rue, et finalement dans la prison dont on s'était flatté de les préserver.

Telles sont, Messieurs, les propositions que, à mon sens, on pourrait inscrire à la suite ou au bas de la loi qui est censée nous régir encore ; telles sont les conclusions auxquelles je crois sincèrement que m'amène l'enquête dont vous m'avez fait l'honneur de me charger (1).

Henri JOLY.

(1) Cette étude d'ensemble, destinée à être lue au cours d'une même séance, a forcément dû être très résumée. Les personnes qui s'intéressent d'une façon toute particulière à ces questions trouveront des détails plus circonstanciés dans les publications suivantes du même auteur: *A la Recherche de l'Education correctionnelle*; *Notes de voyage*, dans le Journal des débats d'août-novembre 1892 (traduite en italien à Florence et en madgyar à Buda-Pesth. *Revue*, 1892, p. 1222); *L'éducation correctionnelle des jeunes filles en France et à l'étranger* dans le Correspondant d'octobre et novembre 1892. — Le chapitre IV du *Combat contre le crime* (*Revue*, 1892, p. 693), les chapitres III et VII de la *Rome d'aujourd'hui* (*Revue*, 1895, p. 130; — *La diminution du crime en Angleterre*, dans la Revue de Paris (*ibid.*, 115) et trois rapports adressés à la Direction de l'Assistance publique (Travaux et mémoires du Conseil supérieur de l'Assistance). (*Note de la Réd.*)

ESSAI SUR LA TENTATIVE

ET PLUS PARTICULIÈREMENT SUR

LA TENTATIVE IRRÉALISABLE

(*Étude de Droit pénal comparé.*)

II

Je serai très bref en ce qui touche l'exposé de la doctrine française et l'évolution de notre jurisprudence en cette matière. Je n'ai pas l'intention de refaire ce qui a été fait maintes fois avec une clarté et une logique qui ne laissent rien à désirer.

Du reste, de la doctrine je n'ai qu'un mot à dire : elle se rattache, presque à l'unanimité, à la théorie classique qui exclut toute tentative impossible sans distinction (1). Bien entendu, il ne venait à l'esprit de personne d'appliquer la peine lorsqu'il y avait impossibilité absolue; c'est la distinction faite en ce qui concerne l'impossibilité relative, que la doctrine n'a cessé de combattre chez nous; il faut reconnaître qu'étant donné son point de départ sa tâche était facile.

Elle part de cette idée que l'exécution suppose la réalisation et que ce qui est vrai de l'exécution consommée est tout aussi vrai de l'exécution commencée; je n'ai pas à revenir sur ce syllogisme en forme. On en conclut que toute tentative destinée à ne pas réussir n'est plus un commencement d'exécution au sens de

(1) Voir GARRAUD : *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1er, n° 182, p. 229 et s.; CHAUVEAU et HÉLIE: *Théorie du Code pénal* (5e éd.), t. 1er, n° 251; BLANCHE : *Etudes pratiques sur le Code pénal*, t. 1er, n° 8; BERTAULD : *Cours de Code pénal* (4e éd.), 10e leçon, p. 202; LAINE: *Traité élémentaire de droit criminel*, nos 167-174; Joseph LEFORT: De la tentative des crimes impossibles dans *Revue général du droit*, t. II, 1878, p. 8 ; VILLEY et CHAMPCOMMUNAL aux passages déjà cités. Ajouter également une étude très forte et très savante de M. J. Lacointa sur *la tentative*, qui incline d'une façon très nette vers les idées que j'expose ici, et qui n'accepte qu'à regret la théorie dominante sur le délit impossible (LACOINTA, *Revue critique*, 1863, p. 472 et s.).

l'article 2 du Code pénal. Que l'on ne demande pas d'ailleurs à nos criminalistes, — je ne parle bien entendu que de ceux qui ont écrit sur la matière (et j'ai déjà dit qu'il fallait mettre à part MM. Ortolan et Desjardins, auxquels il faut joindre M. Lacointa), — de trancher la question en se plaçant au point de vue des principes; certes ils le voudraient bien, car ils sont partisans de la répression. Mais malheureusement ils sont liés, le texte est formel. L'impossibilité condamne le commencement d'exécution à n'être plus qu'un acte sans aucun rapport direct avec l'exécution du crime. Voilà le point de départ.

Mais, s'il en est ainsi, et sur ce point il faut reconnaître que nulle part la démonstration n'a été poussée plus à fond que dans l'école française, il n'y a pas deux sortes d'impossibilités. Elles se valent toutes: sans doute l'impossibilité peut être due à un accident qui ne tient qu'à l'espèce visée ou bien à un accident qui entraverait l'exécution dans toute autre hypothèse, mais qu'importe? Cela ne touche qu'à la cause de l'impossibilité et non à ses effets. Une fois qu'elle existe, relative ou absolue, elle affecte l'exécution de la même façon et la condamne dans les deux cas à la même impuissance initiale: il sera aussi impossible au voleur qui fouille une poche vide d'y trouver de l'argent qu'à celui qui s'acharne sur le cadavre d'un nouveau-né de commettre un infanticide. Or, si le commencement d'exécution vicié à ses débuts et destiné à ne pas réussir n'est plus un commencement d'exécution, cela est vrai de toute impossibilité, quelle qu'en soit la cause. En d'autres termes, si l'on considère l'effet qu'elle doit produire, et prise au moment où elle affecte l'acte initial par lequel commence le crime, toute impossibilité est absolue; donc toute impossibilité est en contradiction avec l'idée de tentative, du moins avec la définition légale qu'en donne l'article 2 du Code pénal.

Voilà à peu près, et très en raccourci, je le reconnais, tout le raisonnement de la doctrine.

On a voulu parfois faire intervenir un autre texte du Code pénal, l'article 301, qui définit l'empoisonnement un attentat à la vie par l'effet de substances qui peuvent donner la mort. Il semble donc bien que le texte ait visé des substances toxiques réellement efficaces à produire leur effet: il faut donc, pour qu'il y ait empoisonnement, qu'on ait employé de véritable poison; on en conclut que la tentative d'empoisonnement requiert également l'emploi de poison véritable. Il y aurait donc là l'application pure et simple d'une théorie générale en vertu de laquelle la

tentative impossible serait écartée par la loi en tant que tentative punissable.

C'est bientôt dit; mais la conclusion qu'on en tire demanderait à être analysée un peu plus à fond.

Tout d'abord, l'article 301 ne se place qu'au point de vue de la consommation du crime; c'est même le point qu'il vise tout particulièrement, puisqu'il fixe à quel moment le crime devra être considéré comme étant consommé. Forcément, si le crime est consommé, c'est qu'on a employé de véritable poison, sinon il n'y aurait que crime tenté, et la question qui se poserait est celle-là même que nous discutons.

On ajoute que les éléments qui constituent la consommation du crime doivent se retrouver au début de l'exécution, car la tentative d'un crime particulier est caractérisée par les éléments matériels qui se retrouvent dans le crime consommé. Cela est vrai, mais à un point de vue purement subjectif, en ce sens que, pour savoir quel est le crime dont la tentative a été réalisée, il faut se demander quel était exactement l'ensemble de faits que l'agent avait en vue; et en particulier, pour qu'il s'agisse d'empoisonnement, il faudra que l'agent ait entendu mettre en œuvre tous les éléments caractéristiques de l'empoisonnement, donc se servir de poison. Voilà dans quel sens il est vrai de dire que les éléments qui constituent le crime réalisé doivent se retrouver dans la tentative elle-même. Quant à savoir si ces éléments doivent exister déjà dans leur réalité objective et avec toute leur efficacité, c'est la question même que nous discutons et l'article 301 ne l'a pas résolue, pas même pour l'empoisonnement.

Enfin, il l'a d'autant moins résolue qu'en parlant de substances qui puissent donner la mort, il n'a nullement visé l'efficacité concrète des moyens employés; il a entendu simplement donner une définition abstraite du poison. L'empoisonnement, dans notre droit, n'est pas constitué par l'emploi d'une substance nuisible quelconque; il faut qu'il s'agisse de substances qui, par nature, soient des substances mortelles: c'est la définition du poison qui se trouve ainsi visée et non son efficacité. Il y aurait ici, pour le démontrer, tout un développement historique qui serait fort intéressant, mais qui m'entraînerait beaucoup trop loin.

Mon avis est que l'article 301 n'a pas résolu la question de la tentative impossible, même en ce qui touche l'empoisonnement, et que, là comme ailleurs, elle doit se résoudre par l'application des principes généraux. L'article 301 est donc loin de trancher la

question de la tentative impossible pour les infractions autres que l'empoisonnement (1).

Je reconnais que cette interprétation que je donne de l'article 301, et que je n'ai pu développer ici, est susceptible de susciter certaines difficultés; mais il suffit de ces doutes pour que l'article 301 doive être ici entièrement écarté du débat.

Il suffit d'ailleurs, nous l'avons vu, de l'article 2 du Code pénal et de l'interprétation qu'on en donne pour fournir une base, en apparence solide, à la théorie classique, telle que la doctrine française l'a formulée et acceptée presque unanimement.

Quant à la jurisprudence, ce n'est qu'assez récemment qu'elle a pris une attitude décisive dans la question. On n'a recueilli des premiers temps qui suivirent la promulgation du Code pénal qu'un très petit nombre d'arrêts sur ce point; et encore ont-ils trait surtout à la tentative d'empoisonnement (2). On considère, dès que la substance employée n'est plus capable de donner la mort, de quelque façon que cela soit arrivé, et alors même que la préparation eût été de véritable poison, mais neutralisé par le mélange où il a été versé, qu'il ne peut y avoir de tentative d'empoisonnement; mais on se fonde, pour en décider ainsi, sur le texte de l'article 301 qu'on interprète au sens le plus littéral. Il y a donc là une décision spéciale à la matière, et rien qui doive influer sur l'interprétation générale de l'article 2 du Code pénal.

C'est surtout vers 1850 que les espèces se présentent et que les Cours d'appel se divisent.

Tout d'abord, nous ne trouvons en présence que les deux solutions extrêmes.

Devant la Cour de Montpellier, il s'agissait d'un individu qui tire dans une chambre sur une personne qu'il croyait y être et qui n'y était plus; c'est une hypothèse que la Cour de cassation classera plus tard parmi les cas d'impossibilité simplement relative. L'objet du crime existe; mais il n'est pas là où on le vise; c'est ce qui se passe pour le voleur qui cherche de l'argent dans un tronc vide. La Cour de Montpellier affirme qu'il n'y a plus de tentative; parce que l'impossibilité, sans distinction ni réserve,

(1) Ces considérations sur l'article 301 C. P. ont été bien présentées d'ailleurs dans une thèse récente, soutenue devant la Faculté de droit de Paris, sur l'empoisonnement (Raoul SAUTTER, *Etude sur le crime d'empoisonnement*, Paris, 1896, p. 99 et s. et p. 165).

(2) Voir sur cette question, et en matière d'empoisonnement, deux arrêts de 1812, dans BLANCHE: Code pénal, t. IV, p. 738.

empêche l'acte accompli d'être, au sens légal du mot, un commencement d'exécution (1).

A peu près vers la même époque, quelques années avant, la Cour d'Agen avait donné une décision tout opposée dans une espèce où il s'agissait d'impossibilité absolue: le cas d'un individu qui tire avec une arme déchargée; c'est l'impossibilité absolue quant aux moyens (2).

Mais la Cour de cassation n'était pas encore entrée en scène (3); elle fut appelée en 1876 et 1877 à se prononcer sur la question; et là, par deux arrêts célèbres, elle posa le principe de la distinction entre deux sortes d'impossibilité, distinction applicable à l'objet comme aux moyens.

