

LA NOTION
DE LA
TENTATIVE PUNISSABLE

(ESSAI CRITIQUE)

PAR

HENRI GALLET

DOCTEUR EN DROIT

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1899

*Hommage à M. Albert Rivière
H. Gallet.*

LA NOTION

DE LA

TENTATIVE PUNISSABLE

(ESSAI CRITIQUE)

F809

1899

LA NOTION
DE LA
TENTATIVE PUNISSABLE

(ESSAI CRITIQUE)

PAR

HENRI GALLET

DOCTEUR EN DROIT



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1899

INTRODUCTION

1. — Tout crime consiste normalement dans l'exécution matérielle et complète d'un acte dommageable. Mis un jour en présence de cet acte, le législateur en a observé les effets, il les a jugés préjudiciables pour l'intérêt particulier des individus, compromettants pour l'intérêt général de la société. En conséquence, il a soustrait cette action dangereuse au domaine de l'activité libre de chacun, il en a fait un crime ou un délit dont l'exécution constituera désormais une infraction et rendra son auteur susceptible d'une peine déterminée.

Alors, remarquons-le, ce que la loi pénale se propose d'atteindre, c'est, en fait et normalement, la *production d'un résultat matériel*. L'assassin a tué sa victime, le voleur s'est approprié l'objet de ses convoitises : c'est cette mort, cette dépossession effectives qui motivent et provoquent l'intervention du législateur, ce sont elles qui se présentent à sa pensée quand il incrimine l'assassinat ou le vol, quand il mesure la peine dont ces méfaits devront être punis. — Ce qu'il veut réprimer et prévenir par là même c'est le mal réalisé, c'est le crime qui a ressorti son plein et entier effet ; en un mot, c'est l'*infraction consommée*.

2. — Mais, à coup sûr, le législateur se tromperait gravement qui, s'en tenant à cette conception première de

l'acte criminel, prétendrait voir ainsi, dans le seul dommage effectif et matériellement produit, tout à la fois la cause et la limite de son intervention. Et, par exemple, l'assassin a formé le projet de tuer son ennemi, il s'est procuré une arme, il l'a chargée et s'est mis en embuscade, la victime apparaît, il la couche en joue et vise ; mais voici qu'un tiers l'aperçoit, accourt et relève l'arme. Ou bien le coupable avait eu le loisir de presser la détente, mais l'arme était insuffisamment chargée, elle a dévié, un obstacle imprévu a arrêté le projectile. Le voleur avait déjà fracturé la porte de l'habitation, celle de la chambre, celle du coffre-fort, il étendait la main pour s'emparer des valeurs ; mais le bruit qu'il a fait a donné l'éveil, avant qu'il n'ait pu saisir quoi que ce soit, la police survient et l'arrête. — Dans aucune de ces hypothèses, il n'est de résultat dommageable, il n'y a ni mort, ni dépossession d'autrui, et partant ni vol, ni assassinat : est-ce à dire que l'auteur d'actes semblables puisse échapper à toute répression ?

Rien ne choquerait davantage, et le bon sens, et la conscience publique : ici encore évidemment, une peine peut et doit intervenir. Et la raison, tout au moins dans sa formule générale, en est facile à dégager. C'est que la peine n'a nullement pour but la réparation des atteintes portées, des dommages causés aux intérêts privés et individuels ; ce à quoi elle tend, en réalité, c'est à tout autre chose, à la satisfaction d'un intérêt supérieur et plus général, celui de la collectivité, de la société elle-même. Or, l'intérêt social peut être gravement méconnu sans que, cependant, aucun préjudice particulier n'ait été réalisé. La victime désignée a pu se défendre, lutter contre son assassin et s'échapper de ses mains, le voleur se croyant surpris a pu s'enfuir avant d'avoir enlevé l'argent du coffre-fort ou de la poche qu'il fouillait : qu'importe !

La société n'en est pas moins troublée dans le présent, elle n'en est pas davantage rassurée pour l'avenir.

C'est aussi, d'ailleurs, que le trouble pour le bon ordre et la paix publique, le *mal social* en un mot, ne résulte pas uniquement des actes accomplis et du dommage effectif par eux déterminé, mais tout autant, et plus encore peut-être, des intentions mêmes des individus. Ce qui compromet la sécurité, jette l'alarme au sein du corps social et justifie la répression, c'est à coup sûr le crime poussé jusqu'à son exécution la plus complète, parachevé jusqu'en ses dernières conséquences, mais c'est aussi, — car ne faut-il pas remonter de l'effet à la cause et du mal à sa source ? — la personne même du criminel, la révélation au sein du corps social, de son existence, de sa volonté perverse, de ses instincts mauvais.

Celui-là, qui a tué dans un accès de folie n'est pas punissable, en dépit du dommage individuel et du trouble social réalisés : son acte n'appelle pas une peine, mais un traitement. Cet autre qui a donné la mort par imprudence, ne mérite d'autre punition que celle de son imprudence, et l'identité de mal causé n'empêche point de distinguer encore l'homicide volontaire de l'homicide prémédité (1). Eh bien, de même, il est telles hypothèses, — et celles que nous venons d'indiquer paraîtront suffisamment saisissantes, — où, malgré l'absence de toutes conséquences préjudiciables, une action est, en soi, dangereuse et criminelle. La manifestation d'une volonté, d'une activité antisociale, sur laquelle la peine, menace légale, coaction psychologique, n'a pas eu d'effet ; voilà, tout autant que le mal effectivement causé, le critérium de la répression.

(1) Cf. C. pén., art 64. 319. 295, 296, 302, 304. Jg., art. 309, alin. 4.

La loi pénale doit donc atteindre, non seulement le criminel satisfait qui a pu réaliser ses funestes espérances, mais encore celui-là, qui, ayant résolu d'accomplir tel méfait, a manifesté extérieurement de façon sûre et indubitable son dessein criminel, en a peut-être commencé la réalisation effective; un hasard heureux eut-il, en fait, empêché tout résultat dommageable. En un mot, le législateur ne peut se borner à réprimer l'infraction consommée, il doit encore incriminer et punir la « tentative d'infraction ». — Mais il serait superflu, pour le moment tout au moins, d'insister sur cette justification. Aussi bien, ce point de départ établi, les difficultés naissent-elles immédiatement.

En principe et dans toute hypothèse, après avoir résolu d'ériger tel fait en crime ou en délit, le législateur se trouve en présence d'un double problème. C'est d'une part, de préciser, de définir le fait incriminé, c'est d'autre part, de déterminer la peine dont pourront être frappés ceux qui viendraient à méconnaître la défense légale. Question d'incrimination, question de pénalité; nous les retrouvons, toutes deux, en matière de tentative. Rechercher la notion de cette tentative, c'est répondre à l'une et à l'autre.

3. — Et tout d'abord, que doit être au juste cette tentative d'infraction? De quels éléments se constituera-t-elle? A quelles conditions celui-là qui aura tenté, sans réussir, l'exécution d'un crime quelconque tombera-t-il sous le coup de la loi pénale? Et, — pour préciser immédiatement l'une de ces conditions et par là même l'un des points les plus difficiles de cette délicate matière, — à quel moment, à quelle hauteur dans l'accomplissement de son crime, l'agent doit-il être arrivé, pour que la loi pénale puisse légitimement intervenir et le déclarer socialement punissable?

L'homme, en effet, borné dans tout son être, n'avance en toutes choses que progressivement et par degrés (2). — Sous l'empire de motifs, de mobiles d'ordres, d'ailleurs les plus divers, le coupable sent surgir en son esprit, la pensée criminelle; au lieu de la repousser sans délai, il l'envisage, y réfléchit. Les conséquences lui apparaissent de sa mise à exécution: d'un côté, la satisfaction de sa haine, de sa cupidité, de sa passion quelle qu'elle soit; de l'autre, la gravité du châtement, l'ensemble de souffrances physiques et morales qui le constituent, la honte de la condamnation, le déshonneur qui s'y attache. Le criminel voit tout cela et peut-être hésite-t-il longtemps à s'engager davantage dans la voie du mal. Mais la passion l'emporte, après avoir pensé au crime, il le désire, il le veut (3). Il songe donc aux moyens les meilleurs et les plus sûrs de réaliser son dessein, il les choisit, les réunit, les dispose, les met en œuvre; en tout ou en partie, — et que de degrés ici encore! — il exécute son forfait. Ainsi, de son point initial à son exécution totale ou partielle, le crime, comme la vie elle-même, s'analyse en une suite

(2) Cf. Nicolini, *Questioni di diritto*, v. I, l. II et la trad. française de Lacoïnta, *De la tentative* (Revue critique de législ. et de jurisp., t. XIX, 1861, p. 259): « In Dio solo, il cenno e l'effetto pieno son la cosa medesima, fiat et factum est. Ma l'uomo non va che per gradi. » Jg. sur les différents degrés de l'activité criminelle. Lacoïnta, *De la tentative et du méfait manqué*. (Rev. crit., t. XXIII, 1863, p. 436).

(3) Nicolini (*op. et loc. cit.*, p. 219, n° 4) a finement analysé ces diverses phases de la pensée criminelle depuis le premier mouvement de l'âme jusqu'à la naissance de la résolution ferme et déterminée. Il a marqué dans cette évolution la part des trois facultés de l'esprit: celle de l'intelligence à laquelle revient la conception (*consiglio*), celle de la sensibilité: désir (*desiderio*), trouble (*perturbazione*), passion (*passione*), enfin celle de la volonté qu'il décompose ainsi: envie (*voglia*), désir (*desiderio*), intention (*intenzione*), projet (*proponimento*); impulsion à l'acte extérieur (*impulsione all' atto esterno*).

continue d'efforts (4). Les étapes sont multiples, infinies dont se constitue l'*action criminelle* (5).

Eh bien, arrêtez à un moment quelconque de son évolution extérieure cette pensée criminelle, en marche vers sa réalisation, et vous êtes en face d'une *tentative* au sens ordinaire et vulgaire du mot (6). Êtes-vous donc également en présence d'une tentative punissable ?

(4) Cf. Carrara, *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto*, 4^e édit., 1860, p. 4 : « La vita sua dall' aurora al tramonto non e che una catena incessante di conati » Cpr. Ortolan, *Du corps du délit* ; (Rev. pratique de dr. franç., t. I, 1856, p. 337).

(5) Dans certaines hypothèses, cependant, et par exemple s'il s'agit de crimes commis sous l'empire d'une violente passion, il n'est pas niable qu'en fait et par suite de la rapidité d'exécution, ces phases successives tendront à se confondre en un acte unique. Il est bien certain également que parfois les hésitations de l'agent rendront leur séparation moins nette et plus difficile leur distinction. Tenons pourtant qu'en dépit de ces apparences elles n'en existeront pas moins : si rapides, si cachées soient-elles, une minutieuse analyse saura toujours les découvrir.

(6) *Tentative* de *tentare*, fréquent, de *tenere*, faire effort vers. V. Littré, v^o *Tenter*. Le mot *attentat* n'a pas d'autre origine. L'ancien droit, du reste, l'employa jusqu'à la fin comme synonyme de tentative. V. Jousse, *Traité de la justice criminelle*, t. III, p. 250, n^o 5, p. 499, n^o 46 ; t. IV, p. 10, n^o 25 ; p. 42, n^o 4 ; Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France*, p. 7, n^o 4, p. 130, n^o 11 ; p. 187, n^o 4, p. 191, n^o 4. Jg. Ordonn. de 1579, art. 139 ; Ordonn. de 1670, tit. XVI, art. 4. Nos anciens auteurs disaient d'un crime que le simple attentat en était ou non punissable, ils recherchaient dans quels crimes le simple attentat était punissable à l'égal du crime lui-même. Comme il en était ainsi dans les *crimes atroces*, l'usage s'établit dans la langue ordinaire d'entendre le mot *attentat* comme synonyme de grand crime, spécialement à l'égard des crimes intéressant la sûreté de l'État. — Au Code pénal le terme subsiste encore dans certains cas avec le sens de tentative. V. art. 301, 434. Parfois aussi on le trouve pris dans un sens plus spécial, pour désigner certaines infractions dans lesquelles le premier acte d'exécution entraîne à lui seul consommation pleine et entière sans repentir efficace possible, tel l'attentat à la

A un point de vue idéal, absolu, oui certes. On conçoit même une justice absolue et parfaite, allant plus loin encore, remontant par delà les faits extérieurs jusqu'à la conscience même de l'individu pour y saisir et y condamner le mal moral, c'est-à-dire le simple désir pervers, la simple résolution criminelle. Mais, bien évidemment, la justice sociale, par la force même des choses, ne saurait avoir un champ d'application aussi étendu. La conscience de l'homme est un abîme, la justice humaine dispose de moyens d'investigation trop imparfaits pour se flatter d'en pénétrer jamais les mystérieuses profondeurs. La volonté criminelle lui échappe tant qu'elle ne s'est point manifestée et comme incarnée dans ces réalités tangibles, qui sont les faits externes. L'acte matériel, extérieur ; voilà donc la condition première, nécessaire, inéluctable de toute intervention de la justice répressive.

Mais encore, si l'acte extérieur suffit à donner libre ouverture à la répression, s'il suffit à la rendre possible, est-il donc, toujours et quel qu'il soit, également suffisant à la justifier ? — Le droit moderne ne le pense point. Ce qui permet, à cette heure, et autorise l'intervention du législateur pénal ; ce n'est pas un acte quelconque, si éloigné

pudeur, v. C. pén., art. 334 et s. — Les auteurs ont aussi souvent désigné sous le nom d'attentat la partie de l'exécution criminelle immédiatement antérieure à la tentative ; v. *infra*, n^o 91. Et peut-être le Code de 1810 avait-il consacré cette acception lorsqu'il réputait attentat contre la sûreté de l'État « tout acte extérieur commis ou commencé pour parvenir à l'exécution ». V. cep. Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, t. II, page 552. En tout cas la nouvelle rédaction de l'art. 88 ne peut laisser aucun doute : « L'exécution ou la tentative constitueront seules l'attentat ». — V. aussi l'équivalence des deux expressions affirmée par le titre même du traité célèbre de Romagnosi (dans sa *Genesi del diritto penale*), sur la tentative : *Dell'attentato*, et expressément par le C. pén. hollandais, art. 79.

soit-il, de la réalisation effective et complète du dessein criminel, c'est le *premier acte qui commence l'exécution du crime voulu*. Et la doctrine classique d'en déduire deux conséquences capitales.

La première, c'est que la répression ne saurait légitimement atteindre, en principe tout au moins, ni *la simple manifestation ou déclaration d'une volonté criminelle*, ni les *actes simplement préparatoires* de l'infraction. La seconde, c'est qu'il n'y a point de tentative punissable, si les actes accomplis ne contiennent en eux-mêmes la puissance de produire les conséquences criminelles dont l'agent se propose la réalisation : *Il n'est point de tentative d'une infraction impossible*, irréalisable, et pour ce motif que, dans une semblable hypothèse, il n'y a pas d'*exécution* au sens véritable du mot. — Mais de pareilles déductions sont-elles également justes et rationnelles ? Et puis, au surplus, en quoi consiste donc ce *commencement d'exécution*, point initial de la tentative ; et, si le législateur ne s'en est pas expliqué, quel sera le *criterium* dont l'application permettra de tracer les limites respectives de ce qui est *acte d'exécution* et de ce qui ne l'est pas, les limites par là même de la répression et de l'impunité ?

4. — D'ailleurs, à ces premières conditions de l'incrimination, le droit moderne en joint d'autres. *L'intention criminelle*, tout d'abord, sans laquelle, en règle générale tout au moins, il ne saurait y avoir de sujet responsable et punissable. Puis encore cette autre exigence, *que l'exécution, la réalisation complète de l'infraction n'ait été manquée qu'à raison de circonstances indépendantes de la volonté de l'agent*. Et, en effet, si celui-ci, de lui-même, spontanément ou volontairement, renonce à son projet criminel, s'il en abandonne l'exécution, ne convient-il pas de donner quelque effet à

son repentir, à son retour vers le bien ? N'est-ce pas le faciliter, l'encourager, ce repentir, et, par là même, faire œuvre d'utilité sociale incontestable, que d'inscrire dans la loi, pour le cas de *désistement volontaire*, une promesse formelle d'impunité ?

Ainsi donc, détermination des conditions d'incrimination, autrement dit des *éléments constitutifs* de la tentative punissable : voilà le premier problème. — Le second, dont voici les termes, est beaucoup moins complexe.

5. — De quelle peine doit être punie la tentative d'infraction ? Bien que l'acte coupable n'ait entraîné, en fait, aucun dommage, aucune lésion du droit d'autrui, le législateur ne doit-il pas, à raison de l'identité d'intention criminelle, édicter contre son auteur la peine même du crime accompli ? Ou plutôt, cette sorte de dégradation dans les éléments matériels de l'infraction que nous présente la tentative, ne doit-elle pas avoir pour corollaire nécessaire une dégradation correspondante dans la peine applicable ?

Telle est, en somme, la double difficulté ou plutôt la double série de difficultés que soulève la détermination de la notion de tentative (7). Ellès ne sont apparemment

(7) A vrai dire ce n'est point là tout le problème de la tentative et il est une troisième difficulté qui s'impose à l'attention du législateur : c'est la question de savoir, — les éléments constitutifs de la tentative punissable étant déterminés, — dans quelles hypothèses exactement il doit incriminer cette tentative. Doit-il réprimer la tentative de tout acte déclaré punissable ou bien, au contraire, ne doit-il pas limiter la répression à certaines hypothèses ; par exemple, aux tentatives de ces infractions particulièrement graves appelées *crimes* par la loi ? Même dans cette mesure quelques dérogations aux principes posés ne sont-elles pas nécessaires ? En un mot, *quel doit être le domaine d'application de la tentative punissable ?* — Mais nous entendons laisser complètement de côté cette question : au fond, du reste,

ni d'aujourd'hui ni d'hier, mais plutôt comme le crime lui-même de tous les temps. Quelque chose diffère toutefois suivant les époques, c'est la façon dont le problème a été envisagé, le procédé suivant lequel il a été résolu.

*
* * *

6. — Longtemps, les législations ne connurent guère que des *actes de tentative*, qu'elles considéraient en elles-mêmes, isolément, comme autant de faits distincts et complets. La répression interviendrait-elle ou n'interviendrait-elle pas; se ferait-elle douce ou sévère? La question était toute localisée sur un point spécial, résolue séparément pour chaque espèce déterminée. Mais peu à peu, au fur et à mesure que se développe l'esprit scientifique, le procédé apparaît défectueux et insuffisant. De spécial qu'il était, le débat devient d'ordre général et le droit moderne ne le comprend pas autrement.

C'est pour toutes hypothèses qu'il s'agit de déterminer les éléments constitutifs de la tentative punissable, c'est encore pour toutes hypothèses que l'on entend fixer le quantum de la peine applicable. Et, comme il faut alors un terme relativement immuable de comparaison, la tenta-

elle ne met en jeu aucun principe absolument spécial à la tentative, c'est plutôt d'un traité général de l'incrimination qu'elle relève. Nous rechercherons uniquement à dégager la *notion* de la tentative, c'est-à-dire ses *éléments constitutifs* et sa *pénalité*. Il est vrai que, par là même, nous déterminerons son domaine d'application, mais ce sera son *domaine d'application possible et normal*. Quant à rechercher si parfois le législateur n'est pas contraint d'en étendre ou d'en restreindre les limites, c'est un côté du problème que nous nous bornerons simplement, le cas échéant, à signaler, sans entrer dans son étude approfondie.

tive sera mise en opposition et considérée dans son rapport avec le crime lui-même, dont elle ne se trouve être, contrairement à la volonté de l'agent, qu'une réalisation imparfaite, qu'une exécution inefficace. Ce que le droit et la science juridique modernes veulent édifier, c'est, en un mot, une *théorie générale et synthétique de la tentative* (8).

7. — Que la tâche soulève de multiples difficultés, c'est ce dont il est facile de se rendre compte. Difficulté, tout d'abord, d'ordre théorique et philosophique. Et, en effet, comment déterminer ici, avec certitude, les conditions de l'incrimination ou la mesure de la pénalité applicable, sans remonter jusqu'à la connaissance de la raison d'être et du

(8) Il faut cependant faire exception pour certaines législations, assez rares du reste, qui n'ont point à cette heure encore de notion générale de la tentative et ne la prévoient qu'à l'occasion d'hypothèses spécialement déterminées. Tels le Code ottoman (v. Van den Berg, *Le droit pénal de la Turquie*, § 4, dans *Législation pénale comparée*, t. I, Berlin, 1894); — le Code monténégrin (V. Popovic, *Recht und Gericht in Montenegro*, Agram, 1871); — le Code suédois (V. Uppstrom, *Sveriges Rikes Lag*, p. 180, 185, 197, 203, 212, 222, Stockholm, 1895); — le droit anglais (V. Stephen, *History of the criminal law*, III, ch. xxvii, London, 1883; *A digest of the criminal law*, p. 195, London, 1877; Harrison, *Epitome of the criminal law*, p. 26, London, 1887. Jg. pour les colonies, Clarke, *A treatise on the criminal law of Canada*, p. 59, Toronto, 1882; Starling, *Indian criminal law and procedure*, t. I, p. 98 et s., 268 et s. London, 1877; — le droit de certains Etats de l'Union américaine (V. par ex., Barbour, *A treatise on the criminal law..... of the state of New-York*, § 34, New-York, 1883). — V. du reste pour de plus amples renseignements sur ces législations : *La Législation pénale comparée*, t. I, *Le droit pénal des États européens* et l'étude si puissamment documentée d'Alimena. *Ricerche intorno alla nozione del tentativo* (Rivista penale, 1896, t. XLIII, p. 529) : Sur la différence des deux procédés, p. 531-532, Jg. Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, t. I, cap. I, Turin, 1894.

but de la loi pénale ? Or, quel est le fondement du droit social de punir, quelle est la mission exacte de la loi criminelle ? Voilà sur quoi, à l'heure actuelle encore, on n'est guère parvenu à s'entendre, et non seulement d'une façon générale, mais encore au point de vue tout particulier qui nous occupe.

D'autre part, est-il donc possible d'arriver à une notion simple, générale et uniforme de la tentative, alors que la conception du *délit consommé* n'a elle-même rien d'absolu ni de constant ? Que voyons-nous, en effet, dans les solutions actuelles du droit positif ? Ceci. — A raison de nécessités sociales multiples et diverses, le législateur a dû se faire du délit consommé une idée toute relative : tantôt le délit n'est parfait que par la réalisation effective d'un mal, d'un préjudice, par la destruction d'un droit ; tantôt il suffit à son exécution complète d'une simple action de l'agent, indépendamment de toutes conséquences matérielles préjudiciables (9) ; parfois même, enfin, le premier moment de cette action suffit à entraîner consommation pleine et entière, si bien que, dans la réalité des

(9) C'est la distinction des infractions *matérielles* et des infractions *formelles*, particulièrement mise en lumière par les juristes italiens. V. Carrara, *Programme*, § 50 ; *Lezioni sul grado nella forza fisica*, § 91, p. 97 ; Tolomei, *Diritto e procedura penale*, t. I, p. 286. Jg. Garraud, *Traité*, t. I, p. 296, n° 27. Champcommunal, *Étude critique de législation comparée sur la tentative*. (*Rev. crit.* 1895, p. 57, note 1 ; Haus, *Principes*, t. I, n° 419, p. 320. — Dans la première catégorie, les législations ont rangé par exemple, le meurtre, l'avortement, le vol, l'incendie, la bigamie, la corruption de fonctionnaires, etc. Elles y ont mis également le crime d'empoisonnement, consommé seulement, lui aussi, par la mort de la victime. A cet égard, le droit français a consacré un principe contraire : l'empoisonnement est pour lui consommé dès l'administration de la substance toxique, tout comme le faux par sa seule fabrication indépendamment de son usage. (V. *infra*, nos 124 et 103.)

faits, l'existence matérielle d'une tentative apparaît impossible, insaisissable (9 bis). Suivant les besoins de la répression, le législateur a donc, dans la série des faits constitutifs de l'exécution criminelle, avancé ou reculé le moment de la consommation ; il a, évidemment, par là même, modifié, selon les hypothèses, le domaine de la tentative. En présence de cette relativité dans la notion du délit consommé, comment donc le concept de la tentative resterait-il toujours fixe et partout identique à lui-même ? (10).

Enfin, — et ceci vise particulièrement la détermination du point précis où commence la tentative punissable, — si nous jetons un regard sur la variété infinie des faits de tentative, sur les mille et une hypothèses nées de la volonté éternellement capricieuse et changeante de l'homme, est-il possible encore d'avoir foi en une formule générale susceptible de les englober toutes dans son application ? Est-ce qu'à tout moment des cas imprévus ne surgiront pas qui échapperont aux atteintes de la loi ? Est-ce que la diversité infinie des espèces de fait ne viendra pas, sans cesse, déjouer toutes les prévisions, toutes les définitions du plus habile, du plus clairvoyant législateur ? (11).

(9 bis). Ainsi en est-il en matière, par exemple, d'attentat à la pudeur (V. C. pén., art. 331, 332). Cf. Garraud, *Traité théorique et pratique de dr. pén. français*, t. IV, n° 457, p. 471.

(10) Cf. Roux, *De la tentative*, rapport pour le Congrès de Lisbonne (*Bulletin de l'Un. Intern. de dr. pénal*, t. VI, 1897, p. 340 et s.).

(11) Cf. Van Swinderen, *Esquisse du droit pénal dans les Pays-Bas et l'étranger*, I, p. 206 : « C'est le cas particulier qui décide tout dans cette matière parce que les différents cas qui se sont présentés, qui se présentent et qui se présenteront encore prouvent qu'il est tout à fait impossible de poser une règle embrassant tous les cas... » V. les observations du même auteur dans deux articles : *Observations sur le projet de Code pénal pour le royaume des Pays-Bas* (*Revue de droit*

8. — Certes, ce ne sont point là des difficultés purement chimériques, et, en les exposant, nous avons montré du même coup toute la complexité du problème (12). Seulement que prouvent-elles exactement? Rendent-elles donc radicalement impossible, en cette matière, toute définition générale, et, partant, toute théorie scientifique et législative? Voilà la question: or, rien, à notre avis, n'autorise une semblable conclusion.

Qu'importe, en effet, tout d'abord, les systèmes plus ou moins divergents des jurisconsultes ou des philosophes sur le fondement même du droit de punir! Il ne s'agit pour personne de les embrasser tous, mais de faire entre eux un choix judicieux et éclairé. Aussi bien, dans maintes hypothèses, dès que l'intérêt social réclame à n'en pas douter telle ou telle solution, combien de fois ne verrons-nous pas converger vers elle, en dépit de principes nettement opposés et dùt la logique en souffrir, les théories en appa-

internat. et de législat. comp., t. IX, 1877, p. 264 et s., *spéc.*, p. 270) et *Le projet de Code pénal anglais de 1879 (Revue de dr. intern...* t. XVII, 1885, p. 258). Jg.: R. E. John, *Entwurf.*, p. 202. Cpr. Daresté, Compte rendu de l'ouvrage de Baumgarten (*Bull. de la Soc. de législat. comp.*, 1886, t. XV, p. 121-123; Valéry, *Le Code criminel du Canada (Revue pénitentiaire*, 1895, p. 1122).

(12) Evidemment, nous ne nous attardons point à parler de certaines difficultés parfois assez étrangement découvertes à l'élaboration et à la consécration législative d'une théorie générale de la tentative. C'est ainsi que Van Swinderen, s'élevant contre la définition contenue dans le projet de C. pén. anglais de 1879, trouve cette disposition fâcheuse, non seulement pour toutes les raisons précédemment discutées, mais encore par ce motif que « les jurisconsultes anglais auront à se familiariser avec la littérature très étendue qui a été publiée sur cette matière, sur le continent européen, notamment en France et en Allemagne ». (V. *Le projet anglais...*, *loc. cit.*, p. 258). L'argument est peu banal et assez inattendu, mais il n'a évidemment pas d'autres motifs d'attirer notre attention.

rence et, peut-être en réalité, les plus contradictoires! Nous en rencontrerons d'éclatants exemples (13).

Quant à la relativité de la notion de consommation, il n'est pas niable — la diversité des législations en fait foi — qu'elle n'a, dans une très large mesure, rien d'absolument, de rigoureusement nécessaire (14). Au surplus, fût-elle irréductible, insurmontable, qu'il n'en résulterait, croyons-nous, aucun argument légitime contre la possibilité d'une notion générale de la tentative. Et cela pour une double raison. La première, c'est qu'il resterait toujours la suprême ressource de sérier les hypothèses, de les classer par catégories et de dégager, pour chacune, une notion, d'une application limitée, sans doute, mais encore et dans cette mesure, générale: telle catégorie pourrait être la règle, telle autre l'exception; à une notion *simplement normale* de l'infraction consommée correspondrait une notion *simplement normale* de l'infraction tentée. La seconde raison, plus scientifique et plus décisive, c'est qu'en dépit de la variabilité, de la relativité inhérente à la notion de consommation, celle de la tentative n'en peut, à notre avis, subir aucun changement.

Le législateur peut déclarer l'empoisonnement consommé par la mort de la victime, la simple administration ou même l'achat du poison, la définition scientifique de la tentative d'empoisonnement n'en saurait être atteinte ni modifiée. En reculant ou en avançant, dans la succession des actes de réalisation du crime, le moment précis où l'infraction sera considérée comme consommée, le législateur modifie, élargit, restreint, parfois même supprime

(13) V. *infra* n° 14, not. 1.

(14) L'exemple de l'empoisonnement est topique à cet égard. Consummé chez nous pour la seule absorption du poison, il ne l'est dans les autres législations que par la mort de la victime. V. *infra*, n° 124.

totale­ment le *domaine d'application* de la tentative, parce qu'il restreint ou supprime le champ d'intervention du désistement volontaire de l'agent ; il ne touche en rien à la définition même de la tentative, à ses éléments constitutifs, à ses conditions normales d'existence. Les principes demeurent, seul leur domaine possible d'exercice et d'influence est modifié (15).

9. — Une seule difficulté sérieuse subsiste, c'est de définir, de délimiter par une formule précise et satisfaisante le moment initial où la tentative devra tomber sous le coup de la loi. La difficulté est considérable, parce qu'ici, comme en toutes circonstances, le législateur se trouve en présence de la volonté humaine et partant de l'infinie variété des actes par lesquels elle se manifeste. Mais, pour être délicate, la tâche est-elle donc insurmontable ? Ici encore, nous ne le pensons point ; l'argument n'a pour nous rien de décisif. La loi générale, la notion législative de la tentative étant dégagée peut laisser en dehors de son application quelques hypothèses imprévues ; si regrettable que cela soit, nous ne voyons pas qu'il y ait le moindre argument à en tirer contre l'existence même de cette loi générale. Si précise, si absolue qu'en soit la formule, la loi, à un moment donné, peut toujours se trouver imparfaite ; il n'est pas prouvé, par là même,

(15) C'est pourquoi nous jugeons dénué d'une utilité véritable le procédé de certains auteurs italiens qui, pour préparer les définitions de la tentative à ses divers degrés ont jugé indispensable une étude préalable et approfondie de l'infraction consommée. Cf., B. Paoli, *Nozioni elementari di diritto penale*, 1871 ; Carrara, *Programme*.... § 351, p. 182. V. du reste sur la notion de consommation Zachariae, *Die Lehre vom Versuche des Verbrechen*, I, § 18, Grottingen, 1836 ; Köstlin, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, p. 437, Tubingen, 1845 et *System des strafrechts*, p. 251, Tubingen, 1855 et *suprà note*.

qu'elle soit inutile : son insuffisance n'est pas un motif légitime de conclure à sa suppression et comme on l'a dit, de proposer en ceci, — pourquoi pas du reste en toute matière ? — le retour au régime d'un droit coutumier et à l'arbitraire des juges (16).

