# NOTES

# SUR LE CRIME IMPOSSIBLE [1]

Lorsque parut dans cette Revue (2) la remarquable étude de M. Saleilles sur la tentative, on put croire à une brillante victoire des doctrines subjectives en droit pénal et, semblait-il, à leur triomphe bientôt définitif, non pas seulement au point de vue rationnel, mais même en ce qui concerne l'interprétation de notre loi positive, en matière de crime impossible.

On se rappelle, en effet, quelles étaient les conclusions de notre éminent maître : que l'on se place à n'importe quel point de vue, historique, rationnel, exégétique, ou encore en présence des conséquences sociales de la théorie à établir, on est conduit à décider qu'il y a lieu de réprimer, sans distinction, la tentative impossible : « La tentative impossible d'après la loi française n'est plus, dans tous les cas, qu'une tentative ordinaire. C'est cette solution à laquelle notre jurisprudence arrivera logiquement un jour. 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. »

(1) La Conférence d'agrégation de Paris, dirigée par M. Garçon, a eu l'occasion, dans le cours de cette année, de se préoccuper du problème du crime impossible. La question fut agitée de savoir si l'on ne pourrait pas trouver une formule scientifique permettant de faire rentrer dans la notion de tentative punissable la plupart des cas d'impossibilité, soit quant à l'objet, soit quant aux moyens, tout en laissant à la théorie du crime impossible une sphère d'action comprenant certains cas exceptionnels où chacun s'accorde à écarter toute idée de répression, par exemple l'hypothèse des incantations ou envoûtements. Pour ma part, je préfère ne faire appel à aucune formule, chacune prêtant à équivoque. Je m'en tiens à la conclusion que je donnerai à cette courte notice : poser en règle l'assimilation de la tentative irréalisable à une tentative ordinaire, sauf à observer que, dans des cas aussi exceptionnels que ceux que nous venons de prévoir, on ne poursuivra pas. Aussi bien n'est-ce pas le lieu de répéter qu'il ne peut y avoir aucun profit à embarrasser la loi pénale et la liste des délits, de cas aussi excentriques et si peu dangereux? (Ortolan et Desjardins, *Droit pénal*, 5e éd. T. I, n° 1008.)

(2) R. Saleilles, *Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irréalisable*, *Revue*, 1897, p. 53 et 321.



Il est malaisé de dire, à l'heure actuelle, si les prévisions de M. Saleilles relativement à la jurisprudence se réaliseront. Celle-ci, en effet, depuis cette époque, n'a plus eu, à notre connaissance, à se prononcer sur la question du délit impossible. Elle conserve donc ses positions et, par conséquent, se traduit toujours en une distinction entre les cas où l'impossibilité est fatale, tenant à la nature des choses, et ceux où elle se trouve être purement accidentelle (1). Mais, si rien, sur le terrain jurisprudentiel, ne peut nous faire présager l'avenir, on peut, du moins, relever dans la doctrine française certains symptômes qui ne sont nullement de nature à justifier les prévisions de notre auteur.

Il suffit, en effet, de jeter un coup d'œil sur les travaux publiés, depuis, sur cette question pour se rendre compte que la lutte est loin d'être terminée.

Tandis que certains, comme MM. H. Gallet (2), E. Garçon (3), G. Vidal (4), entrent délibérément dans la voie ouverte en France par M. Saleilles, adoptant les conclusions de la thèse subjective, tels autres, comme M. J. A. Roux et A. Laborde (5) demeurent fidèles aux inspirations de la doctrine objective. Des auteurs, enfin, sur qui les tendances subjectives nouvellement affirmées exercent, de leur propre aveu, une influence prépondérante, éprouvent cependant en fin de compte des hésitations à les consacrer dans toutes leurs conséquences,