Dans l'une des espèces, il s'agissait de l'objet; le cas, soumis préalablement à la Cour de Chambéry, était à peu près le même que celui résolu en 1852 par la Cour de Montpellier: on avait tiré sur un individu qui venait de passer dans la pièce voisine. La Cour de Chambéry, par un arrêt du 20 janvier 1877, avait refusé de voir là une tentative au sens légal du mot; elle s'en tenait, comme jadis la Cour de Montpellier, à la théorie classique. Mais la Cour de cassation déclare qu'au moment où le coup a été tiré, il n'y avait pas une impossibilité absolue à ce que le crime réussît, puisqu'il a été tiré dans une pièce où l'individu visé était ordinairement à pareille heure et que c'est par suite d'une circonstance extraordinaire, et purement accidentelle, qu'il venait d'en sortir (4).

C'est la distinction qui s'affirme entre l'impossibilité relative et l'impossibilité absolue. Même solution à propos de l'effraction d'un tronc vide; il y a même ici dans les considérants de l'arrêt

(1) Montpellier, 26 février 1852 (*Sir. 52*, II, p. 464).

(2) Agen, 8 décembre 1849 (*Sir. 53*, II, p. 66). *Conf.*, LACOINTA, *loc. cit.*, p. 473.

(3) C'est à tort, je crois, que l'on cite, comme se rapportant à la question (*Conf.*, ORTOLAN et DESJARDINS, t. I, n° 1027), un arrêt du 19 décembre 1862 (*Sir. 63*, I, p. 110). Il s'agissait là d'un conscrit qui, pour faire croire qu'il était impropre au service, s'était fait piquer par une abeille. Or, l'article 41 de la loi du 21 mars 1832 punissait les jeunes gens prévenus de s'être rendus impropres au service militaire; et l'article 270 du Code de justice militaire punissait la tentative de ces mêmes délits prévus par la loi de 1832. Or, il fut jugé que le fait dont il s'agissait n'étant pas de nature à entraîner une incapacité de service, il n'y avait pas de tentative au sens de l'article 270 du Code de justice militaire. Est-ce parce que le fait constitutif de la tentative rendait celle-ci impossible? Non, mais, parce que le fait que l'on avait en vue, à le supposer consommé, et il l'était, n'eût pas constitué le délit prévu par la loi de 1832. Le prévenu n'avait pas eu en vue un fait qui l'eût rendu impropre au service. Sans doute il avait voulu faire croire le contraire. Mais ceci n'est plus que de la simulation, et c'était à la Commission de réforme à découvrir la fraude, ce qu'elle avait fait du reste. Pour qu'il y eût tentative impossible, il aurait fallu que l'on eût en vue de produire une véritable incapacité de service, comme la mutilation d'un membre par exemple, mais qu'on eût employé pour cela des moyens impuissants à obtenir le résultat cherché.

(4) Cass., 12 avril 1877 (*Sir. 77*, I, p. 329, *et la note importante de* M. VILLEY).

telles expressions qu'il est bon de mettre en relief (1). Il y est dit que la circonstance dont il s'agit était étrangère à la volonté de l'agent, et qu'il n'y avait pas impossibilité absolue d'atteindre le but que celui-ci s'était proposé à son entrée dans l'église, but qui, d'après ses aveux, était le vol. Il semble donc que la Cour de cassation veuille se placer, pour savoir s'il y a ou non impossibilité, au point de vue des éléments qui sont entrés dans la pensée de l'agent et dans la préparation du crime, au lieu de les prendre tels qu'ils se présentent lors du commencement d'exécution: c'est une théorie que nous avons vue déjà nettement précisée en Allemagne par Mittermaier.

C'est enfin la même distinction qui, après avoir été repoussée en 1894 par la Cour de Paris (2), vient d'être à nouveau solennellement affirmée par la Cour de cassation et acceptée, sur renvoi, par la Cour d'appel d'Orléans (3).

Je ne serais pas étonné que l'exposé de principe si fermement présenté par M. Ortolan dans ses éléments de droit pénal ait pu avoir quelque part d'influence sur la décision de la Cour suprême dès 1876. Du reste, dès cette époque, un autre ouvrage de langue française, dû à un criminaliste belge, M. Haus, mais qui jouissait déjà chez nous d'une grande autorité, avait reproduit la distinction attribuée en Allemagne à Mittermaier (4).

Il y avait donc un mouvement de doctrine et d'opinion qui se propageait et se généralisait peu à peu et dont la jurisprudence française venait de faire son profit, — non pas que la Cour de cassation ait entendu simplement s'approprier une doctrine qui, à ce moment, pouvait paraître nouvelle; mais ce que je veux dire, c'est que la décision de la Cour suprême ne se présentait pas comme une opinion isolée: elle avait déjà pour elle d'importantes autorités. En tous cas, elle s'imposait pour des raisons de nécessité pratique indiscutables.

Allait-on admettre qu'un voleur pris sur le fait, après s'être introduit dans une maison habitée, bénéficierait de l'impunité parce qu'il aurait été surpris fracturant un meuble vide? Et cependant si l'on en décidait ainsi à propos du voleur brisant un

(1) Cass., 4 novembre 1876 (*Sir. 77*, I, p. 48).
(2) Paris, 19 octobre 1894 (voir *Gazette du Palais, 94*, II, p. 600 *et la note*).
(3) Cass., 4 janvier 1895 (*Sir. 95*, I, p. 108); Orléans, 19 février 1895 (*Sir. 95*, t. II, p. 85).
(4) Je cite ici Ortolan, d'après l'édition de 1886, revue par M Albert Desjardins. Mais c'était déjà la 5e édition de l'ouvrage: Ortolan, *Éléments de droit pénal*, t. Ier, nos 1002 et s. (p. 453) et no 1027 (p. 468); Haus : *Cours de droit criminel*, (éd. 1864), no 280, p. 207, et *Principes généraux du droit pénal belge (je cite ici d'après la 3e édition, celle de 1879)*, t. Ier, nos 459 et s. (p. 346 et s.).

tronc ne contenant rien, quelle raison de différence y avait-il entre les deux cas? On tombait alors dans l'absurde; les mêmes auteurs qui repoussent la distinction de la Cour de cassation admettent volontiers que le seul fait de l'effraction extérieure suffit à constituer la tentative de vol (1). Fallait-il donc dire que, si le voleur eût été pris au moment où il s'introduit dans la maison, il y aurait eu tentative punissable; mais que, parce qu'il a fait un pas de plus et fracturé un meuble, il n'y a plus de tentative, le meuble étant vide? C'eût été contradictoire. Et la Cour de cassation, au point de vue logique, a voulu échapper à cette contradiction; le fait de s'introduire dans une église pour voler, s'il ne suffit pas encore à réaliser un commencement d'exécution du vol, est tout au moins un premier pas qui suffit à mettre sous la main du voleur tout ce qui se trouve à sa disposition et qui lui donne la possibilité du vol: à ce moment, le vol est possible. Mais, par où commencer? Le voleur, pour ses débuts, a la main malheureuse, il s'attaque à un tronc vide: qu'importe? Ce n'est pas là la seule chose à voler qui fût sous la main; dès lors, on ne peut pas plus nier le vol et la tentative de vol, que s'il s'agissait d'un individu qui se fût introduit par effraction dans un appartement et qui, pour commencer, n'eût encore mis la main que sur un meuble ne contenant rien. Décider le contraire, ce serait faire dépendre la répression d'une simple question de hasard et de circonstance purement accidentelle; or, précisément en punissant la tentative, la loi a voulu écarter cette question de chance et d'imprévu. La jurisprudence est donc absolument dans l'esprit de la loi en appliquant la peine indépendamment des impossibilités purement accidentelles qui affectent la tentative à ses débuts.

Nos criminalistes, qui accusent la jurisprudence de contradiction et d'illogisme, se placent, je crois, sur un terrain qui n'est plus exactement celui de la Cour de cassation.

Ils ne voient que la question d'impossibilité, et ils déclarent qu'il ne saurait y en avoir de deux sortes; en quoi, on l'a vu, ils ont parfaitement raison.

Mais il faut laisser de côté la question d'impossibilité; il est bien certain, du moment que la jurisprudence a rejeté l'interprétation étroite qu'on donne de l'expression de commencement d'exécution dans l'article 2, qu'elle n'entend plus la question

(1) *Conf.*, Garraud: *loc. cit.*, t. V, nos 84 et 172, p. 94 et s., p. 173.

d'impossibilité comme le fait la doctrine. Dès lors, pourquoi lui reprocher de se mettre en contradiction avec un point de vue qu'elle a repoussé ?

Pour la Cour de cassation, le critérium de la répression en matière de tentative, c'est le fait d'un insuccès purement accidentel. Et il n'est pas douteux que c'est exactement le point de vue qui a guidé le législateur ; il oppose deux éventualités l'une à l'autre : le défaut d'exécution résultant du désistement volontaire et celui qui résulte d'une circonstance purement accidentelle. Dans le premier cas il n'y a plus de peine applicable, dans le second la répression s'applique. S'il en est ainsi, qu'importe que l'accident survenu ait constitué une impossibilité initiale ou une déviation ultérieure qui eût empêché l'exécution de réussir, ou enfin qu'il provienne d'une interruption d'exécution due à une cause étrangère ? Dans tous ces cas, la responsabilité de l'agent est la même, les chances de réussite ont été les mêmes ; ces deux éléments suffisent à justifier la peine. Tel est l'esprit de la loi ; la jurisprudence, loin de se mettre en contradiction avec elle, l'interprète avec la plus scrupuleuse exactitude. On peut enfin appuyer cette distinction elle-même sur ce que j'ai dit du délit manqué. La loi a fait expressément allusion au délit manqué ; or, neuf fois sur dix, le délit manqué suppose un emploi des moyens qui s'est trouvé défectueux au moment même de l'exécution. Or, cet emploi défectueux du moyen, c'est précisément l'impossibilité relative. La loi aurait donc expressément fait rentrer l'impossibilité relative dans la tentative.

Reste à savoir si ce point de vue nouveau de l'insuccès purement accidentel suffit à justifier la distinction que l'on impute à la jurisprudence. Car enfin, supposez l'impossibilité absolue elle-même, que de fois ne résultera-t-elle pas d'un pur accident ? Le poison avait été préparé, puis soustrait à l'insu de l'agent ; son arme avait été déchargée accidentellement et à son insu. Alors il faudra donc se placer, pour savoir s'il y a impossibilité, à un point de vue quelque peu subjectif, et apprécier les éléments du crime tels qu'ils existaient lorsque l'agent a conçu le crime : les éléments qu'il avait en vue à ce moment, objectivement, rendaient le crime possible. Mais supposons que même, à ce moment, objectivement parlant, ces éléments ne dussent correspondre à aucune réalité, à aucune possibilité d'exécution, cela suffit-il à supprimer le caractère purement accidentel du défaut d'exécution ? Pas toujours. Il a résolu le meurtre d'un nouveau-né et il se trouve que l'enfant qu'il croyait vivant est déjà mort ;

même si l'on apprécie les éléments du crime au moment où l'agent prend la résolution de le commettre, ils ne correspondent à aucune réalité objective ; et cependant il peut se faire que l'enfant soit né vivant, mais qu'il ait vécu très peu de temps. Que l'exécution du crime eût commencé quelques instants plus tôt, elle trouvait un être vivant pour s'accomplir. C'est un pur accident qui a été cause du retard et, à ce moment, la volonté de l'agent ne vise déjà plus qu'un crime impossible. Si l'on s'en tient à l'élément accidentel, comme critérium de la tentative, comment l'écarter ici ? Et cependant très certainement il serait écarté par la jurisprudence.

C'est donc bien là le point faible de la jurisprudence ; lorsque l'élément accidentel se réfère à une impossibilité qui existe par rapport à la façon même dont le crime a été conçu, elle revient au point de vue classique de l'impossibilité d'exécution, radicale, absolue, et condamnée d'avance par les termes de l'article 2. C'est là qu'existe la contradiction ; et c'est sur ce terrain que ses adversaires la condamnent.