Au surplus, la difficulté s'évanouira si le législateur, tenant compte de la difficulté incontestable en présence de laquelle il se trouve, veut bien comprendre le caractère vrai et les limites exactes de la tâche qui lui incombe, s'il veut renoncer dans les incriminations qu'il édicte à tout prévoir et à tout régler par lui-même jusque dans les plus minutieux détails, s'il veut bien reconnaître qu'à côté des données et des théories législatives une place considérable restera toujours et devra rester chaque jour davantage aux conceptions doctrinales et jurisprudentielles. La notion du crime est en effet trop complexe, ses nuances trop délicates pour qu'il suffise de quelques textes laconiques et précis à la sauvegarde des intérêts généraux de la société. Aussi bien le monde marche et il faut reconnaître que chaque jour amène son contingent de transformations dans les procédés, sinon dans les résultats de l'activité criminelle, comme chaque jour voit se modifier les procédés de l'activité bienfaisante et productrice. Remettre sans cesse la loi sur le métier, le législateur n'y doit plus songer. C'est à la doctrine, à la jurisprudence à suivre les faits et à dégager à tout moment de l'évolution sociale les véritables utilités pratiques qui réclament satisfaction. A cet égard, la loi doit cesser, si elle l'a fait jusque-là, d'enserrer en des limites mesquines, — c'est-à-dire en des définitions étroites et toujours péril-

(16) Cf. Champcommunal, *Étude critique de législation comparée sur la tentative* (Revue critique de législ. et de jurisp., t. LXII, 1895, p. 49).

leuses, — l'interprétation du juge, elle doit renoncer à ne mettre en sa main qu'une réunion de solutions spéciales à l'usage d'hypothèses rigoureusement précisées et délimitées. Pour faire face aux nécessités modernes du combat contre le crime, il faut au juge pénal une plus grande liberté d'allure, et le législateur qui s'inspirera des exigences vraies de la *politique criminelle* ne se considérera plus comme obligé de tout dire par lui-même, de procéder par prévisions quasi-mathématiques, mais seulement de mettre dans la loi un ensemble de principes, de normes supérieures, de critères généraux, seuls susceptibles de permettre au juge de conduire la répression, là seulement sans doute, mais partout aussi où elle sera impérieusement réclamée par la justice et l'utilité sociales. — Si l'observation est exacte, il est bien clair que la définition légale de la tentative sera suffisamment large et générale pour comprendre tous les cas où la répression pourra et devra intervenir. Et, pour le dire immédiatement, nous ne doutons pas qu'en définissant la tentative par l'idée d'un *commencement d'exécution*, le législateur moderne ait trouvé cette formule générale, pleinement satisfaisante (17).

Ainsi donc, — et sans insister davantage sur de semblables considérations forcément imprécises, dès l'abord, — nous pouvons poser en fait ce point, pour nous désormais incontestable jusqu'à l'évidence, qu'une théorie, une

(17) Le projet récent de C. pén. suisse de Stooss l'a cependant écartée; on a pensé que toute définition de la tentative ayant besoin elle-même d'être définie, était inutile. On peut cependant hésiter à croire que les exigences de la politique criminelle aillent jusqu'à réclamer du législateur un abandon aussi complet des pouvoirs qui jusqu'ici lui ont appartenu. Cf. F. Oekter, *Der Versuch und die Schweizerischen Strafgesetze entwürfe* (Zeitschrift für die gesamte strafrechtswissenschaft, t. XVII, 1896. p. 53-70).

notion de la tentative est chose possible, réalisable. Eh bien, déterminer les contours précis de cette théorie, les éléments de cette notion, l'ensemble de principes et de solutions qu'elle comporte, rechercher par là même les rôles respectifs qui normalement doivent revenir dans son élaboration au législateur et au juge : tel est le but de ce travail.

* * *

10. — Certes, les guides ne manquent point pour cette étude, et le terrain, il s'en faut, n'est pas inexploré. Tout d'abord, ce sont les *législations positives*, anciennes et modernes, française et étrangères, qui fatalement ont été amenées à résoudre le problème. Or, et sans qu'il soit besoin d'y insister davantage, on aperçoit aisément quel fond considérable de matériaux peut fournir la connaissance des différentes solutions pour elle consacrées, on aperçoit aussi quel intérêt puissant peut résulter de leur *étude comparative* (18). — Au surplus, nous le savons, la loi n'est point toute dans les Codes. Forcément générales et abstraites, les prescriptions législatives ont sans cesse

(18) Il est à peine besoin de faire remarquer qu'un exposé général des dispositions législatives sur la tentative serait dès maintenant absolument dénué d'intérêt et d'utilité. Il ne s'agit pas en effet d'exposer mais plutôt de comparer ces dispositions pour dégager les idées fondamentales d'un droit supérieur, idéal, rationnel et pratique vers lequel devra marcher le législateur de l'avenir (V. les observ. de V. Liszt; *Législation pénale comparée*, t. I. Introd., spéc. XIX-XXIII). Or une comparaison minutieuse se limite nécessairement à une difficulté spéciale et déterminée; c'est donc à propos de chacune des questions auxquelles nous chercherons une solution que nous l'établirons. V. du reste une première application du procédé. *suprà* not. 8, et, pour les renseignements détaillés sur le droit moderne, les deux ouvrages déjà signalés *eod. loc.*

besoin d'être adaptées aux mille et une difficultés de la pratique quotidienne, et c'est au juge à procéder à cette adaptation. Les textes sont-ils muets, obscurs, contradictoires; c'est à lui à suppléer à leur silence, à les éclairer, à les concilier. A côté des dispositions légales, voici donc une nouvelle et puissante source d'enseignements que nous ne saurions négliger, les *décisions de jurisprudence*.

Enfin cette question de la tentative a de tout temps captivé l'attention des *jurisconsultes*. En ce siècle particulièrement, et surtout en ces vingt dernières années, nous constatons que de toutes parts, en France, en Italie, en Allemagne, soit à propos de la confection de nouvelles lois pénales, soit à l'occasion de décisions particulièrement intéressantes de jurisprudence, la question a été reprise sous toutes ses faces et discutée jusqu'en ses plus minutieux détails. C'est à présent sur ce sujet tout un monde d'études, de monographies, d'ouvrages parfois considérables (19).

Comme bien on pense, cette triple élaboration devait avoir un résultat fatal, celui de faire surgir à l'infini les divergences de vue, les théories personnelles, les nuances d'opinion, et c'est ce qui est arrivé. Peut-être faudrait-il

(19) Je ne chercherai point à en faire l'énumération. L'œuvre serait immense, fatalement incomplète et d'ailleurs absolument fastidieuse. On trouvera, du reste, autant qu'il sera besoin, et au fur et à mesure des développements qui vont suivre, les indications bibliographiques nécessaires. On peut voir aussi les nombreux documents signalés dans Carrara, *Programme du Cours de droit criminel fait à l'Université de Pise*; part. gén., trad. Baret, §§ 356 et s. 1876; v. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 8^e édit. 1897, §§ 45-49, p. 199 et s.; Baumgarten, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*; E. Eisenmann, *Die Grenzen des strafbaren Versuchs*, dans *Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft*, 1893, p. 517 et s.

hésiter à entrer dans ce dédale, mais il faut reconnaître heureusement qu'à cette heure et grâce au mouvement considérable d'idées qui s'est fait sur ce sujet, la tâche est quelque peu facilitée. Certes, les divergences, les controverses ne sont point éteintes, mais elles sont mieux définies, plus nettement précisées et c'est beaucoup déjà en une matière où se sont amoncélées tant d'erreurs et d'obscurités. Bref, le moment peut sembler prochain où se dégageront en ceci les solutions définitives, celles dont l'ensemble constituera la conception vraiment rationnelle, scientifique et en même temps pratique de la tentative, la conception à laquelle le législateur de demain ne saurait sans danger refuser son assentiment. Telle fut, sans doute, l'opinion des jurisconsultes de l'Union internationale de droit pénal, qui mirent la question de la tentative à l'ordre du jour du Congrès de Lisbonne (20) : notre avis n'est point différent.

11. — Aussi bien, pour se diriger dans cette étude délicate, et pour y apporter toute la clarté et la précision désirables, faut-il un fil conducteur, et voici pour notre part, dans quelle distinction initiale, nous comptons le trouver. Toutes les difficultés que soulève cette matière nous apparaissent susceptibles d'être divisées en deux grandes catégories bien distinctes : les unes sont plutôt des *difficultés de principe*; les autres, plutôt des *difficultés d'organisation* ou mieux *d'opportunité pratique*; à notre avis, il importe de les séparer et de les examiner isolément.

D'un côté, il faut se placer sur le terrain en quelque

(20) Le temps a manqué aux congressistes pour s'en occuper. Deux rapports, de tendances d'ailleurs très différentes, mais tous deux également intéressants à consulter, avaient été envoyés, l'un par M. Thiry, l'autre par M. Roux. On les trouvera au *Bulletin de l'Union Int. de dr. pén.*, t. VI, 1897, p. 290 et 340.

sorte purement rationnel et logique, se mettre pour ainsi dire en face d'une société idéale et se demander comment le législateur résolu à punir la tentative (de tous les crimes, par exemple) devrait organiser cette répression ; plus spécialement, comment il devrait définir la tentative, quelle peine il devrait prononcer contre elle, de façon à obtenir la satisfaction la plus adéquate aux exigences légitimes de l'intérêt social méconnu.

Puis, cette première étape franchie, après avoir dégagé la conception vraiment rationnelle de la tentative punissable, il faut se demander si une telle conception est susceptible, en tous points, d'une consécration positive, législative ; si cette consécration ne blesserait, ne heurterait pas certains besoins, certains intérêts sociaux, d'ordre externe en quelque sorte, mais tout aussi véritables, tout aussi puissants que l'intérêt général de la répression. En d'autres termes, *l'opportunité pratique* ne réclame-t-elle point du législateur certaines atténuations à la rigueur, peut-être trop exclusive, des principes purement logiques ; voilà la seconde face de la question. Et c'est à cette seconde étude que vient naturellement se rattacher, pour lui servir, pour ainsi dire, de terrain de discussion, l'exposé des conclusions en cette matière de la législation de la doctrine et de la jurisprudence. Pour rechercher quelle part le droit positif *doit faire* à la notion rationnelle de la tentative punissable, rien de plus naturel, rien de plus propre aussi à élucider le débat, que d'examiner quelle part le droit positif lui *a déjà faite*.

12. — Cette étude se trouverait donc ainsi divisée en deux grandes parties où nous rechercherions successivement, d'abord la *conception rationnelle* de la tentative, puis ensuite, en nous appuyant sur le droit positif, sa *conception législative*. Mais, pour cette recherche, en quelque sorte comparative, le droit positif, on le comprend,

ne saurait être envisagé que dans son état actuel ; or, la connaissance exacte et complète du droit actuel en la matière est impossible, à notre avis, sans la détermination de ses *précédents historiques*. A cette détermination, c'est-à-dire à la recherche de la façon dont, jusqu'au droit moderne, a été comprise la répression, la notion de la tentative punissable, il nous faudra donc consacrer des développements spéciaux. Ces développements trouveront leur place naturelle entre les deux parties que nous avons déjà signalées et serviront ainsi de transition entre l'une et l'autre. Cet essai, finalement, sera donc divisé en trois *chapitres* où nous étudierons successivement :

Chap. I. — Les *concepts rationnels* ;

Chap. II. — Les *données historiques* ;

Chap. III. — La *notion législative de la tentative punissable*.

CHAPITRE PREMIER.

LES CONCEPTS RATIONNELS

13. — Notre but est par avance nettement déterminé : ce à quoi nos efforts doivent tendre, ici, c'est, en nous plaçant sur un terrain purement théorique et rationnel, à dégager une notion générale, philosophique et abstraite de la tentative punissable. A cet égard un point est hors de doute, c'est que la détermination des éléments, des conditions, de l'incrimination et de la pénalité ne relève point en ceci, comme partout du reste, d'une appréciation immédiate et directe ; c'est une œuvre de simple déduction logique. Avant tout c'est aux *principes* qu'il faut remonter : les conditions de la répression en matière de tentative sont essentiellement dépendants du *pourquoi*, des *motifs* mêmes de cette répression. Quels sont donc les raisons, les fondements de l'incrimination et de la pénalité dans la tentative punissable ; voilà ce qu'il s'agit de mettre en lumière. Et, dès le début, mais sous une forme toute générale et vague, nous avons déjà répondu : si le législateur ne peut s'en tenir uniquement à réprimer le crime totalement accompli, s'il est nécessaire, indispensable qu'il punisse également la tentative d'infraction, c'est que cette tentative, comme le crime consommé, apporte à l'ordre public un trouble certain, c'est qu'elle jette au sein du

corps social un désordre, une alarme qui appelle nécessairement une répression.

Nous n'avons rien à retirer de cette affirmation, mais nous reconnaissons volontiers qu'il est impossible de s'en tenir à une donnée aussi générale : la constatation, en effet, est par trop élémentaire et insuffisante. Affirmer dans la tentative comme dans tout acte délictueux, l'existence d'un trouble social, c'est affirmer quelque chose dont personne ne doute, à coup sûr, ce n'est pas dire précisément en quoi consiste ce trouble social. Et de même, affirmer la nécessité d'une répression dans telle ou telle hypothèse, ce n'est point indiquer davantage à quelles conditions cette répression apparaîtra comme nécessaire ou utile. Or la nécessité ne s'impose pas toujours ; parfois et souvent même elle se discute. Il faut donc à ces formules générales apporter plus de précision et, à vrai dire, les différents systèmes qui se sont fait jour sur la raison d'être et la mission de la loi pénale n'ont pas eu d'autre but.

14. — Est-ce donc qu'il nous faille reprendre ici dans le détail l'exposé minutieux, et des multiples théories élaborées sur le fondement du droit de punir, et de leurs conséquences respectives ? En aucune façon selon nous. De quoi donc s'agirait-il en effet ? De décider quelle part doit légitimement revenir dans l'organisation de la répression à la justice ou à l'utilité sociale ? De rechercher si la répression sociale a pour fondement nécessaire, indispensable l'existence d'une responsabilité, d'une faute morale et partant de la liberté humaine, ou bien au contraire si cette répression se conçoit encore en dehors de toute responsabilité individuelle et dans le système déterministe ? Certes, de semblables problèmes ont encore et auront toujours, croyons-nous, un intérêt philosophique considérable. Mais il faut bien constater qu'ils n'ont plus à cette heure de

portée pratique vraiment sérieuse. Et c'est pour ce motif, que, de tous côtés, la rigueur, sinon des principes, tout au moins des conséquences qu'on déduit de ces principes, ne cesse de s'atténuer chaque jour davantage. En vain part-on d'affirmations théoriques radicalement contraires, dès qu'il s'agit d'organisation effective et matérielle, voici que les déductions, comme par un secret miracle, convergent toutes vers un centre commun, nous voulons dire, vers un ensemble de solutions pratiques sur l'exactitude desquelles l'accord s'établit de plus en plus (1). La difficulté n'est donc plus là. Où est-elle ? le voici :

La tentative est punissable, avons-nous dit, parce qu'elle entraîne et constitue pour ainsi dire, un trouble social. Eh bien ! il s'agit d'étudier, d'analyser ce trouble social, de rechercher exactement en quoi il consiste, nous dirions volontiers, dans quoi il réside.

A cet égard, deux systèmes, deux conceptions sont en présence et voici comment : c'est que deux éléments concourent à l'existence de tout fait délictueux quel qu'il soit ; d'un côté *une cause subjective, la volonté de l'agent* ; de l'autre, *un effet matériel objectivement réalisé* ; suivant les circonstances, une action, un préjudice, un mal. Or, si nous étudions la pensée des auteurs, nous voyons ceci : pour les uns, ce qui constitue le trouble social, élément

(1) C'est là un point qui sans nul doute fournirait d'intéressants développements, nous ne pouvons malheureusement que le signaler. Son exactitude à l'égard de l'organisation pratique de la répression en matière de tentative résultera, nous l'espérons, de tous les développements qui vont suivre. Pour le surplus. v. Makarewicz, *Klassizismus und Positivismus in der Strafrechtswissenschaft (Zeitschrift. f. d. ges. Str. W., 1897 ; t. XVII, p. 590 ;* Cuche, *De la possibilité pour l'école classique d'organiser la répression pénale en dehors du libre arbitre (Annal. de l'Université de Grenoble, t. IX, 1897, p. 509 et suiv.)*. Saclilles. *L'individualisation de la peine*, Paris 1898, spec., p. 17 et s.

essentiel de l'acte criminel, c'est avant tout l'existence d'un *fait matériel*, en soi, dommageable ou dangereux ; pour d'autres, au contraire, le danger public, l'alarme sociale n'est pas dans les conséquences préjudiciables du fait, mais bien plutôt dans l'*intention même du coupable*.

Ainsi ont pris naissance et se sont développées deux conceptions générales de tout le droit pénal ; d'une part, une *conception objective* attachée plus particulièrement, pour déterminer les conditions et la mesure de la pénalité, à la gravité matérielle des actes accomplis ; d'autre part, une *conception subjective* prenant davantage en considération, non plus le crime, mais le criminel, sa volonté, son intention, une école contemporaine nous dit son tempérament. — Eh bien ! quelles sont les données de l'une et de l'autre conception, quelles sont leurs conséquences à l'égard de la *tentative*, quelle est enfin la valeur rationnelle et sociale des différentes constructions juridiques ainsi élaborées ? — Telle est, en réalité et dégagée de tout ce qui aurait pu l'obscurcir, la question qu'il nous faut examiner.

SECTION I.

THÉORIE OBJECTIVE

16. — Nous venons d'indiquer le point de départ du système. Ce que l'on envisage par dessus tout dans l'acte délictueux, c'est ici le *fait matériel* qui en est un des éléments constitutifs. C'est ce fait qui apparaît, à raison de sa gravité intrinsèque, comme la cause véritable et déterminante de la répression. Il est un dommage individuel,

une lésion, une méconnaissance partielle ou totale d'un droit, un empiètement effectif sur la sphère juridique d'autrui, voilà pourquoi il trouble la paix, la sécurité publique et compromet l'existence même de la société ; voilà pourquoi, gardienne de l'ordre social, des droits particuliers de chacun comme des droits généraux de la collectivité, la loi pénale doit intervenir et réprimer tout acte de cette nature.

Poussée jusqu'à ses plus rigoureuses déductions une pareille conception aboutirait aux deux conséquences suivantes : d'un côté, à la répression de tout fait dommageable, quelle qu'ait été la volonté de l'agent ; d'autre part, à l'impunité de tout acte qui, en fait, n'a point causé de préjudice ni de trouble matériels, par conséquent, à l'impunité des actes de simple tentative. — Mais ce sont là des conséquences manifestement excessives et inacceptables, des conséquences, nous le verrons, qu'un droit primitif et grossièrement matérialiste peut seul admettre ; encore ne peut-il tarder à les abandonner l'une et l'autre devant les exigences d'un intérêt social évident (1).

Il ne s'agit donc nullement dans une semblable théorie de faire abstraction radicale et complète de cet autre élément du délit qui est l'intention criminelle ; il ne s'agit pas de construire une législation pénale en dehors de toute considération de l'intention du délinquant. Non, le délit n'existe et ne saurait exister sans une volonté criminelle qui en ait été la cause consciente, raisonnée, et qui seule peut rendre les actes accomplis imputables à leur auteur. Mais cette volonté, alors même qu'elle s'est manifestée par des actes extérieurs et matériels, la loi sociale ne saurait, d'une façon certaine, en apprécier ni l'étendue ni le degré. Aussi bien et surtout, *ni le législateur ni le juge*

(1) V. *infra*, nos 35 et s.

n'ont à punir les individus pour leurs intentions coupables, mêmes certaines : seules les *actions dommageables* ou *dangereuses* peuvent et doivent les intéresser. La constatation d'une volonté criminelle ne peut avoir qu'un seul but, qu'un seul motif, c'est de déterminer sur qui doit peser la répression, qui doit expier, qui doit réparer ; c'est de justifier l'application de la peine à tel individu plutôt qu'à tel autre ; elle ne saurait entrer davantage en ligne de compte dans la détermination des conditions ou dans la mesure de la répression. Ce qui, en réalité, donne libre ouverture à cette répression et la justifie, c'est la *gravité matérielle et objective du fait accompli*. Ce que la loi punit, c'est ce fait en tant qu'il constitue et incarne un préjudice, un mal souffert ou tout au moins possible, une violation totale ou partielle du domaine juridique d'autrui, et nullement ce fait, en tant qu'il révèle une intention perverse, immorale, dangereuse.

17. — Voilà le principe et voici, à l'égard de la tentative, à quelles conséquences importantes ce principe aboutit. — Comme le crime consommé, et malgré l'absence de tout préjudice, la tentative apporte dans l'harmonie sociale un trouble certain. Sans doute, elle n'entraîne pas un dommage réel et effectif, elle n'est pas la destruction d'un droit, mais elle est une attaque contre ce droit, et par là même elle implique un *danger* pour celui-là contre qui elle est dirigée : cela suffit, une répression doit intervenir. Seulement, cette répression va se trouver tout naturellement soumise à certaines conditions découlant du fondement même de l'incrimination, et sans lesquelles la tentative ne saurait avoir elle-même d'existence légale et juridique, et voici ces conséquences :

Tout d'abord, puisque la tentative n'est punissable qu'à raison du danger matériel qui en résulte pour le droit d'autrui, il ne suffit pas, pour lui donner vie juridique,

et la rendre punissable, que l'agent ait eu la volonté d'attenter à ce droit. Il ne suffit pas davantage qu'il ait manifesté au dehors d'une façon certaine et irrévocable cette volonté coupable, soit par une simple déclaration de son dessein, soit même par l'accomplissement de certains actes *destinés et tendant effectivement à l'exécution, à la réalisation du crime voulu*. Il faut encore que les actes accomplis constituent une attaque effective, une mise en péril véritable, pour ainsi dire matérielle de l'état de choses ou plutôt de droit qu'il entendait méconnaître, détruire. Mais, dira-t-on, la formule appelle elle-même une explication ; car enfin, comment donc, en fait, pourra-t-on distinguer les actes qui sont une attaque réelle du droit, qui le mettent vraiment en péril, des autres actes indifférents et sans valeur pénale, à propos desquels la répression serait injustifiée.

La doctrine allemande plus nettement qu'aucune autre a répondu à la question, et voici sa réponse. A l'origine et dans la production de tout acte, a-t-on dit, il faut nécessairement distinguer et séparer deux facteurs de puissance bien différente ; l'un est la *cause* même du fait, de son existence ; l'autre en est simplement la *condition*. La distinction n'est pas artificielle, elle tient à la nature, à l'existence même des choses. La cause, c'est ce qui directement à soi seul est capable de produire le résultat cherché ; la condition, c'est ce qui, impuissant en soi à amener la réalisation de l'effet voulu, contribue cependant, coopère à sa production. Une comparaison empruntée à la matière de la complicité, — mais les principes sont les mêmes, — met en relief la distinction. Voici une plante, quelle est sa cause, ce à quoi elle doit vraiment et directement son existence ? C'est le germe, la semence jetée en terre. Quelle a été sa condition de production ? L'intervention de la pluie, du soleil, qui tour à tour ont contribué à l'éclosion du

germe, ont favorisé son développement. Entre les deux facteurs, la différence d'effet est considérable ; car l'action de la pluie ou du soleil, si prolongée qu'on la suppose, constitue, prise en elle-même et isolément, un fait indifférent, radicalement impuissant, qui ne donnera jamais naissance à aucune plante ; tandis que la semence contient en soi en puissance, la plante future.

Eh bien, tout fait humain, tout état de choses en est là, il a lui aussi sa ou ses causes, sa ou ses conditions d'existence. Si donc, nous nous plaçons en présence d'un résultat, d'un effet matériel, réputé criminel par la loi, et si nous recherchons, au point de vue objectif bien entendu, à quel moment celui-là qui aura tenté de réaliser cet effet, deviendra punissable, quel sera le premier acte légalement et socialement criminel, on pressent aisément la réponse. Le premier acte, point initial de la tentative punissable, sera celui-là même qui, dans la production du résultat voulu et visé par l'agent, peut et doit être considéré comme jouant le rôle, non de *condition*, mais de *cause*. C'est bien là, évidemment le fait d'où résulte l'attaque, la mise en péril objective et matérielle du droit, puisque la violation, la destruction de ce droit *ca* fatalement, nécessairement en découler. Tant que ce fait n'est pas réalisé, on peut être en présence d'actes blâmables, tendant vers le résultat criminel voulu ; mais ces actes ne constituent que des *conditions* de la réalisation du résultat, ils n'en sauraient être la *cause*, et socialement, ils ne sont point reprehensibles. Tel est bien, par exemple, le fait d'acheter une arme, un poison, dans l'intention de donner la mort à autrui ; l'acte implique une faute morale certaine, il est bien dirigé vers la production du résultat criminel ; et, à ce titre, il constitue également une tentative au sens vulgaire du mot ; mais, en soi, cet acte, fût-il répété des milliers de fois, reste impuissant à produire le

dommage voulu, jamais il n'entraînera la mort de personne, il est donc la condition de la réalisation du but poursuivi, il n'en est pas la cause. Matériellement, et partant pénalement, c'est un acte neutre, indifférent, sans caractère, sans valeur sociale et criminelle. Ainsi donc, le premier acte de la tentative punissable est celui-là qui, par lui-même, objectivement, constitue la *cause* même de l'effet criminel voulu et recherché, celui-là qui se trouve avec ce résultat dans un rapport non de *conditionnalité*, mais de *causalité*. — Telle est la première conséquence du concept objectif. Il importait de la mettre en relief, car de tout ce développement d'idées surgit une seconde conséquence non moins importante et non moins caractéristique du système.

18. — C'est qu'il ne saurait exister de tentative punissable, là où les actes accomplis ne contiennent pas en eux-mêmes la *puissance de produire le résultat criminel voulu*. Impuissants à eux seuls, par leur nature propre, à réaliser ce résultat criminel, ils ne sauraient en être, au sens vrai et absolu du mot, la *cause effective*. Celui-ci a voulu tuer et il n'a frappé qu'une personne déjà morte, cet autre a voulu empoisonner, il n'a fait prendre que des substances inoffensives, un troisième a voulu soustraire la chose d'autrui et il a dérobé une chose qui était sienne : autant d'hypothèses où l'acte de l'agent n'a pu, en aucune façon, être *cause* d'un danger *réel*, autant d'hypothèses où l'acte réalisé n'a pas donné naissance et incarné, pour ainsi dire, ce *danger objectif* qui est l'essence même de la tentative.

Des actes pareils ne sont, pour qui que ce soit, périlleux ou menaçants, puisqu'ils sont fatalement et de par les lois mêmes de la nature destinés à n'engendrer aucun dommage, ils ne sauraient donc contenir aucune attaque au droit d'autrui, aucune atteinte à sa sphère juridique. Que sont-

ils donc ? Rien de plus que la vaine manifestation d'une intention criminelle. Or, cette manifestation pure et simple ne suffit pas à légitimer l'intervention de la loi pénale. Celle-ci n'a pas à prendre en considération la somme, ni le degré de volonté coupable mise par l'agent dans tel fait déterminé, non plus que son caractère général plus ou moins pervers et dangereux. Ce qui peut seul compter à ses yeux, c'est la gravité des actes extérieurs, envisagés dans leur matérialité, c'est aussi par conséquent leur *aptitude* à réaliser le mal du délit, leur *efficacité naturelle, physique*.

19. — Enfin, dernière conséquence : si la répression d'un acte qualifié délictueux a pour fondement et pour mesure l'existence et l'étendue d'un dommage matériellement causé, il n'est pas niable que la tentative ne doive être frappée d'une peine inférieure à celle du crime consommé. Par définition même, en effet, elle implique absence de tout résultat dommageable, elle n'est que la mise en péril, l'attaque par hypothèse inefficace du droit d'autrui, or jamais un danger couru ne saurait atteindre en gravité objective, en *matérialité*, le mal effectivement réalisé et souffert. Et cette atténuation de peine au cas de tentative, remarquons-le, ne saurait être laissée à l'appréciation souveraine des juges du fait, c'est d'une *atténuation légale et partant obligatoire qu'il s'agit* ; car le trouble social, dépendant uniquement des faits matériels accomplis, se retrouvera toujours et partout lorsque ces faits se reproduiront identiquement, invariable, immuable, quel que soit leur auteur, sa perversité, sa criminalité intentionnelle et subjective.

On aperçoit la conséquence dernière du système : si le législateur le pouvait, il devrait lui-même marquer les multiples étapes qui séparent la résolution criminelle de l'exécution pleine et entière et, pour chacune, édicter une

pénalité particulière. Evidemment, d'une façon complète et absolue, la tâche n'est pas réalisable, mais ne l'est-elle pas tout au moins dans une certaine mesure ? Les objectivistes n'en doutent point. Et, en effet, parmi cette infinité de phases successives que comporte l'exécution criminelle, l'esprit en conçoit deux plus saillantes et mieux caractérisées.

D'un côté, au moment où intervient la circonstance fortuite qui l'empêche de continuer son action, l'agent peut n'avoir pas encore accompli tous les actes nécessaires à la production du résultat qu'il cherchait, n'avoir pas rempli jusqu'au bout la part d'action qui lui revenait dans l'exécution du crime ; sa *tentative est alors exécutée partiellement, inachevée, elle reste suspendue*. Mais l'agent peut avoir été plus loin dans l'exécution, il peut avoir accompli tous les actes qu'il jugeait indispensables à la réalisation de son dessein ; seulement quelque accident survenu à ce moment a empêché cette réalisation, *la tentative est en réalité complète, achevée, mais le crime voulu est manqué* ; car le résultat fait défaut. L'esprit conçoit les deux situations et, matériellement, elles apparaissent distinctes et nettement séparées. Eh bien, le législateur ne peut négliger cette distinction, il doit la saisir et la consacrer, car la pénalité devant se mesurer sur la gravité objective des faits, ceux-là qui caractérisent le *délit manqué* ont une criminalité plus grande que ceux qui constituent la *tentative simple ou inachevée*. L'émotion publique, le trouble social ne sont pas identiques si la victime n'a été sauvée que par l'administration d'un antidote ou si le coupable ne lui avait encore que présenté les substances empoisonnées, si l'assassin a simplement visé ou s'il a fait partir le coup. Il y a là une gradation à observer. Au crime consommé, le maximum de la pénalité ; au crime manqué, une peine atténuée, au crime simple-

ment tenté, une peine plus atténuée encore. Le législateur doit prévoir les trois hypothèses et établir lui-même cette gradation.

20. — Telle est la donnée générale et telles sont, dans leurs grandes lignes, relativement à cette matière de la tentative, les conséquences du concept objectif en droit pénal. Comme nous le verrons plus tard en reprenant avec détail chacune de ces conséquences, la thèse a joué en ce siècle d'une heureuse fortune. On peut dire qu'elle constitue dans son fonds même et à cette heure encore, la *théorie classique de la tentative*. En France tout particulièrement, la législation et la jurisprudence, sciemment ou non, y ont souvent puisé leur inspiration et la doctrine leur a plutôt fait le reproche — tout au moins en certains points — de ne pas s'en inspirer dans une plus large mesure. Cette conception est donc pleinement satisfaisante qu'elle a pu ainsi commander un pareil assentiment ? Nous n'en croyons rien pour notre part. Et voici du reste que chez nous, des voix savantes et autorisées, chaque jour aussi plus nombreuses, s'élèvent discordantes dans le concert jusqu'alors harmonique des opinions, voici que des juges ont parfois tiré des principes unanimement admis quelques conséquences logiques, malheureusement inacceptables jusqu'à l'évidence, et voici que le concept objectif commence à apparaître maintenant, ce qu'il apparaîtra bientôt, nous n'en doutons pas, aux yeux de tous, comme une conception dangereuse en ses applications pratiques, radicalement fautive dans ses premiers principes.

