit donc que Mittermaier allait encore un peu au delà de la distinction qu'on lui attribue généralement entre l'impossibilité absolue et l'impossibilité relative en matière de tentative. Celle-ci, telle qu'elle a été généralement comprise, telle que Haus, par exemple, l'a reproduite dans ses principes de droit pénal (2), et telle que notre jurisprudence se l'est appropriée, ne vise que

(1) Mittermaier : Ueber den neuesten Zustand der Criminalrechtswissenschaft in Deutschland dans *Neues Archiv des Criminalrechts*, t. IV, p. 104 et 105.
(2) Haus : *Principes généraux du droit pénal belge* (Edit. de 1879 t. I, nos 459 et s. p. 346 et s.).

l'impossibilité appréciée au moment où commence l'exécution, ce qui ferait rentrer dans l'impossibilité absolue la substitution d'un aliment inoffensif à une substance vénéneuse. Mittermaier, au contraire, voyant dans ce dernier cas une tentative impossible punissable, se plaçait, pour apprécier l'impossibilité, au point de vue de l'agent et au point de vue des éléments dans la préparation même du délit, indépendamment de toute modification accidentelle lors de la mise à exécution.

Et ce qu'il y a de plus significatif, c'est qu'on pouvait aller jusque-là sans abandonner le point de vue objectif de la théorie classique; c'est encore l'existence possible d'un danger résultant de la préparation qui faisait de la mise à exécution, quelles qu'en fussent les conditions de réalisation, une tentative rentrant dans le domaine de la tentative légale.

Mais on sentait cependant que cette base était vraiment par trop étroite; d'autre part les extensions qu'on en avait données faisaient apparaître l'insuffisance du principe : il ne restait plus qu'à jeter franchement celui-ci par-dessus bords.

Depuis longtemps déjà on l'avait tenté ; je crois même, je l'ai déjà dit, que la théorie subjective pouvait se prévaloir des droits de la priorité et qu'elle avait pour elle l'histoire et le sentiment populaire : n'est-ce pas souvent ainsi du reste? L'histoire, qui est la vérité par les faits, est rarement favorable aux constructions scientifiques. Cependant, à une époque de rigueur précise, cette théorie subjective restait un peu à l'état d'intuition. Il fallait, pour lui donner sa marque, la soumettre à une analyse un peu plus approfondie qu'on ne l'avait fait jusqu'ici et la couler à son tour dans le moule d'une construction juridique.

Cet effort a été tenté et réalisé de main de maître par Buri, et c'est cette théorie de Buri qui a eu, en cette matière et sur la pratique, une influence considérable; elle a, si l'on peut dire, créé le mouvement d'où est sortie la nouvelle jurisprudence de la Cour supérieure de l'Empire (1).

Le point de départ sur lequel elle s'appuie est une analyse absolument exacte de la théorie classique et du fondement qui jusqu'alors lui avait servi de base. Ce fondement était l'idée de causalité.

(1) Von Buri, Die Lehre vom Versuche (*Gerichts-saal*, 1867, p. 60 et s.); Der Versuch des Verbrechens mit untauglichen Mitteln und an untauglichen Objecten (*Gerichts-saal 1868*, p. 325 et s.) Versuch und Causalitat (*Gerichts-saal* 1880, p. 321 et s.). Voir aussi dans *Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft*, t. I, p. 185 et s..

La tentative était considérée comme punissable en tant qu'elle consistait en un fait, ou dans un ensemble de faits, que l'on pût considérer comme destinés à réaliser le crime.

Et c'est également à cette formule que se ramenaient toutes les théories qui parlaient de danger possible : le danger résulte du rapport de causalité entre le commencement d'exécution et le but qu'il doit réaliser; c'est parce que les faits qui manifestent l'exécution sont de nature à réaliser la consommation du crime qu'ils constituent par eux-mêmes un danger dont la société a le droit de tirer vengeance, ou de demander réparation, suivant les points de vue.

On en concluait que ce danger et, par suite, ce rapport de causalité n'existaient que là où les éléments compris dans l'exécution étaient de nature par eux-mêmes et en soi à produire un résultat définitif, donc à aboutir au crime.

Or, ce que Buri a essayé de mettre en relief c'est qu'en matière de tentative, c'était tout l'un ou tout l'autre : ou ce rapport de causalité existait toujours, indépendamment de toute possibilité d'exécution, et alors il était purement intellectuel, ou il n'existait jamais ; et alors, si l'on voulait s'en tenir à un rapport de causalité en quelque sorte matériel et objectif, logiquement il fallait soustraire la tentative, quelle qu'elle fût, à toute répression : car en soi il n'y a pas, objectivement parlant, d'exécution partielle, il n'y a pas de rapport de cause à effet avant que l'effet se soit produit.

Entendons-nous bien ; si l'on se place au point de vue de l'intention qui conçoit, qui veut, qui prépare, dispose et entre en scène pour exécuter ce qu'elle a projeté, il y a une série d'actes qui tendent au crime et qui se présentent pour celui qui les réalise comme devant produire le crime ; qui, dans son esprit et pour lui par conséquent, doivent être la cause de l'effet projeté. Ils sont intellectuellement parlant, et à un point de vue tout subjectif, dans un rapport de cause à effet avec le crime que l'on veut exécuter.

Mais, si l'on parle d'un rapport objectif, existant en soi, et d'un danger nécessaire et forcé, rien de tout cela n'existe en matière de tentative.

Il y a un danger, c'est incontestable ; mais ce danger, il est dans la volonté de celui qui s'est montré capable de mettre son projet à exécution ; il est dans ce fait qu'il est prêt à tout et qu'il ne reculera devant rien. Mais est-il dans les actes ? Voilà ce qu'on ne peut pas savoir et ce qu'on ne saura que si la réalisation,

une fois effectuée, démontre que les moyens étaient en rapport avec l'effet voulu.