En d'autres termes, la distinction entre les deux catégories d'impossibilité ne correspond pas toujours au critérium admis par la jurisprudence d'une cause purement accidentelle du défaut d'exécution. Et voilà pourquoi cette distinction me paraît s'adapter assez mal au système réellement admis par la Cour de cassation.

Au lieu de partir de deux classes d'impossibilités, il faudrait s'en tenir uniquement à la question de savoir si le crime a toujours été condamné par avance à ne pas réussir, ou si le défaut de réussite ne résulte que d'une circonstance accidentelle.

Au fond ne serait-ce pas revenir alors purement et simplement au critérium de Liszt, d'un danger possible ? En effet, là où le crime n'a jamais dû réussir, même s'il avait été exécuté tel que l'agent l'avait conçu, il n'y a jamais eu de danger pour personne ; là, au contraire, où il a eu une chance de s'accomplir, le danger a existé.

Au fond, je crois en effet que c'est à cela qu'on doit en arriver forcément en partant de l'idée de cause accidentelle ; nous l'avons vu déjà pour Mittermaier. Et j'indiquais tout à l'heure un passage d'un arrêt qui montre bien que ce point de vue est en réalité celui de la Cour de cassation.

Il s'agit de l'effraction d'un tronc vide ; si l'on se place au point de vue de l'impossibilité d'exécution, elle est aussi radicale, au moment où l'exécution commence, que celle qui affecterait l'infanticide commis sur un enfant mort-né ; peut être même n'y a-t-il pas d'autre tronc dans l'église. Le voleur n'a donc aucune chance

de trouver la moindre pièce de monnaie à mettre dans sa poche ; le *todtbeten* dont parlent les Allemands aurait plus de chance de réussir aujourd'hui, surtout à notre époque de phénomènes de suggestion, que le vol d'une somme d'argent dans une caisse vide. Aussi l'arrêt de la Cour de cassation a-t-il soin de se placer au moment où l'agent a conçu le délit : il a eu en vue un vol qui, au point de vue subjectif, et à considérer les éléments qui devaient le constituer dans l'esprit de l'agent, était possible ; il y avait chance, toute question de hasard à part, qu'il réussît. Le danger a existé. La tentative existe et elle est punissable. Au fond, voilà la vraie doctrine de la Cour de cassation.

Il importait de la mettre en relief ; car on lui impute les plus grosses contradictions. On soutient que doctrinalement elle ne repose sur rien ; pratiquement on l'approuve, scientifiquement on la condamne. Rien n'est plus lamentable et rien n'est plus dangereux que d'opposer ainsi la science à la pratique ; d'autant que, sur le terrain du droit, ce ne peut être que par une véritable méprise des conditions mêmes du développement juridique que cette scission a pu naître. La science, en matière de droit, n'est pas l'art de construire des systèmes en abstraction ; elle n'est que la mise au point des phénomènes juridiques que la pratique fait surgir. C'est une façon de savoir observer, d'abord, et d'influencer, ensuite, la pratique elle-même ; je ne dis pas qu'il y ait confusion, mais encore moins y a-t-il opposition. En tout cas, toute science du droit qui n'a pas les faits de la vie pratique pour base n'est qu'une fausse science. Or, on peut être sûr qu'une jurisprudence, quelle qu'elle soit, s'appuie toujours sur l'observation de la vie ; c'est la jurisprudence qui est la première appelée à entrer en contact avec les faits de la vie courante et à leur donner leur adaptation juridique ; la mission de la doctrine est de coordonner tous ces résultats que lui offre la jurisprudence et d'en faire un système rationnel et pratique. Toute science du droit qui ne prend pas son point de départ dans la jurisprudence pour entrer par elle en contact avec les faits est une science stérile. Et je ne vois pas comment, au point de vue de la science, on peut mettre en opposition permanente la théorie et les faits, la doctrine et la jurisprudence.

Quoi qu'il en soit, je crois avoir montré que sur notre question, si l'on s'en tient au véritable critérium de la jurisprudence et non plus à la distinction plus ou moins exacte qu'on lui impute, toute contradiction disparaît.

Scientifiquement, le système de la jurisprudence peut se défendre. Mais cela suffit il ? Pas encore, car nous retombons dans l'empirisme du système de Liszt. L'empirisme peut être acceptable, il suffit que la loi l'ait voulu. Mais l'a-t-elle voulu ? Là est vraiment le nœud de la question.

L'article 2 du Code pénal nous laisse-t-il l'impression d'une loi très vague et très flottante dont les conditions d'application pour chaque espèce seraient remises à l'appréciation du juge ?

N'y a-t-il pas lieu de croire, au contraire, que le législateur a entendu admettre une formule nette et très absolue comprenant sous son application toute tentative quelle qu'elle soit ? La doctrine classique a au moins ce mérite d'une solution simple et très carrée : dès qu'il y a impossibilité, il n'y a plus tentative. Mais, d'abord, elle distingue là où la loi ne distingue pas ; et nous savons que sous cette forme radicale elle est inadmissible. Il y aura toujours un certain nombre d'exceptions qui s'imposeront.

Reste alors la solution inverse, plus simple encore et plus franche : c'est celle qui, à première vue, ressort du texte. Toute tentative, manifestée par un acte ayant le caractère d'un commencement d'exécution, sera punissable, qu'en soi elle soit réalisable ou non, et, si elle ne l'est pas, peu importe d'où vienne et comment se traduise l'impossibilité qui l'affecte.

On n'a jamais essayé, en France tout au moins, d'accepter cette interprétation de l'article 2, quoique ce soit la première qui se présente à l'esprit.

C'est cet essai que je voudrais maintenant présenter pour finir.

III

Logiquement, il est déjà acquis qu'aucun des systèmes en présence ne peut rester conséquent avec lui-même. La théorie classique est obligée de soustraire au domaine de la tentative impossible tous les cas où l'exécution manque par la faute de l'agent. En pareil cas, dit-elle, il y a délit manqué. Mais, dans l'interprétation que l'on donne de l'article 2 du Code pénal, le délit manqué suppose l'exécution possible, au même degré que le délit tenté implique un commencement d'exécution qui ne soit pas dès le début condamné à l'impuissance. Or, dans la plupart des cas où l'exécution se trouve empêchée par la faute ou la maladresse de l'agent, cela provient d'un défaut de relation adéquate entre les moyens et l'objet. On a tiré trop à gauche ; il y avait impossibilité initiale ; c'est exactement comme si l'on tirait dans une pièce tandis

que la personne visée est dans la pièce voisine. Dans ce dernier cas, il y a pour tout le monde tentative impossible; il faut qu'il en soit de même dans le premier. Alors pourquoi tenir compte de l'impossibilité dans un cas et pas dans l'autre ? Inconséquences forcées de la théorie classique (1).

Inconséquence plus sensible encore de tous les systèmes mixtes qui se rattachent plus ou moins à la distinction entre les deux groupes d'impossibilités. Logiquement, on l'a vu, ce n'est pas soutenable; et, pratiquement, il faut en revenir à l'idée de danger possible, à condition pour chaque espèce d'en laisser l'appréciation au juge. Quant à trouver un critérium rationnel qui serve à faire un classement entre les différentes espèces, on sait déjà, si l'on tient à la logique, qu'il n'y faut pas songer, ou à peu près.

Au point de vue du texte, tous les systèmes, classique ou mixte, distinguent, alors qu'il présente une définition parfaitement simple n'admettant ni restriction ni réserve.

On voit donc déjà que toutes les présomptions sont en faveur d'une théorie qui ne tiendrait aucun compte de l'impossibilité.

Reste à aller plus au fond et à mieux préciser la pensée du législateur. Il n'y a que l'histoire du texte et l'exposé rapide de l'évolution des idées qui puissent nous renseigner sur ce point.

§ 1.

Je n'ai certainement pas l'intention de remonter ici au droit romain (2); d'autant que ce qui fut prédominant sur la direction des idées en cette matière, ce ne fut pas le droit romain tel qu'il fut appliqué et que nous rechercherions aujourd'hui à le reconstituer, mais bien le droit romain tel qu'il fut compris et interprété par les Glossateurs. Il nous suffit donc de nous placer à ce point de départ.

Les Glossateurs avaient élaboré une théorie assez complète de la tentative, qui concordait plus ou moins avec les solutions romaines, mais dont voici les principaux traits (3).

Au point de vue de l'admission et de la répression de la tentative, il y avait à distinguer entre les *crimina atrociora* et les *crimina non atrociora* (4).

(1) *Conf.*, *supr.*, p. 65, note 1.
(2) Pour la conception juridique de la tentative à Rome, voir PERNICE, Labeo, t. II, p. 40 et s.; SEEGER : Versuch des Verbrechen nach rœmischem Recht (1879); BAUMGARTEN : *loc. cit.*, p. 5 et s.
(3) BAUMGARTEN : *loc. cit.*, p. 65 et s., et SEEGER : Die Ausbildung der Lehre. Vom Versuch der Verbrechen in der Wissenschaft des Mittelalters (1864).
(4) Voir ACCURSIUS, Glose sur L. 5, Cod. de Episc. (1-3) (*si quis*); *Conf.*, AZO, Comment in codic. ad L. 5, Cod. ad. l. Jul. maj. (*Cogitaverit*).

Quant à la pénalité, elle était exactement la même en principe que celle du crime consommé; c'est de là que date le principe de l'assimilation de la tentative au crime, principe qui fut comme la caractéristique même de ce que l'on a appelé l'école romaniste.

Enfin, toute répression est écartée au cas de désistement volontaire.

Je n'ai pas à insister sur tous ces points, puisque je ne fais pas ici une étude générale de la tentative : le seul point que j'aie à mettre en relief, c'est la conception juridique et la définition de la tentative.

Les Glossateurs caractérisaient la tentative par cette définition latine qui vise les différents degrés de l'action criminelle chez l'auteur du crime : *Cogitat et agit*, *sed non perficit* (1).

Il y a eu intention criminelle et acte criminel; mais l'acte n'a pas reçu sa pleine exécution. Ainsi l'agent a voulu : *Cogitat*; il a agi matériellement, *agit*; mais il n'a pas abouti à l'exécution finale, *non perficit*.

Dès le début, ce que l'on met en valeur et ce qui occupe la place prépondérante, c'est l'intention : *Cogitat et agit*.

Et forcément on sentait dès le début qu'il devait en être ainsi en matière de tentative. Lorsqu'on frappe un crime consommé, ce qui attire l'attention, et ce qui demande réparation urgente, c'est le fait qui vient de s'accomplir. Il y a un droit violé, il y a un dommage causé, il y a une victime; la loi et la justice ne voient que cela et le sentiment populaire n'est ému que par cela : il faut trouver le coupable et le frapper. L'intention ne vient qu'en seconde ligne, pour que l'on soit assuré que la peine ne frappera pas à l'aveugle et qu'elle concordera avec une véritable responsabilité.

Mais, lorsque le mal n'a pas été réalisé, il n'y a encore ni dommage, ni victime. Comment donc supposer que l'on veuille exiger réparation pour des faits qui, en soi, sont parfaitement indifférents et qui n'ont atteint personne ? Ce ne sont donc plus les faits qui demandent réparation : on n'est plus en présence que d'une volonté criminelle qui a fait scandale dans la société et qui demande expiation. Dans le crime, c'est le mal objectif et matériel que l'on venge; dans la tentative, c'est le mal moral que l'on veut atteindre. L'intention passe donc au premier plan; et le point de vue a changé du tout au tout. Dans le crime consommé, on dirait de l'agent : *Agit*, *sed cogitaverat*. Dans la tentative, on renverse les termes : *Cogitat et agit*.

(1) *Conf.*, ODOFREDUS, sur L. 5, Cod. de Episc (1-3).