(1) Je traduis la jurisprudence de la Cour de cassation comme le faisait M. Saleilles, *op.* et *loc. cit.*, p. 53 et p. 55. Je dois remarquer que l'arrêt de la Cour suprême du 4 janvier 1895 (S. et P. 95, 1, 108. D. 96, 1, 21, et la note de M. Garraud) a donné lieu à des appréciations un peu différentes. On est généralement d'accord pour y trouver la répudiation de la distinction des impossibilités relatives et absolues. Pour certains même, il semble en résulter qu'aux yeux de la Cour suprême, l'ancienne théorie du crime impossible n'existerait plus (*Cf.* Garraud, *Traité*, 2e éd., t. I., p. 398, G. Vidal, *Cours de droit criminel*, 2e éd., p. 139 et les observations de M. Garçon, *Code pénal annoté*, sous l'art. 2, nos 128-131). L'auteur d'un article récent y voit même, à tort selon nous, la consécration d'une distinction entre l'impossibilité de fait et l'impossibilité légale, que nous allons avoir l'occasion de critiquer. (E. Boniffacy, *Tentative des infractions impossibles*, Journal des Parquets, 1902, p. 113 et suiv., *cf.* p. 125-126.)

(2) *Notion de la tentative punissable*, thèse Caen 1898.

(3) Garçon, *op.* et *loc. cit.*, nos 113-116, 133-135.

(4) G. Vidal, *op.* et *loc. cit.*, p. 138-139.

(5) J. A. Roux, *Rapport au Congrès de l'Union internationale de droit pénal*, Lisbonne 1897 (Bulletin de l'Union, 1897, p. 340). Je rappelle qu'au même Congrès fut déposé par M. F. Thiry, professeur à l'Université de Liège, un rapport qui concluait au contraire à l'assimilation de la tentative irréalisable à la tentative ordinaire, en prenant comme base la notion de la peine envisagée comme menace sociale, laquelle, n'ayant pas arrêté l'agent criminel, doit dès lors être mise à exécution, si l'on ne veut pas qu'elle perde toute efficacité. (*Ibid.*, p. 305.) A. Laborde, *Cours de droit criminel*, 2e éd. n° 108, p. 74, note 2.

obéissent comme à une nécessité d'introduire des restrictions dans une théorie qui leur semble trop absolue.

Ce besoin de tempéraments est très visible dans la deuxième édition du grand traité de M. Garraud (1), et ceci est d'autant plus digne d'être relevé que cet auteur déclare abandonner la théorie objective jusqu'alors généralement admise et qu'il avait lui-même suivie dans la première édition de son livre. Mais, tout en se ralliant à la thèse subjective en notre matière, il cède en quelque sorte à ce que j'appelais un besoin de tempéraments, qui le conduit à établir les bases d'une nouvelle distinction entre, d'une part, l'impossibilité de fait et, d'autre part, l'impossibilité de droit. Il n'y a à tenir compte que de cette dernière. Seule elle « implique l'inexistence de la tentative, parce qu'elle implique l'inexistence de l'infraction, telle que la loi l'a prévue et définie... Chaque infraction comprend un certain nombre d'éléments essentiels et, à leur défaut, elle disparaît. Il n'y a pas vol, si la soustraction a pour objet une chose qui appartenait déjà à l'inculpé; il n'y a pas avortement, si les manœuvres abortives ont été pratiquées sur une femme qui n'est pas enceinte; il n'y a pas empoisonnement, si les substances administrées n'étaient pas toxiques (2); il n'y a pas homicide, si la personne qu'on voulait tuer était déjà morte... »

Il n'est pas exagéré de prétendre que sur cette nouvelle base il est aisé de reconstruire presque intégralement la théorie du crime impossible. Le seul résultat un peu appréciable de cette doctrine de l'*impossibilité légale*, peut-on dire, c'est d'exclure, dans la grande

(1) GARRAUD, *op.* et *loc. cit.*, p. 392 et suiv.

(2) M. GARRAUD (*op. cit.*, t. III, n° 1012), critiquant la division tripartite des éléments constitutifs du faux punissable, fait une assimilation entre l'individu qui, dans une intention criminelle, altère la vérité dans un écrit, mais de manière à ne nuire à personne, et celui qui administre une substance inoffensive dans le dessein d'empoisonner. Le rapprochement, en supposant admise la théorie de M. Garraud, nous paraît contestable. Si le préjudice n'est pas un élément constitutif du faux, mais seulement un résultat, il n'y a pas plus à tenir compte de l'impossibilité de ce résultat qu'on ne doit s'en préoccuper, d'après M. Garraud lui-même, au cas où les moyens employés pour perpétrer un meurtre seraient insuffisants. La solution inverse s'imposerait, au contraire, si le préjudice, considéré comme élément constitutif du faux, était irréalisable. Voyez, pour le cas où l'acte falsifié est entaché d'une nullité telle qu'il ne peut en résulter aucun préjudice, une application intéressante de la conception qui répudie la théorie du crime impossible, faite par M. Garçon, (*op. cit.* sous l'art. 2, n° 131, et sous l'art. 145, n°s 225 et suiv.). Cet auteur montre que telle est bien la tendance qui semble ressortir de la jurisprudence (*ibid.* n°s 228 et suiv.). Il n'est nullement présomptueux d'affirmer que, si l'on envisageait sous cet aspect beaucoup de questions délicates que soulève l'étude des délits spéciaux, elles deviendraient sans doute beaucoup plus claires.