*
* *

21. — La théorie objective, disons-nous, aboutit à des résultats pratiques dangereux. Depuis longtemps, d'ailleurs, ses partisans s'en sont aperçu et eux-mêmes ont senti l'impérieuse nécessité de rejeter certaines conséquences, pourtant logiques, de leur point de vue. Il est facile de nous rendre compte, en effet, combien elles sont inadmissibles. Laissons de côté pour le moment la conception objective du *commencement d'exécution* et ne recherchons pas si cette conception ne fait point une part trop large à l'impunité : le débat sur ce sujet mettrait en jeu de telles nuances qu'il est impossible d'y entrer dès l'abord. Ne recherchons pas davantage si le principe d'une atténuation légale et forcée de pénalité satisfait toujours pleinement la conscience publique. Mais prenons cette autre conséquence caractéristique du concept objectif qui a trait à la tentative de délits impossibles.

Il faut, dit-on, pour donner ouverture à la répression, que les actes accomplis, les moyens employés ne soient pas impuissants à produire le résultat voulu. Mais, cependant, cette inaptitude radicale, cette impuissance absolue d'aboutir à l'effet cherché, ne peut-elle donc pas être, n'est-elle pas dans la plupart des hypothèses le résultat d'une erreur de l'agent, de circonstances purement accidentelles et fortuites ; et, s'il en est ainsi, est-ce que l'impunité fondée sur une circonstance de pur hasard n'est pas profondément injuste et immorale ? Est-ce qu'elle ne révolte pas la conscience publique, est-ce qu'elle n'apparaît pas, en outre, déplorable et dangereuse au premier chef ? En vain direz-vous que de tels actes n'entraînent pour personne ni dommage, ni danger, qu'il est irra-

tionnel de parler de vol si l'agent n'a soustrait que sa propre chose, d'empoisonnement s'il n'a administré que des substances inoffensives, d'assassinat si la victime frappée était déjà morte. La conscience publique fait ses réserves sur une semblable affirmation. Dans tous les cas que nous venons d'indiquer, elle ne comprend pas une pareille impunité accordée à celui qu'elle considère en dépit de la non réussite de son crime comme un voleur, un empoisonneur, un assassin. Ce qu'elle voit, en effet, c'est d'abord une intention criminelle certaine, indubitable; c'est ensuite la manifestation de cette résolution coupable dans des actes extérieurs matériels, qui ne laissent aucun doute sur son existence et son irrévocabilité. Bien plus, ces actes, dans la pensée de l'agent, pouvaient et devaient amener la réalisation du crime, du dommage voulu, ils étaient pour lui de véritables actes de tentative, des faits d'exécution; c'étaient les meilleurs, les seuls peut-être, à son estime, susceptibles de produire ce résultat! Si aucun mal n'en est effectivement résulté, c'est à raison d'une circonstance fortuite et de pur hasard; car l'agent, lui, a tout fait pour réussir. Non seulement sa culpabilité morale, mais encore sa culpabilité sociale est entière, l'impunité qu'on lui accorde est injustifiée, immorale, contraire à l'intérêt social et par là même dangereuse. Voilà ce que dit le bon sens et le sentiment général (2).

(2) Les partisans du concept objectif l'ont si bien compris, qu'ils n'ont eu garde d'accepter, sur ce point et pour toutes les hypothèses de tentative irréalisable, une impunité radicale et absolue. Tout au contraire, ils ont établi de multiples distinctions pour atténuer ce qu'il y a de parfaitement déraisonnable dans les conséquences logiques et, à notre avis, fatales du système. V. *infra* nos 108 et s. Nous verrons si ces atténuations ne sont pas des inconséquences et si ce n'était pas le principe lui-même qu'il fallait répudier. Au surplus on se gardera bien de penser que nous entreprenons la discussion

Mais si cette constatation est exacte, — et elle l'est, en effet, — le principe peut-il donc être juste et vrai d'où découlent, comme autant de déductions logiques, des conséquences aussi manifestement contraires aux sentiments de justice et d'intérêt social bien entendu? Non, évidemment. La science juridique ne consiste pas dans la construction artificielle de systèmes plus ou moins logiques et abstraits, elle doit être avant tout une science pratique, vivante, et la pierre de touche véritable de toute théorie est encore dans les résultats positifs par lesquels elle se traduit. La théorie objective aboutit, en matière de tentative, à des conséquences injustes, manifestement inacceptables; son point de départ doit être inexact. Et c'est, en effet, croyons-nous, ce qui peut être considéré, à cette heure, comme définitivement établi (3).

22. — Si la tentative est punissable, dit-on, c'est à raison du péril réel qu'elle entraîne pour le droit attaqué, du danger objectif qu'elle fait courir à la personne juridique d'autrui. Pour donner ouverture à la répression, il faut

d'une théorie toute spéculative, sans existence réelle et sans partisans convaincus. Nous avons pris soin, en effet, d'asseoir notre raisonnement sur des exemples où l'impossibilité d'exécution est dite *absolue*; or dans toutes ces hypothèses, quelque atténuation que l'on apporte par ailleurs au système, tout objectiviste maintient fermement le principe d'impunité.

(3) C'est à von Buri que revient l'honneur de la démonstration. Nul plus et mieux que lui n'a mis en relief le véritable fondement — la notion de causalité — de la théorie classique. Nul n'en a poussé plus avant la réfutation. V. parmi les études où il l'a particulièrement entreprise: *Die Lehre vom Versuche* (Gerichts-saal, 1867, p. 60 et s.). *Der Versuch des Verbrechen mit untauglichen Mitteln und an untauglichen Objecten* (Gerichts-saal, 1868, p. 325 et s.); *Versuch und Causalität* (Gerichts-saal, 1880, p. 321 et s.). Cf. sur la théorie de v. Buri, R. Saleilles. *Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irréalisable* (Revue pénitentiaire, 1897, t. XXI, p. 71 et s.).

donc de toute nécessité qu'un danger existe dans les actes eux-mêmes accomplis par l'agent. Or, ce danger n'existe que si ces actes, non seulement sont dirigés vers le crime, mais s'ils y tendent vraiment et matériellement; il faut qu'ils en soient la cause réelle et efficiente, il faut, pour reprendre la formule, qu'entre ces actes et l'exécution complète de l'infraction voulue existe un *rapport objectif de causalité*. — Or, en réalité et si l'on veut bien aller au fond des choses, rien de plus artificiel, rien de plus contraire aux données positives et observables, qu'une pareille conception. Objectivement, en matière de tentative, il n'y a pas, il ne saurait y avoir aucun rapport de causalité, aucun danger effectif, aucune menace matérielle de voir se produire le résultat criminel voulu.

Pour saisir dans les faits un rapport, un danger de cette nature, c'est en face d'une infraction pleinement consommée, qu'il faut se placer : alors, en effet, nous apercevons bien, dans les actes eux-mêmes, dans leur matérialité, le rapport dont on nous parle. Et, par exemple, l'agent a escaladé le mur de l'habitation, il a fracturé le coffre-fort et il s'est emparé de l'argent; l'assassin a visé et fait feu, la victime a été tuée; nul doute, car les faits sont là qui nous éclairent et nous renseignent pleinement, l'escalade et l'effraction d'une part, le coup de feu d'autre part, ont été pour l'agent le moyen, la cause efficiente du vol, de l'assassinat réalisés. Mais, dans la simple tentative, la situation est toute différente; là, par définition même, point de résultat, point de consommation : à l'existence objective d'un rapport de causalité, il manque donc un élément essentiel, l'effet, le mal, le préjudice.

Sans doute encore, nous ne songeons nullement à prétendre qu'avant la consommation de l'infraction, les actes de tentative soient dépourvus de toute signification. A coup sûr, à moins de supposer l'insanité d'esprit de leur

auteur, ces actes sont destinés à produire tel résultat, à atteindre tel but criminel; en ce sens, ils nous apparaissent parfaitement comme de véritables *causes* et nous saisissons entre eux et l'*effet* poursuivi, un rapport certain de causalité; partant nous apercevons qu'ils sont dangereux et compromettants pour le droit, l'individu menacé. Mais qui donc donne à ces actes une semblable signification? Est-ce leur matérialité seule, le fait pur et simple qu'ils sont réalisés? En aucune façon. A ne les considérer qu'en eux-mêmes, dans leur seule existence objective et matérielle, nous ne connaissons rien d'une façon absolue sur leur but, leur raison d'être, un doute subsiste toujours sur le sens exact qu'il convient de leur attribuer. Nous voyons bien qu'ils sont, nous ne savons pas pourquoi ils sont.

Qui peut nous fournir l'explication de leur existence? La volonté seule de l'agent. Saisissez cet agent au moment où il escalade la fenêtre ou fracture la porte; ce n'est pas l'acte en soi, mais l'intention du coupable qui peut vous donner la signification vraie de l'escalade ou de l'effraction. C'est cette volonté qui vous dira de quel méfait exactement ces actes étaient le prélude, si l'agent tendait à la réalisation d'un simple bris de clôture, d'un vol, d'un assassinat ou de tout autre crime. Et, de même, c'est l'intention qui vous dira si l'auteur de simples blessures a toujours entendu s'arrêter là, ne faire que des blessures, ou, au contraire, mettre à mort sa victime. En un mot, c'est l'intention seule qui révèle la valeur des actes accomplis, parce qu'elle seule révèle leur but et partant leur lien, leur rapport avec tel ou tel résultat ultérieur voulu et recherché.

23. — Allons plus loin : le but du coupable nous est connu, nous l'avons déterminé de façon certaine, nous pouvons donc apprécier, ce semble, la valeur, la force des moyens

employés par l'agent. Est-ce que, par là-même et dès ce moment, le rapport de causalité ne se trouve pas comme incarné dans les faits ; est-ce qu'il ne commence pas vraiment une existence matérielle et objective ? Pas davantage, car ce n'est point encore dans les actes accomplis, mais toujours dans la seule intention de leur auteur que nous allons pouvoir le saisir et l'examiner. C'est qu'en effet, après avoir demandé à cette intention le sens initial des actes réalisés, de l'exécution commencée par l'agent, toujours et à chaque instant, c'est à elle encore qu'il faudra nous adresser pour savoir si l'exécution sera poursuivie, si le crime, oui ou non, sera poussé jusqu'à sa plus complète exécution, pour savoir, en un mot, si les actes continueront d'être avec le but criminel, préalablement déterminé, dans un rapport quelconque de causalité.

Qui donc, en effet, peut dire, d'une façon certaine, à un moment donné de l'exécution et par la seule considération des faits accomplis, que l'agent ira ou n'ira pas jusqu'au bout dans la réalisation de son dessein criminel ? Le coupable a frappé un premier coup, ce premier coup n'engage pas l'avenir, nul ne peut affirmer qu'il sera suivi d'un second. Bien au contraire, au fur et à mesure que les conséquences du crime se feront plus prochaines, n'est-il pas supposable que le criminel en découvrira plus et mieux toute l'horreur ? Est-ce que la crainte du châtement, à défaut de sentiments plus désintéressés, ne l'incitera pas à l'abandon de son projet coupable ? La loi désire cet abandon, ce retour en arrière de la volonté, elle le suppose. Sur quoi donc se fonder pour affirmer, en même temps que son impossibilité, l'existence ferme, subsistante, irrévocable, entre les faits exécutés et le but poursuivi du rapport initial de causalité ?

Mais, dira-t-on peut-être, il est des hypothèses où le doute n'est pas possible ; ce sont celles où l'agent a exécuté

toute la série des actes relevant de son activité propre. Il a tout fait, quant à lui, pour amener la réalisation de l'effet criminel, il ne peut rien désormais, ni pour, ni contre cette réalisation : c'est un assassin, son fusil est suffisamment chargé et bien dirigé, la victime est à bonne distance, il vise et presse la détente ; allons plus loin, la victime est atteinte, elle tombe, sa blessure est mortelle, encore quelques instants et la mort aura fait son œuvre. Comment, dira-t-on, en présence d'une semblable hypothèse, — et de toutes celles, d'ailleurs identiques, de délit manqué, — comment nier l'existence matérielle d'un rapport de causalité. La cause et l'effet, mais ils sont palpables ; car l'agent vient d'accomplir des actes matériels dont va ressortir infailliblement un résultat, matériel lui aussi, la mort de la victime.

Eh bien ! non encore et même dans des cas semblables nous maintenons entière toute notre argumentation. Car enfin, pour rester sur le domaine de la tentative, il faut bien supposer que la mort de la victime ne s'est pas produite. Or, pourquoi donc la victime a-t-elle survécu, sinon parce qu'en eux-mêmes, tout au moins dans l'immense majorité des cas, les actes accomplis loin de contenir en puissance le résultat voulu étaient radicalement insuffisants, impuissants à le produire jamais. En réalité, il fallait à l'obtention du résultat quelque chose de plus ; et, par exemple, que l'assassin frappe plus et mieux, qu'il donne un second coup, qu'il étouffe les cris de la victime, qu'il empêche, de quelque façon que ce soit, l'arrivée des secours ; mais tout cela justement, l'assassin, inhabile, ignorant, inexpérimenté, ne l'a pas fait et c'est pourquoi, finalement, dans l'état de choses où s'exécutait la tentative, il était impossible qu'elle aboutît à aucun résultat dommageable ; c'est pourquoi, matériellement et objectivement, le danger couru par la victime s'est trouvé, dans toutes les hypo-

thèses, identique, c'est-à-dire, en réalité, absolument nul. Au surplus, ne dites point que l'insuccès n'a tenu qu'à une circonstance infiniment contingente et fortuite, en dehors et indépendamment de laquelle existait bien certainement un rapport de causalité qui, sans cette circonstance, allait effectivement se réaliser, se concrétiser, pour ainsi dire, dans des résultats matériels, certains. Peut-être; mais, encore une fois, à n'envisager que les faits accomplis, qu'en peut-on savoir? C'est le propre justement des actes humains d'être sans cesse entravés dans leur réussite par une infinité de circonstances inattendues, lesquelles nées en réalité du temps, du lieu, du procédé d'action, voulu et employé par leur auteur, viennent à tout moment montrer le néant des rapports que l'on croyait inébranlablement, mathématiquement établis, et renverser, par là même, les desseins, les espoirs en apparence les mieux fondés. Mais, s'il en est ainsi, comment dire, tant que la possibilité subsiste de l'intervention de ces circonstances, que les actes accomplis sont et seront matériellement, objectivement, la cause d'un effet, qui peut ne se réaliser jamais?

La vérité est donc que pour dégager des faits eux-mêmes un semblable rapport de causalité il faut attendre le moment précis où il sera certain que ni la volonté de l'agent, ni aucune circonstance fortuite ne viendront modifier le résultat normal des actes accomplis; or, cette certitude n'existera jamais, qu'au moment où l'infraction aura atteint sa pleine et entière consommation, c'est-à-dire, justement, à l'instant précis où il n'y aura plus tentative.

24. — Que résulte-t-il de tout cela? C'est que le prétendu rapport objectif de causalité n'est qu'un mythe, une illusion pure. On l'aperçoit dans l'hypothèse d'un crime consommé, il n'a pas d'existence saisissable en matière de

tentative. Si la répression devait trouver dans ce prétendu rapport et dans le danger matériel objectif qui en dérive la cause et la mesure de son intervention, on peut dire que jamais cette répression ne devrait intervenir; car jamais, envisagés dans leur seule matérialité, les actes de tentative ne nous révèlent un semblable rapport, pur concept abstrait ou tout au moins matériellement invisible. L'impunité absolue pour tout acte de tentative; voilà le point d'aboutissement fatal, la seule conséquence logique du système objectif et c'est pourquoi il est inadmissible.

La tentative ne saurait donc être considérée comme un ensemble d'actes, en eux-mêmes dangereux, parce qu'en eux-mêmes susceptibles de produire, comme la cause produit l'effet, le résultat criminel voulu par l'agent. Et c'est pourquoi il est parfaitement irrationnel de rechercher, pour décider de la répression, si les actes de tentative contenaient, dans leur matérialité, la puissance, la force physique de produire les conséquences dommageables, dont l'agent s'était proposé la réalisation. Tentative réalisable, tentative impossible! Les mots sont pratiquement vides de sens, ils correspondent peut-être à des réalités, mais à des réalités insaisissables. Toute tentative implique en soi non achèvement, absence de tout mal, de tout dommage et par conséquent absence entre les faits accomplis et le résultat non obtenu d'aucun rapport matériel de causalité.

Et c'est pourquoi aussi il est également irrationnel de rechercher, pour y placer le point initial de la tentative punissable, l'acte *objectivement dangereux*, constitutif de l'attaque effective et matérielle au droit d'autrui; l'acte en soi, non pas simplement *condition*, mais *cause possible* de l'effet criminel désiré. D'abord, rien de plus artificiel qu'une semblable distinction. Sans doute, l'exécution se

compose d'actes successifs, et il ne s'agit pas de prétendre, par exemple, que l'achat d'une arme est aussi rapproché, aussi voisin du résultat criminel, — la mort de la victime, — que le fait de viser et de tirer sur elle. Mais ce qu'il faut reconnaître, c'est que, et cela est vrai même au point de vue objectif, de semblables actes ont une importance matérielle partant une valeur sociale et pénale identiques. Tous les actes accomplis par l'agent, du plus éloigné au plus voisin du résultat criminel, sont également nécessaires à la production de ce résultat, tous concourent à lui donner naissance, à le *causer*. Sans doute, jamais ni le soleil, ni la pluie ne suffiront à eux seuls à engendrer une plante, mais jamais non plus le germe et la semence ne pourront se développer si la pluie et le soleil ne créent autour d'eux une ambiance favorable. Et, de même, jamais le fait de se procurer une arme ne tuera quelqu'un, mais l'agent ne pourra davantage viser et presser la détente, s'il ne s'est, au préalable, procuré cette arme. Objectivement, tous les actes accomplis par l'agent s'équivalent; il n'y a entre eux qu'une différence quantitative et non qualitative. Le danger objectif est identique, que l'acte accompli soit par rapport au résultat voulu dans un rapport de causalité ou de conditionnalité. Cause et condition sont des faits de même valeur objective.

Au surplus, et si nous allons au fond des choses, nous savons ce qu'est cette valeur objective : en matière de tentative elle est nulle, étant inappréciable. A n'envisager que les faits eux-mêmes, nul ne saurait dire s'ils mettent en péril, — en un péril criminel, bien entendu — le droit que l'agent veut atteindre, si ces faits sont une lésion partielle de ce droit, s'ils constituent un empiètement sur la sphère juridique d'autrui, s'ils sont présentement une cause, cause suffisante et efficace, de l'effet criminel projeté ou même d'un effet criminel quelconque. Et tout cela pour

une seule raison, c'est que nous sommes en présence de faits de tentative, c'est-à-dire d'une absence de consommation. De cause, en réalité, nous n'en voyons pas dans les actes réalisés, ou, du moins, ces actes ne nous apparaissent que comme la manifestation sans cesse renouvelée et persistante d'une seule cause véritable, la volonté de l'agent; si l'on aime mieux, sa personnalité.

C'est cette volonté qui, toujours maîtresse d'arrêter ou de parfaire à sa guise l'exécution criminelle, nous apparaît, à tout moment, comme pouvant à son choix réaliser dans toute sa plénitude l'effet dommageable, ou, au contraire, le supprimer totalement. C'est donc elle seule la cause vraie et réelle qui peut-être va produire effectivement le résultat criminel voulu et le contient dès maintenant en puissance. En tout cas jamais, et si décisifs qu'ils soient à l'apparence, les faits réalisés à les envisager en eux seuls, ne nous permettront d'en saisir aucune autre.

25. — Qu'est-ce donc que la tentative? Rien autre chose qu'une volonté en marche vers un but criminel, et s'affirmant, dans des faits externes, plus ou moins caractérisée et certaine. Sa répression? Rien autre chose que la répression, non pas d'actes objectivement dangereux pour le droit d'autrui, actes contenant au moins en puissance sa violation, sa méconnaissance partielle, mais la répression de la volonté criminelle qui a présidé au commencement d'exécution et s'est ainsi révélée irrévocable dans des actes extérieurs. La volonté criminelle, voilà où réside le danger, le trouble social qu'il s'agit de réprimer. En matière de tentative, la répression a ce fondement-là, où elle n'en a pas; le concept objectif est une création toute spéculative, fatalement condamnée à demeurer dans les brumeuses hauteurs de l'abstraction pure, parce que pratiquement inapplicable, impuissante à autoriser jamais en cette matière aucune répression.

En réalité, nous apercevons que le concept subjectif ne se propose pas à notre acceptation, mais qu'il s'impose. A la rigueur, nous pourrions donc nous en tenir là et dégager, dès maintenant, de ce nouveau point de vue les conséquences logiques que l'on prévoit. Mais le débat est trop grave, il est susceptible d'avoir sur toute l'organisation de la répression, en matière de tentative, une trop profonde répercussion, pour que nous puissions nous contenter de cette démonstration toute indirecte. Et c'est pourquoi il nous faut à présent entreprendre l'exposé plus détaillé du concept subjectif; montrer, comme nous l'avons fait déjà pour le précédent, quels sont ses principes généraux, ses conséquences à l'égard de la tentative; rechercher, mais cette fois d'une façon principale et immédiate, quelle en est la valeur.

SECTION II

THÉORIE SUBJECTIVE

26. — Dans l'acte criminel, nous disaient tout à l'heure les partisans du concept objectif, ce qu'il faut prendre en considération, ce qui est la cause déterminante de la répression, c'est avant tout l'existence constatée d'un fait matériel, en soi préjudiciable ou tout au moins dangereux pour le droit d'autrui. Nous avons montré les vices multiples de cette conception; il faut en prendre le contre-pied. Ce qui constitue l'acte délictueux, dirons-nous en conséquence, c'est, par dessus tout, l'élément subjectif qui est en lui, c'est-à-dire l'intention de l'agent. Le dommage, la des-

truction du droit particulier ou son attaque ne sont que des conséquences, il faut remonter à la cause qui les a produites, et cette cause, c'est la volonté criminelle. La véritable source du trouble social et, par là-même, le pourquoi de la répression n'est pas dans le délit, mais dans le délinquant.

Sans doute, de même que tout à l'heure nous constatons l'impossibilité certaine de sévir contre un fait, en soi dommageable ou dangereux, s'il n'était accompagné de la volonté criminelle de l'agent, ici encore, il ne peut s'agir de réprimer cette volonté en dehors de toute manifestation extérieure. Car le pouvoir social ignore évidemment les faits internes, de pure conscience, et d'ailleurs, les connût-il, la pensée coupable se fût-elle extériorisée dans des actes qu'il n'en résulterait pas toujours et nécessairement le droit pour lui d'intervenir. La loi pénale n'a pas à sévir contre tous les actes blâmables, mais contre ceux-là seuls qui suscitent au sein du corps social un trouble sérieux et grave. Seulement, ces faits préalablement déterminés, où la répression peut et doit intervenir, il s'agit de savoir ce qui en eux les rend vraiment punissables. Eh bien, c'est ici que nous formulons notre réponse : la loi ne doit nullement les punir, ces actes, à raison de leur gravité matérielle et objective, du plus ou moins de mal effectif ou de danger qu'ils ont entraîné; ce qu'elle doit voir en eux, c'est la manifestation d'une intention, d'une résolution criminelle. A travers les faits c'est cette résolution perverse et dangereuse qu'il s'agit d'atteindre. Ce qu'il faut réprimer, ce n'est pas le fait extérieur, accompagné de la criminalité de l'agent; c'est cette criminalité elle-même, révélée et prouvée par des actes extérieurs.

Voilà le véritable point de vue auquel il faut se placer. C'est le seul acceptable, nous le savons déjà, en notre

matière, puisque le concept objectif aboutit logiquement à ne réprimer jamais la tentative. Nous voulons établir ici, plus directement, le bien fondé de cette théorie subjective et montrer, pour tout dire, — tout au moins au nom des principes logiques et rationnels, — combien elle est conforme à la mission vraie de la loi pénale, au but pratique qu'elle poursuit.

27. — Qu'est-ce donc que la peine, en effet? Nous l'avons dit, la répression d'un trouble social. Mais qu'est-ce encore que ce trouble social? — Ecartons tout système scientifique et préconçu, et tenons-nous-en à l'observation pure et simple des faits: ce trouble n'est autre chose qu'un phénomène de conscience publique et générale; c'est le choc porté par tel acte déterminé à tout cet ensemble de convictions, de sentiments, qui, à un moment donné, constitue la conscience sociale, l'état d'âme d'une société. Quand un pareil fait se produit, le sentiment général heurté, froissé, se soulève et réagit contre son auteur. Si le choc atteint un certain degré d'intensité, cette réaction se fait pénalité. La peine est « l'expression des réactions diverses éprouvées par la société à la suite d'une transgression de la loi, en tant qu'elles aboutissent à certaines mesures appliquées par la société à l'auteur de la transgression » (1).

28. — Poursuivons notre analyse. Qui donc détermine

(1) E. Gauckler, *De la peine et de la fonction du droit pénal* (Archives de l'anthropologie criminelle, t. VIII, 1893, p. 341 et s., 453 et s. spécial 346). Jg. Durckheim, *De la division du travail social*, Paris, 1893, où nous trouvons cette définition du crime: « tout acte qui à un degré quelconque détermine contre son auteur cette réaction caractéristique qu'on nomme la peine ». Cpr. d'ailleurs sur la valeur de cette définition Hamon, *De la définition du crime* (Archives d'anthropologie, 1893, p. 242.)

et fait surgir cette réaction? — Deux sentiments, d'une existence également incontestable: le sentiment du juste et celui de l'utile.

Le sentiment du juste! Il est, en effet, au plus profond de la nature humaine, une notion innée ou acquise, nécessaire ou contingente, peu importe; mais une notion indéniable parce qu'elle s'affirme à tout moment avec l'évidence d'un fait. C'est qu'entre toutes les actions humaines les unes sont bonnes et justes, les autres mauvaises et injustes; c'est qu'aux premières doivent aller et vont en effet l'amour, l'éloge, l'estime, la considération, l'admiration, aux secondes, la haine, le blâme, le mépris, la réprobation. Celui qui fait le bien mérite, et la société multiplie, en effet, pour eux qu'elle considère comme ses bienfaiteurs, les formes de récompenses. Celui-là qui fait le mal démerite et la société multiplie également les formes du châtement, pour ceux-là qui accomplissent des actions qualifiées par elle injustes ou immorales. L'une ou l'autre de ces actions vient-elle à se produire, le sentiment public se soulève, la réproouve et, au nom de la justice, réclame la punition, l'expiation de son auteur. Voilà la première cause de cette réaction sociale qui est la peine.

Mais il en est une autre, plus puissante, plus déterminante, — parce que sans elle la première resterait sans effet, — *c'est le sentiment d'utilité*. La société crée la peine et l'applique parce que cette peine lui apparaît comme utile. Utile à quoi? A réparer le dommage causé par l'infraction? Nullement. La réparation du préjudice individuel relève de la loi civile; la réparation d'un dommage social est quelque chose d'inconcevable, l'expression n'a aucun sens: ce qui est fait est fait et on n'y peut rien changer, le droit pénal n'est, à aucun point de vue, un droit réparateur, c'est un droit répressif. La peine est utile parce qu'elle est une mesure d'intimidation, de pré-

vention. En tant que disposition légale, la peine a pour but et pour effet d'arrêter le criminel, en deçà du crime, parce qu'elle est essentiellement la menace d'un mal, d'une souffrance, d'une privation totale ou partielle de tout ce à quoi l'homme se sent le plus fortement attaché : sa vie, sa liberté, sa fortune, son honneur. La défense légale est-elle méconnue et le crime perpétré, la peine se fait réalité. Et il le faut bien évidemment car la menace qui ne se réaliserait point perdrait du même coup toute influence, tout caractère intimidant. Il le faut bien encore parce que l'acte criminel accompli n'a pas seulement donné naissance à une réprobation générale et présente, mais encore à une crainte, à une alarme légitime pour l'avenir. Le criminel s'est révélé capable de passer outre aux injonctions de la loi, de troubler l'ordre social. A coup sûr, la société n'a pas la certitude absolue qu'il renouvellera son attaque, qu'il méconnaîtra de nouveau les ordres légaux, sauvegarde de l'intérêt public ; mais elle a juste sujet de le redouter. La peine vient satisfaire à ce nouveau besoin. La menace n'a pas eu d'effet, soit ; mais son exécution en aura vraisemblablement davantage. Elle dissuadera les imitateurs possibles du criminel de suivre son exemple. Vis-à-vis de ce criminel lui-même, procédant par voie d'élimination ou d'amendement, la peine est bien faite pour le mettre dans l'impossibilité physique ou morale de récidiver.

Ainsi la peine nous apparaît avec une double raison d'être. Elle naît et a pour but de satisfaire tout d'abord un sentiment de réprobation pour un fait passé, l'acte accompli, et à ce titre elle est une flétrissure, un blâme, la sanction, l'expiation d'une faute commise, d'une atteinte portée à la moralité, à la justice. Elle naît en second lieu d'un sentiment de crainte pour l'avenir et, à ce titre, elle apparaît comme une mesure d'intimidation, de prévention

d'une utilité incontestable. — Voilà comment, et sous quel double aspect, le sentiment général conçoit la peine, et voilà, certainement aussi, comment quiconque veut, à cette heure, faire œuvre utile doit nécessairement la concevoir (2).

29. — Or, et nous voici par là au cœur même du problème, quand donc dans une hypothèse donnée ces deux sentiments de justice et d'utilité seront-ils assez violemment heurtés pour donner naissance à cette réaction qui est la peine ? A quel moment, à quelle hauteur de la perpétration de l'acte criminel, doit s'attacher et s'attache, en effet, cette réprobation sociale et cette crainte pour l'avenir qui, réunies, vont réclamer par là même, autoriser et justifier l'application d'une peine sociale. Voilà ce qu'il faut savoir. Eh bien, à cette double question, nous faisons une réponse unique. Ce qui soulève le sentiment moral de la société, détermine le blâme, l'indignation sociale ; d'autre part, ce contre quoi l'intérêt public réclame, ce qui émeut et alarme pour l'avenir le sens social utilitaire, ce n'est pas autre chose que la formation, l'existence constatée et certaine, évidemment, d'une volonté, d'une résolution criminelle.

Et, tout d'abord, c'est à l'intention que va droit le sentiment de justice. C'est l'évidence. Où réside, en effet, la méconnaissance du juste, l'insulte, pour ainsi dire, à la

(2) V. sur la valeur sociologique indubitable de l'idée de justice. Tarde, *Philosophie pénale*, chap. III ; *Pro domo mea* (Arch. d'anthrop. t. VIII, 1893, p. 262 ; Gauckler, *op. et loc. cit.*, p. 353. Jg. les référ. *supra* n° 13, not. 1. C'est, comme on sait, l'une des idées fondamentales des juristes de la *Terza scuola*. Cf. Carnevale, *Una dottrina sociologica del delitto* (Riv. di giurispr. t. XXI) ; *Della pena nella scuola classica e nella criminologia positiva e del suo fondamento razionale* ; Alimena, *I limiti.....*, Introd.

morale, en un mot la faute morale? Evidemment, ce n'est pas dans le fait en soi d'avoir causé tel ou tel préjudice, d'avoir commencé soit la préparation lointaine, soit l'exécution prochaine de l'acte qualifié crime par la loi; c'est dans le fait d'avoir voulu exécuter cet acte, réaliser ce préjudice. La société a érigé tel fait en crime ou en délit parce que ce fait lui est apparu injuste, immoral. Voici qu'elle a en main la preuve indéniable que tel individu a certainement, irrévocablement résolu de passer outre à la défense légale, d'exécuter l'acte prohibé, de méconnaître, du même coup, la justice, la morale. Qu'est-il besoin d'autre chose? La société va-t-elle attendre davantage pour lui enlever son estime et, peut-être, le couvrir de son mépris? Ce serait absurde. Au point de vue de la satisfaction due à la justice, — à l'idée sociale de justice, si l'on préfère, — qu'importe ce qui va suivre? Il s'agit de savoir s'il y a faute, or la faute existe, dès que la preuve est acquise d'un dessein criminel ferme et irrévocable. La société ne peut ni ne doit mesurer son indignation sur la gravité matérielle des faits accomplis : à cet égard les faits ne sont rien, l'intention est tout. Et c'est pourquoi la société n'a que de la pitié pour l'ami qui, par accident, a blessé son ami, alors qu'elle s'indigne contre lui, dès qu'elle acquiert la certitude que la blessure a été faite volontairement. Découvre-t-elle chez le coupable une longue préméditation, son indignation grandit; et cette indignation atteindra son maximum si la preuve vient à être établie, qu'en réalité le criminel a voulu tuer, et non pas simplement blesser sa victime. A préjudice égal, à mal effectif identique, le blâme social augmente ou décroît suivant la nature et l'intensité de la volonté, de la résolution criminelle, c'est donc bien ce dessein criminel lui-même qui soulève l'indignation publique. Dès qu'il existe, la faute est commise; moralement et socialement

l'agent est coupable. En tant que flétrissure, sanction, expiation, le châtement est légitime, dans la rigueur des principes le droit en est acquis à la société.