Tout le monde est obligé d'admettre, même dans la théorie contraire à celle du droit français, suivant laquelle l'empoisonnement n'est réalisé que par la mort de la victime, que le fait de faire absorber de véritable poison en dose jugée suffisante est une tentative (1), — de même que le fait de tirer avec une arme réellement chargée sur quelqu'un qui se trouve à portée est une tentative ; et cependant la constitution de celui qui absorbe le poison peut être telle qu'il doive nécessairement résister à la dose qui lui a été administrée. Et de même il suffit d'une imperceptible déviation dans la visée pour que la victime soit dans l'impossibilité mathématique d'être atteinte. Comment donc parler dans tous ces cas de rapport de causalité et de danger existant ? La vérité est que le danger existait avant l'exécution, parce qu'alors on ne savait pas comment l'agent s'y prendrait pour exécuter et qu'il y avait neuf chances sur dix peut-être pour qu'il s'y prît au mieux et que le coup réussît. Mais à partir du moment imperceptible où l'exécution commence, à partir de ce moment toutes les chances sont fixées ; les rapports sont établis, imperceptibles à l'œil qui voudrait les observer et les mesurer, échappant par suite à toute appréciation qui voudrait devancer le résultat. Mais dès ce moment il est peut-être déjà certain que le coup ne réussira pas ; et alors le danger n'existe plus.

Pour ceux qui font du danger possible le critérium de la répression en matière de tentative, c'est la préparation qu'ils devraient punir, puisque là le danger existe ; quant à ce qui est de l'exécution, neuf fois sur dix il n'existe déjà plus.

Sans doute le défaut de réussite peut provenir d'une autre cause que d'une défectuosité dans le rapport qui va s'établir entre le but et les moyens destinés à l'atteindre ; l'agent peut être interrompu dans l'exécution de son crime.

Cela est vrai ; mais ce qui est vrai aussi c'est qu'à prendre les faits en eux-mêmes, du moment que l'attentat n'est pas consommé, ils ne peuvent constituer un rapport de causalité avec le crime qu'à la condition d'emprunter à l'élément subjectif et

(1) J'emploie le mot au sens large, susceptible de comprendre également ce que l'on appelle le délit manqué, aussi bien que le délit tenté, puisque la définition de l'article 2 du Code pénal paraît bien confondre l'un et l'autre, et que d'ailleurs au point de vue qui nous occupe, qui est celui de l'efficacité virtuelle de l'exécution, il n'y a vraiment pas de différence intrinsèque à établir entre les deux, je le démontrerai plus loin.

intentionnel la révélation même du crime qu'ils avaient en vue: l'agent frappait sa victime; voulait-il la tuer ou s'en tenir aux coups et blessures? C'est à son intention qu'il faut le demander. Il s'agit d'une femme qu'il venait de jeter à terre: dans quel but? Vol, assassinat ou viol? Le fait en lui-même ne le révèle pas. Pour ceux qui voient dans l'effraction une tentative suffisamment caractérisée, à quel crime ou délit faudra-t-il donc la rapporter? Dans tous ces cas où trouver dans les faits eux-mêmes le rapport de causalité que l'on cherche? C'est l'intention qui révélera le crime; ce sera donc bien l'intention dans ses modalités diverses que l'on punira et que l'on atteindra et non le fait en lui-même.

Le raisonnement, pourra-t-on dire, porte ici sur un autre terrain. L'intention n'intervient plus que pour révéler la nature du crime; mais, une fois celui-ci connu, on ne peut nier, puisque l'on suppose que l'objet existe et que les moyens soient suffisants, qu'il y ait eu un rapport de causalité matériel et objectif entre le fait déjà réalisé et le résultat définitif que l'on voulait atteindre.

C'est ici qu'est la méprise. Ce rapport de causalité n'existe qu'à condition que l'agent veuille ne pas s'arrêter à des coups et blessures, et qu'il veuille poursuivre le meurtre jusqu'au bout; il n'existe qu'à condition qu'il veuille, une fois la femme à terre, fouiller dans ses poches, ou qu'il veuille la tuer, ou qu'il veuille la violer; et de même au cas d'effraction, ce rapport de causalité implique que l'agent profitera de son entrée dans la maison soit pour tuer, soit pour voler, soit peut-être pour l'un et l'autre. Mais qu'en sait-on à s'en tenir aux faits tels qu'ils existent au moment de l'arrestation? Qui peut dire en outre que l'agent ne se fût pas désisté volontairement? Or la loi prévoit que cela peut arriver et que dans ce cas il n'y a plus de tentative punissable. Enfin qui peut affirmer que, en soi, la tentative est possible? Il y a d'innombrables circonstances qui peuvent rendre insuffisants, au cours de l'exécution, les moyens employés et détruire le rapport de causalité que l'on croit établi, et qui n'est que fictif et apparent entre les actes déjà réalisés et le but poursuivi.

De sorte qu'en réalité le danger que l'on punit ici est de même nature que celui résultant de la préparation : il n'est pas dans les actes réalisés, ni dans la matérialité des faits, il est dans la volonté de l'agent. Si l'on s'en tient à la préparation, il est dans la volonté prête à entamer l'exécution; et si l'exécution est commencée, il est dans la volonté prête à la poursuivre et à la diriger vers celui des différents crimes possibles qu'elle veut atteindre.

Donc, ce rapport de causalité que l'on a en vue, dans tous les cas, il n'existe que dans la volonté de l'agent : on croit le voir et l'atteindre dans les faits; en réalité on ne l'atteint que chez l'agent lui-même qui, tant que le crime n'est pas consommé, est maître des faits eux-mêmes, maître de sa volonté et libre, en prenant le mot au sens vulgaire et sans autre prétention philosophique, de poursuivre dans la direction, ou plutôt dans l'une des directions, qui lui restent ouvertes (1).

Ce qui est vrai, c'est que plus l'exécution avance, plus la menace d'une volonté perverse, qui déjà s'est traduite par un acte positif, augmente d'intensité, plus le danger s'approche de la réalité; mais ce danger, cette menace, tout cela sont des faits subjectifs : ils sont dans la volonté de l'agent. Au fond, c'est là qu'on les atteint et qu'on les punit.

La répression de la tentative n'est jamais que la répression d'une volonté qui se manifeste comme une volonté en révolte avec l'ordre établi ; il n'y a encore ni droit violé, ni dommage causé, ni exécution même partielle d'un crime : il y a un effort vers le crime, il y a la volonté rendue visible de commettre un crime, s'avançant de plus en plus vers la réalisation du crime : mais, pour ce qui est des actes pris en eux-mêmes, il n'y en a pas un qui réalise l'objectivité du crime, ni pour le tout ni pour partie.