Cela veut-il dire que l'on va frapper toute volonté coupable, par cela seul qu'elle existe ? Les Glossateurs n'y ont jamais songé : ils posaient en axiome, avec les Romains du reste, que la seule intention ne suffit pas à faire encourir la peine : *Cogitationis pœnam nemo patitur.*

C'est qu'en effet la volonté qui n'a pas fait effort pour aboutir et qui reste à l'état latent n'a pas fait scandale, elle n'a pas ému ni soulevé le sentiment public, elle n'a causé aucun trouble social ; elle reste indifférente au point de vue de la répression par l'État.

Mais ce courant romaniste ne resta pas sans alliage ; il existait d'autres directions d'idées, d'autres tendances venant de sources très diverses. La principale provenait de ce qu'on appelait l'école lombarde (1), laquelle représentait en Italie le courant d'importation germanique ; elle avait eu son point de départ dans les lois et édits des Rois lombards et les capitulaires relatifs à l'Italie. Ce premier fonds avait donné lieu, au début du Moyen Age, à tout un nouveau développement de littérature juridique des plus intéressants, dans lequel l'École de Pavie tient la place prédominante. Cette floraison, à moitié coutumière à moitié scientifique, eut une influence capitale sur le développement du droit statutaire en Italie.

En tout cas, sur le point qui nous occupe, cette école lombarde partait de points de vue assez différents de ceux de l'école romaniste ; elle représentait un courant d'atténuation, plus humain peut-être, moins rigide, moins abstrait, moins rigoureusement logique que le courant romaniste ; et le point capital de différence se présentait en ce qui concerne la pénalité : au principe romain de l'assimilation on opposait le principe d'une atténuation de pénalité en matière de tentative, et cela datait de loin, puisque ce principe d'atténuation se trouve déjà dans l'édit de Rotharis(2).

Mais, si la peine était différente, c'est que le droit lombard primitif, comme tout le droit barbare en général, ne concevait pas encore une théorie spiritualiste de la tentative ; pour les Lombards, comme pour tous les autres Germains, la peine n'atteint que des faits matériels. L'idée d'imputabilité, de responsabilité, est tout à fait indifférente. C'est la matérialité du fait que l'on vise ; tant pis pour le coupable ou le malheureux, uniquement

(1) *Conf.*, sur ce point Baumgarten : *loc. cit.*, p. 79 et Kohler : Studien aus dem Strafrecht (fasc. III), p. 220 et s..

(2) Voir surtout Edict. Rothar, § 140 : « *Si liber aut libera venenum alii ad bibendum dederit, et qui accipit, ex ipso veneno mortuus non fuerit, componat qui venenum dederit, medietatem prætii ipsius, ac si eum occidisset.* »

responsable d'une maladresse, qui en a été l'auteur (1). C'était déjà un grand pas dans une conception de ce genre de frapper des actes qui n'eussent causé aucun dommage réel ; mais ce n'en étaient pas moins des actes qui avaient porté le trouble dans la communauté, qui avaient rompu la paix, ce qui était une des idées dominantes de l'époque, et qui, comme tels, exigeaient réparation. Mais la réparation devait être inférieure à celle qu'exigerait la réalisation du dommage que l'agent avait eu en vue.

Voilà donc bien une théorie objective de la tentative qui s'élabore sur le fondement des idées germaniques ; et cette théorie objective a pour expression le principe d'atténuation de la peine.

Tels sont les deux grands courants d'idées qui se font jour au début du Moyen-Age : l'un correspondant au point de vue purement abstrait et subjectif qui se traduit par le principe d'assimilation ; l'autre correspondant au point de vue plus terre à terre de la matérialité des faits, théorie purement objective et qui se traduit par le principe d'atténuation.

Mais il y en a un troisième qui va peut-être opérer la fusion : c'est le courant du droit canonique. En tout cas, peut-être va-t-il faire pencher la balance. Il y a dans le système disciplinaire du droit canonique deux choses qui se confondent assez souvent : l'expiation spirituelle, celle-là forcément toute individuelle, et l'expiation publique. C'est cette dernière qui répond à l'idée d'une répression légale. Au point de vue de la conscience et de l'expiation individuelle, on sait quels sont les principes du droit canonique : la pensée coupable est assimilée au crime (2), le péché est dans l'intention et non dans la réalisation ; l'expiation se réfère à l'âme et à l'état interne. Mais, quant à l'expiation publique, elle a pour but surtout de réparer le scandale ; elle doit donc avoir pour fondement un fait extérieur et, sous ce rapport, le droit canonique va se trouver concorder avec le droit romain en matière de tentative (3). Celui qui a péché en pensée doit réparation à Dieu et celui qui a péché devant ses frères doit réparation du scandale causé à ses frères. Voilà la distinction et voilà le double courant d'idées. Seulement, ce qui reste dominant dans une direction comme dans l'autre, c'est l'idée d'expiation ; et, au point de vue

(1) *Conf.*, Lex Angliorum (10-8) : « *Qui nolens, sed casu quolibet hominem vulneraverit vel occiderit, compositionem legitimam solvat.* »

(2) *Conf.*, c. 24, c. 20, Dist. I, de Pœnitentia : « *Et qui occidit fratrem suum, et qui odit, et qui detrahit, et pariter homicidæ esse demonstratur.* » Add. c. 23, 24, 25 28, 29, 30, Caus. XXXIII, quæst. III, de Pœnitentia, Dist. I.

(3) *Conf.*, c. 20, Caus. XXXIII, quæst. III, de Pœnitentia, Dist. I : « *Cogitatio non meretur pœnam lege civili, cum suis terminis contenta est.* »

spiritualiste, qui est celui du droit canonique, cela implique avant tout l'idée de responsabilité : le scandale, pour le droit canonique, provient plus encore de la manifestation extérieure et visible du péché que du dommage causé par l'acte criminel. Aussi admet-on que la peine doit viser surtout la volonté coupable et que, par suite, si c'est la perversité révélée par le crime qui doit surtout dominer, la peine de la tentative, en principe tout au moins, doit être la même que celle du crime consommé (1).

Ce qui va ressortir de là, ce sera avant tout le principe de la responsabilité subjective comme fondement de la peine : cette responsabilité chez les canonistes restera très individualisée, parce que les canonistes voient surtout le péché et, par suite, regardent au délinquant plus qu'au fait extérieur.

La législation civile ne croira pas possible, au point de vue juridique, de se placer au regard d'une responsabilité individuelle rigoureusement exacte : elle graduera la responsabilité *a priori* d'après la gravité objective du fait, et, pour chaque crime, attribuera une responsabilité correspondante, toute arbitraire et toute présumée, qui sera censée être la même pour tous les auteurs du même crime. C'est un système très artificiel : pendant longtemps on a pensé que c'était le seul compatible avec une certaine conception de l'ordre juridique. Peu importe, ce qu'il faut en retenir, ce n'est pas la forme objective dont est appréciée et mesurée la responsabilité, c'est cette idée que non seulement la justification de la peine, mais la mesure de la peine elle-même est dans le degré de responsabilité considérée comme correspondant au degré de gravité matérielle du crime.

Ce que la loi veut atteindre, c'est la somme de volonté coupable mise dans le crime. Ne nous demandons pas comment cette volonté criminelle sera appréciée et mesurée. Tenons-nous en à l'idée : la peine est acquise par le fait qu'il y a eu une volonté coupable en voie de réalisation, et sa rigueur dépendra du degré de perversité et de responsabilité de cette volonté.

Voilà ce que la législation civile avait emprunté au droit canonique ; elle l'avait mal traduit et mal interprété, peu importe, je ne dis pas qu'elle l'avait mal compris. Mais elle jugeait ses conceptions individualistes inacceptables au point de vue social. En tous cas, elle acceptait l'idée qui en était le principe vital ; l'idée

(1) Je dis en principe, car, sous ce rapport, l'influence du droit coutumier germanique se fit également sentir chez les canonistes.

d'une peine ne visant que la responsabilité et mesurée à la responsabilité elle-même ; seulement la loi ajoutait : à la responsabilité extérieure et visible, telle que la révélait la matérialité du crime.

Quoi qu'il en soit, voilà donc des éléments nouveaux d'importation dont il va falloir tenir compte et dont nous allons retrouver la trace dans le développement des conceptions relatives à la notion de tentative.

C'est en effet chez les post-glossateurs, en Italie, et chez les successeurs de Bartole, que la théorie va surtout se préciser.

Il semble que la lutte se soit prolongée pendant assez longtemps entre le principe romain de l'assimilation au crime et le principe lombard de l'atténuation de peine.

Cela est très visible dans la législation statutaire italienne ; et sous ce rapport Kohler a rassemblé des documents décisifs qui mettent la chose tout à fait en évidence (1).

Peut-être pourrait-on suivre cette opposition également en France, où l'on se contenta d'accepter les notions de l'école italienne.

Puis nous voyons nettement s'établir la part des deux systèmes et c'est la distinction traditionnelle relative aux *crimina atrociora* qui va servir de ligne de démarcation.

En matière de crimes atroces (2), on suivra le principe romain, consacré déjà par le droit canonique ; la tentative sera punie comme le crime ; et l'on sait déjà qu'il ne peut en être ainsi que si l'on s'en tient à l'idée subjective et si l'on s'attache exclusivement à la culpabilité morale de l'agent : il est bien certain en effet qu'il faut ici se départir de toute considération relative au résultat matériel, puisqu'il ne s'en est produit aucun ; on n'envisage plus que la responsabilité du délinquant.

Mais en matière d'infractions légères on reviendra au principe germanique de l'atténuation de peine. Cela veut-il dire que l'on se fasse en pareil cas de la tentative une idée toute différente et qu'on ne la punisse qu'à raison du fait matériel par lequel elle s'est manifestée et en proportion de son degré d'approximation par rapport à l'exécution finale ? A première vue on pourrait le croire, et ce qui semblerait appuyer cette idée c'est qu'on a parfois proposé de faire varier la peine suivant que l'acte constitutif de la tentative était plus ou moins rapproché de l'exécution : on distin-

(1) Kohler : Studien aus dem Strafrecht (fasc. III), p. 222 et s..
(2) Voir sur la lutte entre les deux principes Kohler : *loc. cit.*, p. 220 et s.; Baumgarten : *loc. cit.*, p. 93.

guait divers degrés de proximité, deux en général, quelquefois trois, et la peine s'aggravait à mesure que l'on se rapprochait de la consommation. Même là où l'on ne constate que deux degrés d'approximation le *conatus remotus* et le *conatus propinquus*, la distinction n'a pas toujours pour but de fixer le moment où commence vraiment l'exécution et où par suite la tentative devient punissable ; mais elle sert plutôt à graduer la peine elle-même. Forcément un pareil système nous ramène à un point de vue purement objectif, puisque la responsabilité subjective ne varie pas au cours de l'exécution et que ce qui change, ce sont uniquement les faits matériels ; ce qui augmente c'est le risque de voir le crime s'accomplir.

Il semble donc bien que nous nous trouvions en présence de deux systèmes tout à fait différents ; et en tout cas dès maintenant nous pourrions être autorisés à dire que, si le législateur moderne a été appelé à choisir entre deux théories, il est facile de savoir à laquelle il a entendu se rattacher, puisque des deux branches de la distinction, telle que la lui présentait l'ancien droit, il n'a choisi qu'une seule, et avec elle le système unique qui s'y rattachait. Le législateur de l'époque intermédiaire n'admettra en effet de tentative que pour les crimes les plus atroces, presque uniquement pour l'assassinat ; et aussi l'acceptera-t-il avec l'effet qu'elle produisait en matière de crimes graves ; cet effet, c'est l'assimilation au crime. C'est donc la théorie subjective qui l'emporte et que recueillera à l'exclusion de toute autre le législateur moderne de la Révolution.

Ainsi donc, alors même que pour l'ancien droit français on dût faire la part, au moins pour les infractions légères, de l'ancienne théorie objective du droit germanique, il n'en faudrait pas moins admettre que cette dernière n'a pas dû passer dans le droit moderne.