30. — Mais il ne suffit pas, avons-nous dit, à la répression de satisfaire le sentiment moral ou social de justice. Point de peine légitime, si cette peine n'est également conforme à l'intérêt social. Que réclame donc cet intérêt, cette utilité sociale? — Nous n'hésitons point davantage. Ce qui jette au sein du corps social, l'alarme, l'inquiétude pour l'avenir, c'est encore l'existence constatée d'une volonté criminelle. Et pourquoi? Mais parce que cette volonté étant démontrée certaine et irrévocable, la preuve est faite de l'insuffisance, de l'inanité de la menace légale. Sans doute, la méconnaissance de la loi peut n'être pas réalisée matériellement, — nous voulons dire qu'un acte n'a peut-être pas été accompli qui contienne, selon les exigences du concept objectif, une attaque effective au droit, un empiètement sur la sphère juridique d'autrui, — mais qu'importe! Nous supposons, et la supposition n'a rien d'irréalisable, en fait, que cette attaque est résolue de façon ferme et irrévocable et que la certitude est acquise de cette résolution. Dans ces conditions, la société ne peut qu'assimiler les deux situations et s'alarmer également.

Peu lui importe, ici encore, ce qui surviendra par la suite, que l'agent franchisse quelques étapes de plus ou de moins dans la voie du crime et vers sa réalisation totale; puisque la preuve est faite qu'il existe en son sein une volonté perverse, un élément, un tempérament morbide, si l'on veut, en un mot une cause possible de trouble pour l'avenir. Nous pouvons reprendre ici ce que nous disions à l'égard du crime consommé, si la société n'a pas la certitude absolue que cette volonté perverse renouvellera ses manifestations, que cette cause latente entrera en acte à nouveau et produira encore quelque effet préjudiciable

et criminel, elle a, du moins et dès maintenant, juste motif de le croire et de le craindre. Et cette croyance et cette crainte sont parfois d'autant plus fondées, en réalité, que le crime voulu n'ayant point été consommé, et l'agent n'ayant point obtenu la satisfaction qu'il désirait, sera plus enclin à réitérer ses efforts. « 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 » (3).

Ainsi donc, à quelque point de vue que l'on se place, qu'il s'agisse de justice ou d'utilité sociales, de punir pour une faute passée, de prévenir un mal futur, la solution rationnelle est la même. Ce qui soulève et détermine, d'un côté, le blâme, l'indignation publique; de l'autre, la crainte, l'inquiétude sociale, c'est toujours l'existence d'une résolution criminelle, laquelle constitue tout à la fois une faute morale et un sujet de crainte pour l'avenir. Quelle est donc la valeur des faits matériels accomplis? Ils ne sont pas à proprement parler et directement constitutifs de la criminalité, mais simplement des éléments de preuve de cette culpabilité. Sans eux, évidemment, point de répression, parce que la résolution criminelle, soit qu'elle n'ait point franchi les limites de la conscience, soit qu'elle ait été manifestée mais n'apparaisse encore que douteuse et incertaine, ne suscite aucune indignation, aucune alarme, aucun trouble social; mais cette résolution établie et constatée, les faits s'effacent, pour ainsi dire, et c'est l'intention coupable elle-même, qui apparaît comme cause déterminante de la répression. Voilà le rôle rationnel des faits réalisés, dans la répression et, à cet égard, on aperçoit immédiatement combien la nature intrinsèque de ces

(3) V. R. Saleilles. *op. et loc. cit.*, p. 354.

faits, leur gravité matérielle, le plus ou moins de préjudice qu'ils causent ou sont susceptibles de causer à la victime, combien tout cela est indifférent. Une seule chose importe; les faits trahissent-ils une intention criminelle certaine, irrévocable? Si oui, la société s'indigne et s'inquiète, la répression est légitime.

31. — C'est toute la différence de la loi civile et de la loi pénale; celle-ci, indépendante dans son action de toute réalisation effective d'un préjudice quelconque, celle-là, ne pouvant intervenir qu'à raison d'un dommage réel appelant réparation. Et c'est ici justement la méprise initiale et capitale commise sur le terrain des principes par la théorie objective: une méconnaissance absolue du rôle véritable de la loi pénale. La loi pénale, disent les objectivistes est l'auxiliaire de la loi civile, elle est destinée à assurer comme elle, mais avec plus de force, plus d'énergie, le respect des droits particuliers dont l'exercice est reconnu et protégé (4). Et ils concluent: point de trouble social, si le fait accompli n'a pas causé de trouble particulier, point d'intérêt à la répression sociale, si quelque droit individuel n'a subi une atteinte, une lésion effective totale ou partielle. Et voilà pourquoi l'acte initial de la tentative est celui qui constitue une attaque réelle du droit, une exécution partielle, un fragment de l'infraction. Et voilà pourquoi encore l'acte fait en vue du crime mais impuissant à blesser le droit particulier de la victime visée est également impuissant à blesser le droit social. — Or rien de plus faux qu'un pareil point de vue, sinon dans la prémisse générale que l'on pose au début, au moins dans les conclusions que l'on en tire.

Rigoureusement parlant, en effet, la loi pénale n'a nullement en vue le mal souffert ou le danger couru par l'in-

(4) Cf. par exemple Roux, *op. et loc. cit.* p. 341.

dividu, et la peine n'a pas davantage pour but la réparation d'un préjudice subi. C'est à la loi civile à compenser les injustices et à remplacer, autant que faire se peut, les valeurs détruites dans le patrimoine pécuniaire ou moral de l'individu par des valeurs correspondantes. Dès que nous parlons de pénalité, la question change de face. Ce n'est plus d'une attaque au droit particulier qu'il s'agit, mais d'une attaque au droit social. Nous ne sommes plus en présence d'un dommage privé, appelant une réparation, mais bien d'un désordre public réclamant une répression.

Sans doute, la loi pénale a pour mission de sauvegarder les droits individuels, et voilà pourquoi c'est le plus souvent la réalisation effective d'un préjudice, d'une atteinte au droit qui crée l'acte criminel et donne ouverture à la pénalité. Mais ce n'est là, il importe de le remarquer, qu'une fonction en quelque sorte indirecte : entre le crime, trouble social, et le dommage, trouble privé, la liaison n'a rien de nécessaire, de fatal. La portée de la loi pénale ne se mesure pas à la portée de la loi civile : celle-ci se place au point de vue du droit personnel méconnu, celle-là s'inquiète d'autre chose, de la gravité, de la valeur sociale de l'acte. Or si aucune action n'a de portée civile qu'autant qu'un préjudice en est résulté, tout acte criminel revêt, rationnellement, une valeur sociale et pénale, nous espérons l'avoir démontré, dès là qu'il manifeste d'une façon certaine, indubitable, la volonté de violer la loi, parce que cette volonté constatée ferme et indubitable, la moralité publique, et l'utilité sociale réclament l'une et l'autre sa répression.

La méconnaissance des principes supérieurs de justice, la désobéissance aux prescriptions légales, la révolte contre l'ordre établi existent dès là que la preuve est fournie pleine et entière d'une volonté nettement et réso-

lument dirigée vers un acte criminel. — Voilà le point de vue auquel, sur le terrain purement logique et rationnel, il faut, croyons-nous, nécessairement aboutir. — Il nous sera maintenant facile de dégager les grandes lignes du système de répression en matière de tentative, suivant ce concept subjectif.

*
* *

32. — En premier lieu, il est clair qu'au point de vue subjectif où nous nous plaçons ; l'efficacité ou l'inefficacité des actes matériels accomplis, leur aptitude ou leur insuffisance intrinsèque à produire l'effet criminel voulu, — à supposer que l'idée ait en soi quelque valeur, — n'a plus aucune importance. Et, pour cette raison évidente que l'acte, fut-il aussi radicalement impuisant qu'on voudra le supposer, n'en attestera pas moins la volonté de commettre telle infraction ; or, cette volonté apparaît-elle fermement et irrévocablement déterminée : voilà uniquement ce qu'il importe de savoir. Ce point établi, le reste est indifférent. Cet empoisonneur a mélangé la substance qu'il croyait toxique aux aliments de la victime et les lui a présentés, cet assassin a visé avec un fusil qu'il croyait chargé, cette mère est surprise au moment où elle cherche à étouffer son enfant. Nul doute pour nous, la répression peut et doit intervenir. Mais voici que la substance employée était absolument inoffensive, voici que le fusil avait été déchargé à l'insu de l'agent ; voici que l'expertise démontre que l'enfant était mort-né : le fait est complètement indifférent. Le trouble social n'est pas moindre à raison de ces circonstances, que si dans les trois hypothèses précitées l'inexécution totale du crime eût été empêchée, par exemple, par l'intervention d'un tiers. L'indignation publique va tout autant à ces cri-

minels et la société apparemment n'est point, en face de tels actes, rassurée pour l'avenir; or, encore une fois, la preuve faite de la résolution criminelle, l'atteinte à la justice, à l'utilité sociale est réalisée. Comme on l'a dit, le délinquant a jeté le défi à la société, l'attaque existe; la défense doit exister également. Peu importe que personne individuellement n'ait couru de risque, c'est la société qui en court. Laisser de tels actes impunis c'est prendre le hasard pour seul guide de la répression, c'est faire bénéficier le coupable d'une erreur, de sa part toute involontaire. Rien de plus immoral, rien de plus compromettant pour la sécurité publique.

Que si nous nous demandons de quelle peine le législateur doit frapper la tentative, ici encore la conséquence est fatale, inéluctable. Puisque c'est la volonté qui, en réalité, détermine et justifie la répression, c'est elle aussi qui, en principe, doit en être la mesure. Or, à la source de tout acte de tentative, ce n'est évidemment pas une volonté spéciale que nous trouvons, mais la volonté de commettre l'infraction elle-même dont une circonstance fortuite a empêché la réalisation totale. La tentative doit donc être punie comme le crime lui-même.

Et à cet égard, nous n'établirons évidemment aucune distinction entre la *tentative inachevée* et le *crime manqué*. Ce dédoublement de la tentative traduit en soi, et objectivement, un fait exact, à savoir que l'agent peut avoir accompli des actes plus éloignés ou plus rapprochés de la consommation; mais au point de vue subjectif auquel nous nous plaçons, la distinction ne saurait avoir aucune valeur réelle. Nous ne nous inquiétons point de la gravité matérielle plus ou moins grande des faits accomplis, mais uniquement de l'existence et du degré d'intensité de la volonté criminelle. Cette volonté étant certaine, peu importe son degré de réalisation effective, la

plénitude de la répression est méritée par le coupable, acquise comme un droit à la société.

Enfin, quel sera donc, dans une semblable conception, le premier moment, l'acte initial de la tentative punissable? Les objectivistes nous ont dit: C'est le premier acte en soi dangereux pour le droit particulier que l'agent voulait détruire ou léser, c'est l'acte qui, dans sa matérialité, contient, en puissance tout au moins, la méconnaissance de ce droit, c'est l'acte qui est en soi la *cause* du résultat voulu et rend irrévocable par là même l'attaque au droit. Nous répondons, nous, par une formule plus simple et plus claire: Le premier acte constitutif de la tentative punissable, c'est *celui-là qui consomme non pas l'irrévocabilité de l'attaque matérielle et objective au droit, à la victime, mais l'irrévocabilité de l'intention, de la résolution criminelle*. Cet acte accompli, la volonté de l'agent s'est affirmée, indéniable, le trouble social est réalisé et la répression est pleinement justifiée. Sans danger, la société ne saurait rester désarmée plus longtemps, il est irrationnel de la contraindre à attendre pour sévir la réalisation de quelque acte conséquent. Qu'importe le fait d'une ou de plusieurs étapes à parcourir si la certitude est acquise que le criminel, sans nul doute, va toutes les franchir!

Telles sont bien, à l'égard de la tentative, les conséquences du concept subjectif. Qui nous a conduit à les défendre? La double considération des exigences soit de la moralité sociale, soit de l'intérêt, de l'utilité publique. Des deux côtés de point d'aboutissement est le même et voilà pourquoi il eût été superflu pour nous d'entreprendre la recherche minutieuse de la fonction respective du juste et de l'utile dans l'organisation de la répression. Que la peine soit fondée sur l'existence d'une faute, d'un manquement à la justice, au sens absolu des spiritualistes ou au sens relatif des positivistes; qu'elle soit fondée sur les

nécessités de la défense sociale, de l'intimidation pour l'avenir; que la peine ait pour but la punition d'un agent libre et moralement responsable, ou, au contraire, la prévention contre des instincts fatalement pervers et antisociaux : la solution n'est point différente. La répression de la tentative obéit à des règles générales, identiques, c'est toujours la volonté coupable et dangereuse qui est le point d'appui de la répression; à travers et par de là les actes qui la manifestent, c'est elle qu'il faut atteindre.

* * *

33. — La volonté, disons-nous, toujours et partout à quelque système philosophique que l'on s'attache. Et toutefois, sur ce point, quelques-uns ont fait entendre des dénégations particulièrement énergiques, sur lesquelles nous ne pouvons pas ne pas nous arrêter quelque peu. Il s'agit de l'école *anthropologique italienne*, plus spécialement encore de l'école lombrosienne. On prévoit la difficulté. Le point de départ, le postulat du système, c'est le déterminisme absolu; or, dans une pareille conception, la volonté humaine peut-elle donc, légitimement, conserver cette valeur, que nous lui avons reconnue? Est-il possible, est-il logique de continuer à voir en elle le fondement, la raison d'être de la répression? Non, apparemment.

A coup sûr, le spiritualiste qui croit à la liberté est dans la logique de son système, lorsqu'il donne à la volonté une importance aussi considérable; l'intention lui apparaît en effet comme une cause au sens absolu du mot, comme la cause vraiment initiale, parce que librement agissante, des actes réalisés ou à réaliser. Sans doute, il ne nie point que des motifs, des influences diverses, milieu physique et social, hérédité, tempérament, aient sol-

licité l'activité de l'agent; mais ces motifs n'ont eu pour lui aucune action décisive, déterminante. Entre ces motifs, ces raisons de décider, la volonté a librement choisi et prononcé. Avant l'acte même de la résolution criminelle, il y avait discussion, délibération, mais aucune détermination véritable n'existait, il ne pouvait donc être question ni de faute, ni de responsabilité. Au contraire, avec la résolution criminelle, la faute morale apparaît et, avec elle aussi, indépendamment d'ailleurs de toute discussion sur sa nécessité ou son opportunité, la possibilité d'une répression sociale. Tout cela est, pour lui, naturel et logique.

Mais une pareille déduction n'est plus, ce semble, acceptable si la volonté humaine est soumise à une détermination impérieuse et fatale. L'intention criminelle par elle-même n'a plus alors, en effet, de valeur propre, car elle n'est plus une cause initiale d'action, mais simplement l'effet, le produit, la résultante de phénomènes antérieurs. La volonté n'est plus qu'un cas particulier de la loi générale de causalité, de la loi universelle de transformation des forces, elle naît sous la pression de mobiles et de motifs qu'elle continue purement et simplement; c'est donc à ces motifs qu'il faut remonter et tout autant aux causes de ces motifs, causes qui finalement se résolvent toutes dans le *tempérament* de l'agent. Et l'école lombrosienne de développer sa pensée :

Le crime est un phénomène physiologique ou mieux pathologique (5). L'individu est fatalement ce que le font ses antécédents héréditaires, sa constitution, son organisme physique. Le critérium de la criminalité doit donc

(5) Cf., les ouvrages de Lombroso; *L'homme criminel* (trad. fr. Regnier et Bournet.) *Nouvelles recherches de psychiatrie et d'anthropologie criminelle*; *L'anthropologie criminelle et ses récents progrès, etc.*

être, lui aussi, « pathologique ». La question n'est pas de savoir si l'agent a perpétré certaines actions dommageables qualifiées criminelles par la loi, ni même s'il a eu la volonté, s'il a formé la résolution de les accomplir : l'acte n'est rien, la volonté n'est rien, le tempérament est tout. C'est contre lui qu'il faut se garer et sévir, sans souci aucun des volitions coupables, du mal, du dommage qu'il a ou n'a pas encore engendrés ; car ces actions et ces résolutions, le tempérament criminel les contient pour ainsi dire en puissance et à quelque jour, l'occasion aidant, elles se produiront fatalement. Il serait inutile et dangereux d'attendre le mal, mieux vaut le prévenir que d'avoir à le réparer. Or, le juge a en main les éléments nécessaires à l'accomplissement de cette nouvelle mission. Le tempérament criminel, en effet, tient à des particularités physiologiques, à des anomalies, à des désordres organiques ; il se révèle donc par des signes extérieurs et visibles ; leur ensemble constitue une caractéristique sûre, un critérium certain d'appréciation.

33 bis. — Malheureusement on sait ce qui est advenu du fameux *type criminel* ainsi dégagé, on sait les attaques dirigées contre lui dès le Congrès de Rome (1885), puis à Paris en 1889, on sait enfin, avec la réserve intéressée de ses partisans, sa chute, sa déroute définitive au Congrès de Bruxelles en 1892 (6). — C'est que les faits,

(6) Cf. les *Actes du Congrès de Rome 1887*, et plus particulièrement les deux rapports suivants présentés au Congrès de Bruxelles : Dr Houzé et L. Warnot, *Existe-t-il un type criminel anatomiquement déterminé ?* E. Gauckler, *De l'importance respective des éléments sociaux et des éléments anthropologiques dans la détermination de la pénalité* (Archiv. d'anthrop. crim., t. VII, p. 547 et 523). — Jg. E. Gauckler, *Les tendances nouvelles du droit pénal et le troisième congrès d'anthropologie criminelle* (Revue crit., t. LIX, 1892, p. 603).

qui parlent plus haut que les théories, n'ont cessé de démentir en ceci les conclusions de l'école lombrosienne. Certes, les anomalies, les caractéristiques par elle découvertes et mises en lumière existent bien chez quelques criminels, mais elles ne constituent pas une règle immuable, fixe, constante, elles varient d'individus à individus, elles se retrouvent chez des gens parfaitement honnêtes. Le critérium est d'une insuffisance certaine (7).

L'avenir lui réserverait-il une meilleure fortune, il est permis d'en douter ; car le crime, s'il est un produit nécessaire, ne résulte pas uniquement de la constitution, de l'organisme physique. Le facteur anthropologique n'est pas le seul efficace dans sa genèse, il est à côté de lui d'autres influences plus importantes, plus déterminantes encore, les unes venant du milieu physique, les autres, et ce sont les plus décisives de toutes, du milieu social (8). Il est donc permis de croire, non seulement que le type criminel n'offre pas à l'heure actuelle, — comme le disent les positivistes les plus réservés, — mais qu'il n'offrira jamais assez de précision « pour faire du signalement d'un prévenu un argument contre lui ? »

(7) Cf., Houzé et Warnot, *op. et loc. cit.*; Tarde, *La criminologie comparée*, ch. I, § 5; Vidal, *Les principes fondamentaux de la pénalité*, p. 483 et s., 504 et s.; Proal, *Le crime et la peine*, p. 290 et s.

(8) Cette donnée de la prédominance des facteurs sociaux sur les facteurs biologiques et physiologiques est comme on sait une des idées fondamentales des juristes de la *terza scuola*. V. Carnevale, *op. cit.*; Alimena, *I limiti...* t. I, *passim*. Certains auteurs, Colajanni, Turati, ont même prétendu que le crime était uniquement déterminé par les facteurs sociaux, ce qui est manifestement exagéré. Cfr. E. Ferri, *Variations thermométriques et criminalité* (Archiv. d'anthrop. crim., II, p. 3. Jg. Tarde, *Une nouvelle école italienne ; le positivisme critique* (Archiv...., VII, p. 208) *Pro domo mea* (Archiv.... t. VIII, p. 274.)



Quoi qu'il en soit, — et cela nous suffit, — de l'aveu même de ceux qui croient encore à la possibilité de sa détermination future, le critérium est *présentement* inutilisable parce qu'impuissant à mener la répression là où elle serait bonne et utile : impossible par conséquent de l'accepter, impossible à moins de se résoudre à frapper sur des présomptions, des inductions plus ou moins problématiques, c'est-à-dire à moins d'entreprendre l'œuvre la plus arbitraire, la plus divinatoire et, partant, la plus compromettante qui soit pour la liberté, la sécurité des individus. — Quelle est donc et quelle sera donc peut-être toujours, pour le déterministe lui-même comme pour le spiritualiste, la première base, le premier point d'appui possible de la responsabilité et de la répression? Qu'il s'agisse de réprimer un fait de liberté ou la manifestation d'un tempérament fatalement dangereux et antisocial, c'est et ce sera toujours le *fait de volonté*. L'agent a eu conscience des conséquences de l'acte qu'il voulait accomplir, il les a prévues et voulues; voilà le fait accompli ou voulu rattaché à la personnalité de l'individu, voilà révélée et comme individualisée dans un acte palpable et tangible sa criminalité subjective, criminalité latente et peut-être préexistante dans l'individu mais jusque-là toute passive et insuffisante à permettre l'intervention de la répression.

Ainsi donc toute tentative punissable s'analyse, avant tout et nécessairement, dans une résolution, un fait de volonté; ce fait de volonté est la seule cause véritable de la répression, il est la seule possible, la seule légitime, que l'on se place sur le terrain classique et spiritualiste ou sur le terrain positiviste de l'école italienne. Ce fait marque la limite minima de la sphère dans laquelle la loi pénale peut légitimement se mouvoir. — Nous connaissons ainsi dans leurs grandes lignes tout au moins les consé-

quences du concept subjectif et, par là même, l'organisation pratique et législative de la répression à laquelle logiquement ce concept conduit. Il suffit apparemment d'une rapide comparaison de ces conséquences logiques, avec les déductions même illogiques, à notre avis, du concept objectif, pour apercevoir de suite combien les premières sont plus favorables à la répression, et partant, ce semble, plus satisfaisantes, plus rassurantes pour la paix, la sécurité publiques.

*
* *

34. — Et pourtant, voici que, de tous côtés, s'élèvent contre un pareil système de multiples objections, et, à vrai dire, nous n'apercevons pas une seule des conclusions auxquelles nous avons abouti, qui ne soit l'objet des plus vives critiques. Le système, avons-nous dit, est plus rassurant pour la paix et la sécurité publiques; n'est-ce pas là une pure apparence? Il est sans doute favorable à la répression, mais la sécurité est-elle donc si intimement liée à la répression qu'elle ne puisse jamais être assurée que par elle? Est-ce que la lutte contre le crime ne s'organise pas, non seulement par l'application de peines, plus ou moins sévères, mais encore par l'absence de peine et le pardon? Est-ce que dans le cas même de la tentative nous ne voyons pas la société pardonner au coupable qui volontairement s'arrête dans l'exécution criminelle? Or, à cet égard; est-ce que la théorie subjective ne méconnaît point le besoin, l'utilité de cette impunité en réclamant une intervention aussi hâtive de la loi pénale? Si la volonté légitime la répression, dès le moment où elle devient certaine, irrévocable, n'est-il pas logique d'enlever au désistement volontaire toute efficacité; reste-t-il même une place quelconque pour ce désistement volontaire?

Au surplus, cette répression hâtive de toute volonté criminelle irrévocable, à supposer qu'elle soit justifiée, en principe ; ne serait-elle point, en fait, singulièrement compromettante pour la sécurité individuelle, — cette autre face de la sécurité publique ? Le législateur peut-il donc sans danger autoriser le juge à punir tout fait quelconque d'où ressortira la volonté, même indéniable, d'obtenir tel résultat réputé criminel par la loi ; peut-il renoncer à déclarer, lui-même, quels actes matériels devront être accomplis pour qu'une peine soit applicable ? Ne vaut-il pas mieux pour la tranquillité des individus laisser quelques coupables impunis que d'ouvrir la porte toute grande à l'arbitraire, aux suspicions les plus hasardées, aux accusations et peut-être aux condamnations les plus injustifiées ?

Et puis encore, si la répression est juste et utile dans certaines hypothèses où l'infraction s'est trouvée irréalisable ; l'est-elle donc toujours et partout, et ce paysan de Feuerbach, qui pour se débarrasser d'un ennemi allait demander sa mort à une chapelle voisine, méritait-il donc les foudres de la vindicte publique ?

Enfin cette assimilation dans la pénalité de la tentative et du crime consommé n'est-elle donc pas condamnée chaque jour par le sentiment populaire ? N'est-elle pas bien faite également, loin de le ramener au bien, pour pousser l'agent dans la voie du mal, où il courra tout au moins la chance de voir satisfaits ses desseins mauvais, sans courir en même temps le risque d'un châtement plus sévère ?

En résumé, n'avons-nous pas jusqu'ici légiféré pour une société purement idéale ; le système dont nous avons déterminé les grandes lignes, n'a-t-il pas pour seul mérite sa conformité avec les données rationnelles et logiques ; n'est-il pas radicalement insusceptible de toute

consécration positive et pratique ? Voilà la question. Elle se ramifie comme on voit en des difficultés délicates et nombreuses et c'est, avant tout, à leur étude, que nous entendons consacrer les développements qui vont suivre. Nous connaissons les conclusions de la logique et de la raison pure, il faut examiner celle de l'opportunité pratique — qui est aussi de la logique bien entendue. Sans souci systématique de maintenir envers et contre tout l'édifice que nous venons de construire, il faut examiner la portée véritable de toutes ces considérations, il faut rechercher quelle part exacte il convient de leur faire dans une théorie législative de la tentative. A cet effet, nous savons que la considération des solutions du droit moderne trouve là sa place naturelle. Mais nous savons aussi que la connaissance de la législation positive actuelle reste imparfaite, insuffisante si elle n'est préparée par celle des précédents historiques. Examinons donc comment, au cours des temps, le législateur a concilié les différentes idées que cette matière met en présence ; comment il a résolu les multiples et difficiles problèmes qu'elle soulève.

CHAPITRE II

LES DONNÉES HISTORIQUES

SECTION I

LE DROIT ROMAIN

35. — Si nous remontons, tout d'abord, jusqu'à ces époques lointaines où les sociétés ne sont encore qu'au premier stade de leur organisation, impossible, bien certainement, d'y trouver ce que nous appelons une théorie de la tentative. Concevoir et formuler des conditions générales d'incrimination et de pénalité n'est point le fait d'intelligences primitives : il y faut une autre expérience dans l'observation des faits, une autre habitude dans la conduite du raisonnement. Toute théorie présuppose un développement considérable de l'abstraction, chose complètement ignorée des âges primitifs.

D'ailleurs, ce n'est pas seulement une *théorie*, mais la *répression* même d'un acte de tentative que nous ne saurions rencontrer à cette époque. Alors, en effet, le droit se débat encore dans un matérialisme absolu (1). L'individu ne se sent atteint que par le fait dommageable seul ; c'est contre cet unique dommage qu'il réagit, — sans, du

(1) V. sur le matérialisme du droit primitif, Ihering, *De la faute en droit privé, passim* et spécialement p. 39, n° 83.

reste, aucun souci de l'intention qui a guidé l'agent (2). Il faut donc qu'un *mal effectif* se soit réalisé ; or, par définition même, la tentative implique absence de tout dommage, de tout mal, elle échappe donc à la répression (3). C'est le concept objectif dans toute sa plénitude. Aussi bien, quand plus tard la coutume ou la loi s'intéressent elles-mêmes à la répression des méfaits, la solution n'est point différente. L'offensé peut obtenir réparation et punition du coupable, mais à la condition d'avoir éprouvé un dommage réel. Le *délit privé* suppose la réalisation matérielle d'un mal, la lésion effective d'un droit (4). Là, par conséquent, où, comme au cas de simple tentative, cette lésion n'existe pas, toute réparation, toute répression sont encore également impossibles. Telle fut, à l'origine, la solution romaine (5).

(2) Cpr. *infra* n° 44, not. 6.

(3) C'est la conception matérialiste du droit primitif en général, et c'est aussi, selon toute vraisemblance la conception première de la Rome primitive. Si les documents font défaut pour l'établir d'une façon directe, les résultats auxquels sont arrivées les recherches comparatives de l'érudition contemporaine ne permettent guère d'en douter. Cpr, d'ailleurs, la loi certainement exceptionnelle attribuée à Numa et que rapportent Festus v. Parricid et P. Diacre, ed. Müller p. 221, v. Parricid. quest. Cf., Humbert, *De la tentative d'après le droit criminel des Romains* (Recueil de l'Acad. de législ. de Toulouse, 1862, p. 417).

(4) Cf. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1896, p. 380.

(5) V. L. 1, § 2, D., *quod quisque*, II, 2 *in fine* : « *Consummatam injuriam, non ceptam... quid enim officit conatus cum injuria nullum habuerit effectum ?* » L. 15, § 10, 17 D *de injur.* XLVII, 10. La solution est expressément donnée pour le *furtum*, L. 1, § 1. D., *de furt.* XLVII, 2. « *Sola cogitatio furti faciendi non facit furem* ». Offilius voulant assimiler le vol de quelques mesures de grain ou d'huile enlevées d'un grenier ou d'une barrique (vol tenté) au vol du tout, Ulpien soutient au contraire : « *Verum est in tantum eos furti actione teneri quantum abstulerunt* » V. L. 21, pr., D., *de furt.*,

36. — Mais une telle conception ne peut tarder à se modifier. Peu à peu, en effet, l'État s'organise et prend conscience de son rôle en même temps que de son intérêt. A côté de l'utilité privée du particulier à obtenir le châtiment du coupable apparaît alors un intérêt plus général, celui de la société elle-même. Le criminel doit compte de son méfait non seulement à sa victime, mais encore à la collectivité au sein de laquelle il a jeté le trouble et l'alarme. A côté du *délit privé*, voici donc que prend naissance et se développe la notion d'un *délit public*, celui-ci puni d'une peine sociale (6).

Puis de bonne heure, l'État sent la nécessité de réprimer certains faits qui, pour n'avoir entraîné aucun préjudice effectif, n'en sont pas moins compromettants pour la sécurité publique : tels les faits dangereux pour la sûreté et l'existence même du pouvoir, de la nation, les manquements à la discipline militaire, chose si importante à cette époque (7). Et, comme de tels faits doivent être réprimés indépendamment de tout résultat,

XLVII, 2. Contrairement aux précédents, Justinien admit des exceptions à la règle. Il y reviendra parfois lui-même; ainsi dans le cas de corruption de l'esclave dans le but de l'enlever où il déclare que *secundum juris regulas furtum quidem non est commissum* V. L. 20, de *furt.*, C., VI, 2.

(6) Cf. Girard, *op. cit.*, p. 382.

(7) Par exemple, les réunions d'hommes la nuit, *cætus nocturnos agitare*, le fait d'appeler les ennemis, *hostes arcessere*, la trahison (V. L. 3, D., *ad. leg. Jul. maj.* XLVIII, 4), les violences, les séditions, l'excitation à faire prendre aux alliés les armes contre Rome. Par exemple encore dans le second ordre d'idées l'effort fait pour se soustraire au service militaire, s'insurger, se tuer ou donner la mort à ses compagnons, l'apparence d'abandon ou de lenteur à porter secours aux siens (V. LL. 1; 4, § 10 et 11; 6, D., *de re milit.*, XLIX, 16; L. 38, § 12, D., *de penis*, XLVIII, 49). Cf. sur tous ces points Nicolini, *De la tentative* (Revue critique....., t. XIX, 1861, p. 235).

puisque leur achèvement qui serait leur réussite, aurait pour conséquence de leur assurer l'impunité (8). L'État doit du même coup s'apercevoir que la société n'est point seulement troublée et mise en péril par l'acte matériellement dommageable, mais qu'elle l'est aussi par l'attentat non suivi d'effet, ou encore par la volonté criminelle, dès qu'elle s'est manifestée dans des actes matériels, ces actes fussent-ils restés inefficaces.