Il en résulte qu'il n'y a pas, en réalité, de théorie objective de la tentative. Ou bien il faut s'en tenir au droit violé, tel fait dommageable, telle peine : c'est le système de la Loi salique et on sait à quoi s'en tenir; mais il n'y a plus de répression possible de la tentative. Ou bien il importe de punir les actes extérieurs qui s'acheminent vers la violation du droit; mais ce ne seront pas les actes en eux-mêmes qui justifieront la peine; ce sera la manifestation qu'ils incarnent d'une volonté qui se traduit à l'extérieur et qui entame la révolte contre l'ordre juridique. C'était le système des glossateurs lorsqu'ils parlaient du *Processus ad actum*; on ne

(1) Je sais bien, surtout si l'on s'en tient aux données de l'école expérimentale, que cette liberté, au sens vulgaire du mot, est une éventualité tellement improbable qu'au point de vue de la répression il ne doit pas y avoir à en tenir compte. Mais je ne dois pas raisonner ici sur les faits eux-mêmes, tels que l'expérience les révèle. Faisant l'analyse d'une conception juridique, je dois prendre cette conception telle que le législateur l'a admise; et sur ce point il n'y a aucun doute, ni sur le système qui a inspiré nos Codes, ni sur celui qui domine chez la plupart de leurs interprètes: c'est l'idée d'une volonté qui, théoriquement, est toujours libre de s'arrêter à sa guise, et qui dirigerait les ressorts intérieurs de l'activité humaine comme le pilote qui a la main au gouvernail et qui, à tout moment, peut lui imprimer la direction qui lui convient; conception assurément inexacte, mais sur laquelle il nous faut bien raisonner comme si elle était la seule vraie, puisque c'est la seule que connaisse encore l'École dont il nous faut ici apprécier les résultats pratiques, en même temps que critiquer les inconséquences rationnelles.

peut pas dire que ce soit le bon, car cela supposerait un choix. La vérité est que c'est le seul possible.

Donc, et logiquement, si, même dans la tentative considérée comme possible, alors cependant qu'on ne peut jamais en être sûr, c'est toujours la manifestation intérieure d'une intention criminelle que l'on frappe, il faudra bien admettre que cette manifestation, dès qu'elle se sera révélée par des actes qui marquent l'irrévocabilité de la volonté, sera également punissable, sans qu'il y ait à prendre en considération le prétendu rapport entre le but et les moyens, sans qu'il y ait à parler de tentative possible ou impossible : ce sont là des distinctions purement artificielles, dont la limite ne peut pas être tracée d'une façon sûre, pour lesquelles il n'y a pas de critérium scientifique que l'on puisse jamais découvrir, et qui n'ont donné lieu jusqu'alors qu'à des décisions contradictoires et flottantes, et à d'injustifiables exceptions soit dans un sens soit dans l'autre.

Assurément toutes ces idées ont prêté le flanc à bien des critiques et soulevé de grosses objections (1). Deux choses surtout embarrassaient ceux qui étaient tentés de se rallier aux idées nouvelles : la première était de concilier cette théorie avec l'impunité admise au cas de désistement volontaire et la seconde était la difficulté qu'il y avait à écarter certaines hypothèses où vraiment il eût été excessif et contraire à toutes les données du bon sens, d'appliquer la peine du crime consommé, comme au cas par exemple de sortilèges, prières, ou autres pratiques de ce genre en vue d'obtenir la mort d'un individu, le *Todtbeten* des Allemands.

Si, en effet, on punit le commencement d'exécution en tant que manifestation d'une volonté considérée comme irrévocable, la répression doit être acquise par le fait même, sans avoir égard à aucun retour possible en arrière; ou, sinon, si l'on tient compte d'un désistement ultérieur, c'est donc que cette volonté n'était pas encore irrévocable, qu'on ne pouvait pas encore en être sûr : et alors de quel droit la punir? Si c'est à la volonté seule que l'on s'en prend, et qu'on la punisse avant même d'être assuré qu'elle persiste jusqu'au bout, pourquoi ne pas la frapper tout aussi bien à l'état interne et dès qu'on peut la saisir comme un fait psychique

(1) Voir principalement Geyer dans l'article de la *Rivista penale* signalé plus haut; et également dans la *Zeitschrift fur die gesammte Strafrechtswissenschaft*, t. I, p. 132. *Conf.*, Binding : *Handbuch des Strafrechts*, t. I, p. 693. Pour d'autres références voir Liszt : *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (Édit. 1894, § 47 note 1, p. 182) et Baumgarten : *loc. cit.* p. 300. et 358.

démontré? Cette volonté à l'état pur, on ne se reconnaît pas le droit de l'atteindre; on exige qu'elle s'incarne en un fait extérieur qui la manifeste avec certitude : rien de mieux. Mais alors cette condition devrait être suffisante; dès qu'elle existe, il y a un trouble social qui en résulte, il y a la révélation d'une volonté qui a commis un acte de révolte contre l'état juridique et contre l'état social; c'est un fait que le désistement ultérieur n'effacera pas; pas plus que dans le système français qui place la consommation de l'empoisonnement dans l'administration du poison, le repentir après coup et les efforts de l'agent pour sauver sa victime, même s'ils y parviennent, ne sauraient effacer le crime et écarter la répression (1).

En cas de maléfices et de sortilèges, l'embarras est peut-être plus grand encore; puisqu'il y a là, semble-t-il, tous les éléments d'une manifestation extérieure exprimant une volonté irrévocable : toutes les conditions exigées par la théorie subjective pour qu'il y ait tentative ne sont-elles pas réunies (2)?

§ 5.

J'ai essayé de donner jusqu'ici, non pas précisément un résumé des principales théories allemandes sur la matière, mais comme un exposé des idées qu'elles étaient de nature à suggérer, des tendances qu'elles représentaient, des courants qui pouvaient s'en dégager.

Quant à la jurisprudence, elle restait flottante et incertaine (3), lorsqu'en 1880 elle s'affirma par une décision d'une netteté décisive : il y avait eu infanticide tenté sur un enfant mort-né; c'était l'impossibilité absolue au premier chef, et l'on ne pouvait même pas dire qu'à s'en tenir aux seuls éléments en préparation, ceux que l'agent avait en vue, il restât le moindre doute possible de voir le crime s'accomplir; car l'agent avait eu en vue un pauvre petit corps qu'il croyait vivant alors qu'il était inerte et sans vie. Au moment où il avait pris la résolution du crime, sa volonté menaçait à vide; elle ne constituait de danger pour qui que ce fût. Ce que l'arrêt allait atteindre et punir, c'était donc bien une volonté toute pure incarnée dans une manifestation extérieure.