généralité des cas, de la classe des tentatives irréalisables et non punissables, celles où l'impossibilité tient à la non-idonéité, soit relative soit même absolue des moyens employés. Est donc considéré comme tentative punissable le fait par une personne de tirer un coup de fusil sur une autre, l'arme ayant été déchargée au préalable à son insu... Il n'en sera autrement que dans telle hypothèse exceptionnelle, comme celle d'empoisonnement, où la loi voit dans l'emploi de moyens idoines l'un des éléments constitutifs du délit. On fera alors retour à la théorie du crime impossible; on innocentera l'acte de celui qui fait prendre à une personne qu'il veut empoisonner une substance qu'il croit toxique et qui l'eût été en effet, si un tiers n'y avait mélangé, à son insu, des éléments qui la rendent inoffensive. Cette hypothèse forme exactement le pendant de celle que nous énoncions à l'instant en matière d'homicide et il est peu probable que l'esprit public s'accommode de la différence de traitement qu'on prétend établir entre elles, qu'il y voie autre chose qu'une subtilité décevante de juristes à ajouter à une liste dont il n'est que trop enclin à accroître l'importance !

En tous cas, la nouvelle doctrine préconisée par le savant criminaliste ne semble pas devoir apporter de bien grandes modifications à la doctrine objective généralement admise, en tant qu'il s'agit de l'impossibilité tenant à l'objet de l'infraction. Pourtant, au premier abord, elle semblerait conduire à faire rentrer dans les cas d'impossibilité légale, partant de tentative irréalisable et non punissable, les hypothèses que, dans la terminologie courante, on a coutume de ranger sous la dénomination d'impossibilité relative quant à l'objet. L'exigence que la tentative pour être punissable contienne les éléments essentiels de l'infraction telle qu'elle est définie par la loi paraît, en effet, conduire jusqu'à cette conséquence extrême qu'il n'y aurait pas tentative de vol punissable dans le cas du voleur mettant la main dans une poche vide (1). Cette conséquence n'est certainement pas dans la pensée de l'auteur dont nous critiquons en ce moment la doctrine. Comment justifier alors une distinction entre cette hypothèse et celle où un individu met la main sur sa propre chose, croyant qu'elle appartient à autrui? Je ne vois, quant à moi, qu'un moyen, c'est de revenir à la distinction traditionnelle entre l'impossibilité absolue et l'impossibilité relative : dans un cas, la chose existe, mais ne se trouve pas là où le voleur croyait la trouver; on ne peut donc pas dire qu'il manque un des éléments essentiels de l'infraction. Dans l'autre

(1) *Cf.* GARÇON, *op. cit.*, sous l'art. 2, n° 116.

cas, au contraire, de quelque façon qu'on envisage l'infraction tentée, il manque à la chose un des caractères considérés par la loi comme essentiels à la perpétration du délit... Mais, s'il en est ainsi, je n'ai pas besoin d'insister pour montrer combien cette distinction est subtile et fragile, se trouvant exposée trait pour trait aux mêmes critiques sous lesquelles succombèrent la division en impossibilités absolues et relatives et, après elle, la théorie objective elle-même.

Le lecteur nous pardonnera cette digression un peu longue. Elle aura peut-être eu l'avantage de bien préciser notre pensée. En tant qu'inspiration générale, la doctrine subjective semble de plus en plus, sauf quelques rares dissidences, rallier les suffrages des criminalistes. Mais, d'autre part, il est indéniable que certains au moins d'entre eux, et des plus considérables, semblent obéir comme à une véritable nécessité d'introduire des restrictions dans les conclusions que comporteraient logiquement leurs prémisses. Cette observation n'infirme-t-elle pas en grande partie l'espoir en cette évolution jurisprudentielle que M. Saleilles se plaisait à prévoir à la fin de son article?