37. — Est-ce à dire qu'en possession de ces idées premières les juristes romains aient peu à peu et progressivement découvert et résolu les différents problèmes que soulèvent cette matière de la tentative? Est-ce à dire qu'ils aient élaboré sur ce point une théorie générale? Et même, sans penser qu'ils l'aient formulée en termes exprès, cette théorie se dégage-t-elle, claire et certaine, des solutions particulières que les textes nous ont transmis? — La question est célèbre : reprise à toutes les époques, elle a toujours profondément divisé les juristes. A l'heure actuelle cependant, le débat paraît bien définitivement tranché, et en ce sens qu'il n'exista jamais en droit romain et qu'il est impossible de dégager des

(8) C'est cette nécessité d'une répression plus prompte dans toutes ces hypothèses que Caton le Jeune mettra plus tard fortement en relief lorsqu'il soutiendra contre César que *more majorum* le dernier supplice est dû aux complices de Catilina : « Ce mode suprême de châtiment est moins de droit civil que de droit politique. Nous ne devons pas aujourd'hui décider froidement quelle peine répond à la prise des armes contre la patrie, le sujet par lui-même exige qu'on délibère comment on peut prévenir le danger, plutôt que sur la manière de punir les auteurs : car il est bien vrai que vous ne poursuivez les autres méfaits que lorsqu'ils sont consommés, mais quant à ce crime : si vous ne prenez vos mesures pour qu'il n'arrive pas à effet, vous imploreriez vainement la justice ; *cætera tum persequare ubi facta sunt ; hoc nisi provideris ne accidat, ubi evenit, frustra judicia implores.* » V. Sall., *De conj. Catil.*, c. 52.

textes, aucune conception générale du problème que nous envisageons (9).

Que trouvons-nous en effet dans les textes romains? — Incontestablement, certains d'entre eux prévoient quelques-unes des difficultés de cette matière. Les expressions mêmes du droit moderne semblent empruntées aux jurisconsultes de Rome, puisque sous leur plume nous en trouvons d'identiques : *perfectum flagitium*, *commissum consummatum*, *attentare*, *voluntas sceleris*, *consilium inchoatum*, *conatus*. — Un texte semble faire la distinction entre ce que nous appelons les actes préparatoires et

(9) Les Glossateurs ne mirent point en doute l'existence d'une semblable théorie. V. *infra*, n° 43. Plus tard, Cujas, *Observat.* VIII, 32; XV, 25 et Antoine Matthæus, *Comment, ad. lib. Pand.* XLVII, XLVIII, Amsterdam, 1644, professèrent la même opinion, v. *infra*, n° 47. Elle trouvait encore, au début du siècle, de savants défenseurs en Allemagne. V. Cropp, *De præceptis juris romani circa puniendum concitum delinquere*, Heidelberg, 1813; Wachter, *Lehrbuch des Römischen deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1825-1826, p. 438 et s. Cependant, dès le xv^e siècle, nous voyons quelques romanistes s'élever contre cette opinion et notamment le jurisconsulte hollandais Bynkerskooëk, *Observat. jur. rom.* III, 40, app. 1, p. 72. Au xviii^e siècle, en Italie, le problème à nouveau posé est, cette fois, résolu contre la tradition, et c'est contre elle encore que s'est prononcée la doctrine la plus récente et particulièrement la doctrine allemande. V. Heffter, *Lehrbuch des Gemein. deutsch. crim. Rechts*, Halle, 1883, p. 82, Mittermaier sur Feuerbach, *Lehrbuch...* p. 39, 48; Rein, *Das Criminalrecht des Römer*, p. 121-133; Baumgarten, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, p. 110 et s.; Pernice, *Labeo*, II, p. 105; Seeger, *Versuch des Verbrechens nach römischen Recht*, 1879. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 8^e édit., 1897, p. 200, 208. Jg. Humbert, *De la tentative...* (Rec. de l'Acad. législ. de Toulouse, 1862, p. 406 et s.) Carrara, *Studi del delitto perfetto*, p. 100, 101, Biagio Brugi, *La teorica del conato e l'influsso dei romanisti a proposito della recente opera del dott. Cohn*. (Archivio juridico, 1880, t. XXV, p. 434 et s.)

les actes d'exécution (10). — Ulpien proclame la règle que nous retrouverons précieusement conservée par le droit actuel de l'impunité de la simple résolution criminelle. *Cogitationis pœnam nemo patitur* (11). — Enfin quelques textes, s'attachant plus particulièrement à punir dans le fait l'intention coupable de l'agent, édictent contre certains actes de tentative la peine même du crime consommé (12).

38. — Mais ces quelques constatations sont-elles donc suffisantes pour permettre de conclure à l'existence d'une

(10) V. L. 21, 7, *de furt*, XLVII, 2 : « Qui furti faciendi causa conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causa intravit. Quid ergo? Qua actione tenebitur? Utique injuriarum. aut de vi accusabitur... »

(11) V. L. 48, D. *de pœn.* XLVIII, 49. — C'est ce que Caton établissait déjà dans son discours pour les Rhodiens : « Neminem qui malum facere voluit plecti æquum esse, nisi quod factum voluit fecerit. » Cf., Aulu-Gelle, *Nuits attiq.*, VII, 3. — Tryphonius pose également le même principe. L. 225, D. *de Verb. sign.*; L. 16, Jg., L. 5, D., ad S-C. Turpill., XLVIII, 46; LL. 46, 21, § 7, C., de V. S. VI, 38. Cf. Humbert *op. et loc. cit.*, p. 418-419.

(12) Ainsi en est-il à l'égard des faits prévus par la loi Cornelia de « sicariis » : « qui cum telo ambulaverit hominis necandi causa, sicut « is qui hominem occiderit », « qui venenum necandi hominis causa fecerit, vel vendiderit, vel habuerit » V. LL. 1, pr. §§ 1 et 3; 3, D., *ad. leg. Corn.*, XLVIII, 8; 7, C., *ad. leg. Corn.*, IX, 16; Paul, *Sent.* V, 23, n°s 2 et 3. Ainsi en est-il encore de la tentative de parricide V. L. 1, *ad leg. Pomp.*, XLVIII, 9 : « Ejus legis pœna adficitur.. et de « præterea, qui emit venenum, ut patri daret, quamvis non potuerit « dare. » — *du rapt* V. 5, C. *de Episcop.* I, 3 : « Si quis non dicam « rapere, sed attentare tantum jungendi causa matrimonii sacratis « simas virgines, ausus fuerit, capitali pœna feriat. » ; — *des violences* (Loi Julia de vi) V. spécial. LL. 1, pr. ; 3, pr. et § 1; 10 pr., D., *ad leg. Jul.* XVIII, 6; Paul, *Sent.*, V. 26.; — *du plagium* (Loi Fabia). Paul, *Sent.*, V. 30. Cf. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, p. 587; — *du faux* (Loi Cornelia de falsis) V. L. 6, pr. *de leg. Corn.* XLVIII, 10; Paul, *Sent.* V. 25.

théorie romaine de la tentative? — Il ne suffit pas, en effet, de constater les expressions des juristes, il faudrait prouver qu'elles ont eu dans leur pensée un sens technique et précis; que ceux dont elles émanent ont entendu établir entre elles une antithèse, non pas apparente, mais réelle, un contraste non pas de pure forme, mais de signification, de sens juridique. Or, cela, rien ne permet de l'établir. Le droit ancien tout au contraire était écrit pour des cas généraux et vagues, les termes n'y avaient point alors un sens nettement déterminé, mais un sens large susceptible d'englober tout un ensemble d'idées et de situations (13). Sans doute, les expressions se précisèrent peu à peu et se spécialisèrent, mais il ne nous paraît point qu'elles aient eu jamais, en notre matière, ce sens technique, mathématique presque, que leur a donné le droit moderne et qui est, à n'en pas douter, la première condition indispensable à l'élaboration de toute théorie scientifique, quelle qu'elle soit.

Quant aux textes qui punissent des actes de tentative à l'égal du crime consommé, ils ont leur contre-partie exacte dans ceux qui, tout au contraire, préoccupés davantage de l'importance matérielle des faits (14), établissent une différence très nette entre les deux situations (15). L'analyse, en effet, ne découvrent en tous ces textes ni principes ni exceptions, mais une série de solutions purement et simplement contradictoires (16).

(13) Cf. Humbert, *op. et loc. cit.*, p. 420. Nicolini, *De la tentative*. (Revue critique... t. XIX, 1861, p. 234).

(14) V. sur ce point l'importante Loi 48, §§ 1, 7, 8, D. *de penis* XLVIII, 49.

(15) V. par exemple, L. 1, § 2, D., *de extraord. crim.* XLVII, 41... « *perfecto flagitio punitur capite; imperfecto, in insulam deportatur.* »

(16) Et c'est pourquoi l'opinion soutenue par quelques-uns que loin

39. — Enfin, à l'égard de la distinction toute spéculative des actes préparatoires et des actes d'exécution, un mot suffira : le droit romain ne paraît nulle part la soupçonner. Jamais, en effet, nous ne voyons les textes établir un rapport, une opposition, une comparaison entre le crime arrivé à sa consommation pleine et entière et les actes qui préparent ou commencent à réaliser cette consommation. Et vraiment si la législation romaine avait, en thèse, consacré l'impunité des actes préparatoires, il

de punir, en principe, la tentative comme le crime même, les Romains, au contraire, atténuèrent en principe la peine au cas de tentative, est tout aussi inexacte que l'autre. V. la thèse soutenue par Nicolini, *op. et loc. cit.*, p. 230 et s. Cf. Carrara, *Studi del delitto perfetto*, *loc. cit.*... — Certains ont cru parfois aussi à l'existence en droit romain de deux principes de solution ayant chacun un domaine bien déterminé. La double série de dispositions que présentent les textes correspondrait aux deux grandes catégories d'incriminations que connut la législation romaine : les *crimina ordinaria* et les *crimina extraordinaria*. Et voici l'explication. La loi elle-même avait défini les premiers, elle en avait déterminé les caractères, la procédure, elle avait fixé la peine applicable. Le juge, enchaîné par les textes, sans pouvoir d'appréciation, ne pouvait que prononcer la peine légale : c'était le plus souvent une peine identique à celle du crime consommé. Mais au contraire, dans les *crimina extraordinaria*, plus de réglementation légale et, par conséquent, souveraineté du juge qui ne manquait point alors de prononcer contre l'auteur de la tentative une peine atténuée. (V. Wachter, *op. cit.* Ortolan, *Eléments...* I, n° 1014, p. 461; Chauveau et Hélie, *Traité...* I, n° 240, p. 381.) L'explication est malheureusement insuffisante, et il est facile de s'en rendre compte, en considérant que, même en matière de *crimina extraordinaria*, la peine des actes de tentative varie suivant les espèces : nous la trouvons, tantôt moins forte (V. texte précité, not. 15), tantôt égale à celle du crime consommé (V. L. 1, pr. D., de *extraord. crim.*, XLVII, 41). Le fait est parfois puni comme injure (V. Paul, Sent. V. 4, 8 pour le cas des malfaiteurs (*directarii*) qui s'introduisaient clandestinement dans une maison pour y voler; V. 12, 6, pour ceux qui s'emparaient injustement de la possession des biens d'un tiers.)

faudrait encore et manifestement reconnaître, que les textes nous présentent beaucoup plus tôt la méconnaissance que la consécration et l'application du prétendu principe (17). La règle d'Ulpien elle-même : *cogitationis pœnam nemo patitur* — la seule qui nous apparaisse en cette matière vraiment et nettement dégagée (18)

(17) Cfr. *suprà* note 12.

(18) Ce n'est point que les textes aient manqué pour argumenter contre elle, mais nous les croyons absolument dénués de la force probante qu'on leur a parfois attribuée. Il en est d'abord toute une classe qu'il faut écarter parce qu'ils apparaissent à la lecture comme de pures déclamations de rhéteurs, plus ou moins fantaisistes, sans précision rigoureuse et scientifique. V. par ex. Cicéron, *Pro Milone*, c. 4, 6, 8 : « Quid porro quaerendum est? Factum ne sit? At constat. A quo. At patet? Controversia nulla facti; juris est disceptatio: causa quaerenda est, non telum. » Servius, sur le vers 624 du liv VI de l'*Enéide* « ausi omnes immanæ nefas; ausoque potiti » : « Illic sunt et qui fecerunt et qui conati sunt. Dicit autem (Virgilius) secundum romanum ritum in quo non tantum exitus punitur, sed etiam voluntas » (Cpr. d'ailleurs en sens différents sur ce passage : Cujas, *Observat.*, lib. VIII, cap. xxii; lib. XIV, cap. xxv et Bynkershoek, *Observat. jur. rom.*, lib. III, cap. x). Apulée, *Florid.*, 3 : « Omnibus bonis in rebus, conatus in laude, casus in eventu est, et contra in maleficiis etiam cogitata scelera adhuc vindicantur, cruenta mente pura manu. » Sénèque, *Declam.* VII : « ...omnia scelera, etiam ante effectum operis, quantum culpæ satis est perfecta esse. » Quintilien, *Declam.* 274 : « ...insidiatus civi, et si non effecerit scelus, pœnas tamen legibus solvit. » Jg. *Valère-Maxime*, VI, 18 et la C. 6, C., *de his qui ad eccl.*, 1, 12 où les mots *nuda cogitatio* sont une figure de rhétorique que viennent corriger les suivants « atque tractatu ausi fuerint tentare. Cf. Humbert, *op. et loc. cit.*, p. 419, 422; Nicolini, *op. et loc. cit.*, p. 242. — D'autres textes émanés de juriconsultes, bien qu'en contradiction apparente avec le principe d'Ulpien, doivent être entendus cependant en conformité avec lui. Et, par exemple, quand nous lisons sous la plume de Paul (*Sent.* V, 23, 3.) : « Qui hominem occiderit aliquando absolvitur et qui non occidit, ut homicida damnatur, consilium enim uniuscujusque non factum punicudum est », nous ne devons point admettre que le juriconsulte

— devait recevoir du Bas-Empire les atteintes les plus graves (19).

* *

40. — Il faut donc renoncer à rattacher les solutions des textes romains à un concept quelconque d'ordre abstrait et scientifique. Le législateur et le juriconsulte romains n'ont nullement agi sous l'empire d'une idée préconçue, ils n'ont pas cherché à conformer leurs solutions à un système rationnel et philosophique dont ils auraient poursuivi l'application. Les âges postérieurs seuls pourront comprendre et mener à bien un travail semblable; les législations anciennes ne peuvent s'élever à de si abstraites considérations: elles n'ont qu'un guide, la nécessité du moment.

Suivant les temps et les circonstances, la répression se fait plus étroite ou plus large dans l'incrimination, plus clémente ou plus sévère dans la pénalité. C'est ainsi qu'aux époques troublées, le besoin se faisant sentir de moyens plus efficaces pour le rétablissement de l'ordre, de la paix publique, nous voyons des lois intervenir et déclarer punissables, non seulement des crimes totalement

ait entendu déclarer punissable la *nuda cogitatio*. Paul, tempo-conrain d'Ulpien, n'a pu vouloir dire rien de semblable mais tout simplement ceci, que pour punir un fait donné, il fallait nécessairement rechercher l'intention, la volonté de son auteur, cette volonté pouvant seule donner au fait son exacte signification. (C'est la réponse de Rein, *op. cit.*; V. aussi Humbert, *op. et loc. cit.*, p. 419; Nicolini, *op. et loc. cit.*, p. 228-229). — Le célèbre rescrit d'Hadrien : « Divus Hadrianus in hæc verba rescripsit : *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus* » n'a pas un sens différent. La décision est identique en la forme (V. L. 1, § 3, D., ad leg. Corn., XLVIII, 1) et au fond à celle de Paul. L'ensemble du texte montre, d'ailleurs, à n'en pas douter, qu'il est une décision toute d'espèce.

(19) V. *infra*, notes 21, 22.

exécutés, mais encore des actes de tentative et de simples actes préparatoires; non seulement le meurtre, l'empoisonnement, l'avortement réalisés, mais encore le fait de celui qui, dans une intention homicide, attend sa victime le fer à la main (20), l'absorption du poison, même non suivie d'effet, sa composition, sa vente, son achat, sa possession (21); la tentative d'avortement même de la part de ceux *qui dolo non faciunt* et alors même que *mulier aut homo non perierit* (22). C'est ainsi qu'au Bas-Empire, époque de violences, de séditions intérieures, d'invasions étrangères, alors que le pouvoir croule dans la faible main des empereurs, nous voyons ceux-ci faire appel à une rigueur inconnue jusque-là. C'est alors qu'apparaissent ces lois de Majesté et sur la brigue qui punissent à l'égal des plus grands forfaits tout écrit, toute parole, tout geste, toute pensée même contre l'empereur ou ses ministres, *pars enim corporis nostri sunt* (23).

(20) V. 7 C., *ad leg. Corn.*, IX, 16 et *suprà* note 12. D'ailleurs, après Sylla, cette sévérité se relâcha vraisemblablement: c'est ainsi que nous voyons rester impuni, malgré ses aveux, l'esclave que Clodius avait envoyé pour tuer Pompée dans le temple de Castor: « *Insidia-tor erat in foro collocatus atque in vestibulo ipso senatus; nisi vero quia perfecta res non est, non sint punienda* » Cicéron, *Pro Milone*.

(21) V. L. 3, *ad leg. Corn.* D. XLVIII, 8, L. § 1 Dult., *de leg. Pomp.*, XLVIII, 9. Chez les juifs, il était également défendu à toute personne de conserver du poison chez elle sous peine d'être condamnée à l'avalier et à subir ainsi la mort qu'on présumait qu'elle avait eu l'intention de donner à autrui. Cf. Sautter, *Etude sur le crime d'empoisonnement*, th., Paris, 1896.

(22) V. L. 38, § 5, *de pœnis*, D. XLVIII, 19. Jg. L. Cornet, *de falsis*, D. L. 1, § 2; L. 23.

(23) « *Eadem enim severitate voluntatem sceleris qua effectum puniri jura voluerunt* ». — « *Neque aliud inter cœptum ambitum atque perfectum esse, cum pari sortii leges scelus quam sceleris puniat voluntatem* ». Cf. 5, C., *ad leg. Jul.*, IX, 8; L. 1, *ad leg. Jul. de amb. C. Théod.*, IX, 26; LL. 7, 3; 10; D., *ad leg. Jul.*, XLVIII, 4; L. un., C.

Qu'est-ce que tout cela? De pures décisions d'espèces. Ce que les textes prévoient et répriment, — leur simple lecture suffit à s'en rendre compte, — ce sont tout simplement des faits matériels isolés, envisagés distinctement et en eux-mêmes, comme autant d'infractions parfaites, consommées, sans souci d'aucun rapport à établir entre ces faits et un délit subséquent auquel ils pourraient normalement conduire, et pris pour type général de l'incrimination. Sous l'empire d'un besoin urgent, on incrimine tels ou tels faits, et il se trouve que parmi eux certains sont en réalité de simples actes préparatoires; on les punit de telle ou telle peine, et il se trouve que la même peine atteint l'acte en lui-même et les conséquences réalisées de ce même acte. Voilà le procédé (24); il est tout empirique et aussi loin que possible des conceptions théoriques et synthétiques de la science juridique moderne (25).

si quis imperat. maledix., IX, 7. Paul, *Sent.*, V, 29, 1 et 2. C'est ici, comme l'a observé Montesquieu, toute une législation susceptible de justifier la conduite de Denys le Tyran faisant mettre à mort l'un de ses sujets coupable d'avoir rêvé qu'il l'assassinait. V. *Esprit des lois*, XII, 11. Cf. Champconmunal, *op. et loc. cit.*, p. 42, n° 1.

(24) C'est ainsi que dans un cas spécial et unique, croyons-nous, nous voyons la loi romaine assurer l'impunité à celui-là qui s'est désisté volontairement au cours de son crime. V. L. 19, *ad leg. Corn. de fals.*, D. XLVIII, 10: « *Qui falsam monctam percusserint, si id totum formare noluerunt suffragio justæ pœnitentiæ absolvuntur.* » Solution généralisée par le droit moderne. Cfr. *infra*, nos 128 et s.

(25) Ce procédé nous est révélé avec évidence par la forme même des lois romaines qui nous sont parvenues. On voit les Romains renfermer dans une même loi, en des *capita* divers, les incriminations les plus disparates. Et c'est ainsi que la seule loi Cornelia *de sicariis* prévoit et punit, tout à la fois, le meurtre, l'incendie, le fait de celui « *qui cum telo ambulaverit* », le magistrat qui s'efforce de déterminer un faux témoignage, celui qui reçoit de l'argent pour condamner un innocent. Qui a déterminé une pareille complexité, sinon les besoins du moment? Cf., Humbert, *op. et loc. cit.*, p. 421.

41 — Au surplus, comme on sait, le droit pénal n'atteignit jamais à Rome qu'un développement fort restreint et sans rapport avec celui auquel parvint le droit civil. La majeure partie des problèmes qu'il soulève échappèrent toujours aux juristes romains et, lors même qu'ils les auraient aperçus, il est permis de douter qu'ils eussent apporté à leur solution toute la logique et l'impartialité désirables. Un obstacle s'opposait à l'édification de toute *théorie* en ces matières : c'était le despotisme impérial. Il ne lui fallait point de systèmes nettement précisés et déterminés, mais plutôt des règles larges et élastiques susceptibles de justifier toujours les exigences du caprice ou de l'intérêt. Il fallait que l'empereur puisse, si bon lui semblait et comme le fit Auguste, se borner pour toute punition à éloigner du toit paternel un fils coupable de tentative de parricide (26). — Il ne pouvait donc y avoir à Rome de théorie générale, en notre matière, ni dans la loi proprement dite, ni dans les œuvres des juristes : comme on l'a dit, « l'inconsistance du sol sur lequel travaillaient ces infatigables dialecticiens eût fait chanceler à chaque instant les constructions de leur édifice scientifique » (27).

(26) V. Sénèque. *De la clémence*, I, 5 *in fine* : « ... mollissimo « poenæ genere contentus in impulso in id scelus, in quo se, quod « proximum esset, ab innocentia, timide gessisset ». — Cela rappelle la solution de Platon, lequel, après avoir déclaré de l'assassin, qui, voulant tuer, a simplement blessé, « qu'il ne mérite ni grâce, ni compassion et peut être accusé en justice comme meurtrier », se borne pourtant à l'envoyer vivre dans quelque Etat voisin, lui laissant même la jouissance de son bien le reste de ses jours... par égard pour le génie qui, ayant pitié du coupable et du blessé a détourné de celui-ci le coup mortel et a épargné à celui-là le sort le plus funeste. » V. *Traité des lois*, liv. IX. *Œuvres complètes*, trad. V. Cousin, VIII, p. 198. Cf. Ortolan, *op. cit.*, I, n° 1000, p. 453.

(27) Cf. Humbert, *op. et loc. cit.*, p. 427.

42. — Mais si la législation romaine ne connut jamais un système complet, général et harmonique en matière de tentative, des quelques textes qui prévoyaient et punissaient certains actes de tentative semblaient bien se dégager deux notions initiales. C'était d'une part le principe proclamé par Ulpien de l'impunité pour les simples pensées et les résolutions criminelles. C'était, d'autre part, cette notion plus vague, mais pourtant également certaine, qu'au fur et à mesure des progrès de la civilisation le législateur est fatalement amené à prendre davantage en considération dans l'acte délictueux l'intention même de l'agent, à placer la source, le point d'origine de la responsabilité, beaucoup plus dans la faute elle-même que dans ses conséquences matérielles et dommageables. — Ces premières données allaient être, sous la plume des glossateurs, le point de départ et la base d'une élaboration plus savante et plus synthétique ; à ce titre, peut-être, pensera-t-on qu'il n'était pas inutile de les remettre quelque peu en lumière.

SECTION II.

L'ANCIEN DROIT

43. — La notion de la tentative, telle qu'elle se dégage des écrits des *Glossateurs* (1), nous apparaît assez

(1) V. Azo, *Comment. in codic. ad. L. 5, C. ad leg. Jul. maj.* ; Accursius, *Glose sur L. 5, C. de episc.*, I, 3 ; Odofredus, sur l. 5, *de episc.*, I, 3 ; Alberti del Gandino, *Libellus de maleficiis, rubriq., de penis reorum*, n° 2 ; Menocchius, *De arbitriis judiciis, quaest. II, cas. 360* ; Angelo Arellino, *De maleficiis tractatus, rubriq. de penis reorum*, n° 5.

nettement caractérisée : c'est une notion toute subjective. Pour eux ce qui est punissable dans une action criminelle, c'est beaucoup moins cette action elle-même que la volonté; l'intention coupable dont elle est la manifestation externe (2). A cet égard, déjà, leur définition de la tentative punissable est topique : *cogitare, agere sed non perficere*, l'agent a voulu réaliser son crime, il a fait quelque acte matériel pour y aboutir, mais il n'a pas réussi, il n'est pas parvenu à l'exécution complète (3). Avant tout, ce que l'on met en relief, c'est la volonté du coupable, car c'est elle l'élément essentiel qui donne ouverture à la pénalité, et c'est pourquoi le domaine de la tentative punissable prend ici une extension aussi considérable. Il faut que le criminel ait agi et en effet s'il s'est borné à vouloir son méfait, il n'a causé aucun trouble social, et la glose reproduit le principe d'Ulpian, que la pensée, le dessein criminel doit échapper à toute répression. Mais quand ce dessein s'est manifesté au dehors,

(2) V. sur la conception des Glossateurs : Baumgarten, *op. cit.*, p. 65; Seeger, *Die Ausbildung der Lehre vom Versuch der Verbrechen in der Wissenschaft des Mittelalters*; Cohn, *op. cit.*, I, p. 110-112; Brugi, *op. et loc. cit.*, p. 442; Saleilles, *op. cit.*, (Rev. pénitent. 1897, p. 332); Eisenmann, *op. cit.* (Zeitschrift. d. ges. Str. W. 1893, p. 496, § 16) (*Die Glosse und die italienische Praxis*); Liszt, *Lehrbuch.*, § 45, p. 204.

(3) Cf. les auteurs précités, *suprà*, note 1. Voici d'ailleurs comment s'exprime la Glose, c'est, en peu de mots, tout le système. V. Ad., l. V. C. 1, 3 : «... aut quis cogitavit tantum delinquere, et ad actum « non processit, et tunc non punitur (nam primi motus non sunt in « potestate nostra). Aut ad actum processit, et tunc aut perduxit ad « effectum, et indubitanter punitur, sive utatur sive non. Aut non « perduxit, et tunc aut quia noluit et hoc casu ei parcitur : aut quia « non potuit, et tunc aut erant atrociora : et hoc casu punitur, ac si « ad effectum perduxisset : aut non erant atrociora et hoc casu non « punitur : et hoc casu aut non desiderant juris efficaciam, aut desi- « derant : et hoc casu quis non punitur. »

peu importe la nature des actes par lesquels l'agent a cherché à le réaliser, peu importe que ces actes soient éloignés ou rapprochés de la consommation du méfait voulu, peu importe leur gravité matérielle. Le passage de la volonté à l'acte, *processus ad actum* voilà la matière même de la répression et voilà également le point initial de la tentative : son domaine se trouve ainsi comprendre l'espace entier qui sépare le moment de la décision criminelle du moment de la consommation, c'est une conception subjective au premier chef.

En ce qui concerne la pénalité, les tendances subjectivistes des glossateurs, devaient les amener au principe, que l'on sait, de l'assimilation entre la tentative et le crime consommé, et ce fut, en général tout au moins (4), la solution qu'ils défendirent. Ils le firent même avec d'autant plus de force qu'ils crurent trouver en droit romain, — ce qui était, d'ailleurs, nous le savons, une erreur complète, — sa consécration générale, et c'est ainsi que le principe d'assimilation appuyé sur une prétendue tradition romaine, — œuvre non pas des Romains mais des romanistes (5) — devint et resta plus tard comme la caractéristique de l'école des glossateurs. Au surplus, cette conception romaniste, d'ailleurs théorique et générale, n'allait point se développer sans rencontrer quelque opposition. La contradiction vint des principes du droit lombard et germanique.

44. — Comme tout droit primitif, le *droit lombard* s'en

(4) En général, car, dès les Glossateurs, nous voyons apparaître des distinctions que le droit postérieur développera, celle des *crimina atrociora* et des *crimina leviora*, celle aussi des *actus proximi* et des *actus remoti*, distinctions qui influent, soit sur l'admission, soit sur la gravité de la répression. Cf. Eisenmann, *op. et loc. cit.*, p. 499.

(5) V. Majno, *La tradizione romana del diritto penale*.

était tenu, à l'origine, à une notion toute matérialiste de l'infraction. Seul, le fait dommageable était réprimé, et cela indépendamment de toute recherche d'intention, de responsabilité subjective (6). Peu à peu, sans doute, ici encore, s'était fait sentir l'impérieuse nécessité de punir également, sinon le simple projet criminel (7), au moins certains faits, et, par exemple, des actes de tentative, d'exécution manquée, qui, pour n'avoir causé aucun dommage matériel, n'en avaient pas moins troublé la paix, la sécurité publiques (8). Seulement et en dépit des progrès réalisés, l'influence des principes antérieurs demeura, et ce que l'on continua à punir dans l'acte criminel, ce fut toujours et avant tout le fait objectif, le dommage matériellement réalisé. Or ce dommage, après tout, apparaît moindre dans la tentative que dans le crime consommé, la tentative n'appelle donc qu'une réparation moindre, une peine atténuée (9). — Et tel fut le principe que développèrent

(6) Sur la confusion certaine dans les législations primitives par ex. de l'homicide volontaire et de l'homicide involontaire. V. Nani. *Studia di diritto Longobardo*, p. 38. — Nous possédons d'ailleurs des textes formels ; tel celui de la loi des Thuringes (*lex Angliorum*, X, 8, édit. Gaupp, p. 378) : « Qui nolens, sed casu quolibet hominem vulneraverit vel occiderit, compositionem legitimam solvat. » Jgn. ce texte wisigothique : « Quicumque deinceps occiderit hominem, si volens aut nolens homicidium perpetraverit... ipse in potestate parentum vel propinquorum defuncti tradatur. » V. Walter. *Corp. jur. germ.*, I, p. 668 ; P. Viollet. *Etablissements de Saint-Louis*, I, p. 233.

(7) V., en effet, l'*Edictum Rotharici*. §§. 1, 10, 11, dans Walter *Corp. jur. germ.*, I, p. 684, 685, 698. Jgn. Nani. *op. cit.*, p. 40 ; Viollet, *op. cit.* p. 235.

(8) Cf. les textes réunis par Wilda, *Das strafrecht des Germanen*, pp. 604, 664.

(9) Cf. *Edict. Rhotar.* § 140 : « Si liber aut libera venenum alii ad bibendum dederit, et qui accipit, ex ipso veneno mortuus non fuerit, componat qui venenum dederit, medietatem pretii ipsius, ac si cum occidisset. »

au début du Moyen Age les jurisconsultes de l'école lombarde (10).

45. — Bientôt du reste un troisième facteur intervient et jette au débat un nouveau contingent d'idées ; c'est le *droit canonique* (11). Dans la conception canonique, le crime est un mal, mal individuel et mal social : à l'un et à l'autre titre il appelle un châtement. En tant que mal individuel, le crime consiste dans la simple résolution en elle-même mauvaise, immorale (12) et la peine a pour but l'expiation du péché de conscience, de la faute interne commise. En tant que mal social, le crime consiste dans la manifestation, par les faits extérieurs (13), de cette faute, de cette intention criminelle, et la peine a pour but la réparation du scandale causé. Dans l'un et l'autre cas, la gravité du châtement se mesure sur la gravité morale de l'acte, autrement dit, sur le plus ou moins de perversité de la volonté criminelle : et ceci amène le droit canonique au principe d'une peine essentiellement variable suivant le degré de culpabilité subjective de l'agent, comme nous dirions aujourd'hui, à une peine tout individualisée (14).