(1) Baumgarten, *loc. cit.*, p. 297.
(2) Baumgarten, p. 296, note 9.
(3) Elle offrait déjà, avant 1880, des décisions à peu près dans tous les sens, émanant des cours et tribunaux des différents États particuliers de l'Allemagne. On trouvera les principales décisions indiquées dans Olshausen : Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich (sur *l'art. 43 du Code pénal allemand*, § 43 n°s 19-23 p. 154 et s.).

C'était l'application très nette et très franche de la théorie de Buri. Cette première décision fut suivie de plusieurs autres, dans des espèces à peu près analogues ou très voisines, comme celle par exemple de tentative d'avortement sur une femme que l'on avait crue enceinte et qui ne l'était pas (1).

Cette jurisprudence encore contestée, et assurément très critiquée, paraît cependant vouloir se maintenir.

Je ne l'examinerai pas dans ses détails. Mais ce qu'il importe d'étudier de près, c'est la façon dont ses partisans ont cru pouvoir la mettre en harmonie avec le texte du Code pénal allemand.

Ce texte, qui est l'article 43, est ouvertement inspiré, je l'ai déjà dit, au moins pour ce qui est de la définition de la tentative, de l'article 2 de notre Code pénal français; et l'on se souvient de ce que disait déjà à ce sujet Mittermaier, bien avant que le Code actuel existât (2).

Voici tout d'abord la traduction approximative de l'article 43 du Code pénal allemand (3): « Sera punissable comme tentative le fait de celui qui, par des actes de nature à constituer un commencement d'exécution, aura manifesté l'intention de commettre un crime ou un délit, sans que l'exécution en ait été définitivement consommée.» C'est, on le voit, une définition technique de la tentative. Elle se rapproche beaucoup de celle de notre article 2 du Code pénal. Cependant elle rappelle davantage encore la définition qu'avait donnée une loi du 24 prairial an IV et que reproduisait l'article 2 du Code de 1810 avant la réforme de 1832.

Ce qui l'emportait, c'était l'idée d'une manifestation de volonté; c'est également l'idée dominante de la définition du Code pénal allemand : ce qui constitue avant tout la tentative, c'est le fait d'avoir manifesté l'intention de commettre un crime ou un délit, à condition que cette manifestation se soit réalisée par des actes de nature à constituer un commencement d'exécution.

Il est vrai que les partisans de la théorie classique répondaient que pour que l'on pût tenir compte de cette manifestation de

(1) Voir citations, *suprà* notes 7 et 8.
(2) *Conf. suprà* note 25.
(3) § 43 Str. G. B : « *Wer den Entschluss, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, bethätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen, nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuches zu bestrafen.* » Il est intéressant de rapprocher le texte du nouveau Code pénal de l'article 178 de la Caroline (voir *suprà* note 13). On remarquera que l'allure de la phrase est exactement la même. C'est aussi, comme dans l'article 178, l'intention criminelle qui est surtout mise en relief. C'est elle que l'on veut atteindre et punir. Mais on s'est abstenu cette fois, conformément à l'article 2 de notre Code pénal français, de parler expressément de l'efficacité des moyens.

volonté il fallait qu'il y eût commencement d'exécution, ce qui impliquait possibilité d'exécution. C'est le raisonnement littéral de nos criminalistes français : L'exécution partielle suppose une exécution qui aurait pu être totale; pour que l'exécution soit commencée il faut qu'on se soit déjà rapproché du résultat; or, lorsqu'on met en œuvre des moyens qui ne doivent jamais atteindre le but que l'on vise, on n'a pas fait un pas du côté de l'exécution, rien n'est commencé.

On sait ce que Buri répliquait : qu'il n'y a pas d'exécution partielle, que c'est un non-sens, et que tant que l'exécution n'est pas achevée il n'y a que des actes qui ne valent que par l'intention qui les caractérise, qui leur donne leur physionomie et leur valeur, et qui seule est à prendre en considération à travers la matérialité des faits.

Mais s'engager sur ce terrain, c'était se dégager du texte pour ne s'attacher qu'aux principes; or, en avait-on le droit?

Là était la question. Mais il semble bien que les Motifs du Code pénal allemand aient entendu réserver cette liberté (1), car il y est déclaré que, la question étant loin d'être sortie de la période de doute et d'élaboration, on n'avait pas voulu la trancher législativement. Les auteurs du Code pénal auraient fait ce que vient de faire la Commission de réforme de notre Code pénal français: ils n'ont rien voulu compromettre. C'est donc bien la preuve que, dans la pensée des législateurs, l'expression de commencement d'exécution n'a pas le sens rigoureux qu'on lui attribue; elle n'a d'autre but que de marquer la ligne de démarcation entre la période préparatoire et la période d'exécution: il s'agit de qualifier les actes selon leur degré d'approximation apparente et non d'après leur valeur intrinsèque et virtuelle au point de vue de la réussite.

Il était temps vraiment que l'on remît les choses au point et que l'on se dégageât enfin de ces façons de raisonner vraiment puériles qui consistent à jouer sur les mots, sans aller au fond des choses. Et je ne sache pas, je ne fais en cela que reproduire ici l'appréciation de Kohler (2), de raison plus spécieuse, et n'était la grande mémoire de Rossi, on pourrait être tenté de la qualifier plus sévèrement, que celle que, depuis le célèbre criminaliste, tous nos auteurs se transmettent comme un dépôt aussi vide que

(1) Olshausen, *loc. cit.*, 43, n° 19 (Édit. 1892, p. 154).
(2) Kohler. Der strafbare Versuch, ins besondere der sogenannte untaugliche Versuch, § 2 (dans *Studien aus dem Strafrecht*, t. I, p. 9 et s.).

sacré (1). Parce que la loi a parlé d'exécution, il faut qu'elle ait entendu cela d'une exécution infaillible; mais qu'en sait-elle et comment le prévoir? Et la meilleure preuve qu'elle n'a songé à rien de tout cela, c'est qu'elle prévoit que l'exécution vienne à manquer autrement que par la volonté de l'agent. Dira-t-on qu'elle ne songe qu'à l'hypothèse où il est arrêté sur le coup, et à celle où, craignant de l'être, il prend la fuite? Mais tout le monde sait qu'il y a encore autre chose; il y a tous les cas où un accident imprévu fait manquer le coup, souvent même une cause inaperçue qui par avance condamnait la tentative à l'impuissance; supposez le cas où la victime, prévoyant l'attaque, porte une cuirasse sous ses vêtements; infailliblement le poignard doit glisser sur le fer. Au moment où l'assassin frappe son adversaire, il y a déjà impossibilité concomitante. Dira-t-on que ce n'est plus un commencement d'exécution parce qu'en soi l'exécution est impossible? Ce serait absurde.