Ce qui se passe actuellement en Allemagne n'est-il pas bien fait pour nous affermir dans cette conviction qu'on nous permettra d'appeler pessimiste?

On se souvient des progrès rapides réalisés dans ce pays par la doctrine subjective en matière de tentative et particulièrement de tentative irréalisable. M. Saleilles (1) a finement analysé cette évolution qui, partie du point de vue objectif avec Feuerbach, aboutit, après une phase de transition très visible chez Mittermaïer, à la doctrine subjective défendue par von Buri, dont les écrits vont désormais peser de tout leur poids sur l'orientation des idées. En effet, à peine un peu plus de dix ans après l'apparition de cette doctrine, elle est solennellement et à plusieurs reprises consacrée par la Cour supérieure de l'Empire dans des décisions qui sont encore présentes à tous les esprits et qui semblaient devoir assurer le triomphe définitif, en Allemagne, de la théorie subjective.

Or, nous l'avons dit, ce qui se passe dans ce pays est loin de répondre à ces prévisions. Je ne parle pas seulement des hésitations de la doctrine, des appréciations divergentes qu'a soulevées cette nouvelle jurisprudence (2); mais, ce qui me semble plus important encore au point de vue qui nous occupe, des résistances que la thèse du tribunal suprême de l'Empire — lequel a d'ailleurs persisté dans la

(1) *Op.* et *loc. cit.*, p. 58 et suiv.
(2) Voy. également l'article de M. SALEILLES, p. 81 et suiv.



voie où il s'était engagé — a rencontrées devant l'opinion ou auprès des juridictions inférieures. Je relève, notamment, dans un article récent publié en Allemagne sur cette question (1) l'appréciation suivante : « Les célèbres décisions du tribunal suprême punissant la tentative au cas d'impossibilité absolue quant à l'objet ou quant aux moyens n'ont exercé qu'une minime influence sur la pratique judiciaire. Les magistrats du ministère public évitent, en général, de poursuivre quand il s'agit de tentatives absolument impossibles de la compétence des Cours d'assises; car un acquittement est alors à prévoir. En fait, c'est presque toujours peine perdue de prétendre devant des juges laïques qu'une tentative de meurtre peut être commise sur un cadavre, sur le corps d'un animal, sur un tronc d'arbre, sur une ombre, ou une tentative d'avortement sur une femme qui n'est pas enceinte... »

Et, plus loin, parlant des juridictions inférieures, l'auteur de l'article ajoute : « Déjà à plusieurs reprises le tribunal suprême a dû casser des décisions des Cours régionales, dans lesquelles la jurisprudence du tribunal supérieur était écartée, et encore récemment la Cour suprême de Hambourg a déclaré non punissable la tentative au cas d'impossibilité absolue quant aux moyens (2). »

Cette « opposition tenace des juridictions inférieures » *(hartnäckige Opposition der Untergerichte)*, pour employer les expressions mêmes de l'article, nous a paru intéressante à signaler. Je voudrais, pour finir, présenter quelques courtes observations que me suggère le rapprochement que l'on fera tout naturellement entre cet état schismatique de la jurisprudence allemande et les hésitations que révèle déjà notre doctrine française récente et dont il est facile de prévoir la persistance en jurisprudence, au cas où une évolution semblable à celle qui s'est produite en Allemagne, conduirait notre Cour de cassation à répudier d'une façon absolue la théorie du crime impossible.