(10) V. sur l'école lombarde ; Baumgarten, *op. cit.*, p. 79 ; Kohler, *Studien aus dem Strafrecht*, p. 220 et s., Saleilles, *op. et loc. cit.*, p. 334.

(11) V. Hinskius. *Kirchenrecht*, t. IV, p. 491 et s. : t. V, p. 346.

(12) Cf., c. 24, c. 20, Dist. 1, *de pœnitentia* : « Et qui occidit fratrem suum, et qui odit, et qui detrahit, et pariter homicidæ esse demonstratur » Add., c. 23, 24, 28, 29, *Caus. XXXIII, quæst. III, de pœnit.* Dist. 1.

(13) Cf. c. 20, *Caus. XXXIII, quæst. 1, de pœnitentia*, Dist. 1 : « Cogitatio non meretur pœnam lege civili, cum suis terminis contenta est. »

(14) On peut penser toutefois qu'en principe le droit canonique se montra favorable à une atténuation de peine au cas de tentative. Dans les livres sacrés, c'est la consommation effective qui seule entraîne la peine totale du crime, V. Exode, ch. XXI, v. 12, 18, 19, 20

Telles étaient, — en résumé, bien entendu et dans leurs principes seuls, — les différentes conceptions, d'ailleurs souvent vagues et contradictoires, où doctrine et jurisprudence allaient puiser les raisons de décider et les solutions elles-mêmes des difficultés de la pratique quotidienne (15). Quelles furent ces solutions? Les voici :

*
* *

46. — En principe pour nos anciens auteurs, ce qui caractérise la tentative, c'est encore le passage de l'agent à l'acte criminel, c'est le *conatus*, le *processus ad actum*. Le simple fait de la résolution criminelle échappe, il est vrai, à la répression, et l'ancien droit, en général tout au

et s.; Lévitique, ch. xxiv, v. 17, 21; Nombres, ch. xxxv, v. 16, 17, 18, 20, 21; Deutéronome, ch. xix, v. 5, 41, 21; Cf. le traité *De conatu de Felino Sandei*, curieux monument du droit criminel et canonique au Moyen Age dans *Opera Felini Sandei*, t. III, cité par Champcommunal. *Etude critique de légis. comp. sur la tentative* (Rev. crit., 1895, p. 45). Jg. Nicolini, *op. et loc. cit.*, p. 247.

(15) Déjà précisée par les post-glossateurs et les successeurs de Bartole, nous trouvons la théorie définitivement construite, au xv^e et au xvii^e siècle, sous la plume des juristes d'Italie, notamment de Julius Clarus (V. *Receptarum sententiarum, libri V*. Le livre cinquième est consacré au droit criminel; v. *quest.* 92, § *fin.*) et de Farinaccius (*Praxis et theórica crim., pars quarta, de homicidiis, quest.* 124). C'est à eux, à ce dernier particulièrement, que nos anciens criminalistes vont emprunter le plus souvent leurs propres solutions. V. par exemple, Jousse, *Traité de la justice criminelle*. Part. III, liv. II, tit. XXV, art. 5, t. II, p. 637, n^o 266 et s. « Farinaccius, a-t-on pu dire sans exagération, résume en cette matière tous les travaux de la glose, des post-glossateurs et des canonistes... 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 forme en quelque sorte l'ère des investigations scientifiques des romanistes. Après lui, les idées sont faites, la doctrine est fixée ». V. Saleilles, *op. et loc. cit.*, p. 340-341.

moins, fait sien le principe d'Ulpien : *cogitationis pœnam nemo patitur* (16). Mais, dès que l'intention s'est manifestée par un acte extérieur, acte d'exécution immédiate ou simplement de préparation éloignée, la répression apparaît pleinement justifiée, et, en fait, elle intervient (17). — Encore voit-on dans certains cas, par une exagération renouvelée du Bas-Empire, la seule résolution criminelle être punie de mort : c'est ce qui a lieu, comme on sait, au

(16) Cf. Jousse, *op. cit.*, Part. III, liv. II, tit. XXV, t. II, p. 639; Farinaccius, *quest.* 124, n^o 104. Le principe est expressément reproduit par quelques textes. V. *Coutume de Touraine et d'Anjou*, § 30; *Livre de Justice et de Plet*, liv. XVIII, ch. xxiv, *De paines*, §§ 2 et 6; *Etablissements de Saint-Louis*, liv. I, ch. xl; *Livre des droits et commandements*, 350.

(17) C'est l'interprétation large des Glossateurs; V. Cohn, *Die Lehre...* t. I, p. 111. — Dans le cas d'homicide il suffit à la répression d'un acte quelconque qui manifeste l'intention de commettre un meurtre et par exemple le seul fait d'attendre sa victime pour la frapper. V. Farinaccius, *Quest.* 124, n^o 22 : « Et prosertim in homicidio in quo « solus occidendi animus ad aliquem actum perductus, mortis pœnam « meritur, etiam homicidio non secuto » et le n^o 24 : « Sufficit sola « deambulatio hominis necandi causa » ce qui est manifestement la reproduction du « qui cum telo ambulaverit » de la loi romaine. V. *suprà* n^o 37 Jgn. Jousse, *op. cit.*, part. IV, liv. III, tit. IV, n^o 5, t. III, p. 250; Muyart de Vauglans, *Institutes au droit criminel*, p. 520 (édit. 1757). La simple convention faite pour parvenir à l'assassinat, telle que la promesse d'une somme d'argent, est même suffisante : une aussi horrible convention prouve que celui qui l'a faite est capable de l'exécuter. « Promissio pecunia, receptio vel promissio æquiparantur, etiamsi facta fuerit sine scriptura, vel alia cautela; sola promissio pecunia facit assassinium ». Cf. Farinac, *Quest.* 123, n^o 36 et suiv.; Mornac, s. la l. 7, C., *ad leg. Corn.*; Serpillon, *Code criminel*, t. I, p. 767 et *infra* n^o 41. — Pour l'empoisonnement, mêmes solutions. On punit l'acte préparatoire le plus éloigné, l'achat du poison : V. Farinac, *Quest.* 122, n^{os} 14, 18 : « Affectus in crimine « veneni, sicut in homicidio etiam non secuto effectu, puniatur. Sola « emptio malo animo facta sufficit ad imponendam pœnam ».

cas de crime de lèse-majesté au premier chef (18). Par ailleurs, du reste, l'Ancien droit, sous l'influence du droit canonique, fait preuve de clémence et d'intérêt bien entendu, en assurant une impunité, tout au moins partielle, à celui qui se repent et arrête lui-même l'exécution ou les effets de sa tentative criminelle (19). D'aucuns demandaient même que, non plus seulement la suspension volontaire dans l'exécution, mais aussi la réparation des conséquences préjudiciables du crime accompli entraînaient absolue (20).

(18) V. Farinac, *Quæst.* 111, nos 147-151; Mornac, *ad leg.*, §, si quis; Cujas, lib., VIII, obs. 22. Jousse, Part. IV, tit. XXVIII, art. 4, n° 12; t. III, p. 697; et les exemples qu'il cite: Un gentilhomme est condamné à avoir la tête tranchée et exécuté aux Halles pour avoir eu la pensée, par lui avouée, de tuer Henri II. Un vicaire de Saint-Nicolas-des-Champs est condamné, par arrêt du 11 janvier 1595, à être pendu, pour avoir dit qu'il se trouverait quelqu'un de bon, comme frère Jacques Clément, pour tuer Henri IV, ne fût-ce que lui. Cpr. Bouchel, *Biblioth. du dr. franç.*; La Roche-Flavin, *Des Parlements de France*, p. 866, n° 7. — Jgn. Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises*, trad. Chompré, V, p. 322.

(19) Au v^e siècle, déjà, Sidoine Apollinaire écrivait, lib. VI, ch. ix: « Propter hanc ipsam pœnitudinis celeritatem non increpative sed « consolatorie potius compellare curavimus, quia vicinaretur innocentiae festinata correctio ». V. Jousse, Part. IV, tit. XLII, t. IV, p. 43, n° 7 et Part. IV, tit. XXVIII, nos 61-63, où nous lisons que, même au cas de crime de lèse-majesté, si le dessein ou la volonté (normalement assimilée au crime) est aussitôt suivie de repentir, sans aucune exécution ni mesures prises à cet effet, elle devient excusable et ne doit point être punie de la peine ordinaire (Farinac, *Quæst.* 116, nos 155-157.)

(20) Une loi romaine (L. 65, D. de furt., XLVII, 2) avait posé le principe contraire: « Qui ea mente alienum quid contrectaverit, ut « lucrifaceret, tametsi mutato consilio postea reddidit, fur est; nemo « enim pœnitentia sua nocens esse desiit. » Mais Godefroy ajoutait: « Si statim eum penitet, videtur absolvendus ». Cette solution était rigoureusement conforme au droit canon. V. *Décret greg.*, IX, de raptoribus, V, 17. Cf. Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 40, n° 1.

47. — Ces principes de l'incrimination, encore que divers et variables, avaient été relativement faciles à dégager, la difficulté fut plus considérable en ce qui concerne la pénalité applicable. Ici, en effet, les solutions étaient plus nettement contradictoires: d'un côté, c'était la tendance romaniste à l'assimilation; de l'autre, la tendance germanique, à l'atténuation de la peine au cas de tentative. Entre les deux, une lutte inévitable s'engage (21) et ce qui sort, finalement de ce conflit, c'est une législation éclectique et complexe qui en est comme la fusion.

Ce qui apparaît, en somme, comme le trait caractéristique de l'Ancien droit, c'est le désir de proportionner la peine au degré d'avancement de l'agent vers la consommation totale de son crime. A cette consommation correspond un maximum de pénalité, et la tentative n'est frappée que d'une pénalité moindre: voilà le fait et la solution normale (22). Cependant n'est-il donc pas des hypothèses

(21) Cf. Kohler, *loc. cit.*, p. 220 et s. et les nombreux documents qu'il cite, relatifs à la législation statutaire italienne. Au x^ve siècle, Alciat enseigne de Bologne à toute l'Italie le principe d'atténuation. *Comment. sur la L. 53, D. de V. S.*, L. 16, n° 39: « Aliud est crimen, « aliud est conatus; hic in itinere, illud in meta est; sed ubi jure « pœna irrogatur, oportet perfectum fuisse crimen ». Farinaccius, *Quæst.* 124, n° 8, soutient la même opinion de la façon la plus absolue: « Sed certæ multo verius credo quod etiam in atrocissimis non intrat « pœna ordinaria delicti, effectu non secuto. » Jg. *ibid.* nos 9, 13, 17, 33, 34, 40; Julius Clarus, q. 92, n° 1; Menocchius, cas. 360, n. 92. La règle paraît à cette époque assez formelle en Italie. V. Nicolini, *op. et loc. cit.*, p. 248. — Mais la doctrine de l'assimilation trouvait aussi de puissants défenseurs dans Cujas, *Observat.* III, 22; XV, 25; Antoine Matthæus, *De criminibus, ad. lib.* XLVII et XVIII *Digestorum commentarius*, 1644, *prol.*, c. 1 nos 5 et s. Gravina, *Origin.* III, c. 85 de *leg. Corn. et Jul.* Cf. B. Brugi *op. et loc. cit.*, p. 442. Au surplus, pour aucun, il ne s'agissait d'admettre ce principe d'assimilation, en pratique, d'une façon absolue.

(22) V. Jousse, Part. III, liv. II, t. XXV, n° 267, t. II, p. 638. Jg.

où la tentative jette à elle seule dans la société un trouble égal à celui qu'aurait causé le crime consommé ? Oui, évidemment, et l'Ancien droit ne peut le méconnaître. Aussi voyons-nous les jurisconsultes reprendre, en ceci, une distinction traditionnelle dont ils s'inspiraient en bien d'autres matières, celle des *crimina atrociora* et des *crimina non atrociora* (23). Dans les infractions légères, le principe d'atténuation restait absolu, mais dans les crimes atroces (lèse-majesté au premier chef, parricide, empoisonnement, assassinat ou meurtre de guet-apens, incendie), la tentative était parfois punie de la peine même du crime consommé. Seulement, comme cette assimilation elle-même paraissait trop rigoureuse ; on en restreignait souvent encore la portée en en réservant l'application pour le cas où l'agent avait accompli quelque acte voisin et très rapproché (*conatus proximus*) de l'exécution du crime. La tentative éloignée (*conatus remotus*) restait frappée d'une peine moindre (24). Au surplus, et c'est l'explication de

Tiraqueau, *De pœnit...* p. 153 : « Nam quod delictum attentatum « habetur pro consumato non est secundum rerum naturam atque « veritatem sed ex fictione. »

(23) Cf. Ortolan et Desjardins, *Eléments...* t. I, p. 119, n° 278, p. 142, n° 336.

(24) Cf. Tiraqueau, *loc. cit.*, p. 150 : « De jure communi, conatus « proximus delicto æque puniatur in atrocioribus, ac si delictum « fuisset consummatum. » — Et nous pouvons signaler maintes applications du principe. En matière de meurtre, pour que le simple attentat soit puni de la peine même du crime consommé, on exige « quelque acte prochain et immédiat du crime » *actus morti proximus*. V. Mornac, *sur la L. 7, ad leg. Corn. de sic.* ; Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles...* Liv. I, tit. III, ch. 1, n° 12, p. 13 (édit. 1780). *Institutes au droit criminel*, p. 520. Suivant certains auteurs, par exemple Théveneau (liv. IV, tit. XIII, art. 1), la même exigence existerait pour l'assassinat, il faudrait que la victime ait été assaillie. D'autres (Balde, Felinus) se contentaient d'un acte quelconque vers la réalisation du dessein criminel, tels un écrit, une convention, la

ces multiples distinctions, un principe domine tout notre ancien droit, qui implique absence de toute règle fixe et immuable, le principe de *l'arbitraire des peines* : étant donné qu'une ordonnance incrimine tel fait dommageable, le juge est libre, même dans les crimes atroces, d'arbitrer la peine applicable à la simple tentative et de la faire varier suivant la gravité des actes matériels déjà réalisés (25).

réception de quelque somme d'argent, l'attente de la victime au coin d'une rue. V. la controverse dans Jousse, Part. IV, liv. III, tit. IV, n° 5, t. III, p. 250 ; Muyart de Vouglans, *op. et. loc. cit.* Au cas de parricide, la loi romaine (L. 1, *in fin. D. ad leg. Pomp.*) punissait de la peine ordinaire du crime consommé le simple achat par le fils du poison qu'il destinait à son père. « Je crois, écrit Jousse, que dans nos mœurs cette rigueur ne s'observerait point, mais qu'on punirait le fils d'une peine moindre suivant les circonstances (Part. IV, tit. XXXIX, nos 25-27, t. IV, p. 10). Il faut observer, dit-il ailleurs à propos de l'empoisonnement, à l'égard de ceux qui préparent, apprêtent ou disposent du poison pour empoisonner quelqu'un, ou qui en achètent dans la même intention, qu'ils ne doivent être punis de la peine de mort, que lorsqu'ils réduisent leur dessein en acte, en faisant quelque chose qui puisse tendre à causer la mort » Cf. Menocchius, cas. 360, n° 47 ; Farinac. *Quæst.* 122, n° 40. Jg. aussi la décision de Menocchius en ce qui concerne le tentative de corruption du juge : « Quod ista tentatio « debet esse ad aliquem actum proximum perducta, ut quia per ten- « tantem non steterit quin corrumpere, veluti si pecuniam obtulit, et « judex recusaverit » et le passage suivant des *Etablissements de Saint-Louis*, liv. I, ch. xxxvi. *De volente d'omicide sans plus faire* : « Se aucuns gens avaient enpensé à aler tuër un hons, ou une femme, « et fussent pris en la voie, de jours, ou de nuits, et l'en les amenast « à la Justice, et la Justice lor demandast que ils aloient quérant, et « ils deissent que eus allassent tuër un hons ou une femme, et ils n'en « eussent plus fet, ja pour ce ne perdroient ne vie, ne membre. » Cf. Le Sellyer, t. I, p. 25, note 2.

(25) Cf. notamment sur le principe de l'arbitraire des peines. Jousse, part. I, tit. III ; Imbert, *Pratique judic.*, liv. III, ch. xx ; Jg. Saleilles, *L'individualisation de la peine*, p. 45 et s.

48. — Telles furent les solutions de notre ancien droit en matière de tentative. Dégagées plutôt par la doctrine et la jurisprudence, nous les voyons cependant parfois expressément consacrées dans quelques textes législatifs. En France, c'est dans un capitulaire de Charlemagne que, pour la première fois, apparemment, nous trouvons la matière prévue et réglemantée : « *Qui hominen voluntarie occidere voluerit, y lisons-nous, et perpetrare non potuerit, homicida tamen habeatur* (26). » Plus tard, l'ordonnance de Blois (1539) proclame : « Pour le regard des assassinats; ou ceux qui pour prix d'argent ou autrement se louent pour tuer, outrager, excéder aucuns...., ensemble ceux qui les auront loués ou induits pour ce faire, nous voulons la seule machination ou attentat être puni de mort à tous, encore que l'effet ne s'en soit ensuivi, dont nous n'entendons donner aucune grâce ni rémission, et où aucune par importunité serait octroyée, défendons à nos juges d'y avoir égard, encore qu'elle fût signée de notre main et contresignée par un de nos secrétaires d'État (27). » Reproduite à peu près textuellement par l'ordonnance de 1670 (28), la prohibition est complétée par l'article 5 de l'édit de juillet 1682 qui déclare punissables : « ceux qui seront convaincus d'avoir attenté à la vie de quelqu'un par vénélice et poison en sorte qu'il n'ait pas tenu à eux que le crime n'ait été consommé (29). »

(26) V. *Cap. Carol. Magn.*, liv. VII, cap. 454, collect. d'Angésise.

(27) Art. 195.

(28) V. Tit. XVI, art. 4.

(29) En Allemagne, les principes de la répression sont dégagés sous une forme plus synthétique, plus scientifique, par conséquent, dans la *Caroline*, la célèbre ordonnance de Charles-Quint du 27 juillet 1532. V. spécial. art. 178 : « Item so sich jemandt eyner missethat mit etlichen scheinlichen wereken, die zu Volnbringung der missethat dienstlich sein mogen understeht, unna doch an Volnbringung derselben

*
* *

49. — Si maintenant, en possession des solutions positives de l'Ancien droit, nous recherchons quelles idées générales ont pu les inspirer, de quelle conception théorique elles relèvent, la réponse, au premier abord, ne semble pas douteuse. Ce que trahissent de telles solutions, c'est encore, au moins dans ses grandes lignes, une conception toute subjective, la conception subjective des glossateurs, et, plus évidemment encore, celle du droit canonique. Ce qu'il s'agit de punir dans la tentative, c'est avant tout la volonté elle-même de l'agent : « *In delictis non exitus sed voluntas inspicitur* », c'est la formule romaine à laquelle souscrivent nos anciens auteurs, c'est la pensée que nous retrouvons à maintes reprises dans leurs écrits clairement et expressément manifestée.

« En tous méfaits, dit Loysel, la volonté est réputée

missethat durch andere mittel, wider seinen willen verhindert wurde, solcher böserwill, daraus etliche werck, als obsteht, volgen, ist peinlich zu straffen ». Cf. sur ce texte, les développements de Baumgarten, *Die Lehre...*, p. 99. Eisenmann, *op. cit.*, § 19 (*Zeitschrift*, t. f. d. ges. *Str. W.*, p. 509.) — Le code de Joseph II publié à Vienne en 1787, s'exprime ainsi (chap. 1, art. 9) : « Quoique la pensée et un mauvais dessein intérieur seuls et sans effet, ne soient point des délits criminels, cependant il n'est point nécessaire, pour que le délit soit constaté, que la mauvaise action ait été effectivement exécutée. La tentative d'une mauvaise action est déjà un délit criminel par elle-même, aussitôt que l'homme mal intentionné s'est disposé à la commettre effectivement, et qu'il a découvert son dessein par des actions et des marques extérieures ». Cf. Eisenmann, *op. cit.*, § 22, (*Zeitschrift...*, 1893, p. 523). — Jgn. pour l'Italie, le code pénal de Pierre Léopold (préambule et art. 52) publié en Toscane en 1786, et v. les observations de Nicolini, *op. et loc. cit.*, p. 248.

pour le fait (30) », et Jousse s'exprime en termes non moins significatifs. « On peut établir comme une règle générale, dit-il, en matière de crimes, que la simple volonté ou attentat, quoique non suivie d'effet, doit être punie. En effet, quoique j'aie observé ci-devant (31), que l'événement ou l'effet du crime contribue à rendre l'action plus punissable; néanmoins il est toujours vrai de dire 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 malice ou du dol (32). » « Pour les crimes atroces de leur nature, écrit aussi Muyart de Vouglans, 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 » (33). « Les lois veulent que le dessein de tuer, manifesté par des indices extérieurs soit punissable comme l'effet » (34). Ainsi la formule est claire : ce à quoi nos anciens auteurs s'attachent dans la répression de la tentative, ce qu'ils veulent atteindre et punir, c'est avant tout le dessein pervers, la volonté criminelle. Le côté moral de l'infraction, la faute subjec-

(30) V. Loysel, *Institutes coutum.*, liv. VI, tit. 1-3 (éd. Dupin et Laboulaye). Reg. 791, t. II, p. 164.

(31) V. Jousse, Part. I, tit. I, t. I, p. 15, nos 22-23, et *infra*. n° 34.

(32) V. Jousse, Part. III, liv. II, tit. XXV, t. II, pp. 637-638, n° 166. Jgn, Part. IV, tit. XXXIX, n° 25, t. IV, p. 10 : « Le simple attentat (en matière de parricide) quoique non suivi de mort est puni du dernier supplice, pourvu que cet attentat soit joint à un acte qui marque la volonté de le commettre ».

(33) V. Muyart de Vouglans, liv. I, titre III, ch. 1, § 12, p. 43.

(34) V. Rousseaud de la Combe, *Traité des matières crim.* Part. I, ch. II, sect. VII, dist. 6, § 5. — Jg. Mornac, *sur la loi*, 7. C. *ad leg. Corn.*, qui exige pour être réputé meurtrier qu'il y ait eu quelque démarche marquant l'intention formelle de commettre le crime; Serpillon, *Cod. crim.*, tit. XVI, art. 4, t. I, p. 767.

tive, voilà, par dessus tout, ce qu'ils prennent en considération (35).

50. — Et ce qui semble encore mieux préciser et accentuer la véritable portée de toutes ces formules, c'est que nos anciens auteurs adoptent et défendent les conséquences logiques qui en découlent. L'une entre toutes est caractéristique, c'est celle qui a trait à la tentative de crime impossible.

Peu importe, avons-nous dit, si l'on se place au point de vue subjectif, la possibilité ou l'impossibilité d'aboutir au résultat voulu dans les conditions où le crime est commencé. — Or c'est aussi la solution à laquelle semblent bien être arrivés nos anciens jurisconsultes. — L'empoisonneur n'a administré qu'une substance inoffensive soit par sa nature, soit à raison de son insuffisante quantité; la victime désignée n'a éprouvé aucun mal et il y avait à cela, en effet, une impossibilité certaine et radicale. Le coupable va-t-il donc échapper à toute répression? En aucune façon : il ne sera frappé que d'une peine atténuée, à raison de l'absence de tout préjudice, mais il sera puni, car sa tentative pour être inefficace n'en révèle pas moins une résolution criminelle certaine et nettement déterminée; or c'est bien cette résolution, elle-même, qui est l'objet, la matière de la répression (36). A cet égard, certaines décisions des romanistes et des canonistes sont particu-

(35) Cf. Carrara, *Progr.*, § 355; B. Brugi, *op. et loc. cit.*, p. 442-443, Saleilles, *op. et loc. cit.*, p. 339 et s.

(36) L'espèce est prévue par Farinaccius, *Quæst.* 122, n° 21 : « ... quando venenum aut ratione quantitatis aut qualitatis non erat aptum ad occidendum, non puniatur pœna mortis sed alia mitiori. » Et voici la raison : « Quamvis in hoc crimine non fuerit secutus effectus dummodo mala cogitatio et malus animus ad aliquem actum exteriorum productus fuerit, adhuc aliqua pœna imponenda est. » *Quæst.* 122, n° 23.

lièrement intéressantes et probantes. Il ne s'agit plus d'une impossibilité matérielle mais d'une *impossibilité juridique* de réaliser le méfait voulu ; c'est le cas du voleur, qui se trouve avoir soustrait ou tenté de soustraire sa propre chose, c'est le cas de celui qui, se croyant valablement marié alors que son mariage est nul, viole ce qu'il croit être la foi conjugale. Certes, ici encore, il n'est ni vol ni adultère possibles, ce sont là des délits absolument, juridiquement irréalisables, et cependant, malgré quelques divergences, l'accord semble bien s'être établi sur la possibilité de leur répression (37). Au surplus, si nous parcourons encore les écrits de Jousse, de Muyart de Vouglans, interprètes de l'ancien droit en son dernier état, nous n'y trouvons nulle part la moindre indication qui nous permette de croire à l'existence chez eux d'un sentiment contraire à celui de leurs devanciers. Nous dirions volontiers que pour eux la question n'existe pas, puisque, toujours et partout, c'est sur le terrain de la tentative en général que nous les voyons se placer.

Un voleur — avait déjà supposé Farinaccius — glisse sa main sous le manteau d'un passant, pour lui dérober sa bourse (38) ; on l'arrête à ce moment même, ne serait-il donc punissable que si effectivement une bourse se trouvait là où il la cherchait ? Le jurisconsulte ne suppose rien de semblable. L'existence de la bourse est un fait sans importance pour lui, car, quelle que soit l'efficacité ou l'impuissance de son acte, l'agent n'en a pas moins attesté son intention de voler, et cela suffit. Des assassins ont résolu de tuer tel individu, il

(37) Cf. Baumgarten, *op. cit.*, p. 88, 89, texte et note 70 ; Saleilles, *op. et loc. cit.*, p. 339.

(38) Cf. Farinacc., *Quæst.* 124, n° 64 : *Istum casum habuisse de « facto in quodam paupere qui fuit comprehensus in publica platea « mittere manum infra pallium alterius quaerens bursam. »*

faut, dit Jousse, qu'ils aient pris des *mesures propres à faire réussir leurs desseins* (39) ; ont-ils résolu un empoisonnement, il faudra qu'ils aient réduit leur dessein en acte en faisant *quelque chose qui puisse tendre à causer la mort* » (40). Jousse entend-il donc que l'assassinat, l'empoisonnement doivent rester impunis s'ils sont radicalement et matériellement irréalisables ? Une pareille conclusion serait injustifiée ; rien ne serait plus contraire à tout le système, à toute la conception pénale du jurisconsulte. Il suffit de lire le texte pour demeurer convaincu que toute sa pensée tend vers une autre fin : il s'agit, pour lui, de déterminer le moment précis, où le coupable sera suffisamment avancé dans la voie du crime, où sa volonté sera suffisamment certaine et déterminée, où l'émotion publique sera suffisamment intense, pour justifier l'application au coupable de la peine entière attachée au crime consommé. A quel moment doit commencer l'identité, l'égalité de répression ; voilà le problème discuté et à résoudre. Il s'agit donc ici de la valeur purement apparente et subjective des actes accomplis, et non pas de leur efficacité réelle et physique. Il s'agit de mesurer le degré d'intensité d'une volonté criminelle, certainement punissable, parce qu'elle s'est trahie formelle et irrévocable dans des actes, dans un geste extérieur. C'est, pour reprendre une heureuse expression, *la théorie du geste* en tant que manifestation extérieure de la volonté (41). — Ainsi donc, peu importe, pour l'Ancien droit, la gravité

(39) V. Jousse, part. IV, liv. III, tit. IV, n° 3. t. III, p. 250.

(40) V. Jousse, part. IV, tit. XLIII, t. IV, p. 43.

(41) Cf. Saleilles, p. 343. Jg. un passage de Mornac, s. la L, 7 *ad leg. Corn. de sic.* : « ... Il faut pour être réputé meurtrier qu'il y ait quelque acte prochain qui marque l'intention formelle où l'on était de commettre ce crime. L'on entend par acte prochain s'il y a eu quelques coups donnés ou si le fusil a été tiré et a fait faux feu. »

matérielle et objective des faits accomplis, la possibilité ou l'impossibilité d'atteindre au résultat visé; une seule chose est nécessaire et suffisante pour donner ouverture à la répression : la manifestation extérieure par le passage à l'acte d'une volonté, d'une résolution criminelle. C'est le point de vue subjectif dans toute sa pureté.

Il y a plus; si l'intention criminelle, avons-nous dit encore, est la véritable raison d'être de la répression, peu importe le plus ou moins de gravité matérielle et objective des faits de tentative, peu importe leur plus ou moins de proximité, de voisinage avec la consommation de l'infraction : une seule question se pose, une résolution criminelle dûment constatée, existe-t-elle chez l'agent. Si oui, quels que soient les actes accomplis la répression est justifiée. Or, nous l'avons vu également, l'ancien droit n'incrimine pas seulement l'acte prochain de la réalisation totale du crime, mais encore l'acte éloigné, parfois même la simple déclaration d'une volonté criminelle. Il ne considère donc, en aucune façon, les faits accomplis comme constitutifs par leur matérialité propre de criminalité, ce qu'il voit en eux, ce sont des éléments de preuve d'une criminalité toute subjective et préexistante : cette preuve fournie, la répression peut et doit intervenir.

51. — Mais voici que naît contre cette manière de voir une objection des plus graves. Oui, sans doute, l'ancien droit incrimine tout acte dirigé vers l'exécution du crime, qu'il soit voisin ou éloigné de cette exécution totale, mais il ne faut pas oublier qu'il les réprime de façon bien différente. La répression n'est pas égale à toutes les phases de la réalisation du projet criminel, sa sévérité s'accroît, tout au contraire, au fur et à mesure que devient plus prochaine cette réalisation des conséquences complètes du crime voulu. Or, n'est-ce pas la contradiction formelle, du système subjectif et du principe d'assimilation, qui en

est la conséquence logique? N'est-ce pas ici la preuve que, à l'inverse de ce que nous affirmions tout à l'heure, l'ancien droit prend en considération la matérialité même des actes exécutés, leur degré d'avancement réel et effectif vers l'exécution de l'infraction; et n'est-ce pas la preuve qu'il voit dans leur gravité réelle et objective, la cause, l'objet, la raison d'être de la répression?

Evidemment, le fait en soi n'est pas contestable. Réservé aux tentatives de crimes atroces, et encore, le plus souvent, parmi celles-ci, aux tentatives manifestées par des actes d'exécution très voisins, très rapprochés de la consommation, le principe d'assimilation de la tentative au crime complètement réalisé ne conserve plus dans notre ancien droit qu'un champ d'application fort restreint. Seulement, le tout est de savoir si cette gradation dans la peine est radicalement inconciliable avec le concept subjectif en matière de tentative. Or justement nous pensons qu'il n'en est absolument rien. — C'est qu'en effet, et tout d'abord, bien d'autres considérations qui, pour être d'ordre extrinsèque, n'en ont pas moins leur valeur, peuvent militer, les principes subsistant, en faveur d'une atténuation de pénalité au cas de tentative.