Parlera-t-on de délit manqué? Ce serait avouer que, sinon toujours, du moins neuf fois sur dix, le délit manqué implique un délit impossible. Dès lors, la loi qui vise le délit manqué, et c'est le cas en effet de l'article 2 du Code pénal, aurait donc voulu viser le délit impossible. Ce raisonnement de texte, à tout prendre, et si l'on veut opposer le texte à lui-même, me paraît encore de beaucoup préférable au premier.

On voit donc bien que la loi n'a songé qu'à une chose, caractériser le fait au point de vue de la distinction entre les actes préparatoires et ceux d'exécution, marquer où commence l'exécution qui rend la tentative punissable, et qualifier l'acte par ses caractères apparents sans s'occuper de sa valeur intrinsèque objective.

Il suffit que l'expression de la loi ait ce sens et cette utilité pour écarter enfin ce jeu de mots puéril que Rossi a recouvert de son éloquence habituelle: ce qui a servi à lui assurer le succès que l'on sait.

Enfin, si l'on veut se placer sur le terrain de l'interprétation exégétique et grammaticale et opposer un mauvais syllogisme à un plus mauvais encore, on peut dire que ce qui suppose le résultat possible, légalement: c'est la consommation et non l'exécution au sens juridique du mot: celle-ci n'est que la mise en œuvre des moyens, sans s'attacher au résultat. Donc elle n'implique pas forcément que le résultat soit acquis. On ne peut donc plus dire que l'exécution partielle, comme celle qui est

(1) *Conf.*, Rossi: *Traité de droit pénal* t. II, p. 142; *Conf.*, *infrà* à note 97.

achevée, implique efficacité des moyens; même en ce qui touche l'exécution totale, au point de vue juridique, on n'a pas à s'en occuper.

§ 6.

Ce changement de front de la jurisprudence souleva, je l'ai dit, une grosse émotion; les objections se multiplièrent. Mais le plus clair profit de cette agitation scientifique fut d'attirer à nouveau l'attention sur cette importante question; et on peut dire que le problème fut repris à nouveau, fouillé et retourné dans tous les sens. Je n'ai pas l'intention, bien entendu, d'exposer toutes les idées qui furent présentées; un résumé de cette exactitude, outre qu'il m'entraînerait beaucoup trop loin, m'éloignerait beaucoup trop aussi du but que j'ai en vue, et qui est avant tout de montrer, par l'exemple de l'interprétation doctrinale de l'Allemagne, que nous avons le droit, et peut-être un peu le devoir, de secouer également la tyrannie des mots, et entre autres celle de cette expression traditionnelle, cependant si simple et si claire, de l'article 2 de notre Code pénal, et qu'on s'est ingénié à détourner de son sens naturel initial, pour imputer au législateur toute une série de déductions serrées comme un syllogisme à la vieille mode, auxquelles, certes, il est loin d'avoir pensé.

J'observe seulement que, parmi toutes les opinions émises, les unes visaient à de réelles divergences de résultat; les autres, tout en approuvant la solution radicale de la Cour criminelle supérieure, se plaçaient, pour la justifier, à des points de vue un peu différents. Pour beaucoup, même parmi les partisans de la théorie nouvelle, la conception doctrinale de Buri avait paru un peu radicale et tranchante à sa manière; c'était encore une construction trop abstraite, trop juridique, à la façon technique du mot, qui laissait trop en dehors de ses termes le seul élément vital de la question, le point de vue de la justice d'une part et de l'intérêt social de l'autre. A raisonner sur des mots, il semblait que des deux théories l'une pût valoir l'autre. On faisait trop abstraction de la vie. Laquelle répondait le mieux aux nécessités pratiques et au sentiment actuel que l'on se faisait de la justice sociale? Voilà le point que l'on aurait surtout voulu voir aborder, et c'est celui auquel de purs théoriciens songeaient le moins.

Quoi qu'il en soit, beaucoup revenaient à la distinction traditionnelle entre deux sortes d'impossibilité (1); d'autres distin-

(1) Voir l'indication des principaux systèmes dans Olshausen, *loc. cit.* § 43, *passim*.

guaient suivant que l'impossibilité visait l'objet ou les moyens : il pouvait paraître en effet qu'il n'y eût vraiment d'impossibilité absolue au sens exact du mot, et, par suite, absence totale de danger que là où l'objet faisait complètement défaut. Qu'importe en effet l'impossibilité radicale des moyens si l'objet est toujours là, sous la menace d'une tentative nouvelle ? L'agent qui a manqué son coup faute d'avoir su s'y prendre ne reviendra-t-il pas à la charge ? Et le seul moyen d'empêcher un nouveau crime n'est-il pas de punir la tentative du premier ? Au point de vue de la défense sociale, la solution s'impose. Il n'y a donc que si c'est l'objet qui fasse totalement défaut que tout danger a disparu : si on a voulu tuer un enfant mort-né, il n'y pas à craindre que l'infanticide projeté se réalise jamais et il en sera de même dans tous les cas analogues. Il y avait donc là une distinction bien autrement rationnelle que celle qui applique aux moyens comme à l'objet la notion d'impossibilité absolue, par opposition à l'impossibilité relative. Mais on répondit à cela que, s'agissant d'un crime à commettre, et au point de vue du résultat à atteindre, l'objet, comme les moyens n'était qu'un des éléments du résultat poursuivi, lequel était moins un fait matériel à réaliser qu'un résultat juridique et légalement qualifié à constater ; et que par suite, si on allait au fond des choses, l'objet n'était lui-même, pour l'agent, qu'un des éléments de l'infraction, donc un moyen de réalisation du crime et qu'il fallait ainsi mettre les deux choses sur le même pied. C'était encore là de l'analyse purement abstraite (1) et raisonner sur des mots : cette réponse ne fit pas fortune (2), mais je tenais à montrer, par ces quelques exemples, toute la complexité des problèmes qui furent soulevés à cette occasion.