Mais cette concession elle-même, au moins en ce qui touche notre ancien droit français, me paraît inexacte ; et, même pour ce qui est des infractions légères, et bien que la peine en général s'y trouve atténuée, je considère que la tentative restait ici ce qu'elle était en matière grave et que c'était encore le point de vue subjectif qui l'emportait.

Tout d'abord, dès l'époque de Bartole, les définitions que l'on donne de la tentative sont tout à fait générales, s'appliquant à toutes les hypothèses, sans que l'on distingue suivant que la peine doit être identique ou inférieure à celle qui frappe le crime

consommé ; et ce qui domine dans ces définitions, c'est, plus encore que chez les premiers Glossateurs, l'idée d'atteindre l'agent au moment où sa résolution est devenue irrévocable, c'est-à-dire au moment où elle passe à l'exécution. La culpabilité légale commence lorsque l'intention passe à l'acte ; c'est le *procedere ad actum* qui est la pierre de touche de la répression.

Le *processus ad actum* est la mise en œuvre par les faits d'un état d'âme coupable ; et c'est cet état subjectif qui justifie et qui appelle les rigueurs de la loi.

Du moment que l'on se place à ce point de vue, il serait logique d'en conclure qu'il n'y eût aucune distinction à faire entre la tentative irréalisable et la tentative irréalisée ; l'une et l'autre incarnent ce *processus ad actum* qui est le critérium de la culpabilité. Et de fait nous trouvons chez les romanistes, comme chez les canonistes, plusieurs décisions en ce sens ; c'est tout au moins ce que l'on semble admettre lorsque l'impossibilité est purement matérielle. Il y a un peu plus de doute, il est vrai, lorsqu'elle dérive d'un obstacle de nature juridique, comme par exemple lorsqu'un voleur soustrait une chose qui se trouve lui appartenir (1) ; et cependant, même dans cet ordre d'idées, nous trouvons des décisions contradictoires, puisque tout le monde paraît bien d'accord pour punir l'adultère au cas de mariage simplement putatif, et alors qu'en réalité, puisqu'il n'y a pas mariage, un pareil délit soit tout à fait irréalisable et juridiquement irréalisable (2).

Toutes ces décisions marquent bien la tendance qui s'affirme de plus en plus : en matière de tentative, c'est le point de vue subjectif qui l'emporte dans sa généralité et il va déduire logiquement toutes ses conséquences. Ce fut le résultat de l'influence du droit canonique : partout c'est le principe de la responsabilité subjective qui justifie la peine. La culpabilité de l'agent l'emporte sur la matérialité du fait, ou, plutôt, celle-ci n'est qu'une manifestation légale de son degré de perversité, et comme la mesure fixée *a priori* de sa culpabilité elle-même.

J'ai laissé entendre que ce principe était incontestable dans notre ancienne jurisprudence et qu'il s'appliquait à tous les cas de tentative, quelle qu'en fût la répression.

Je laisse donc de côté toute l'évolution intermédiaire et j'arrive

(1) *Conf.*, BAUMGARTEN : *loc. cit.*, p. 88, 89.
(2) *Conf.*, BAUMGARTEN : p. 89, note 70.

à la notion de la tentative telle qu'elle fut acceptée et précisée en France chez nos auteurs coutumiers.

Remarquons tout d'abord que, dans tous les cas où il est fait allusion à ce que nous désignons aujourd'hui sous le nom technique de tentative, c'est toujours et uniquement l'intention que l'on met en cause. C'est à elle seule que l'on s'attache.

« La volonté est réputée pour le fait », disait déjà Loysel (1). L'ordonnance de Blois, de 1579, prévoyant la tentative en matière d'assassinat, déclarait que *la seule machination d'attentat devait être punie de mort, encore que l'effet ne s'en soit ensuivi* (2). Ces termes paraissaient si bien se référer à l'intention exclusivement que, même en plein XVIII[e] siècle, Muyart de Vouglans considérait encore qu'en matière d'assassinat on avait voulu punir même la seule intention extérieurement manifestée, dès qu'elle se révèle par un acte quelconque qui se traduise à l'extérieur, et sans qu'il soit besoin d'attendre que l'exécution proprement dite ait commencé. Contrairement à ce qui se passe pour le meurtre ordinaire, où l'on exige, pour que le simple attentat soit assimilé au crime, qu'il y ait au moins, dit Muyart de Vouglans, quelque acte prochain et immédiat du crime, — c'est le *conatus proximus*, s'il s'agit d'assassinat, — on se contente du moindre fait qui révèle la préparation du crime (3). Et songez que le criminaliste dont j'expose les idées s'exprimait ainsi après que l'ordonnance de 1670 avait de nouveau reproduit, ou à peu près, les termes de l'ordonnance de Blois en cette matière (4). Voilà ce qu'on entendait alors par les mots de machination et d'attentat, et ce sont ceux qui correspondaient, à cette époque, à notre terme technique de tentative.

Mais ce ne sont là encore que des textes législatifs avec leur précision brève et concise; pénétrons plus avant dans l'exposé des doctrines et l'analyse des théoriciens.

L'auteur auquel se rattachent la plupart de nos criminalistes est un italien de la dernière époque, Farinaccius. C'est sur lui que Jousse dans sa théorie de la tentative appuiera toutes ses solutions; c'est la source en réalité à laquelle on puisait sans réserve et parfois sans beaucoup de discernement au XVIII[e] siècle.

(1) Loysel: *Institutes coutumières*, livre VI, titres I[er]-III (Édit. Dupin et Laboulaye. Reg. 791, t. II, p. 164).
(2) Ordonnance de Blois, article 195.
(3) Muyart de Vouglans : *Institutes au droit criminel* (Traité des crimes, titre IV, chap. II); édition 1757, p. 520.
(4) Ordonnance de 1670, titre XVI, article 4.

Et Farinaccius résume en cette matière tous les travaux de la glose, des post-glossateurs et des canonistes; il expose sur chaque question le pour et le contre et propose son opinion personnelle.

Son influence doctrinale chez nous a été considérable; c'est par lui que se sont introduites en France les idées classiques sur la tentative. Il clôt toute une époque, et ferme en quelque sorte l'ère des investigations scientifiques des romanistes. Après lui les idées sont faites, la doctrine est fixée.

Voyons donc ce qui peut rester encore dans Farinaccius de ce que j'ai appelé la théorie objective en matière de tentative.

Or, Farinaccius a été le plus ardent défenseur de la théorie de la non-assimilation; il combat partout et sur tous les terrains le principe de l'identité de peine. C'est l'ancien principe germanique, tel qu'il s'était maintenu vivace en Italie, que Farinaccius oppose ainsi à la tradition romaine; ce qu'il soutient ce sont donc les solutions mêmes de l'ancienne théorie objective. En accepte-t-il encore le fondement et se place-t-il pour cela au point de vue purement et simplement du résultat matériel? Absolument pas. Partout le fondement qu'il donne à la tentative c'est l'identité de responsabilité subjective.

En matière d'homicide, ce que l'on veut atteindre c'est la résolution du meurtre: à elle seule, elle suffit à entraîner la mort (1). Farinaccius reproduit en cela l'opinion traditionnelle, et même en cette matière on se contente d'un acte quelconque qui manifeste cette intention de commettre un meurtre; il suffira que l'agent se soit posté dans l'attente de sa victime (2). C'est la théorie que nous retrouverons plus tard chez Muyart de Vouglans, en ce qui touche l'assassinat.

Pourquoi donc pareille rigueur? C'est qu'en matière d'infraction on s'attache à l'intention et non au résultat : « *In delictis non exitus, sed voluntas inspicitur* (3). »

S'agit-il d'empoisonnement, même théorie; on frappera l'acte préparatoire le plus éloigné, l'achat du poison, par exemple. C'est qu'ici encore on ne tient compte que de la volonté qui se révèle : « *Affectus in crimine veneni, sicut in homicidio etiam non secuto*

(1) Farinaccius, quæst. 124, n° 22 : « *Et præsertim in homicidio in quo solus occidendi animus ad aliquem actum perductus, mortis pœnam meritur, etiam homicidio non secuto.* »
(2) Farinaccius, n° 24 : « *Sufficit sola deambulatio hominis necandi causa* (Ceci était inspiré par le « *Ambulare cum telo* » de la *Lex Cornelia de Sicariis*, L. I[er], princ., D. (48,8).
(3) Farinaccius, n° 22.

effectu, puniatur. Sola emptio malo animo facta sufficit ad imponendam pœnam (1). »

Et cependant même pour ces crimes atroces, Farinaccius est partisan d'une peine atténuée lorsque l'effet n'est pas atteint: « *Sed certe multo verius credo quod etiam in atrocissimis non intrat pœna ordinaria delicti, effectu non secuto* » (2). Ce qu'il demande c'est ce qu'il appelle une *pœna extraordinaria*, c'est-à-dire, non plus une peine qui vise la matérialité du résultat, puisque ce résultat ne s'est pas produit, mais qui ne vise que la manifestation d'une intention criminelle et qui frappe la volonté de l'agent plutôt que la matérialité du crime.

Ce système est très finement (3) et très nettement exposé en matière de vol; et c'est presque la question du vol impossible qui va se trouver prévue, je dirais volontiers l'espèce même de nos arrêts de 1895.

En matière de vol, dit-il, il devrait y avoir lieu, non à la peine même du délit, mais à une peine atténuée.

La peine du délit suppose en effet tous les éléments du vol réunis, or, le principal c'est la soustraction de l'objet. Si rien n'est soustrait, et qu'il n'y ait pas de chose volée, comment exiger la restitution au double ou au triple? La peine du vol n'est donc plus applicable (4).

N'est-ce pas la question même de l'impossibilité juridique qui se trouve soulevée et de plus qui se trouve étendue à tous les cas de tentative, s'agit-il même de tentative ordinaire, suspendue parce que le voleur est pris sur le fait, mais avant d'avoir mis la main sur la chose? On pressent déjà dans ce raisonnement tout le système de V. Buri: toute tentative qui a échoué renferme en elle-même une impossibilité juridique, en ce sens que l'élément objectif de l'infraction se trouve manquer complètement; il n'y a pas de demi-exécution.

Mais alors, continue Farinaccius (5), il faut une peine, mais ce sera une peine arbitraire, au besoin même une peine corporelle, adéquate à la responsabilité de l'agent.

La peine légale visait les deux éléments du crime, l'un

(1) Farinaccius, quæst., 122, nos 14 et 18.
(2) id., quæst., 124, n° 8.
(3) id., quæst., 124, n° 64.
(4) « *De eo qui inventus est in domo alterius furandi causa, vel in quolibet alio loco præparabat et intendebat furari, et si pœna civili pecuniaria puniri non possit, cum non reperiatur res furata.* »
(5) « *Bene tamen pot-est puniri aliqua arbitraria pœna etiam corporali.* »

d'eux fait défaut, l'élément objectif, la peine ne visera plus alors que l'élément subjectif; au juge d'en égler la proportion.

Voilà donc le système de l'atténuation de peine qui se transforme en une application logique de la théorie subjective; rien n'était plus important que de noter cette évolution nouvelle.

Et voici maintenant l'hypothèse de nos arrêts de 1895 : un vaurien est pris sur la place publique mettant la main sous le manteau d'un passant, avec l'espoir d'y trouver une bourse, on lui appliquera cette peine extraordinaire de la tentative (1).

Farinaccius suppose-t-il qu'il fallait forcément que la bourse s'y trouvât? Quelle contradiction! Une seule condition est requise, que l'agent ait fait le geste de voler. C'est la théorie du geste en tant que manifestation extérieure de la volonté.

Même théorie en matière d'empoisonnement : si la substance administrée est incapable de produire son effet, soit pour défaut de quantité soit par défaut de qualité, *quando venenum aut ratione quantitatis aut qualitatis non erat aptum ad occidendum*, on appliquera une peine atténuée: *non puniatur pœna mortis sed alia mitiori* (2).