Plaçons-nous à un point de vue purement rationnel, en dehors de toute controverse de droit positif (3), et, sur ce terrain, essayons de

(1) *Über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*, par Werner ROSENBERG, Staatsanwalt à Strasbourg, dans la Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft, t. XX, p. 685 et suiv.
(2) Voy. les références citées par l'auteur, dans les notes.
(3) Je n'ai pas à revenir sur la démonstration faite par M. Saleilles (*op. cit.*, p. 331 et suiv.) sur le terrain historique et du droit positif français. En ce qui concerne le droit allemand, aux indications données par cet auteur (*ibid.*, p. 78 et suiv.) joignez les développements fournis sur ce sujet par l'article précité de la *Zeitschrift für die ges. Str. W.*, t. XX, p. 691 et suiv. M. W. Rosenberg examine en détail les dispositions du droit positif allemand en matière de tentative, ainsi que

découvrir quel vice peut bien renfermer la doctrine subjective pour ainsi susciter des hésitations, des oppositions? Voici d'abord un aspect de la question, qui n'est à vrai dire rien moins que scientifique, mais sous lequel nous pensons qu'il faut cependant l'envisager, si l'on veut se rendre compte de toutes les tendances, de toutes les influences qui la dominent. Aussi bien, je ne suis pas loin de penser que, de ce côté, la doctrine subjective éprouve une résistance d'autant plus difficile à vaincre qu'elle est plus irraisonnée, et qui n'a pas été sans influer sur ses destinées : je veux parler de l'état de la question du crime impossible au point de vue du *sentiment public*. Il est bien certain que, d'une façon générale, l'opinion publique ne sent pas la nécessité d'une répression de la tentative irréalisable, dans beaucoup de cas où le juriste de l'école subjective croit cette répression des plus justifiées. C'est ce qui se produit dans certaines hypothèses d'impossibilité absolue tenant à l'objet de l'infraction : au cas, par exemple, de soustraction par un individu de sa propre chose, dans celui où une personne se croyant déjà légitimement mariée, contracte une seconde union. Mais, si l'on réfléchit que, dans d'autres hypothèses absolument semblables, comme le meurtre tenté sur un cadavre, la répression se trouverait justifiée aux yeux du public, on se rend compte qu'il n'y a là qu'un ensemble assez confus de sentiments, d'instincts, sujet à variations — terrain mouvant, incapable de fournir une base solide — qu'emporte peu à peu le courant des idées : c'est précisément la tâche du criminaliste de devancer ces instincts, ces sentiments, d'essayer de les déraciner.

Examinons donc la question sous son aspect scientifique et demandons-nous si l'opposition que rencontre la doctrine subjective en matière de tentative irréalisable, telle que la comprend M. Saleilles, ne provient pas de ce fait qu'elle ne donnerait pas satisfaction à tous les besoins auxquels la loi pénale doit être à même de répondre. Voilà bien un critère purement scientifique et, si la doctrine que nous avons en vue sort victorieuse de cette épreuve, ne devrons-nous pas conclure que l'opposition qui lui est faite n'a plus de base que dans les instincts contradictoires de l'opinion? Or, nous avons montré qu'il fallait s'en écarter.

Il ne faut pas, d'ailleurs, nous dissimuler combien sont divers les aspects sous lesquels la doctrine subjective soumise à ce critère scientifique doit être envisagée.

Quoi d'étonnant, si l'on songe aux besoins multiples que la loi pénale doit être à même de satisfaire, et que les mots les plus compréhensifs — tels que ceux de justice et de sécurité sociales — parviennent difficilement à traduire; si l'on réfléchit que cette loi n'est rien autre qu'un instrument social qui doit être assez souple pour s'adapter aux exigences infinies et sans cesse modifiées, par suite de l'ingéniosité humaine, de la vie en société; si l'on pense combien il est délicat de refléter fidèlement les aspirations de cette âme, plus insaisissable que la pensée même, qu'on appelle la conscience d'un peuple (1)?