Je me contenterai pour finir d'indiquer les trois grands courants qui restent dominants. D'une part il semble bien que la théorie purement objective qui repousse toute espèce de tentative impossible ait perdu beaucoup de terrain : en présence des nécessités de répression qui se font sentir, il n'y a guère que les doctrinaires impénitents et intransigeants qui s'en tiennent encore à ce système extrême. Mais la plupart au contraire acceptent, comme principe, et sous réserve de nombreuses controverses de détail, en ce qui touche l'application et la ligne de séparation, la distinction entre l'impossibilité absolue et l'impossibilité relative.

(1) Halschner, dans *Z. f. die g. Str. W. I.*, p 348 et s.
(2) Kohler: *loc. cit.*, p. 7 et 8 et Olshausen: *loc. cit.* § 43, n° 19, p. 154.

Or ce qui domine dans cette théorie mixte c'est l'idée de danger possible. Liszt (1) en a conclu que si c'était là vraiment le critérium de la répression en matière de tentative, il était contradictoire de vouloir limiter par avance l'appréciation de juge et classer *a priori* les hypothèses qui, par ordre de la loi, seraient dangereuses et celles qui ne le seraient pas.

D'ailleurs, il y a bien des façons d'apprécier et de concevoir l'idée de danger : on peut concevoir un danger individualisé, et un danger générique qui existe en quelque sorte *in rem*, comme auraient dit les Romains. Le premier est celui qui ne vise que l'individu qui devait être la victime du délit, soit dans sa personne soit dans l'un de ses biens. Le second est celui qui résulte d'un instinct criminel susceptible d'inspirer une nouvelle tentative analogue, et qui constitue alors une menace pour tout le monde.

Or, il importe de remarquer que, même si l'on se place à ce second point de vue, il reste encore quelque différence appréciable entre ce système et celui de la théorie subjective, radicale et extrême, telle que Buri l'a admise sans distinction ni réserve. Il ne faut pas dire, en effet, que toute manifestation par les actes d'une intention coupable implique danger de renouvellement pour l'avenir : c'est ce que semble admettre l'école positive moderne. Mais, même à son point de vue, c'est aller trop loin ; c'est faire de la généralisation imprudente et accepter une présomption qui bien souvent ne se trouvera pas justifiée. Son point de vue consiste surtout dans une appréciation individuelle et concrète de chacun des sujets qui viennent à tomber sous le coup de la loi : or, pourquoi donc admettre une appréciation *a priori* au lieu d'une constatation concrète pour chaque espèce ? Pour rester dans le domaine de la tentative impossible, on pourra dire sans doute que la plupart des tentatives impossibles révéleront le criminel d'instinct, et que, par suite, s'il n'y a jamais eu danger pour l'individu visé, il reste le danger de crimes futurs, ce sera le cas de la plupart des tentatives de vol ; au point de vue de la théorie moderne, il faudra appliquer la loi pénale. Mais il peut y avoir telle tentative impossible qui révèle le criminel d'exception, peut-être même l'individu capable d'un seul crime, celui qu'il visait et qui s'est trouvé impossible : si l'impossibilité est absolue faute d'objet par exemple, il n'y a plus de danger pour personne, ni pour la victime qu'il

(1) Liszt, dans la *Z. f. die g. Str. W. I*, p. 93 et *Lehrbuch* (Éd. 1894), § 47, p. 180 et s.).

avait eue en vue ni pour une autre; c'était par exemple un crime passionnel provoqué par des circonstances tout à fait exceptionnelles, qui ne soient pas de nature à se renouveler et qui ne dénotent pas chez l'agent de tendance à recommencer: si le crime avait étécommis, il faudrait bien donner satisfaction à la conscience publique qui, peut-être, eût exigé une répression; si la tentative eût été possible, il y aurait eu danger immédiat: quelqu'un se fût senti menacé, la société en eût exigé réparation. Mais le danger n'a jamais existé pour personne, il n'existe pas davantage pour l'avenir, donc la peine manque de base.

Voilà donc, si l'on s'en tient à l'idée de danger, un critérium et un point de vue tout nouveaux, celui du danger subjectif si je puis ainsi dire, tout entier dans le tempérament de l'agent et qui ne vise plus personne en particulier.

Mais même à s'en tenir à l'idée ancienne d'un danger concret et individuel, il y a grand intérêt, suivant Liszt, à s'en tenir à cette idée exclusivement, sans vouloir l'identifier avec la distinction classique entre l'impossibilité absolue et l'impossibilité relative.

On peut en effet se placer, pour apprécier l'existence d'un danger à l'égard de la personne visée, à trois points de vue très différents.

On peut se placer au moment de l'exécution et admettre qu'il y a ou non danger suivant que l'impossibilité à ce moment dépend ou non d'une circonstance purement accidentelle. C'est le critérium très insuffisant et très artificiel qui sert de base à la distinction entre les deux sortes d'impossibilité. On sait déjà qu'il conduirait à classer dans le groupe de l'impossibilité absolue le fait d'administrer par erreur des substances inoffensives au lieu de poison ou de tirer avec une arme qu'on a déchargée à l'insu de l'agent, ou enfin d'avoir aménagé un engin explosif qui se fût trouvé, après coup, rendu inoffensif par un changement apporté aux dispositions prises.

On peut envisager au contraire les éléments du crime considérés au point de vue de la préparation qui en est faite par l'agent: à ce moment, si l'objet existe et que les moyens soient efficaces en eux-mêmes, il y a véritablement un danger qui menace l'individu visé. Si donc on a préparé de véritable poison, ou que l'on ait déposé une arme, fusil, bombe ou tout autre appareil explosif qui doive infailliblement tuer son homme, il y aura tentative punissable alors même qu'au moment de l'exécution tous ces préparatifs eussent été rendus inutiles par le fait d'un tiers qui eût déchargé l'arme, substitué à la bombe tout autre engin inoffensif, ou remplacé le

poison par une substance indifférente. C'était, on l'a vu, le système de Mittermaier.