C'est un cas d'impossibilité absolue relativement aux moyens: le défaut de qualité en matière de poison, c'est l'absence même de poison. Farinaccius prévoit que par sa nature il n'était pas apte à donner la mort; c'est une question d'impossibilité objective au premier chef. Il ne s'agit pas de délit manqué, mais de tentative impossible. Et cependant la peine reste due.

C'est qu'en effet, ici encore, il suffit d'une intention coupable qui se soit révélée par un acte extérieur: *Quamvis in hoc crimine non fuerit secutus effectus, dummodo mala cogitatio et malus animus ad aliquem actum exteriorem productus fuerit, adhuc aliqua pœna imponenda est* (3).

Donc qu'il s'agisse d'empoisonnement, crime atroce au premier chef, ou de simple vol, le système est le même: ce que l'on poursuit dans la tentative, c'est la révélation d'une intention coupable; ce n'est plus un mal réalisé. Donc il faut fractionner la peine : en tant qu'elle visait la réparation sociale d'un mal effectif, elle n'est plus applicable; mais dans la proportion où elle visait la responsabilité de l'agent, la peine reste due.

(1) « *Istum casum habuisse de facto in quodam paupere qui fuit comprehensus in publica platea mittere manum infra pallium alterius quærens bursam.* »
(2) Farinaccius, quæst., 122, n° 21.
(3) id. quæst, 12, n° 223.

C'est une théorie subjective au premier chef; et voilà le maître de nos criminalistes français du XVIII[e] siècle, le guide de Jousse et de tous les autres.

Il y a un point, cependant, où nos criminalistes n'ont pas suivi leur guide, c'est dans la généralisation du principe d'atténuation.

Sur ce point, la distinction relative aux crimes atroces était devenue classique; elle était presque une distinction légale, puisque les ordonnances en avaient fait l'application à certains crimes particuliers et que, par voie d'analogie, la doctrine la considérait comme applicable à tous les cas d'une gravité correspondante.

Voici donc, à la fin de l'ancien droit, à quoi se ramenait la distinction traditionnelle entre les crimes énormes et les infractions légères: dans les premiers seulement l'attentat emportait la peine ordinaire du crime auquel il correspondait. Dans les autres, la tentative n'était punie que de peines laissées à l'arbitraire du juge

Ce qui ne voulait pas dire que dans les crimes qualifiés d'énormes il ne dût y avoir lieu qu'à la peine ordinaire du crime; comme il s'agissait ici d'une solution particulièrement rigoureuse, on cherchait à en limiter la portée et on exigeait alors, sauf peut-être pour l'assassinat comme nous l'avons déjà dit, que l'exécution fût très voisine de son complet achèvement. On utilisait pour cela les anciennes distinctions entre la simple déclaration de volonté, les actes éloignés et les actes prochains: dans le dernier cas seulement on appliquait la peine même du crime.

Lorsque l'attentat s'arrêtait aux phases antérieures, on se contentait de peines atténuées à l'arbitraire du juge.

De sorte que le principe en matière de tentative, et pourrait-on dire le droit commun, est encore le système de Farinaccius de l'atténuation de peine: sauf pour certains cas graves où l'émotion soulevée par le crime est si considérable qu'il devient impossible, au point de vue de l'impression qui en est résultée, de distinguer entre le moment où le résultat criminel va être définitivement atteint et celui où il l'est réellement. Dans ces cas particulièrement graves, l'émotion est la même du moment que l'exécution est commencée, que celle-ci aille jusqu'au bout ou qu'elle soit arrêtée dans son cours. La matérialité du crime et son côté objectif se trouvent réalisés en tant qu'il s'agit de l'impression qui en résulte au point de vue de la conscience publique: la peine est due tout entière. Dans tous les autres cas, il ne reste plus qu'une intention entièrement manifestée à punir. On ne doit

plus retenir de la peine que ce qui se réfère à l'élément subjectif du crime (1).

Si cette construction de la tentative est exacte, il faut reconnaître qu'elle donne l'idée la plus complète d'une théorie subjective en matière de tentative; et c'est en effet ce qui ressort de tous les passages de Jousse, de Muyart de Vouglans, de Rousseau de la Combe.

Jousse, reproduisant un passage déjà cité de Farinaccius, déclare que *la simple volonté, ou attentat, quoique non suivie d'effet, doit être punie;* que *la noirceur du crime consiste moins dans l'effet que dans le dessein, ou la machination, et la volonté qui fait la consommation de la matière et du dol* (2). Muyart de Vouglans dit *qu'en matière de crimes atroces, la loi veut que l'on considère moins l'événement que la volonté, c'est-à-dire qu'il suffit d'avoir manifesté cette volonté par quelque acte prochain, pour être puni de même que si on avait entièrement consommé le crime* (3), et enfin Rousseau de la Combe, faisant allusion à l'article 195 de l'ordonnance de Blois, déclare que cette disposition est *conforme aux lois qui veulent que le dessein de tuer, manifesté par des indices extérieurs, soit punissable comme l'effet* (4).

Partout et toujours l'intention, et l'intention seule, sans qu'il soit question de la matérialité ou de l'objectivité du crime.

Reste une distinction rendue nécessaire par l'admission concomittante des deux principes de répression, principe d'identité et principe d'atténuation.

Du moment qu'en matière de crimes énormes la peine mitigée s'applique jusqu'à une certaine phase au delà de laquelle il y a identité de peine, il fallait bien fixer, d'un degré à l'autre, une ligne précise de démarcation; et c'est dans ce but que l'on reprend l'idée du *conatus proximus* et que l'on va construire, en la rajeunissant un peu, la théorie à peu près identique du commencement d'exécution.

C'est ce que Jousse discute à propos de l'assassinat (5). On sait que certains auteurs appliquaient la peine de mort au seul fait de la machination; d'autres observent que l'ordonnance parle

(1) Sur tous ces points Jousse : *Traité de la justice criminelle* (Édit. 1771, t. II, p. 637 et 638).
(2) Jousse : *loc. cit.*.
(3) Muyart de Vouglans : *Lois criminelles*, livre I[er], titre III, chapitre I[er], § 12.
(4) Rousseau de la Combe : *Traité des matières criminelles*, 1[re] partie, chapitre II, section VII, Dist. VI, § 5.
(5) Jousse : *loc. cit.*, t. III, p. 250.

d'attentat: cela implique un pas de plus; il faudra donc que l'exécution soit commencée.

Quand le sera-t-elle? C'est un point délicat et contesté. Ce qui importe, c'est de fixer le principe.

Muyart de Vouglans et Rousseau de la Combe exposent la même théorie: *volonté manifestée par quelque acte prochain*, dit l'un; *dessein manifesté par des indices extérieurs*, c'est ici une formule moins restreinte; elle est de Rousseau de la Combe. Mais on sait qu'en matière d'assassinat, on ne s'accordait plus aussi bien sur ce point de séparation.

Quoi qu'il en soit, ce qu'il faut observer, c'est que la théorie du commencement d'exécution ne vise que le caractère formel des actes qui doivent le constituer et nullement leur valeur objective au point de vue de la réussite elle-même: cela est de toute évidence, puisqu'on ne s'occupe que du degré d'irrévocabilité de la volonté et qu'il s'agit, non pas de savoir si la tentative sera ou non punissable, mais de quelle peine elle sera punie. C'est ce que j'ai appelé, à propos de Farinaccius, la théorie du geste.

A première vue, il y a une phrase de Jousse qui pourrait s'interpréter autrement: il considère que *les assassins auront dû prendre les mesures nécessaires pour réussir dans l'assassinat par eux projeté* (1). Il semble que l'on fasse allusion à un assassinat objectivement possible (2); mais la suite montre bien qu'on ne s'occupe que de la valeur formelle des actes d'exécution et non de leur réussite virtuelle. Cela veut dire que c'est au moment où les actes qui, pris à l'apparence, doivent rendre la réalisation inévitable, auront été accomplis, que l'attentat sera considéré comme réalisé au point de vue de l'identité de répression. Cela résulte des opinions et des exemples rapportés par Jousse: tout ce qu'on demande, c'est que les assassins soient déjà en

(1) Jousse: *loc. cit.*, t. II, p. 250.

(2) On pourrait, peut-être, être tenté, en se rappelant que Farinaccius punissait d'une peine atténuée seulement la tentative avec moyens insuffisants, et en rapprochant cette solution du passage cité de Jousse, de dire que la tentative irréalisable n'était jamais punie que d'une peine extraordinaire à l'arbitraire du juge, et que par suite le Code pénal, ayant accepté le système de l'assimilation, ne l'a admis qu'avec la portée qu'il avait chez nos anciens criminalistes, c'est-à-dire en tant qu'excluant la tentative condamnée à l'impossibilité. Ce serait un très mauvais raisonnement. Car on se souvient que Farinaccius ne posait nullement la question sur le terrain même du délit impossible, mais sur celui de la tentative en général, et sans autre distinction. C'était toute tentative, par cela seul que l'exécution pour une raison quelconque n'avait pu aller jusqu'au bout, qui lui paraissait incompatible avec l'idée d'identité de peine. Mais là où en matière de tentative l'identité de peine était admise, elle l'était forcément, dès que l'acte par où se manifestait la volonté était suffisamment rapproché pour fonder l'irrévocabilité subjective du crime, quelle que fût la circonstance qui eût empêché cet acte de réussir, impossibilité virtuelle ou obstacle accidentel, peu importe: on l'a suffisamment vu par les exemples qui expliquent la phrase un peu suspecte de Jousse.

mesure de réaliser le crime et que tout soit prêt pour l'exécution, comme, par exemple, suivant une doctrine, s'ils se sont postés pour attendre leur victime. Or, en quoi le seul fait du guet-apens implique-t-il possibilité de réalisation?

Donc, ce que l'on veut c'est de qualifier les actes au point de vue de leur caractère propre, et de les classer en deux catégories, préparatoires ou exécutoires, indépendamment des circonstances d'espèce qui peuvent les rendre plus ou moins efficaces en eux-mêmes.

Tel était donc l'état de la question au moment où va s'ouvrir le droit nouveau.

Il est visible que ces précédents historiques éclairent d'une manière absolument sûre l'interprétation des dispositions législatives sur ces matières.

Bien entendu, les peines arbitraires étant supprimées, on n'entrevoyait plus la possibilité d'admettre la tentative en matière de simple délit: il eût fallu accepter là aussi le principe d'identité de répression, et tous les précédents s'y refusaient.

Donc on va restreindre la tentative aux crimes énormes; et encore pour ceux-ci va-t-on ne l'admettre qu'à partir du moment où l'ancien droit imposait l'identité de peine: de là l'obligation pour la loi d'indiquer quels seraient les crimes susceptibles de tentative et quel serait l'acte ou le moment à partir duquel la tentative deviendrait punissable.

Le Code pénal de 1791 n'admet réellement de tentative que pour l'assassinat, puisque l'empoisonnement est déjà presque un crime à part dont la consommation est en quelque sorte réalisée par une tentative même de meurtre au moyen de substances vénéneuses. Je ne veux pas dire par là qu'il ne pût y avoir de tentative d'empoisonnement. Le Code pénal de 1791 a, au contraire, expressément prévu en cette matière de véritables faits de tentative; mais le domaine de la tentative n'en est pas moins considérablement restreint, puisqu'on avait avancé d'un degré le moment de la consommation du crime. A propos de l'assassinat, le Code de 1791 donne de la tentative une définition forcément spécialisée puisqu'elle ne vise qu'un crime particulier. Ce sera *l'attaque à dessein de tuer* (1); on voulait trancher par là toutes les discussions sur le point de savoir si le guet-apens suffirait, ou s'il faudrait qu'on eût assailli la victime.

(1) Code pénal de 1791, 2e partie, section 1, titre II, article 13.