---

les motifs qui les ont fait édicter, et aboutit à cette conclusion que tout concourt à prouver que la législation allemande sur la tentative a pour fondement non pas une conception subjective, mais bien une doctrine objective : impunité en principe des actes préparatoires, par opposition aux actes de tentative (*Vorbereitungshandlungen*, *Versuchshandlungen*); différences faites, au point de vue de l'incrimination, entre les tentatives de crimes, de délits et de contraventions, et, sauf exceptions, au point de vue de la pénalité, entre la tentative et le crime consommé... Aussi, conclut-il, ce qui est décisif pour la répression de la tentative, c'est un élément objectif : la mise en danger d'un bien juridique déterminé, garanti par la menace d'une peine (*Gefährdung des durch die Strafandrohung geschützten Rechtsguts*). La conclusion s'impose en ce qui concerne le crime impossible : il ne peut, par exemple, y avoir mise en danger de la vie humaine au cas de tentative de meurtre sur un cadavre. Je n'ai pas à suivre M. W. Rosenberg dans son argumentation; je me borne à faire sur celle-ci deux observations : 1° Pour nous en tenir au point de vue du droit français, les arguments donnés par l'auteur de l'article à l'appui de son opinion nous semblent ou inapplicables ou dénués de force : on sait que dans notre droit la tentative est punie comme le crime lui-même; quant à la distinction faite entre les infractions en ce qui concerne l'incrimination de la tentative, elle ne va nullement à l'encontre de la théorie subjective, telle que la conçoit M. Saleilles. Certes, à un point de vue purement subjectif, on devrait punir toute tentative, même d'une infraction sans gravité, de façon à permettre à la société de s'emparer d'un individu qui peut être très dangereux, encore que sa volonté antisociale n'ait pris corps que dans un fait sans importance. Mais telle n'est pas, nous le verrons, la conception à laquelle il y a lieu de s'attacher. Il faut se préoccuper non seulement du délinquant, mais aussi du fait délictueux envisagé comme événement social. Si ce fait est de nature à rester inaperçu, il serait impolitique de le tirer de l'ombre. Il y a là une part d'objectivité qui vient heureusement harmoniser les diverses tendances auxquelles doit obéir la loi pénale; mais il serait exagéré d'en faire le fondement de toute la théorie de la tentative. C'est d'une façon analogue que nous justifierons l'impunité des actes préparatoires par opposition au commencement d'exécution. 2° Il y a plusieurs conceptions possibles de l'idée de danger. Voy. sur ce point des développements intéressants dans Saleilles (*op. cit.*, p. 83 et suiv.). L'auteur de cet article se rallie à celle d'un danger objectif concernant un bien déterminé et laissé à l'appréciation concrète du juge dans chaque cas particulier; il propose, lors de la revision du C. pén., d'insérer la formule suivante : « La tentative qui ne constitue pas un danger échappe à toute peine ». (Voy. sur les objections que peut soulever le critère proposé, SALEILLES, *op.* et *loc. cit.*)

(1) J'entends par là non pas les variations incessantes de l'opinion publique sous l'influence de préjugés ou d'événements passagers, mais l'ensemble des idées ou aspirations qui forment le fond commun d'un peuple. Il y a entre ces deux notions toute la différence qui sépare l'étonnement admiratif que suscitent les exploits d'un criminel romanesque et le besoin de justice et de liberté qui anime toute une nation.

Et, par ailleurs, voici une autre exigence, non moins impérieuse, à laquelle doit se plier cette même loi : il faut qu'elle soit conçue de telle sorte qu'elle ne puisse permettre une violation arbitraire des droits individuels. Elle doit être non seulement une loi de défense, de garantie sociale, mais aussi une loi de garantie individuelle : éternelle opposition de l'individu à la société, éternelle recherche d'une harmonie où les intérêts de l'une ne méconnaissent pas les droits de l'autre!

Voyons si cette loi, telle que la conçoit la doctrine subjective en matière de crime impossible, est tout ce qu'elle doit être.

Il est difficile de ne pas reconnaître que cette doctrine est en complet accord avec les tendances sociales auxquelles la loi pénale doit donner satisfaction. Envisagée sous cet aspect, celle-ci doit, en effet, tout d'abord être une loi de défense sociale proprement dite, au sens que les maîtres de l'école positiviste attachent à ces mots. Or il est indéniable que la thèse subjective que nous analysons répond à cette conception : le point central de son système est en effet l'agent criminel et non le crime, l'individu qui, par l'acte qu'il commet, montre qu'il est un danger pour la société, contre lequel celle-ci doit se mettre en garde. Le crime est impossible; mais qu'importe? « L'acte n'est pas dangereux en lui-même; mais cela n'empêche pas que l'acte même ne révèle le danger (1) ».

D'ailleurs — et nous insistons sur cette observation — si la théorie subjective telle que nous l'envisageons sait emprunter aux doctrines positivistes ce qu'elles renferment de salutaire pour le maintien de l'ordre social, elle n'a garde de tomber dans les exagérations funestes d'un point de départ excellent, dans un exclusivisme souvent et à juste titre reproché à telle de ces doctrines.