Et, par exemple, la peine normale applicable au crime consommé contient-elle un élément réparateur, il est bien certain que cet élément ne saurait se retrouver si le préjudice n'a point été réalisé : le vol est puni de la restitution au double ou au triple, une pareille pénalité n'a manifestement pas de raison d'être au cas de simple tentative puisque rien n'est dérobé. Il faut donc une autre peine arbitraire, corporelle, mesurée non pas sur un préjudice qui fait défaut, mais sur la culpabilité, la faute subjective de l'agent, son degré de perversité (42). Au surplus, l'intérêt

(42) Cf. les développements dans Farinaccius, *Quest.* 122, n° 14, 18; *Quest.* 124, n° 8, 64 : « De eo qui inventus est in domo alterius

social ne commande-t-il pas à tout moment de l'exécution criminelle, d'intéresser le coupable lui-même à revenir au bien, et même ne convient-il pas de l'y intéresser de plus en plus, au fur et à mesure qu'il s'avance vers la réalisation totale de son crime? Or, quel meilleur moyen de réussir, que de suivre l'exécution du crime en de multiples étapes et d'élever de l'une à l'autre la nouvelle barrière d'une pénalité sans cesse grandissante? A coup sûr, l'ancien droit n'ignore point cet intérêt, lui qui attache au désistement volontaire une influence certaine et décisive.

Enfin, — et ceci également est un fait, l'impression générale, l'émotion publique, qui naît d'un acte de tentative, n'a pas, dans la majorité des hypothèses, une intensité aussi considérable que celle qui découle du crime consommé. « L'événement ou l'effet du crime, dit Jousse, contribue aussi à le rendre plus ou moins punissable; car quoique la suite ou l'événement d'une action soit une circonstance indifférente qui ne change point pour le motif de cette action; néanmoins on y a ordinairement égard dans l'usage de la société, en sorte que, de deux actions qu'on suppose être du même caractère et produites par un même mouvement, celle qui sera suivie d'un événement qui trouble davantage l'ordre public, sera autrement considérée dans la police de l'État que celle qui le trouble moins (43). Certes, voilà plus de motifs qu'il n'en faut pour légitimer sur le terrain pratique l'abandon des principes rationnels. — Mais cet abandon y sommes-nous donc contraints fatalement et nécessairement pour justifier

« furandi causa, vel in quolibet alio loco præparabat et intendebat
« furari, et si pœna civili pecuniaria puniri non possit, cum non
« reperiatur res furata bene tamen potest puniri aliqua arbitraria
« pœna etiam corporali, » V. Saleilles, *op. et loc. cit.*, p. 342.

(43) V. Jousse, *op. cit.*, part. I, tit. I, t. I, p. 15, nos 22, 23.

l'abaissement de pénalité au cas de tentative? Nous ne le croyons pas.

52. — Pourquoi donc, en effet, cette atténuation dans la peine applicable, quelle en est la raison dernière, qui explique la tendance du sentiment général et populaire à l'atténuation? Jousse encore va nous répondre et sa réponse est éminemment instructive. « C'est, dit-il, qu'il est quelquefois difficile et même impossible de discerner le mouvement et le principe qui a fait agir le coupable et de savoir s'il y a eu en cela plus d'imprudence ou d'emportement que de dessein prémédité. Ainsi lorsque l'action et l'événement et les autres circonstances laissent ignorer la disposition et l'intention de celui qui a commis le crime, il serait injuste de supposer que son dessein a été plus criminel que ne le marque l'événement et les circonstances, et lorsqu'il peut y avoir raison de douter, on présume que cela était plutôt par imprudence que par emportement, et par emportement plutôt que par un vrai dessein. » Voici bien, à notre avis, la manifestation formelle de l'idée secrète, mais certaine de l'ancien droit. Si la tentative n'est point punie normalement de la peine applicable au crime consommé, c'est qu'en dépit des apparences, un doute subsiste, dans la réalité des faits, sur l'intensité, l'irrévocabilité de l'intention, de la volonté du coupable.

Celui-ci qui charge son arme et prépare les substances toxiques ne saurait être mis sur la même ligne que cet autre qui s'est jeté sur sa victime ou lui a fait prendre déjà une partie du poison, parce que dans le premier cas les faits accomplis ne permettent pas d'attester de façon sûre et indubitable cette plénitude d'intention criminelle, de faute subjective qui, dans la seconde hypothèse, justifie l'application de la peine tout entière. Ce qu'il faut alors, c'est une peine extraordinaire, arbitrée par le juge. A l'apparence, cette peine semblera varier suivant la matérialité

objective des faits accomplis : au fond et en réalité, ce sera sur la gravité, le degré d'intensité de la volonté criminelle que cette peine sera graduée, gravité et intensité manifestées par les actes réalisés. La peine de la tentative sera moindre, non pas parce que les actes qui la constituent contiennent une matérialité moindre que celle du crime consommé, mais parce que cette matérialité moindre est la preuve d'une diminution, d'un affaiblissement de la volonté et partant de la criminalité subjective de l'agent. Aussi quand s'est produit un *acte prochain et immédiat du crime*, une *démarche*, des *indices extérieurs*, attestant, d'une façon certaine, l'existence d'une intention coupable nette, précise et irrévocablement déterminée, la société ne doutant plus de la réussite du criminel, l'émotion publique ne diffère plus en présence d'une simple tentative de ce qu'elle serait en face du crime consommé lui-même, et le principe d'assimilation reprend tout son empire. Voilà le système de l'ancien droit, système extrêmement souple, concordant pleinement avec le principe d'arbitraire qui régissait alors la pénalité, — nous dirions volontiers la législation aussi, car, à coup sûr, les termes des ordonnances qui parlent de « machination ou d'attentat » n'étaient point faits pour maintenir en des limites étroites l'interprétation doctrinale ou jurisprudentielle.

Finalement nous aboutissons donc à une triple constatation. L'ancien droit réprime toute tentative même irréalisable ; la répression se mesure sur la gravité de la volonté criminelle ; le moment initial où la tentative est assimilée au crime se confond avec le moment même où la volonté du crime apparaît certaine et irrévocable. Ce que l'ancien droit lègue au droit moderne, c'est donc une conception subjective de la tentative punissable. Que vont devenir et le principe et les conséquences de cette conception ?

SECTION III.

LE DROIT INTERMÉDIAIRE ET LE CODE PÉNAL

53. — La première conquête du droit moderne fut la suppression de l'arbitraire des peines. Nul ne sera puni à l'avenir « qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée » (1). De ce principe allait découler toute une transformation du système répressif en matière de tentative. Il ne faut plus que le juge trouve dans la loi des dispositions élastiques susceptibles d'autoriser toutes les incriminations qu'il lui plairait de faire naître. En conséquence, la loi elle-même doit dire nommément dans quels cas et à quelles conditions la tentative sera punissable, elle doit décrire, pour ainsi dire, dans chaque espèce, les actes matériels qui la constitueront, elle doit attacher à cette tentative ainsi définie telle peine étroitement déterminée.

Le législateur de 1791, qui ne connaît pas les demi-mesures, va sanctionner et consacrer ce système rigoureux. Le Code pénal de 1791 prévoit donc spécialement deux hypothèses de tentative, celles d'assassinat et d'empoisonnement, aucune autre n'est punissable ; et ces tentatives, la loi elle-même va les définir l'une et l'autre. Il ne peut être question de laisser au juge la possibilité d'incriminer tout acte extérieur manifestant l'intention criminelle, toute démarche faite vers la réalisation du crime, il faut des formules plus précises : la tentative d'assas-

(1) V. art. 8 de la *Déclaration des droits*.

sinat sera constituée par « l'attaque à dessein de tuer » (2), « la tentative d'empoisonnement, » par « l'empoisonnement effectué », c'est-à-dire, l'administration à la victime de la substance toxique, ou encore, par le fait d'avoir mêlé le poison aux aliments ou aux breuvages de la personne que l'on veut atteindre (3).

Quant à la peine, le législateur se laisse guider ici par les idées traditionnelles ; d'une part, en effet, l'assassinat et l'empoisonnement sont deux crimes énormes ; d'autre part, la loi nouvelle ne les réprime plus qu'à partir du moment où l'ancien droit, considérant la volonté criminelle comme absolument ferme et irrévocable, admettait l'application de la peine entière due au crime consommé. Le législateur suit donc le système et c'est le principe d'assimilation qu'il consacre (4). — Comme par le passé, du reste, le désistement volontaire de l'agent lui assure l'impunité (5).

(2) *C. pén. de 1791*, II^e part., sect. I, tit. II, art. 13 : « L'assassinat, quoique non consommé, sera puni de la peine portée en l'art. 11, lorsque l'attaque à dessein de tuer aura été effectuée ». Il faudra donc que la victime ait été assaillie et ainsi se trouve tranchée la controverse qui s'était établie dans l'ancien droit sur les termes de l'ordonnance de 1539, « machination ou attentat ». V. *suprà*, n^o 47, note 24.

(3) Le crime d'empoisonnement n'est en effet réputé consommé dans le Code de 1791 que par la survenance de la mort de la victime. V. II^e part., tit. II, art. 15 : « L'homicide par poison, quoique non consommé, sera puni de la peine portée en l'art. 12, lorsque l'empoisonnement aura été effectué, ou lorsque le poison aura été mêlé avec des aliments ou breuvages spécialement destinés, soit à l'usage de la personne contre laquelle ledit attentat aura été dirigé, soit à l'usage de toute une famille, société ou habitant d'une maison, soit à l'usage du public ». Jg. l'art. 16 *in fine, infra*, not. 5.

(4) V. notes précédentes.

(5) V. art. 16 : « Si toutefois, avant l'empoisonnement effectué ou avant que l'empoisonnement des aliments et breuvages ait été décou-

54. — Mais, en dépit de ces solutions, le système législatif ainsi élaboré restait singulièrement imparfait. Sans doute l'assassinat et l'empoisonnement sont des crimes graves entre tous, mais il en est bien d'autres, le vol, l'incendie, par exemple, qui constituent, eux aussi, un trouble social considérable. Restreinte en des limites aussi étroites la répression de la tentative est manifestement insuffisante, elle n'a qu'un seul résultat, c'est d'enhardir et de multiplier les criminels par l'assurance d'une impunité absolument injustifiée. Sous la pression d'une nécessité aussi évidente, le législateur intervient donc à nouveau et il généralise l'incrimination de la tentative. C'est l'objet de la loi du 22 prairial an IV. « Toute tentative de crime, y lisons-nous, manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu » (6).

La formule a une importance capitale, elle est digne d'une étude approfondie. Mais il serait superflu de l'entreprendre ici même et pour cette raison décisive que celle

vert, l'empoisonneur arrêta l'exécution du crime, soit en supprimant lesdits aliments ou breuvages, soit en empêchant qu'on en fasse usage, l'accusé sera acquitté. » L'art. 2 du Code de 1810 en généralisant cette règle a rendu inutile la reproduction d'un texte relatif au seul empoisonnement.

(6) Plus tard, la loi du 25 frimaire, an VIII, art. 17, vient compléter mieux encore l'insuffisance de la législation. L'incrimination est étendue aux délits : « La loi du 22 prairial an IV, contre la tentative de crime, est applicable à tous les délits sus énoncés, ainsi qu'à ceux mentionnés en l'article 32 du C. de police correctionnelle : en conséquence, toute tentative desdits délits, manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le délit même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu. »

du droit actuel à laquelle nous allons nous livrer la contient implicitement. Que dit en effet le Code pénal ?

L'article 2 est ainsi conçu : « *Toute tentative de crimes qui aura été manifestée par des actes extérieurs (7) et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet (8), que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même.* » La formule est identique et nous n'hésitons pas à dire, que pour avoir de ce texte une compréhension exacte et complète, c'est à la loi de prairial qu'il importe de remonter (9).

Nous voici donc en présence d'une réglementation synthétique de la répression, en matière de la tentative; c'est la solution positive du droit français et c'est aussi, sauf en ce qui touche la pénalité, celle de tout le droit moderne. Quelle est donc la portée exacte des solutions ainsi consacrées, quelle conception générale a inspiré le législateur? Cette notion législative de la tentative punissable coïncide-t-elle de tous points, ou se différencie-t-elle en quelques-uns de la notion abstraite à laquelle, sur le terrain purement rationnel et en quelque sorte idéal, nous avons abouti? Voilà le problème. En possession des données précieuses de l'histoire en cette matière, nous pouvons avec plus de sûreté en rechercher la solution.

(7) Cette mention des actes extérieurs a été supprimée lors de la révision de 1832, par le motif qu'elle contenait un pléonasme et faisait double emploi avec la mention suivante du commencement d'exécution. V. *infra*, n° 74.

(8) C'est la double forme de la tentative que nous avons signalée, la tentative inachevée et le délit manqué. V. sur ce point, *infra*, n° 102.

(9) A cet égard, il est un document, à notre avis, d'une importance capitale : c'est le rapport fait au Conseil des Cinq-Cents par Emm. Pastoret, le 5 floral an IV. V. ce rapport reproduit en note de l'étude déjà précitée de M. Eisenmann (*Zeitschrift, f. d. ges. St. R. W.* 1893, p. 516 et s.); et *infra*, n° 74, not. 48.

CHAPITRE III

LA NOTION LÉGISLATIVE DE LA TENTATIVE PUNISSABLE

Un double problème, nous le savons, s'impose à notre attention ; d'un côté, il s'agit de définir la tentative punissable, c'est-à-dire de rechercher ses éléments constitutifs ou, ce qui revient au même, les conditions de son incrimination ; d'autre part, il faut déterminer quelle peine. — par rapport à la peine applicable au crime consommé, — le législateur doit édicter contre cette tentative punissable. Ce chapitre se trouve ainsi naturellement subdivisé en deux sections, où nous étudierons successivement ce que doit être dans la tentative : 1° Son incrimination ; 2° Sa pénalité.

SECTION I

L'INCRIMINATION. — ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA TENTATIVE PUNISSABLE

A la lecture, tant de l'article 2 du Code pénal que des textes similaires des législations étrangères, trois conditions semblent posées par le législateur à l'incrimination de la tentative d'infraction. Pour que cette tentative existe légalement, il faut d'abord que l'agent *ait voulu* accomplir tel crime déterminé, il faut ensuite qu'il *ait commencé*

l'exécution de ce crime, il faut enfin que sa tentative ne soit restée infructueuse, irréalisée qu'à *raison de circonstances indépendantes de sa volonté*. Mais, analysant la nature intime du commencement d'exécution nécessaire à l'existence de la tentative, la doctrine classique a dégagé une quatrième condition que nous connaissons : point de tentative punissable, dit-elle, si les actes accomplis ne contiennent en eux-mêmes la puissance d'aboutir au résultat criminel voulu. Ainsi donc intention criminelle, commencement d'exécution, *possibilité du résultat*, absence de désistement volontaire ; tels sont, d'après la doctrine classique, les éléments constitutifs de la tentative punissable. Il faut les examiner successivement dans autant de paragraphes distincts.

§ 1^{er}. — **L'intention criminelle.**

56. — Et d'abord, toute tentative comme tout acte criminel quelconque suppose, chez son auteur, *l'intention criminelle*, c'est-à-dire, d'une façon générale, la volonté, non pas évidemment de tenter, mais de réaliser dans toute sa plénitude tel ou tel dessein prohibé et réprimé par la loi. L'existence d'une volonté criminelle ; voilà, en effet, nous le savons, la source même de toute responsabilité, soit morale, soit sociale : toute répression est légitime, dès que juste et utile elle est dirigée contre un acte volontairement accompli.

Avant tout, et en attendant une détermination plus certaine des caractères du type criminel, l'acte de tentative est donc un acte de volition ; c'est là sa première condition d'existence.

Qu'est-ce que cette volonté, cette intention criminelle ?

Il suffit de rappeler brièvement les principes généraux (1). — C'est tout d'abord et bien entendu, une volonté *intelligente* (2), car là où, comme chez l'enfant, le fou, le sauvage, manque d'une façon invincible, le discernement, la conscience du caractère illégal de l'acte accompli, la volonté peut être aussi déterminée, aussi résolue qu'on voudra le supposer, elle ne saurait engendrer aucune responsabilité. — C'est une volonté *libre* (3), car sans liberté la volonté n'est qu'un vain mot, et nul ne songerait à punir celui-là qu'une force physique ou morale irrésistible aurait contraint à l'accomplissement total ou partiel d'un acte criminel : le prétendu meurtrier dont on aurait tenu le bras, le prétendu faussaire dont on aurait dirigé la main.

C'est, enfin, une volonté qui tend à réaliser les conséquences, à raison desquelles le législateur a érigé le fait accompli ou voulu en crime ou en délit ? Et c'est en ceci, comme on sait, que consiste vraiment l'intention, au sens juridique du mot. L'intention n'est pas seulement, en effet, la volonté d'accomplir telle ou telle action incriminée (tirer sur quelqu'un, jeter à terre une allumette enflammée), c'est encore la volonté d'obtenir les conséquences légalement punissables de cette action (la mort de la victime, l'incendie de l'immeuble), c'est, en d'autres termes,

(1) V. sur la notion d'intention : E. Villey, *De l'intention en matière pénale* (France judiciaire, 1876, t. I, p. 1 et s., p. 313 et s.) ; Le Sellyer, *De l'intention en matière pénale* (France judic., t. I, p. 111) ; Laborde, *De l'élément moral dans les infractions non intentionnelles* (Revue critique, 1882, p. 156-268) ; Ortolan, *op. cit.*, t. I, nos 247-256, p. 378-409 ; Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, § 134 ; Garraud, t. I, p. 375 et s., nos 228 et s.

(2) C. p., art. 64 : « Il n'y a ni crime, ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister, »

(3) Le mot pris, d'ailleurs, sans autre prétention philosophique.

la prévision par l'agent d'un rapport de causalité entre le résultat qu'il veut obtenir et les actes par lui réalisés. Le médecin qui, par erreur, a fait prendre un breuvage toxique, a bien voulu administrer telle potion qu'il tenait dans sa main, le chasseur qui a blessé son compagnon, a bien voulu tirer et tirer dans telle direction ; mais ni l'un ni l'autre n'ont voulu ces actes en tant que crimes, parce qu'ils n'en n'ont ni prévu ni voulu les conséquences. Ils sont victimes d'un cas fortuit : que la victime meure ou survive, nul empoisonnement, nul meurtre, ni consommé, ni tenté ne pourra être relevé à leur charge.

57. — L'intention, disons-nous, est la volonté dirigée vers les conséquences légalement déclarées punissables du fait ; l'intention n'a donc nullement trait aux effets médiats et plus lointains, espérés et voulus par le coupable, effets qui, dans la réalité, ont été les véritables causes de son action criminelle. C'est toute la différence de l'*intention* et des *motifs* (4). Certes, l'influence des motifs, sur la responsabilité de l'agent, et sur la gravité sociale des actes réalisés, ne saurait être mise en doute. Le fils qui tue le misérable qui vient d'outrager sa mère, et le voleur qui tue celui qui vient de le surprendre et veut l'arrêter, ne seront jamais considérés par personne comme également coupables, identiquement dangereux. Il n'est pas un juge, pas un jury qui normalement ne voie un abîme entre les deux situations, et l'exactitude de la solution n'est pas contestable.

Seulement, ce qui reste fort délicat, c'est la question de savoir suivant quel procédé il est préférable, il faut même

(4) V. sur la question l'important rapport de M. Garçon à la Société générale des Prisons. *Les peines non déshonorantes* (Revue pénitentiaire, 1896, p. 830 et s.) Jg. les opinions envoyées par nombre de juriscultes. (Ibid., 1896, p. 1099 et s., 1407 et s., 1897, p. 144 et s.) Cf. Saleilles. *L'individualisation de la peine*, spéc. p. 223 et s.

aboutir à cette solution. Déterminer l'influence des motifs sur la criminalité des actes que ces motifs ont engendrés, n'est-ce pas toujours et partout question d'espèce et toute d'interprétation judiciaire ? Ou bien, au contraire, la loi ne doit-elle pas prévoir elle-même, sinon tels ou tels motifs, du moins telle ou telle catégorie de motifs et fixer *a priori* et obligatoirement pour le juge leur influence légitime ? Nous n'avons pas à entrer dans l'étude approfondie du problème, il nous suffira donc d'indiquer à quelle solution nous aboutirions personnellement ; voici cette solution. — A notre estime, le législateur n'a pas à prendre en considération les motifs divers qui ont déterminé l'agent, et pour une double cause.

La première, c'est qu'en fait la tâche est absolument irréalisable. Ces motifs, en effet, sont infinis, variables d'individu à individu, insusceptibles par là même de toute détermination précise et préalable. Si la législation devait connaître, à l'occasion d'un même résultat matériel, autant de crimes spéciaux et distincts qu'il peut exister de motifs différents d'en perpétrer l'exécution, on peut dire qu'il faudrait renoncer à toute législation positive ; conférer au juge un pouvoir souverain, non seulement dans la fixation des peines, mais encore dans la détermination des infractions ; en un mot, renoncer à la règle, — sauvegarde de la liberté de chacun et de tous, — qu'il n'est point de crime sans un texte qui le crée.

D'ailleurs, à côté de cette première impossibilité de réalisation, et pour écarter un pareil système, il est une raison plus déterminante encore, s'il est possible : c'est que le même motif d'action n'a pas, dans toutes les circonstances où on peut en saisir l'existence, une influence égale et toujours identique. Le voleur qui a tué le gêneur qui le dérangeait, a peut-être agi sous l'empire d'un trouble passager, d'une surexcitation subite et dont il n'a guère

été maître ; le fils qui, pour venger l'outrage fait à sa mère, médite son crime, le prépare et l'exécute froidement, bien qu'agissant sous l'empire d'un motif honorable, ne semble pas mériter toujours et indistinctement la clémence de la loi. Ce n'est pas un assassin vulgaire, soit ; mais le procédé sommaire dont il a usé et qui consiste à se faire justice soi-même, n'en atteste pas moins un individu dangereux pour le corps social dont il fait partie et contre lequel il importe de sévir. La beauté, la grandeur, la conformité du but avec la justice et la moralité, ne sauraient justifier l'emploi d'un moyen criminel ; la gravité sociale d'un acte ne saurait donc se mesurer uniquement sur le caractère vil ou honorable du motif qui l'a déterminé.

La vérité est qu'ici les faits nous présentent des nuances en nombre infini, insusceptibles, nous le répétons, de toute appréciation théorique et préalable. Déterminer l'influence légitime qui doit revenir aux motifs dans la répression, c'est donc une question d'*individualisation judiciaire de la peine*, ce n'est pas une question de *qualification légale*.

Toutefois nous trouvons, en droit positif, un motif spécial dont la loi elle-même a parfois tenu grand compte, et de l'existence duquel elle a fait dans certains cas une condition *sine qua non* de criminalité : c'est l'*intention de nuire* (5). Dans ces hypothèses il ne suffit pas que le coupable ait eu la volonté de réaliser, non seulement l'acte réprimé par la loi, mais encore les conséquences qui en découlent et à raison desquelles cet acte est incriminé ; il faut aussi qu'il ait voulu par là nuire et causer dommage à sa victime. Nul doute, évidemment, dans des cas semblables ;

(5) V. les pénétrantes études de M. Villey sur l'*intention en matière pénale* (précit. not. 4).

si cette volonté spéciale n'existe pas, l'acte, qu'il soit accompli totalement ou qu'il reste sans effet par suite de circonstances fortuites, ne saurait avoir de valeur pénale.

58. — Voilà donc, rappelé brièvement, ce qu'est l'intention criminelle : au fond et en résumé, elle nous apparaît comme une volonté réfléchie, consciente, et des moyens qu'elle va employer, et du but qu'elle poursuit. Et de là on est parti quelquefois pour conclure à une double conséquence : la première, c'est qu'aucune tentative ne peut se concevoir quand les faits incriminés ont été accomplis sous l'empire des passions, de la colère par exemple ; la seconde, c'est que le même concept de la tentative est radicalement impossible dans les infractions non intentionnelles, par exemple, les délits d'imprudence. Or, pour nous, la première affirmation contient une erreur certaine, et la seconde appelle les plus expresses réserves.

* * *

59. — Et d'abord, dit-on, *point de tentative criminelle et punissable si les actes accomplis l'ont été sous l'empire de la colère*, pour employer une formule plus large, *dans l'emportement des passions*. En effet, cet état de surexcitation est exclusif de toute prévision, de toute réflexion : L'agent a frappé sans but, sans raison bien arrêtée ; aucune pensée d'aboutir à un résultat ultérieur ne s'est présentée à son esprit. Une seule supposition est légitime, c'est qu'il a voulu ce qu'il a fait et rien de plus, son acte a été un but en soi et non pas le commencement d'une infraction future, à laquelle il n'a même pas songé. Le caractère spontané, irréfléchi de l'acte, ne laisse aucune place au concept de la tentative (6).

(6) La thèse a trouvé, surtout en Italie, d'assez nombreux défenseurs. V. Nani, *Principi di giurisprudenza criminale*, § 108 ; Car-

A notre avis, le raisonnement est radicalement défectueux ; mais il est clair que pour en faire une réfutation complète il faudrait élargir considérablement le débat. La thèse, en effet, n'a rien de spécial à la tentative, elle ne se pose pas à son égard d'une façon particulière et pour la raison que l'intention criminelle n'est pas différente dans la tentative et dans l'infraction consommée. Qu'advient-il donc du coupable qui dans l'emportement de la passion a *totalem*ent exécuté son crime ; voilà ce qu'il faut savoir. Si le meurtrier, qui a tué dans un moment de colère est légalement excusable, si son acte ne constitue plus un homicide volontaire, mais seulement un délit inférieur, par exemple, un délit d'imprudance, la tentative de ce même acte, accomplie dans des conditions identiques ne saurait avoir un caractère différent. Mais si la solution est inverse, si le crime consommé, en dépit de la passion sous l'empire de laquelle il a été commis, reste pleinement imputable à son auteur, parce que conscient et volontaire, il en va de même de sa tentative. La volonté n'est évidemment ni plus réfléchie ni plus maîtresse d'elle-même dans un cas que dans l'autre ; la surexcitation d'un moment qui ne l'annihile pas si le résultat est obtenu ne saurait la supprimer davantage si ce résultat fait défaut. La colère, la passion est-elle donc et doit-elle être une cause légale d'atténuation ou de suppression de peine ; entraîne-

mignani, *Elementa*, lib. I, § 231 ; Puccioni, *Saggio di diritto penale*, lib. I, tit. 7, p. 82 ; Giuliani, *Instituzioni di diritto criminale*, lib. I, cap. v, § 1 ; Canonico, *Introduzione al diritto penale*, 2^e édit., 1874, nos 300, 400, p. 228 ; Carrara, *Lezioni sul grado nella forza...* p. 16 et s. et *Programme*, § 368, p. 195-196. Jg. Haus, *Cours de dr. crim.*, Gand, 1861. t. I, p. 79-80 et *Principes*, t. I, p. 329, n^o 432 n^o 3, où il pose comme absolu le principe *Dolus indeterminatus determinatur eventu* et cite le cas de l'individu exaspéré qui tire sur la foule qui le poursuit de ses huées.

t-elle et doit-elle entraîner une différence nécessaire dans la qualification légale des actes criminels accomplis sous son empire ? Voilà le problème. Il intéresse l'incrimination en général ; et c'est pourquoi nous ne pouvons ici encore qu'indiquer brièvement et sans entrer dans une discussion approfondie et complète, le système auquel, personnellement, nous croyons devoir nous ranger.

60. — Tout d'abord, en droit français, la solution ne peut être douteuse : le législateur n'a pas considéré les passions, même arrivées à ce degré d'excitation qui enlève à l'agent une partie de son discernement, comme des causes légales de non-culpabilité. Sans doute, le législateur a donné au coupable, dans certains cas, le bénéfice d'une excuse légale (7) ; mais ce sont là des décisions tout exceptionnelles, réservées fatalement aux espèces particulières et rigoureusement déterminées pour lesquelles elles ont été écrites (8). Normalement, légalement, la passion n'exclut pas une responsabilité pleine et entière ; le critérium de l'irresponsabilité n'est pas, en droit français, psychologique et en quelque sorte moral, il est d'ordre matériel et pathologique. L'irresponsabilité découle de la démence (9), tout au plus, de ces états analogues qui, impliquant une lésion, une maladie cérébrale et organique, sont susceptibles par là même d'une constatation objective et médicale, l'irresponsabilité légale et forcée n'existe pas pour ces états purement psychologiques, tels que la colère, qui ne se lie à aucun trouble physique ou mieux physiologique.

(7) Cf., not. C. pén., art. 321, 325, 441.

(8) V. art. 65 : « Nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigée, que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse. »

(9) V. C. pén., art. 64.

Est-ce à dire que le juge ne puisse légitimement prendre en considération cet emportement ou mieux les causes plus ou moins légitimes qui l'ont déterminé? Nous n'en doutons point : le législateur l'a fait lui-même dans certains cas, le juge peut le faire et doit le faire dans tous : il y a là une circonstance qu'il lui est impossible de négliger, car elle est un élément d'appréciation du degré de responsabilité ou de nocuité du criminel. Dans tel cas donné le juge pourra donc voir dans la passion elle-même une cause d'atténuation de la peine applicable ; et ce sera juste, et ce sera rationnel. Mais ce qui serait à notre avis injustifié et dangereux au premier chef pour l'intérêt public, ce serait la transformation de cette atténuation judiciaire et partant facultative en une atténuation légale et forcée.

La loi pénale, en effet, n'a pas seulement pour but de satisfaire le sentiment de réprobation publique que soulève, au nom de la justice et de l'utilité, l'accomplissement d'un acte criminel, il n'est pas niable, nous l'avons dit, qu'elle vise tout autant et plus encore à en prévenir la réalisation ; or, comment donc remplirait-elle efficacement ce rôle préventif, si le coupable, qui a laissé libre cours à sa passion et s'est mis ainsi dans un état voisin de l'inconscience, susceptible de le conduire à l'exécution d'actes dommageables et criminels, pouvait justement trouver dans cet oubli de lui-même, de toute énergie, un principe d'impunité, presque une justification de sa conduite? Quelle efficacité sérieuse attendre de cette menace, de cette contrainte légale, que viendrait contredire aussi radicalement le principe d'une excuse également légale, d'une diminution obligatoire de pénalité pour tous les crimes passionnels? Ainsi donc la colère, la passion n'excluent pas, ne doivent pas exclure la criminalité, celle-ci reste entière,

il en est ainsi pour le crime consommé, il en est de même pour la tentative (10).

* * *

61. — Mais il est une seconde catégorie d'hypothèses, où, de l'avis unanime des auteurs, la notion de la tentative ne saurait avoir davantage d'application, et cela par définition même ; c'est à l'égard de toutes les *infractions non intentionnelles* (11). Ici, en effet, dit-on, la loi réprime la

(10) V. Garraud, *Traité*, t. I, n° 226, p. 373 ; Lainé, n° 493 ; Champecommunal, *op. et loc. cit.*, p. 404. Cf. Lacoïnta, *op. et loc. cit.*, p. 462 ; Taranto, *op. cit.*, part. II, ch. III ; Jg. *Relazione ministeriale sul Progetto di nuovo codice penale* (Rivista penale, vol. XXVII, p. 233). — Au surplus, les auteurs qui ont défendu la solution contraire ne se sont-ils pas eux-mêmes contredits? Ils ont admis la répression pour le cas où les actes accomplis dans l'emportement de la passion, *tendraient exclusivement à un résultat criminel donné, ou seraient susceptibles de le produire comme une conséquence ordinaire et presque nécessaire, de sorte qu'il y ait lieu de croire qu'ils aient été choisis par l'agent à cause de ce résultat même?* (V. par ex. Carrara, *Progr.*, § 368, p. 493). Mais pourquoi donc, pourquoi admettre dans cette hypothèse l'existence d'une conscience, d'une réflexion que l'on rejette dans toutes les autres? Dès qu'il est admis qu'aucune volonté réfléchie ne peut exister dans l'état de colère, par exemple, la considération de la nature même des actes réalisés n'a plus aucune valeur. Qu'ils puissent aboutir à plusieurs résultats ou à un seul, on est toujours en présence d'un acte inconscient et non incriminable. — A moins de prétendre qu'il y a lieu à distinction suivant les espèces, suivant la gravité, c'est-à-dire suivant les causes productrices de l'emportement, mais alors c'est la reconnaissance implicite que tout dépend des circonstances et qu'il ne doit exister en ceci aucune règle légale, absolue, obligatoire.