Enfin faisons un pas de plus, supposons que même les préparatifs eussent été inefficaces: l'agent avait réellement en vue des moyens totalement impuissants. N'y a-t-il pas encore, tant que l'objet subsiste, un danger de voir le crime se renouveler?

Il s'agit d'une vengeance, ou encore d'un crime de nature politique au sens le plus large du mot; or, le criminel a manqué son coup, mais celui à qui il en veut est encore là, le danger n'est-il pas le même? Il renouvellera sa tentative; ne l'a-t-on pas vu trop souvent en Russie pour les nihilistes, et partout ailleurs lors des crimes anarchistes?

Donc il ne s'agit plus seulement du danger contenu dans l'acte qui a constitué la tentative, mais du danger que cet acte révèle pour l'avenir, et non pas de ce danger *in rem* dont je parlais tout à l'heure, mais toujours et uniquement d'un danger contre une personne déterminée; pour que ce danger n'existe plus, il faudrait supposer l'objet lui même disparu. C'est la distinction dont j'ai déjà parlé entre l'objet et les moyens.

Liszt, qui a posé le principe n'a du reste opté pour aucune de ces diverses interprétations. Il pense qu'il n'y a pas à définir *a priori* dans quels cas la tentative devrait être dangereuse et dans quels cas elle ne le serait plus: tout essai de ce genre irait contre son but. C'est donc là une affaire d'espèce; il suffit de poser le principe que le critérium de la répression, c'est le danger inhérent à l'acte : au juge d'apprécier s'il existe et dans quelle mesure il a existé. Il va de soi qu'avec une théorie de ce genre, si souple et si élastique, on arrivera à peu près à atteindre la plupart des tentatives impossibles, sans distinction théorique ou doctrinale faite *a priori*.

Comme résultat pratique, on arriverait à peu près aux mêmes solutions qu'en partant de la théorie subjective. Toutefois, il y a entre les deux systèmes une différence capitale; il peut arriver, avec les généralisations forcées qu'implique la théorie subjective, qu'il y ait tels ou tels cas où l'impossibilité soit de telle nature qu'il répugne peut-être à la raison et au sentiment même de la justice de frapper avec la rigueur de la loi. Ce ne peuvent être que les cas où toute idée de danger, tant pour le passé que pour l'avenir, aura fait défaut : Liszt, avec son critérium plus empirique et moins intransigeant, échappera à ces difficultés : rien ne sera plus facile que de les tourner et de les éviter. S'il est établi que le critérium de répression fait défaut, on échappe à la peine.

Il est vrai que ce système, avec tous ses avantages, a un défaut très grave, c'est son empirisme : plus de règle, plus de critérium, et alors que la seule idée qui subsiste, l'idée de danger, est susceptible d'appréciation et de conceptions théoriques si diverses !

En présence de ces incertitudes, et, puisqu'à tout prendre on ne peut plus songer à laisser la tentative impossible sous le scandale de l'impunité, ne vaut-il pas mieux, au lieu de ces théories flottantes et indécises, accepter franchement le système si net de la Cour suprême ? Et, si le point de vue auquel Buri s'est placé paraît un peu trop abstrait, est-il donc impossible de lui en substituer un autre plus tangible et plus satisfaisant ?

C'est ce que Kohler (1) a essayé de faire; et il me paraît difficile de nier qu'il n'y ait réussi.

La grosse objection des classiques était l'impossibilité, admise par tout le monde, d'atteindre uniquement l'intention: sans doute la théorie subjective attendait, pour couper court à l'arbitraire, qu'elle se fût manifestée à l'extérieur par un acte qui ne laissât plus de doute sur son irrévocabilité. Mais, ce n'étaient là que des précautions indispensables pour la garantie de la liberté ; au fond, c'était toujours l'intention, et elle seule, qu'on frappait. Est-ce donc là vraiment le rôle de la loi pénale ? A-t-elle vraiment pour but de s'ériger en juge des consciences individuelles et de leurs manifestations coupables ? C'est là se tromper d'adresse, et remettre aux mains de l'État une mission et des armes que le droit canonique laissait à d'autres. La loi est la sauvegarde de la société: il faut que la société soit atteinte pour qu'elle entre en scène, et, tant que le danger n'apparaît pas, elle est hors de cause.

Comme disait Feuerbach, il faut, pour justifier la peine, un danger objectif.

Kohler reprend la formule : c'est le danger qui justifie la peine. Mais quel danger ? tout le monde dit le danger individuel ; mais c'est en cela que consiste la méprise. Le danger que vise la loi pénale, c'est le danger social. Si la loi n'avait en vue que le mal dont a été menacé l'individu, il eût suffi d'une réparation civile ; et nous en revenons encore à la Loi salique. Du moment qu'il y a une peine, c'est que la société se défend ; elle se défend contre une attaque dirigée contre elle, ou du moins contre les lois qui sont sa sauvegarde. Dès lors, dès que l'attaque a eu lieu, pourquoi attendre la violation du droit individuel ? La violation du droit social est

(1) Kohler, *loc. cit.*, §§ 3 et 5.

déjà réalisée. Ce qui justifie la peine, c'est le trouble social résultant de la révélation, au milieu de gens paisibles, d'un élément de perturbation publique, résultant en outre d'un effort matériel réalisé pour enfreindre le droit et menacer les autres.

Ce trouble social, puisque c'est lui qui justifie la peine, il faut l'analyser de plus près : il se compose de deux éléments, la réprobation de la conscience publique et la crainte pour l'avenir.

Or, la conscience publique est-elle moins révoltée lorsque le criminel n'a pu réaliser son crime faute de moyens suffisants que lorsque le résultat est consommé ? Attendre, pour frapper, la réalisation du fait, c'est assimiler la peine au paiement d'une dette, donnant donnant : tant pour chaque délit, c'est un *wergeld* d'un autre genre.

Mais l'éducation de la conscience populaire s'est largement développée depuis la Loi salique. La peine n'est plus pour elle la loi du talion ; elle est à la fois un moyen de préservation et un mode de réparation.