En effet, théoriquement et aussi logiquement, le caractère de loi de défense sociale entendu dans ce sens, beaucoup trop restrictif ainsi que nous le montrerons bientôt, conduirait aux déductions suivantes :

1° Tout d'abord, à un point de vue très général de politique criminelle, s'il fallait n'envisager dans le crime que la manifestation d'une pensée dangereuse pour la société, que la plus ou moins grande témibilité de l'agent, le rôle du législateur ne devrait-il pas être considérablement réduit? Ne devrait-il pas se contenter de poser simplement quelques grands principes directeurs, laissant au juge les plus larges pouvoirs d'appréciation de façon à appliquer une pénalité répondant aux infinies variétés de la nature humaine, aux innombrables nuances qui différencient les faits antisociaux?

(1) Garofalo, *Criminologie*, p. 338 et suiv. (3e partie, chap. II, § 4).



D'où deux conséquences : en premier lieu, la peine varierait selon les individus et non selon les actes, le juge étant souverain appréciateur de celle à appliquer au coupable, quel que soit le fait qui ait donné l'occasion de le saisir ; on pourrait ainsi aboutir à une disproportion entre l'acte commis et la peine applicable. La seconde conséquence, qui n'est d'ailleurs qu'un des aspects de la première, nous replace de nouveau dans la matière de la tentative irréalisable : il n'y aurait pas lieu de poser, *a priori*, une règle sur la punibilité ou la non punibilité de cette tentative; elle serait ou non punissable, suivant qu'elle éveillerait ou non l'idée d'un danger social pour l'avenir.

2° D'autre part, comme l'acte extérieur qui permet de saisir un criminel n'est pas l'acte révélant tel crime déterminé, mais bien celui faisant apparaître une volonté nettement antisociale, il semble bien qu'on ne devrait pas attendre, pour punir la tentative, qu'elle se soit révélée dans un commencement d'exécution d'un délit nettement défini, se contentant d'un acte externe précisant sans équivoque une volonté contraire à l'ordre social, caractère qui peut se rencontrer dans ce qu'on a coutume d'appeler l'acte simplement préparatoire (1).

Telles seraient les conséquences logiques de ce que nous appellerions la doctrine purement subjective. Si la thèse que nous analysons s'établissait sur ce terrain, il n'y aurait pas besoin de rechercher plus longtemps la cause de l'opposition à laquelle elle se heurte. Mais ce n'est pas ainsi que l'entend M. Saleilles, et la doctrine qu'il présente évite de tomber dans ces exagérations tirées du point de vue de la défense sociale; elle se fait une conception différente, plus large et plus féconde, de cette défense ou mieux de cette garantie sociale.

Il ne faut, en effet, négliger aucun des éléments sociaux du problème, puisque aussi bien la loi pénale est, avons-nous dit, un instrument social. Or, ne voit-on pas qu'à raisonner comme nous venons de le faire, on laisse complètement dans l'ombre l'un d'eux, et non des moindres? Il est bon de se préoccuper du danger social présenté par l'agent criminel; mais il ne faut pas faire abstraction du crime envisagé comme *événement social*. Or, sous peine d'alarmer la conscience publique, on ne doit pas dépasser pour un

(1) *Cf.* Gallet, *op. cit.*, p. 126 et suiv.

crime déterminé, et quel que soit le caractère du coupable, un certain degré de pénalité; toute punition en disproportion avec le fait présent serait considérée comme une injustice et serait la cause d'une grave perturbation sociale. D'où la nécessité d'établir des *catégories* de crimes, d'où aussi une restriction aux pouvoirs du juge par l'établissement, à propos de chaque catégorie, d'un maximum de pénalité.

C'est précisément dans cet ordre d'idées que viennent se raccorder et s'harmoniser la conception de la loi pénale comme loi de défense — ou mieux de garantie sociale — et celle qui voit en elle une loi de garantie individuelle.