Vient alors la loi du 22 prairial an IV qui généralise l'idée et applique la tentative à tous les crimes proprement dits.

Il devenait nécessaire de donner, cette fois, de la tentative une définition spécifique et abstraite, susceptible de s'appliquer à tous les crimes, au sens technique, prévus par la loi.

Or cette définition, ce sera celle de Jousse, celle de Muyart de Vouglans, de tous les criminalistes de l'époque. Ce qui caractérise la tentative, c'est le fait qu'elle se soit *manifestée par des actes extérieurs* (1) : c'est là, d'après la loi de l'an IV, l'élément dominant : il répond à l'élément subjectif signalé, et décrit dans les mêmes termes, par tous les auteurs du temps.

La tentative *manifestée par des actes extérieurs*, c'est l'ancien *processus ad actum* des Glossateurs ; c'est la *volonté manifestée par quelque acte prochain* de Muyart de Vouglans, le *dessein manifesté par des indices extérieurs* de Rousseau de la Combe.

Ce que l'on vise exclusivement, c'est l'intention sortie de la sphère de la pensée pour se traduire en actes ; voilà ce qu'avant tout on a voulu mettre en relief.

Mais cela ne suffisait pas. Comme on s'en tenait au principe d'assimilation, il fallait, comme jadis en ancien droit, marquer le point initial où la tentative serait assimilée au crime.

Pas plus qu'en ancien droit on ne voulait appliquer l'identité de peine aux actes éloignés qui, à l'apparence au moins, ne présentent encore qu'une volonté indécise qui n'a pas franchi le pas décisif où tout devient irrévocable. Où donc commencerait l'irrévocabilité, fondement et justification de l'identité de peine ? Au moment même où commencerait l'exécution, c'est-à-dire le point d'attaque effective contre la personne ou la chose.

Ce commencement d'exécution a forcément la même valeur que l'acte prochain de nos anciens criminalistes : il marque le point où la volonté est censée devenue irrévocable et où par suite la peine est acquise.

S'il en est ainsi, peu importe sa valeur objective : il marque uniquement une phase de la subjectivité de l'acte.

(1) Loi du 22 prairial an IV : « *Toute tentative de crime, manifestée par des actes antérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le crime même.* » La portée de cette définition est clairement indiquée par ce passage du Rapport d'Emm. Pastoret au Conseil des Cinq-Cents : « *Le devoir de la répression et du châtiment existe dès que la pensée a cessé de n'être qu'une pensée, dès qu'une action extérieure en est devenue le résultat.* » Le Rapport de Pastoret a été reproduit dans la *Revue* de Liszt, en note d'une étude extrêmement remarquable sur la Tentative et dont je regrette de n'avoir pris connaissance qu'après l'exposé déjà imprimé des idées allemandes sur la tentative (Ernst Eisenmann, *die Grenzen des straffaren Versuchs*) *dans Z. F. D. G. Str. R. W., année 1893, p. 517.*

Si la loi n'avait parlé que de commencement d'exécution, on pourrait dire peut-être que l'élément caractéristique, c'est l'exécution objective du fait ; mais elle n'en parle que pour fixer un degré dans la marche de la volonté vers le crime et non pour définir la tentative.

L'élément de fond de la tentative c'est une volonté qui s'extériorise ; l'élément de forme c'est l'acte qui en marque l'irrévocabilité.

Donc le commencement d'exécution de la loi de l'an IV ne vise pas la réussite du crime, mais la qualification de l'acte par lequel se manifeste, et dans lequel a pris corps, la volonté criminelle en voie de réalisation.

Il s'agit d'une description de l'acte initial de la tentative et non d'une condition de réalisation du crime.

Cette définition a passé dans l'article 2 du Code pénal de 1810. Elle y a passé avec le sens traditionnel qu'elle avait alors : c'est une théorie subjective de la tentative que le Code pénal admet et consacre.

En 1852 on a supprimé sans doute l'indication des actes extérieurs, par la bonne raison que, si la tentative se manifeste par un commencement d'exécution, cela implique forcément des actes extérieurs dans lesquels elle s'incarne. Mais cette modification de texte ne change rien à la conception doctrinale de nos lois criminelles.

Cette conception est celle de l'école romaniste ; c'est celle de l'ancienne école italienne ; celle enfin de l'école française de la dernière époque : elle repose uniquement sur le point de vue de la volonté. On n'exige un commencement d'exécution que pour marquer le point d'irrévocabilité de la résolution criminelle.

Le point de vue objectif est aussi loin que possible de notre théorie législative de la tentative.

Je viens de l'établir par l'histoire ; je le montre en terminant par l'étude doctrinale du texte.

§ 2.

Je n'ai pas à revenir sur les contradictions et les inconséquences, soit de la théorie classique qui écarte de la notion même de tentative tous les prétendus cas d'impossibilité, soit de la théorie intermédiaire qui opère entre eux un classement et ne retient, pour les soumettre à répression, que les cas d'impossibilité dite relative, ou plus exactement d'impossibilité purement accidentelle.

Ce sont là des objections que j'ai présentées plusieurs fois déjà en exposant les différents systèmes émis sur la question. En ce moment, je fais abstraction des systèmes et je n'envisage que le texte, son histoire et son interprétation.

Historiquement, il nous révèle une théorie purement subjective de la tentative; voyons si la façon dont il a été rédigé va nous révéler les conséquences qu'il a entendu déduire de cette théorie subjective, au point de vue de cette question de l'impossibilité d'exécution.

Or, le point capital en cette matière c'est l'assimilation faite par la loi entre le délit tenté et le délit manqué: dans les deux cas il y a tentative punissable. Et cependant le délit manqué c'est presque toujours un délit impossible. Aussi les partisans de la doctrine classique s'épuisent en efforts de subtilité analytique pour arriver à distinguer l'impossibilité proprement dite qui serait exclue par la loi et l'impossibilité admise comme constitutive du délit manqué.

Ce dernier cas, en effet, se résume dans l'hypothèse où l'agent a fait pour la réalisation du crime tous les actes dont l'exécution matérielle devait provenir de lui: tout ce qui rentrait dans sa participation propre a été exécuté; il a été jusqu'au bout du rôle qui lui revenait: donc pour ce qui est de lui, et subjectivement pourrait-on dire, il a consommé le crime. Pour le reste ce n'est plus que la part due au hasard ou à de pures circonstances étrangères à l'auteur du crime: la loi n'en tient pas compte.

Ainsi, dans une législation qui qualifierait l'empoisonnement par ses résultats et non par l'emploi de certains moyens propres, le fait d'administrer le poison constituant toute la part d'exécution personnelle à l'agent, si, le poison absorbé, la mort ne se réalise pas, il y aurait crime manqué; tandis que, si un tiers arrête la victime au moment où elle va absorber la préparation qu'on lui présente, il n'y aurait plus que tentative d'empoisonnement; les actes nécessaires à la réalisation du crime ont été interrompus, on n'a pu aller jusqu'au bout de l'exécution.

Mais les exemples classiques de crime manqué se présentent au cas de meurtre: on tire sur la victime et on la manque; on a réalisé l'exécution complète du crime, pour la part tout au moins qui revenait à l'agent. Et l'on pourrait imaginer à l'infini des combinaisons de ce genre; dans tous ces cas l'inexécution dérive non d'une circonstance matérielle étrangère à l'agent et qui vienne mettre obstacle à la réalisation du crime, mais d'un mauvais emploi des moyens dont il se sert pour l'exécution, d'une

fausse adaptation des moyens au but visé: il y a donc, par la mise en œuvre elle-même, et par le fait de la disposition matérielle des éléments objectifs de l'exécution, impossibilité de réussite.

Le délit manqué neuf fois sur dix sera un délit impossible.

Je sais bien qu'il n'en sera pas toujours forcément ainsi; c'est pourquoi j'ai cité le cas d'une législation où l'empoisonnement ne serait consommé que par le résultat cherché, c'est-à-dire par la mort de la victime: une fois le poison absorbé, l'exécution, pour ce qui est de l'agent, est complète, mais si on fait prendre à sa victime un contre-poison qui la sauve il y aura crime manqué. Ce n'est plus un crime impossible, car sans cette intervention la mort était fatale.

Souvent aussi il en sera de même au cas de meurtre; l'assassin tire sur sa victime et l'atteint, mais elle ne meurt pas sur le coup. Le meurtrier s'enfuit, ayant consommé, pour ce qui est de lui, l'entière exécution du crime. La mort est inévitable, il n'y a pas crime impossible. Mais le hasard fait intervenir un passant qui appelle un chirurgien dont l'art, en dépit de tout, sauvera peut-être le blessé; il y aura crime manqué, sans qu'il y ait d'impossibilité provenant d'une fausse adaptation des moyens au but.

Donc il ne faut pas dire que toujours le crime manqué s'identifie avec une impossibilité concomitante au mode d'exécution.

Mais ce qui est certain c'est que tout le monde est d'accord pour admettre que le délit manqué n'a pas été restreint par la loi aux hypothèses fort rares où l'inexécution ne provient pas d'une impossibilité initiale, mais uniquement d'une intervention postérieure qui vienne paralyser l'effet d'une perpétration efficace et complète de la part de l'agent.

Donc la loi en visant le délit manqué a prévu le délit impossible.

Et alors, s'il en est ainsi, comment donc lui faire sa part?

L'idée première qui vienne à l'esprit est que la loi suppose et vise l'impossibilité accidentelle; c'est en effet ce qui se présente dans tous les cas de délit manqué: l'impossibilité, bien qu'initiale, provient d'une maladresse accidentelle au début de l'exécution. Mais c'est alors la justification même, et législative cette fois, de la distinction faite par la Cour de cassation.

Comment donc, dans la théorie classique, sous-distinguer encore parmi les impossibilités accidentelles?

Quelle différence voit-on entre le meurtrier qui tire dans la

pièce voisine de celle où se trouve sa victime et celle où il tire trop à droite ou trop à gauche au moment où celle-ci passe à sa portée? Dans les deux cas l'objet visé n'est plus au bout du fusil, voilà tout ce que l'on peut dire: impossibilité relative; l'objet existe, mais il n'est pas là où on le vise. Alors, il y aurait donc des degrés dans la relativité; l'impossibilité serait plus relative dans un cas et moins dans l'autre. Mais ce sont là des chinoiseries; et l'on est en droit d'opposer aux partisans de la doctrine classique la réponse qu'ils font eux-mêmes à la théorie de la Cour de cassation: l'impossibilité existe ou elle n'existe pas; il n'y a pas de demi-impossibilité.

On sera tenté de dire: il y a impossibilité lorsque ce sont les éléments constitutifs de l'exécution qui, pris en eux-mêmes et en dehors de leur adaptation, seront insuffisants à conduire au résultat; sinon, si l'inexécution ne provient que de la façon dont on se sert de ces éléments eux-mêmes, il n'y a plus une impossibilité forcée, mais un vice d'exécution; ce sera le délit manqué. On opposerait ainsi le vice d'exécution à l'impossibilité d'exécution. Mais, que l'on essaie donc d'appliquer ce critérium aux hypothèses que je viens de citer! Au moment où le meurtrier prend son fusil, l'individu qu'il veut atteindre était dans la pièce où il le vise; puis, quand il fait partir le coup, le hasard fait que l'autre vient de passer dans la pièce voisine: les éléments, pris en eux-mêmes au moment où l'agent se met en voie d'exécuter, sont dans un rapport qui rend l'exécution possible; ce rapport s'est modifié au moment décisif; c'est un effet du hasard qui a vicié l'exécution: pourquoi ne pas dire qu'il y a délit manqué?