Satisfaction est due à l'idée de justice, et cette satisfaction est requise, quel que soit le résultat atteint, du moment que le coupable s'est posé en criminel qui porte le trouble et sème l'inquiétude dans la société.

A plus forte raison doit-il en être ainsi si l'on se place au point de vue de l'avenir et du danger que révèle pour l'avenir l'existence d'un élément morbide dans le milieu social.

En résumé, on peut dire que le fondement de toute répression, c'est moins l'objectivité du fait que le trouble social qui en résulte; et ce trouble social est constitué à la fois par le caractère matériel du fait qui a suffi à produire une réaction publique et par le danger qui il révèle pour l'avenir. Or, dans toute tentative, dès que l'exécution est commencée, et peu importe l'efficacité des moyens, il y a, si l'on peut ainsi parler, un fait dirigé vers le crime alors même qu'en soi il serait impuissant à se réaliser : et tout fait dirigé vers le crime choque le sentiment public, soulève la conscience publique et produit un effet de réaction populaire qui est le premier élément du trouble social. En second lieu tout fait de ce genre révèle, par l'état subjectif qu'il manifeste chez l'agent, un danger qui persiste et qui menace tout le monde. Cela suffit à justifier une répression publique.

On doit donc, pour punir la tentative, la placer à un double point de vue, le point de vue objectif et le point de vue subjectif.

Seulement le point de vue objectif n'est pas celui que l'on décrit dans la théorie classique et qui ne vise que le danger indi-

viduel. L'élément objectif de la tentative, c'est celui qui résulte du trouble social causé par l'acte lui-même, qui constitue par sa nature intrinsèque, et sans qu'il y ait à prendre en considération son aptitude virtuelle à la réussite, un commencement d'exécution.

Dès lors, le trouble causé ne dépend ni de la relation existant entre l'objet et les moyens qui le visent, ni de l'existence même de l'objet ou de l'efficacité des moyens; il naît du fait seul d'un effort extérieur, matériel et visible, réalisé en vue d'un crime: l'attaque est réalisée, la peine est due.

Si l'on se place à ce point de vue, il n'y a donc pas de différence à faire entre l'impossibilité initiale, si radicale soit-elle, et l'insuccès accidentel de la tentative.

Il est très certain, maintenant, qu'il devient facile d'expliquer l'impunité due au désistement volontaire et celle des simples sortilèges ou maléfices, tant qu'ils ne sont pas érigés en délits spéciaux.

Ce trouble social qui justifie la peine a en effet des degrés très caractérisés: une fois le crime réalisé, il s'accroît du mal causé à la victime et il devient irrévocable; rien ne peut en effacer la trace que la réparation sociale procurée par la peine. Mais, avant, il est bien certain que le repentir spontané de l'agent détruit l'impression causée et l'annihile: frapper quand même, ce serait demander satisfaction pour une pure intention d'un moment et disparue à temps (1).

De même, qui donc oserait dire que la pratique de prières ou de signes plus ou moins cabalistiques ne soit devenue aujourd'hui, où tout le monde sait ce que cela vaut, un fait purement indifférent dont personne ne s'émeut? Pour le public, de tels moyens n'ajoutent aucune réalité nouvelle au fait interne de l'intention coupable; ils la manifestent sans doute, mais il ne suffit pas d'une manifestation de volonté coupable pour justifier la peine, il faut une attaque violente contre l'ordre social: ici elle n'existe pas. Punir ne serait encore que frapper la simple expression d'un désir criminel, et personne ne songe à le faire (2).

Tel est en résumé, et très en raccourci, l'état actuel de la doctrine allemande sur cette question si complexe de la tentative impossible.

Tout cela comportait des nuances bien subtiles, et un peu délicates. J'espère avoir réussi, sinon à les rendre dans toute leur finesse et leur scrupuleuse exactitude, du moins à en donner une impression suffisante pour le but que je poursuivais.

(*La suite au prochain Bulletin.*)

R. Salelles.

(1) *Conf.* du reste Kohler: *loc. cit.*, p. 38 et s.
(2) *Conf.* Kohler: *loc. cit.*, p. 10 et s.

LA CRIMINALITÉ EN ITALIE EN 1894

Mouvement de la criminalité (1).

A considérer le nombre des infractions commises au cours de l'année 1894, on peut constater une légère augmentation sur l'année précédente. 705.000 infractions sont relevées par la statistique. En 1887, leur nombre était de 526.000.

Cette recrudescence de la criminalité peut être observée dans tous les États de l'Europe.

Cependant il est nécessaire de rappeler que ces totaux comprennent, outre les délits (2), les contraventions prévues par le Code pénal ou par les lois fiscales, sanitaires, scolaires, celles concernant la chasse, la pêche, etc.

Le chiffre de ces contraventions est de 263.000 (un tiers du total général des infractions). En 1887, le chiffre des contraventions n'était que de 168.000. Même en ne considérant que les délits prévus par le Code, on trouve une augmentation. Les délits dénoncés ont été au nombre de 357.000 en 1887 et de 442.000 en 1894.

En France, le total des infractions jugées s'est élevé de 524.869 en 1880 à 592.306 en 1893. L'augmentation des délits prévus par le Code pénal et par des lois spéciales est inférieure à celle des contraventions. Les premiers se sont élevés de 152.127 en 1880 jusqu'à 177.282 en 1893, et les contraventions, de 373.742 en 1880, atteignirent le chiffre de 415.024 en 1893.

En Autriche, le nombre des infractions était de 463.853 en 1880, de 577.366 en 1892 (3).

En Allemagne, le total des infractions réprimées par des lois communes à tout l'Empire a été de 329.000 en 1882 et de 446.000 en 1894.

En Angleterre, le nombre des contraventions va toujours croissant, mais on remarque, par exception, une diminution dans le nombre des délits communs.

Revenons à la criminalité italienne.

(1) Sur la statistique italienne, voir *Bulletin*, p. 808 et 988.
(2) Les délits, d'après le Code italien, correspondent aux crimes et aux délits du Code français.
(3) Nous ne pouvons distinguer les délits des *contraventions* dans l'acception commune de ce mot, parce que, dans la législation autrichienne, sous le titre de *contraventions* sont compris des méfaits qui, pour les autres législations, sont des délits, comme le vol simple, l'escroquerie, les blessures légères, les outrages, etc.