Envisagée à ce point de vue, en effet, la loi pénale doit être précise et exempte d'arbitraire. Ce ne sont pas seulement des garanties de procédure que nécessite le respect des droits individuels; il faut aussi, pour qu'ils soient efficacement protégés, que chacun ne puisse être saisi et puni que pour tel fait précis, prévu par la loi; il faut enfin que le juge ne puisse pas, sous couleur d'appréciation d'un danger pour la société inhérent à l'agent, dépasser certaines limites extrêmes de pénalité. Établissement de catégories de délits, d'un maximum de pénalité pour chacune d'elles, voilà donc les points d'aboutissement communs aux deux conceptions de la loi pénale.

Or, de cette nécessité d'un classement de délits découle une conception de la tentative, toute différente de celle que nous avons dit être dans la logique d'une conception purement subjective. Au lieu de se contenter d'un acte externe qui révèle d'une façon certaine une volonté criminelle, envisagée *in abstracto*, on exigera un fait tendant à l'accomplissement de tel crime déterminé et c'est en considération de ce crime qu'on punira la volonté criminelle ainsi manifestée *in concreto*. On aboutit ainsi à la notion du commencement d'exécution, par opposition aux actes préparatoires.

Eh bien! que l'on envisage la doctrine subjective, telle que l'a exposée M. Saleilles. Force est bien de constater qu'elle réalise toutes les tendances que nous venons de passer en revue (1). Elle respecte la répartition des faits antisociaux en catégories de délits, la limitation des pouvoirs du juge quant au maximum à appliquer. En ce qui concerne plus particulièrement la tentative, elle s'en fait une conception concrète, y voit le commencement de réalisation d'un délit déterminé; une peine peut donc être appliquée en considération du

(1) La doctrine subjective ainsi entendue n'est donc, comme nous le faisions prévoir, qu'une doctrine mitigée par un certain mélange d'objectivité qui lui est imposé par le besoin de *certitude* et de *proportionnalité* dans la loi pénale. (*Cf. Gallet, op. cit*, not. p. 356 et suiv.).



délit tenté, sans crainte d'arbitraire; la peine du délit lui-même servira de guide et de limite. Et c'est justice : l'agent n'a-t-il pas fait preuve d'une égale culpabilité?

Qu'importe alors que l'exécution se soit révélée impossible? Il y a là une circonstance indépendante de la volonté de l'agent et qui ne doit être d'aucune influence. Aucune des tendances auxquelles nous avons vu que doit satisfaire la loi pénale n'exige qu'on en tienne compte. Les idées de défense, de justice sociales, le respect de la liberté et des droits individuels ne sont nullement méconnus par l'incrimination de toute tentative irréalisable, quelle qu'elle soit : chacun est assuré de n'être saisi et puni que pour un fait déterminé prévu par la loi, que d'une peine en proportion avec ce fait; la société sera garantie contre l'impunité de criminels dont la seule excuse est d'avoir bénéficié d'un hasard!

Que reste-t-il donc pour justifier les hésitations que soulève la doctrine subjective, sainement entendue, de la tentative irréalisable? Simplement quelques hypothèses nullement pratiques et dans lesquelles, en tout cas, il ne viendra jamais à l'esprit d'aucun magistrat d'intenter des poursuites, comme celles où un individu fabriquerait des monnaies en papier ou en bois, croyant contrefaire des pièces légales, pratiquerait des envoûtements, se livrerait à des incantations (*Todbeten* des Allemands). Pour éviter une peine dans des cas aussi exceptionnels, « faut-il, comme le fait observer M. Garçon (1), conserver dans la doctrine et la jurisprudence des formules subtiles qui permettent d'innocenter de grands coupables? »

Il y a peut-être aussi, à la base de ces hésitations, celles qu'éprouve le sentiment public en face des différentes sortes de crimes impossibles. Mais nous avons vu qu'il n'y avait pas ici lieu d'en tenir compte. C'est bien le cas de dire, avec M. Tarde (2) : « L'opinion a beau constituer la principale force des lois pénales vraiment efficaces, leur mérite est souvent de lutter contre elle, de même qu'un gouvernement né d'elle, comme tout gouvernement, doit la réformer fréquemment plutôt que s'y conformer. »

Maurice Bernard,
*Chargé de conférences à la Faculté de droit de Paris.*

(1) Garçon, *op. cit.* sous l'art. 2, n° 134.
(2) Tarde, *Positivisme et pénalité* (*Archives d'anthropologie*, t. II, 1887, p. 49).