En réalité, dans tous les cas où c'est un accident concomitant à l'exécution qui rend le crime impossible, on peut dire que l'impossibilité ne dérive pas des éléments constitutifs de l'exécution envisagés en eux-mêmes et séparément, mais uniquement d'un défaut d'adaptation des uns aux autres. La conclusion est que tous les cas d'impossibilité dite relative rentrent forcément dans le délit manqué. Sauf pour certains cas d'impossibilité absolue, il n'y a jamais que vice affectant l'exécution à ses débuts, et provenant du rapport d'adaptation entre ses éléments constitutifs: le domaine de l'impossibilité proprement dite se réduit uniquement au point de vue légal, à l'impossibilité absolue pour défaut de moyens ou d'objet.

S'il en est ainsi, il s'en dégage une conclusion bien décisive:

dans tous les cas d'impossibilité dite relative, le commencement d'exécution est vicié à ses débuts et destiné à ne pas aboutir, et cependant la loi y voit une tentative punissable. C'est donc que, pour elle, le commencement d'exécution n'est pas envisagé au point de vue de son efficacité objective, mais au point de vue uniquement du caractère de l'acte initial qui séparera la tentative principale de la simple préparation restée impunie (1).

Tout le fondement de la théorie classique, mais celui aussi de la distinction faite par la jurisprudence, se trouve ainsi faire défaut.

Le commencement d'exécution ne vise pas l'efficacité virtuelle de l'acte qui le constitue, mais le caractère formel et purement intérieur de l'acte. Donc le texte ne s'occupe, ni de près, ni de loin, de l'impossibilité qui peut affecter l'exécution qui commence.

Enfin, plus encore que toutes ces disputes de mots, il y a une idée qui domine tout, c'est le principe de l'identité de peine; et l'on sait qu'il ne peut s'expliquer que par le point de vue subjectif considéré ici comme fondement de la tentative.

La raison de texte nous manque, aussi bien pour distinguer l'impossibilité absolue de celle qui ne serait que relative, que pour faire une différence entre ce qui serait impossibilité proprement dite et simple vice d'exécution. Et non seulement le texte fait défaut, mais toute justification rationnelle aussi. Car en soi, et si l'on va au fond des choses, il en est du prétendu vice d'exécution comme des vices du consentement; cela signifie, au fond, absence de consentement dans un cas, impossibilité d'exécution dans l'autre. Pour établir en matière pénale une distinction aussi artificielle, il faudrait un texte comme celui du Code civil en matière de consentement; et ici, lorsqu'il s'agit de tentative, ce texte nous manque.

C'est la confirmation par l'étude du texte du principe que nous en a révélé l'histoire: la loi punit dans la tentative une volonté qui s'est traduite en acte, toute la question est de préciser l'acte qui en marquera l'irrévocabilité.

Donc, toutes les raisons, de texte ou d'histoire, qui pourraient conduire à admettre la moindre distinction en matière d'impossibilité, nous font défaut: il faut donc dire que la loi, conformément à son principe, n'a pas tenu compte de l'impossibilité, quel qu'en

(1) Cela est bien certain, puisque, d'après le texte, la condition d'exécution domine le délit manqué comme le délit tenté; or, il est établi que, neuf fois sur dix, en matière de délit manqué cela ne peut faire allusion à une exécution susceptible d'aboutir. On voit par là combien le sens attribué par Rossi et ceux qui l'ont suivi au mot « *exécution* » était artificiel et faux. *Conf.*, *supr.*, p. 80, note 1.

soit le caractère, absolue ou relative. Il n'y a pas deux sortes d'impossibilité; sous ce rapport, les partisans de la théorie classique ont cent fois raison.

Ce n'est donc ni au point de vue du texte, ni au point de vue de ce que l'on est convenu d'appeler les principes juridiques, que l'on peut trouver la moindre objection contre cette théorie très nette et très simple: « Toute tentative qui affecte le caractère d'un acte d'exécution est une tentative punissable, quelle que soit au fond l'efficacité virtuelle de l'acte qui la constitue, que l'exécution soit possible ou non, et, si elle est impossible, que l'impossibilité en soit absolue ou relative, peu importe.»

Est-ce donc enfin au point de vue de ses conséquences sociales que cette théorie doive être condamnée? C'est ce qu'il nous reste à voir.

§ 3.

Il y a un premier point indiscutable, c'est que, en tant que cette théorie conduit à atteindre l'impossibilité prétendue relative, tout le monde est d'accord pour en proclamer, au point de vue social, l'absolue nécessité. Je n'insiste plus.

Reste son extension à l'impossibilité dite absolue. Au point de vue du texte et de la logique, elle s'impose; voyons donc si elle se heurte à des conséquences qui la condamnent.

Apprécions-la au point de vue du danger couru, à celui du trouble causé, à celui enfin de l'intention manifestée; cela revient à nous placer au regard de l'idée d'utilité sociale et au regard de l'idée de justice.

Le danger, dit-on, n'existe pas ; la société n'a pas à se défendre. J'ai déjà montré que, neuf fois sur dix, c'est une erreur.

Le danger n'a pas existé, c'est possible: vous avez voulu réaliser un empoisonnement avec une substance inoffensive, votre victime n'a couru aucun danger; cela veut-il dire qu'elle n'en court plus aucun?

Vous vous êtes révélé comme disposé à tout affronter pour vous en défaire; quelle sécurité a-t-elle contre vous et quelle garantie pour la société?

Il y aurait moins de danger à laisser impuni l'assassin qui, par vengeance ou passion, a tué sa victime et n'en menace aucune autre, qu'à laisser en liberté celui qui l'a manquée et qui n'a pas renoncé à sa vengeance.

Il n'y a donc qu'un seul cas où ce danger fasse défaut, c'est celui

d'inexistence absolue de l'objet; et c'est à cela seulement qu'il faudrait restreindre le domaine de l'impossibilité absolue.

Mais, s'il n'y a plus de danger pour une personne déterminée, n'y en a-t-il pas pour d'autres? Cela ne résulte-t-il pas du tempérament même de l'agent, tel qu'il vient de se révéler?

Puis, cette idée de danger est-elle donc la seule qui justifie la peine?

Nous arrivons alors au point de vue du trouble causé: c'est ce qui justifie et ce qui explique que la société intervienne.

Or, comment soutenir que le trouble et le scandale seront moins considérables lorsqu'un individu aura tiré avec une arme qu'on venait de décharger ou de charger à blanc, que lorsque, visant avec une arme réellement chargée, un tiers l'aura arrêté à temps; que l'émotion soulevée sera moins considérable contre la mère que l'on surprend en voie d'étouffer son enfant, alors que l'expertise médicale démontre qu'il était déjà mort antérieurement, que si, s'attaquant à un enfant vivant, on l'arrête avant que le crime soit entièrement consommé?

Reste la dernière objection possible: punir la tentative, même à défaut d'objet, cela revient à atteindre exclusivement l'intention en dehors de tout fait punissable.

Mais, en soi, cela se présente dans tous les cas d'impossibilité, et cependant nous savons que la loi l'a voulu ainsi.

Est-ce donc contraire à l'idée que l'intention à elle seule ne doit jamais tomber sous le coup de la loi pénale?

Ce serait se faire une opinion bien fausse des motifs qui justifient ce principe fondamental de notre système criminel.

Si l'on ne punit pas la simple intention, c'est pour trois raisons qui ne se retrouvent plus en matière de tentative, même impossible :

La première, parce que la volonté qui reste à l'état interne ne peut jamais être considérée comme irrévocable; ce qui n'est plus, lorsqu'elle s'est manifestée par un commencement d'exécution.

La seconde parce que restant cachée elle ne cause aucun trouble dont la société ait à exiger réparation, ce qui n'est plus le cas lorsqu'elle s'objective dans un acte qui fasse scandale et soulève la conscience publique.

La troisième, à cause des difficultés de preuve, difficultés qui sont supprimées lorsque le criminel en passant à l'exécution a fait la preuve même de son intention criminelle.

Il y avait donc des garanties à prendre, au sujet de la preuve

de l'intention, de l'irrévocabilité de la volonté, et de la nécessité d'une réparation publique : ce sont ces garanties qui résulteront du caractère extérieur, irrévocable et public de l'acte : elles résulteront du commencement d'exécution. En quoi la condition d'efficacité y ajouterait-elle une garantie de plus?

Lorsque l'acte d'exécution ne laisse plus ainsi aucune place au doute, lorsque par lui-même le délinquant a voulu courir le risque et jeté le défi à la société, que tout est devenu irrévocable en lui, la peine aussi doit être irrévocable, sauf remords et retour en arrière. L'attaque existe, la défense doit exister aussi. Peu importe que personne individuellement n'ait couru de risque : c'est la société qui en court.

Il y a en face d'elle une volonté qui se met en rupture de banc à l'égard de la loi sociale et comme une déclaration de guerre pour l'avenir au moins autant que pour le présent; la loi pénale est précisément faite pour des cas de ce genre (1).

Et alors, lorsque ces conditions existent, on se retrouve en présence de cette idée fondamentale, qui était celle de l'ancien droit et qui est restée la nôtre, que, lorsque la volonté du crime est devenue agissante, lorsqu'elle est sortie de l'état purement interne et embryonnaire, c'est elle qui fonde la responsabilité; et c'est la responsabilité qui fonde ce que l'on pourrait appeler le droit à la peine, ou la nécessité de la subir.

L'on revient alors à la loi de justice qui veut que le coupable soit atteint dans sa culpabilité interne plutôt que d'après le résultat produit (2); et l'on revient aussi à la loi pathologique qui veut que le tempérament qui se révèle comme dangereux soit soumis au régime d'intimidation ou d'amendement qui puisse en avoir raison pour l'avenir.

Nous nous trouvons ici en présence d'une des rares questions pour la solution desquelles tous les points de vue et tous les systèmes généraux sur le fondement de la peine soient d'accord; comment admettre que pour une subtilité juridique on fasse obstacle à cette unanimité?

Le point de vue de la nécessité sociale exige la répression de toute tentative impossible; l'idée de justice et d'égalité l'impose

(1) *Conf.*, Fioretti : Note critiche sul tentativo, dans *Archivio di psichiatria*, an. 1890 p. 479 s.

(2) Eisenmann, dans l'étude précédemment citée, a démontré avec beaucoup de force et de logique que la tentative, reposant avant tout sur un élément subjectif, la volonté, devait être indépendante des moyens et de l'objet : Eisenmann : *Grenzen des straffaren Versuchs*, dans Zeits. f. d. G. Str. R. W., ann. 1893, p. 465.

également; l'opinion publique la réclame : que reste-t-il donc qui puisse nous faire hésiter? Un texte de loi? Mais il y a longtemps que Mittermaier a dit qu'avec un texte analogue à celui du Code pénal français, la question de la tentative irréalisable ne pouvait même pas se poser; elle est résolue d'avance : la tentative impossible d'après la loi française n'est plus, dans tous les cas, qu'une tentative ordinaire (1).

C'est cette solution à laquelle notre jurisprudence arrivera logiquement un jour (2).

Voilà pourquoi nous ne voulons pas qu'on lui barre la route en introduisant dans la définition légale de la tentative une distinction qui n'est aujourd'hui qu'une étape dans la voie du progrès, et qui deviendrait alors un obstacle au progrès.

R. Saleilles.

(1) C'est d'ailleurs dans ce sens que s'oriente le courant législatif. C'est ainsi par exemple que, dans la première rédaction de l'avant-projet du Code pénal suisse, la tentative impossible avait été volontairement passée sous silence; et nous savons, par les motifs, qu'on avait ainsi entendu l'exclure (v. Stooss : *Exposé des motifs*, art. 15, p. 27).

Or, dans la seconde rédaction, qui vient d'être publiée en *appendice au t. VI des mélanges de l'Union internationale de droit pénal* (v. p. 12), le nouvel article 17 prévoit et punit toute tentative impossible sans distinction, ni réserve. Le seul point de différence est qu'en pareil cas on laisse au juge un plus large pouvoir d'atténuation en ce qui touche la peine.

(2) On sait qu'il y a déjà eu, en 1849, un arrêt de la cour d'Agen dans ce sens : v. *supra*, p. 325, note 2.