(11) On sait que cette division des infractions en infractions intentionnelles et non intentionnelles, ne cadre pas absolument avec la division du Code pénal en crimes et délits, d'une part ; et contraventions d'autre part. Bien que normalement les premiers constituent des

simple faute de l'agent; or, qui dit faute suppose, par là même, absence de prévision, de réflexion chez l'auteur de cette faute. Tout au contraire, la tentative implique cette réflexion, cette prévision du résultat dommageable et la volonté de l'obtenir. Faute et tentative sont donc deux notions, deux éléments contradictoires. Au sens légal et rationnel des mots, une tentative de faute ne saurait exister; et, par exemple, on ne conçoit pas une tentative d'homicide par imprudence pas plus que d'incendie involontaire: l'énoncé seul d'une semblable proposition en révèle le non-sens (12).

L'affirmation, avons-nous dit, comporte les plus expresses réserves. Non pas évidemment sur le terrain des textes: les articles 2 et 3 passent sous silence les contraventions, il n'y a donc pas de tentative de contravention légalement punissable. D'autre part, les textes qui incriminent comme délits des faits involontaires, meurtre, blessures, incendie, supposent toujours ces faits totalement réalisés: le doute n'est donc pas possible (13). —

infractions intentionnelles, il y a des délits non intentionnels: tels les blessures, le meurtre, l'incendie involontaires (V. C. pén., art. 319, 320, 458). A l'inverse, bien que normalement les faits contraventionnels soient non intentionnels, il en est d'intentionnels (V. C. pén., art. 475, 8; 479, 9^o). Cf. Cache, *Des Contraventions. Rapport pour le Congrès de Lisbonne* (Bull. de l'Un. I. Dr. pén., 1897, p. 272).

(12) Cf. Garraud, *op. cit.*, t. I, p. 292; t. IV, p. 412, n^o 413, p. 423, n^o 424; Blanche, *op. cit.*, t. V, n^o 6; Haus, *op. cit.*, t. I, p. 325, n^o 431; Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 100; Carrara, *Program.*, § 366, p. 193. Jg. Marciano, *Inammissibilita del tentativo nell' contravvenzioni, Critica forense*, 2, p. 45.

(13) *Arg.*, art. 3, qui ne punit les tentatives de délits que dans les cas expressément déterminés par la loi. — Les législations étrangères consacrent en général une solution identique. Toutefois, la tentative de contravention est déclarée punissable, quoique d'une peine atténuée, par la législation autrichienne §§ 263-264; et le projet espagnol,

Mais où nous faisons nos réserves, c'est au double point de vue que voici. D'abord, parce qu'à supposer la solution parfaitement exacte, — et elle l'est, nous le croyons nous-même, dans une large mesure, — le raisonnement de la doctrine ne rend nullement compte de son exactitude. Ensuite, et ceci est plus grave, parce que la solution elle-même nous paraît sur le double terrain rationnel et pratique absolument contestable à l'égard de toute une catégorie d'infractions non intentionnelles. Ce sont là deux points sur lesquels il nous semble intéressant d'attirer l'attention.

En premier lieu, disons-nous, dans la mesure où la solution est exacte, le raisonnement de la doctrine classique, tel que nous venons de la reproduire, reste impuissant à la justifier. Non point, certes, qu'il soit contestable en lui-même, car il n'est pas autre chose, on le verra, que l'affirmation d'une vérité absolument évidente; mais parce que cette vérité justement n'est pas en cause et que la difficulté vraie du problème, porte sur un tout autre point, auquel le raisonnement de la doctrine ne fait même pas allusion. Ne serait-ce que pour l'honneur des principes, il ne saurait être inutile de remettre les choses au point et de rétablir en ceci l'argumentation vraiment convaincante et décisive. En dissipant, d'ailleurs, les équivoques sur ce premier point, nous ferons, en réalité, double tâche, car nous justifierons du même coup le bien fondé de notre seconde affirmation.

Donc, nous dit-on, la tentative suppose, chez son auteur, la prévision du résultat criminel qui va découler des actes accomplis et puis ensuite l'intention, la volonté

après avoir déclaré que les contraventions ne seront punissables que si elles sont consommées, fait exception aussitôt pour les contraventions qui menacent la vie ou la propriété des individus.

de produire ce résultat. L'affirmation nous paraît, en effet, rigoureusement exacte, toutefois à une condition : c'est qu'on se garde bien de lui donner une portée générale et absolue. Oui, la tentative suppose l'existence d'une intention criminelle, mais apparemment et rationnellement, dans une seule catégorie d'hypothèses, très nettement déterminées, celles où le crime, s'il eût été accompli totalement, eût constitué, lui aussi, un crime intentionnel.

Et par exemple, voici un individu qui en blesse un autre : est-il coupable de tentative de meurtre, est-il possible d'incriminer de ce chef les simples blessures qu'il a portées ? Oui, pourvu que cet individu ait prévu et voulu non pas seulement ces blessures en elles-mêmes et pour elles-mêmes, mais encore ce but ultérieur qu'il n'a pas obtenu par suite de circonstances accidentelles, à savoir la mort de sa victime. Si donc nous supposons que les blessures ont été occasionnées, non par l'effet d'une volonté de tuer nettement arrêtée et déterminée, mais par suite d'une simple imprudence ou négligence sans prévision ni volonté aucune chez l'agent d'aboutir même à ces simples blessures ; il est clair que cet agent ne saurait jamais être considéré comme coupable d'une tentative de meurtre. La constatation n'est-elle pas élémentaire, à l'excès ?

Mais justement ce qu'il faut observer, c'est qu'à l'égard des délits d'imprudence, nous nous trouvons absolument en dehors du terrain de l'*intention* et cela, alors même que nous nous plaçons en face d'un fait d'imprudence consommé, c'est-à-dire ayant abouti à la réalisation du préjudice, du dommage incriminé par la loi. Par exemple, voici une personne qui sans penser à mal jette de sa fenêtre une pierre dans la rue, voici un cocher qui dans le seul but d'arriver plus vite lance ses chevaux à une allure désordonnée, *un passant est atteint et tué.*

Sans nul doute, l'agent tombe sous le coup de la loi pénale. Mais pourquoi ? Est-ce parce que nous trouvons chez lui la prévision de l'accident survenu, la volonté de le produire ? Nullement.

Ce que nous relevons à sa charge, c'est une simple faute, une imprudence, une négligence, une imprévoyance. Quand donc nous nous demandons si ce délit d'imprudence, délit non intentionnel, comporte une tentative punissable, est-ce que nous pouvons entendre parler d'une tentative qui, elle, serait intentionnelle ? Mais, évidemment non ; car, il est trop clair que la tentative n'étant pas autre chose qu'une exécution totale arrêtée à mi-chemin, l'élément subjectif qui la rend imputable ne peut différer en rien de l'élément subjectif qui eût rendu imputable le délit, s'il eût été consommé. Subjectivement la situation est la même, le résultat, l'événement, comme auraient dit nos anciens auteurs, diffère seul de l'un à l'autre cas. En vain, par conséquent, les auteurs déclarent-ils qu'il n'y a pas, qu'il ne peut y avoir de tentative en cette matière, parce que l'agent n'a ni prévu ni voulu le résultat dommageable et criminel. Cela, c'est simplement affirmer l'évidence, à savoir que là, où, comme en matière d'imprudence, toute intention fait défaut, on ne saurait trouver jamais les éléments d'une tentative intentionnelle. Mais justement, là n'est pas et ne peut pas être la question, tout le raisonnement de la doctrine porte, en réalité, sur un terrain où il ne peut pas y avoir de controverse et par là même il ne résoud pas la vraie difficulté. — Il est à peine besoin de dire qu'on ne la résoud pas davantage en affirmant qu'une *tentative de faute* est quelque chose d'irrationnel et d'inconcevable. C'est parfaitement vrai, mais on ne pense pas, apparemment, qu'en matière d'infractions volontaires, le législateur incrimine davantage une *tentative d'intention* : il est trop évident que les deux expressions sont

absolument vides de sens. Non, la tentative dont nous parlons, la seule tentative en face de laquelle nous nous trouvons ici, et sur la répression de laquelle il soit logique et admissible de raisonner, ce n'est pas une tentative intentionnelle, c'est une tentative que constitue une faute, une imprudence, mais une faute, une imprudence que des circonstances fortuites ont empêché d'aboutir au résultat dommageable légalement incriminé.

C'est là une tentative d'une nature évidemment toute spéciale et l'on aperçoit d'où peut et doit résulter sa caractéristique, sa qualification. Ce ne peut être de son élément subjectif, puisque l'imprudence exclut toute intention, ce ne sera donc que de son élément objectif, des faits pris en eux-mêmes et dans leur matérialité. En d'autres termes, pour savoir de quel délit d'imprudence consommé, par exemple, les actes accomplis sont la tentative, il ne s'agit plus de rechercher quel délit l'agent se proposait de commettre, mais bien quel délit, c'est-à-dire quel résultat dommageable, parmi ceux que la loi a prévus et réprimés, pouvait résulter de leur accomplissement. Nous parlions tout à l'heure de *tentative intentionnelle*, nous dirions volontiers qu'en matière d'imprudence c'est d'une *tentative purement matérielle* qu'il s'agit. Un coup de feu a été tiré par mégarde dans la direction de telle personne : si celle-ci avait été tuée, l'agent eût été coupable d'homicide involontaire. Eh bien ! supposons que par suite de circonstances accidentelles, par exemple l'habileté de la victime visée à parer le coup qui allait certainement la tuer, aucune blessure n'ait été produite, l'agent ne peut-il, ne doit-il pas, son imprudence demeurant certaine, être passible, nous ne disons pas d'une peine quelconque, mais de la même peine dont son action eût été susceptible si elle eût abouti à la mort de la victime ! Voilà l'hypothèse et voilà, dans ses termes exacts, le problème

à résoudre ; nous avouons ne voir en lui *a priori* rien de puéril, d'illogique, d'irrationnel.

62. — Il a sa raison d'être, et d'autant mieux, après tout, que la possibilité pour le législateur de réprimer, soit d'une façon soit d'une autre, des faits d'imprudence pris en eux-mêmes et en dehors des conséquences dommageables auxquels ils peuvent conduire, cette possibilité ne peut faire l'objet d'aucun doute. Une telle répression est non seulement possible, mais utile, nécessaire. Soutenir que l'acte d'imprudence et, par exemple, le fait pour le conducteur de presser à l'excès l'allure de ses chevaux, ne peut constituer, à soi seul, un fait délictueux ; qu'il n'y a là qu'un acte indifférent, réclamant, pour se transformer en délit et devenir socialement punissable, la réalisation matérielle d'un résultat, la survenance effective d'un accident, cela est de toute évidence absolument inadmissible.

Et c'est bien ce qu'ont aperçu et compris, mais peut-être dans une mesure trop restreinte, toutes les législations. Parcourons le Code pénal français et nous y trouverons des incriminations comme celles-ci : sont punissables : « ceux qui auront négligé d'entretenir, réparer, nettoyer les fours, cheminées, ou usines où l'on fait du feu », « ceux qui auront embarrassé la voie publique, en y déposant ou y laissant sans nécessité des matériaux ou des choses quelconques qui empêchent ou diminuent la liberté ou la sûreté du passage », « ceux qui.... auront négligé d'éclairer les matériaux par eux entreposés ou les excavations par eux faites dans les rues et places », « ceux qui auront négligé ou refusé d'obéir à la sommation émanée de l'autorité administrative de réparer ou démolir les édifices menaçant ruine », « ceux qui auront jeté ou exposé au devant de leurs édifices des choses de nature à nuire par leur chute... », etc. Nous pourrions

multiplier les exemples (14). Or, qu'est-ce que tout cela? Pas autre chose que la prévision et la répression de faits, d'actes de négligence ou d'imprudence envisagés en eux-mêmes et pour eux-mêmes, indépendamment des conséquences dommageables et légalement incriminées (incendie, blessures, homicide), auxquelles ces actes sont normalement susceptibles d'aboutir?

Seulement, comme nous venons de le dire, le législateur a prévu ces faits en eux-mêmes, c'est-à-dire isolément, sans souci direct de leur résultat possible; il en a fait autant de délits distincts et complets. Eh bien, la question est de savoir si justement le législateur n'eût pas fait œuvre plus logique et plus rationnelle en usant d'un autre procédé. Au lieu d'envisager ces faits individuellement, dans leur matérialité en quelque sorte personnelle, ne pouvait-il, ne devait-il pas les considérer plutôt dans leur tendance vers le résultat dommageable ultérieur, auquel ils sont susceptibles d'aboutir. Au lieu de les prévoir, de les définir nommément et de les ériger, un à un, en contraventions *sui generis*, n'eût-il pas été mieux inspiré et plus près de la vérité juridique, en consacrant légalement deux choses: tout d'abord, un certain nombre d'incriminations spéciales, de délits non intentionnels consommés définis par leur résultat matériel et dommageable (mort, blessure, incendie), puis ensuite une incrimination plus générale, celle, à titre de tentative, de tout fait qui, accompli non intentionnellement, n'en tendrait pas moins dans sa matérialité à l'exécution, à la réalisation de telles ou telles conséquences dommageables prévues et punies par la loi? Voilà la question.

(14) V. notamm. les nombreuses hypothèses prévues par les art. 471 et 475 du Code pénal. Jg. un certain nombre de lois particulières, par exemple: L., 30 mai 1851 sur la police du roulage; L., 30 novembre 1892, art. 4, 18 sur l'exercice de la médecine.

Eh bien, si tout d'abord nous nous plaçons sur le terrain purement théorique, rationnel, logique, n'est-ce pas au second des deux procédés qu'il nous faut donner la préférence; quoi qu'on en ait dit, n'est-ce pas en faveur de l'existence légale d'une tentative non intentionnelle que nous devons nous prononcer? A notre avis, oui certainement et pour cette raison qu'une telle conception est la seule qui donne pleine et entière satisfaction aux besoins, aux intérêts sociaux, en vue desquels le législateur a érigé certains faits en délits, bien que l'agent les ait accomplis sans prévoir ni vouloir leurs conséquences préjudiciables. Et, en effet, ici encore, remontons aux principes.

63. — Quelle est donc la raison d'être, quel est le fondement de la répression en cette matière? A coup sûr, il serait superflu de faire appel ici aux notions de justice, de moralité, de responsabilité absolues. Les faits d'imprudence ne constituent des fautes morales que dans une mesure infime, puisque leur auteur n'a ni voulu, ni même prévu le résultat de son action; partant ils ne sauraient provoquer aucune sanction ayant le caractère d'un blâme, d'une flétrissure au sens moral du mot. Et cela est également vrai, plus encore peut-être, des faits qualifiés contraventions. En vérité, on peut dire de tels actes qu'ils sont moralement indifférents (15); le vrai fondement de

(15) C'est même dans cette absence de tout caractère immoral, que résiderait pour beaucoup la caractéristique distinctive des contraventions. La contravention serait le fait que la conscience collective et générale de l'humanité ne considère pas comme injuste en soi, celle-là qui n'a sa base dans aucun délit naturel et ne devient illicite qu'à raison de la convenance toute particulière d'un droit positif donné. Cf. Binding, *Die Normen und ihre Uebertretungen*, Leipzig, 1890; Deprez, *Nature juridique des contraventions* (th., Paris, 1898, p. 9 et suiv.) — A cet égard nous ne croyons pas que le délit d'imprudence se sépare de la contravention. La doctrine en général fonde son incrimination

la répression en ceci c'est l'utilité, la nécessité sociale. et voici comment.

Dans toute société, le bon ordre ne réclame pas seulement des membres qui la composent, l'observation des principes strictement moraux ou l'abstention des actes injustes suivant la notion idéale ou religieuse. Son maintien complet demande quelque chose de plus, à savoir la limitation des droits même certains et légitimes de chacun en tout ce qui peut porter atteinte aux droits non moins certains et légitimes d'autrui. Or l'acte d'imprudence, s'il n'a rien d'immoral absolument, n'en constitue pas moins un fait troublant pour l'ordre social, par le danger, le péril qu'il contient pour la paix, la sécurité, la vie des individus. Voilà pourquoi le législateur le prohibe et le punit, considérant son exécution comme une faute

mination sur l'existence d'un vice de la volonté qui involontairement a omis d'user de toute la diligence nécessaire et a voulu un acte sans prévoir les conséquences qu'elle pouvait cependant prévoir. (V. Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. IV, p. 404; Ortolan, *op. cit.*, t. I, ch. XII; Garraud, *op. cit.*, t. IV, p. 42; Cpr. Alimena, *I limiti...*, t. I, ch. III.) Rien de tout cela ne saurait constituer évidemment de faute au sens moral du mot. Où la faute apparaîtrait, ce serait dans l'hypothèse où l'agent, sans vouloir directement les conséquences dommageables de son action les aurait cependant prévues, et les prévoyant aurait, quoique dans l'espoir de n'y point aboutir, passé outre à l'exécution. Mais c'est là une variété de délit toute spéciale et qui rationnellement ne doit pas rentrer dans la catégorie des purs délits d'imprudence. Nous la retrouverons plus loin. V. *infra*, n° 66. Au surplus, fallût-il admettre avec Kleinschrod (*Neues Archiv. des criminalrechts*, VI, 45) que, dans tout délit d'imprudence, l'auteur a le *sentiment vague* d'agir injustement, qu'il n'y aurait point là davantage source de faute morale. La culpabilité ne se fonde pas sur une base aussi flottante, sur l'existence d'un sentiment vague. Or, au demeurant, on ne trouvera jamais autre chose dans le délit d'imprudence. Lui aussi, à notre estime, est une création de pur droit positif, commandée par l'utilité sociale.

sociale, ou, si l'on veut, comme l'indice d'une criminalité, — criminalité évidemment toute spéciale et sans rapport avec la criminalité ordinaire et intentionnelle — mais enfin criminalité quand même contre laquelle il prend ses mesures et sévit. Par la menace d'une peine, par la réalisation de cette menace lorsque la défense a été méconnue, le législateur espère déterminer les individus à s'abstenir de ces actes d'imprudence, qui satisfont peut-être leur intérêt ou leur fantaisie, mais qui mettent en danger la personne ou les biens de leurs semblables.

Or, s'il en est ainsi, le législateur fait œuvre imparfaite et insuffisante qui n'attache la répression qu'à la seule réalisation effective d'un mal, d'un dommage, qui voit dans le préjudice réalisé la seule cause déterminante de cette répression. Ici encore, en effet, pouvons-nous dire, qu'est-ce que le préjudice ? Pris en soi et envisagé isolément c'est un fait sans portée pénale. C'est un *résultat*, une conséquence ; or la conséquence n'a pas de valeur par elle-même. La *cause* seule importe et c'est d'elle que le résultat tire toute son importance, ici, toute sa criminalité. Or, en la matière, où est donc la cause du mal effectif réalisé ? — Dans le fait, ou mieux dans *l'état d'imprudence*, indépendamment des effets dommageables qui peuvent en découler, c'est bien ce fait, cet état qui à eux seuls consomment la faute, sinon morale, au moins sociale, que le législateur a voulu punir ; c'est en eux seuls que réside et s'incarne, pour ainsi dire, cette criminalité *sui generis* — pour employer une expression plus exacte, cette *antisocialité*, — contre laquelle l'intérêt public commande de se garer.

Ce que la loi doit incriminer, par conséquent, dans le délit d'imprudence, alors même qu'un dommage en serait résulté, ce n'est pas la matérialité, la gravité objective de l'accident survenu ; ce qu'il faut punir, c'est par delà cet

accident la faute subjective qui l'a produit, c'est le fait en soi d'avoir été imprudent ou négligent, de s'être mis volontairement en cette situation grosse de péril pour la paix et la sécurité des individus. Ainsi donc, l'action imprudente accomplie, peu importe ce qui va suivre ; qu'un préjudice se produise ou non, c'est effet de pur hasard, indépendant de la volonté de l'agent et rationnellement sans aucune importance sociale et pénale. L'événement, l'accident survenu ne saurait donc être logiquement constitutif de la criminalité de l'acte, de la culpabilité de l'agent, il n'est qu'un élément de la preuve de cette culpabilité. Or de même que cet accident, pouvant être purement fortuit, n'implique pas à lui seul et forcément l'existence d'une imprudence ; est-ce que l'imprudence ne peut pas se trouver établie indépendamment de tout préjudice matériel réalisé ? Mais pourquoi donc ? Est-ce que la preuve n'est pas faite de l'imprudence du conducteur, qui a lancé ses chevaux au galop, si quelque passant a été renversé, alors même que, par une sorte de miracle, ce passant aurait échappé à toute blessure, même légère ? Est-ce que la preuve n'est pas faite aussi de l'impéritie, de l'ignorance de l'entrepreneur qui a fait édifier un échafaudage dans des conditions absolument défectueuses, si cet échafaudage s'écroule, lors même que pas un ouvrier ne serait atteint ? Eh bien la preuve fournie, la répression est légitime, car ce que réclame l'intérêt social c'est la punition de l'état d'imprudence en lui-même, quels que soient les faits, dommageables ou non, d'où cet état ressort certain, indubitable. Voilà bien la solution logique et rationnelle.

63 bis. — Et le raisonnement peut être poussé plus loin encore ; car cette solution logique, c'est elle aussi qui, à première vue, nous apparaît comme la solution pratiquement désirable et utile. A cet égard, les exemples précités ont déjà leur valeur, mais on peut en trouver de plus dé-

cisifs encore. Voici un médecin, qui par une ignorance grossière, rédige une ordonnance dont l'exécution entrainera certainement la mort de son malade ; mais heureusement le pharmacien s'en aperçoit et refuse de la remplir. Dans l'état actuel de la législation, le médecin est à l'abri de toute répression : son ignorance, son impéritie ne sont pas douteuses cependant, et l'ordonnance révélatrice et accusatrice a peut-être été remise aux mains de la justice : oui, mais si la faute, l'état d'imprudence sont établis, aucun préjudice n'en est cependant résulté ; or c'est le préjudice qui seul donne ouverture à la répression. Voici un industriel qui ne prend aucun soin des machines dont il se sert ; par ignorance ou par négligence, il ne veille pas à leur entretien, à leur bon fonctionnement, et voici, en effet, qu'une machine éclate, mais aucun ouvrier n'est atteint : ici encore point d'incrimination possible. Eh bien, en présence de faits semblables, est-ce que l'impunité n'apparaît pas déplorable au premier chef ? Comment, la société a en main la preuve matérielle que dans son sein existent tels ou tels individus dont l'ignorance, la négligence, nous ne disons pas mettra, mais a mis déjà la vie, la sécurité des individus en un danger certain ; cette preuve ne résulte pas de présomptions, de probabilités, mais de faits matériels et palpables (le passant a été renversé, l'ouvrier était placé à côté de l'échafaudage, de la machine) et la société ne se reconnaît pas le droit d'intervenir !

S'il s'agit d'un meurtre intentionnel, la répression lui paraît légitime, alors même que l'agent n'a pas effectivement donné la mort, dès là qu'il n'en a été empêché que par des circonstances purement accidentelles. En présence d'un fait d'imprudence, ses exigences s'accroissent, point de répression si quelque dommage n'a été réellement, matériellement réalisé. Dans le premier cas, le préjudice est

indifférent si l'agent a exécuté déjà quelque action d'où il espérait le voir surgir et par laquelle il s'est révélé dangereux pour la société. Dans le second cas, le préjudice est constitutif de la culpabilité. L'agent peut donc sans crainte entreprendre malgré son ignorance et sans souci d'aucune précaution tous les actes d'où, selon toute apparence, va découler un mal, un dommage pour la personne ou la propriété d'autrui, il peut affirmer aux yeux de tous cette criminalité *sui generis* qui s'incarne dans le fait d'imprudence : le conducteur peut continuer de lancer ses chevaux à une allure désordonnée, l'entrepreneur de construire des échafaudages ou même des édifices sans solidité aucune, le médecin de soigner des malades qu'un jour ou l'autre il tuera, l'industriel de n'apporter aucun soin dans la bonne tenue et la surveillance de ses machines. Leur sort dépend de leur succès, le hasard décidera tout, c'est lui l'arbitre de la répression. Dire qu'un pareil système est immoral serait assurément exagéré en une matière où la moralité n'a pas grand'chose à voir. Mais enfin n'est-il pas juste de reconnaître qu'il est dans une large mesure absolument impolitique, et contraire aux exigences légitimes de l'utilité sociale. A une époque où, par suite des développements et des applications toujours croissantes des forces physiques, vapeur, électricité, etc., ne cessent de se multiplier chaque jour davantage, non par les méfaits intentionnels, mais bien les atteintes involontaires aux biens ou à la personne des individus, est-ce que la société ne devrait pas, justement, plus et mieux que jamais veiller à garantir à tous la vie et la sécurité ? (16).

En réalité, nous apercevons qu'à l'égard de faits d'im-

(16) Cf. les observations de M. Tarde, *La criminalité professionnelle*, Rapport présenté au Congrès d'anthropologie crim. de Genève (Compte rendu des travaux du Congrès, 1897, p. 78).

prudences exempts de tout résultat matériel et dommageable, la conception d'une répression, non pas quelconque et déterminée isolément pour chaque fait particulier, mais d'une répression à *titre de tentative*, est une conception absolument conforme aux données logiques et rationnelles. Mieux que cela, nous voyons qu'en fait sa consécration semble commandée par une utilité sociale, évidente, impérieuse (17). Et cependant cette solution logique et désirable, aucune législation n'en a consacré le principe. Prévoyant un certain nombre de *délits d'imprudence*, le législateur français spécialement limite toujours la répression à l'hypothèse où les faits incriminés à ce

(17) Aussi la thèse, quoique rarement, a-t-elle trouvé quelques partisans. Cf. Wissinger, *Diss. que sint differentia inter facta dolosa et colposa*, p. 88, cap. iv, sect. II et IV, et Lelièvre, *De penarum delictis adequandarum ratione*, p. 9 et 10. Mais ces auteurs ont appuyé leur solution sur un singulier motif : si la répression doit intervenir, ont-ils dit, c'est qu'en dépit du caractère inoffensif de l'acte, le public peut croire chez son auteur à l'intention de nuire et par là douter de sa sûreté. C'est partir d'une constatation exacte à savoir que l'acte d'imprudence, alors même qu'il ne cause aucun dommage, n'en donne pas moins naissance à un trouble social certain ; mais c'est se méprendre sur la nature de ce trouble social. Les individus ne sont pas punissables à raison des intentions que le public peut leur supposer, mais bien à raison de leurs intentions véritables et prouvées. Et, de même, si l'on veut punir à titre de tentative tel ou tel fait où se révèle une imprudence, encore faut-il qualifier, caractériser cette imprudence, déterminer en d'autres termes le préjudice, le mal effectif, vers lequel elle tend. Et c'est là, nous le verrons, le point délicat du système. Les auteurs s'en tiennent à un examen purement théorique et rationnel de la situation, ce n'est résoudre le problème qu'à moitié. Le même procédé trop exclusivement rationnel se retrouve dans l'étude plus récente d'Angiolini, *Il tentativo ne, delitti colposi (Scuola positiva*, octobr. 1897, p. 599). Jg et Cpr. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno (colpa extra-contrattuale*, vol. II, n° 40) ; Mosca, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa*, Roma, 1896, p. 74.

titre ont effectivement produit un préjudice, un mal. Pourquoi ?

*
* *

64. — A la vérité, bien des raisons, — de ces raisons que nous avons appelées d'ordre externe et d'opportunité pratique, — ont pu l'y déterminer. Et, pour tout dire en une formulé brève, si le législateur n'a pas consacré l'existence d'une tentative non intentionnelle punissable, c'est apparemment qu'il a redouté de faire œuvre, soit illusoire, soit inutile, soit même dangereuse. — Œuvre illusoire, parce qu'en l'absence de ses conséquences préjudiciables, la preuve lui est apparue ne devoir jamais être acquise de l'imprudence et, partant, de la culpabilité de l'agent. Œuvre inutile, parce qu'à supposer cette preuve rapportée, le fait d'imprudence, pris en soi et séparément de tout effet préjudiciable, lui a paru d'une gravité insuffisante pour justifier une répression publique et sociale. D'une part, en effet, un acte semblable ne révèle qu'une criminalité insignifiante, il ne soulève aucun blâme moral; il n'appelle aucune mesure flétrissante. D'autre part, pour inciter, pour contraindre les individus à user de précaution, de prévoyance, à se garer de ces états dangereux pour la sécurité individuelle et publique qui s'appellent imprudence, négligence, inattention, ignorance fautives, qu'est-il besoin de la pénalité ? Quand aucune peine ne les menacerait, le médecin, le chirurgien, l'entrepreneur, l'industriel se garderaient-ils moins de toute imprudence, de toute négligence ? Est-ce que, d'abord, l'opinion publique n'est pas là, pour leur enlever, le cas échéant, la réputation, la fortune, l'honneur même ? Est-ce que la possibilité d'une condamnation à des réparations civiles

parfois considérables, n'est pas là également pour les contraindre, en tout et partout, à la plus grande diligence ? A quoi bon la peine ? Que peut ajouter son intervention à la menace des sanctions multiples que nous venons d'indiquer ? Enfin, le législateur a peut-être craint que la reconnaissance légale d'une tentative non intentionnelle ne soit pas autre chose que la répression de l'imprudence, c'est-à-dire de la simple faute subjective en elle-même et pour elle seule. Or, une telle répression, — tout comme celle de l'intention purement et simplement manifestée, — n'est certainement pas acceptable, parce que compromettante, dangereuse au premier chef pour la liberté des individus (18).

Tels sont les motifs divers qui ont pu guider le législateur. Mais encore, — car il est inutile d'étayer une solution juste sur de mauvaises raisons, — quelle est donc la valeur exacte de ces motifs ; ont-ils tous une portée réelle et égale ; sont-ils suffisants pour justifier l'exclusion de la législation pénale d'une tentative en matière d'infractions non intentionnelles. Eh bien, ici encore, la vérité oblige à le reconnaître, un choix s'impose ; car il est tels des motifs que nous venons d'énoncer dont la force probante est, sinon nulle, du moins tout à fait insuffisante.

Et, tout d'abord, comment donc s'imaginer qu'en reconnaissant légalement l'existence d'une tentative non intentionnelle le législateur ferait œuvre dangereuse et menaçante pour la liberté individuelle ! La méprise est manifeste. Il ne s'agirait jamais, en effet, de déclarer punissable *tout fait quelconque* où le juge trouverait la preuve de telle ou telle imprudence, ce n'est évidemment pas ainsi que peut procéder le législateur. Ni en cette matière ni en aucune autre, il ne peut être question de laisser le juge

(18) Cpr. *infra*, n° 72.

maître absolu d'étendre ou de restreindre à son gré le domaine de l'incrimination. C'est à la loi elle-même à définir nettement les faits qu'elle entend punir, c'est à elle à fixer presque mathématiquement, pour ainsi dire, les bornes des incriminations qu'elle édicte. Et voilà pourquoi, en matière de tentative d'infraction intentionnelle le législateur a pris si grand soin de déterminer l'acte précis, en deçà duquel aucune répression ne pourrait avoir lieu, quelque certaine que soit l'intention criminelle de l'agent : cet acte, a-t-il dit, ce n'est pas *l'acte préparatoire*, c'est *l'acte d'exécution*. Or, cette limite destinée à faire obstacle aux recherches arbitraires, aux accusations injustifiées et vexatoires, existerait-il donc quelque impossibilité de la transporter dans le domaine des infractions non intentionnelles ? Nous ne le voyons pas.

Les faits, qu'ils soient le produit de l'intention ou de l'imprudence, restent, à coup sûr, absolument identiques ! Un homicide, qu'il soit volontaire ou involontaire, est toujours un homicide, et, pour le réaliser totalement, l'activité du coupable engendrera toujours cette même série d'actes dans lesquels le législateur a distingué des actes préparatoires indifférents pénalement, et des actes d'exécution punissables. La même distinction n'aurait donc rien d'impossible en présence de faits d'imprudence, le législateur ici encore pourrait n'attacher la répression qu'au seul *commencement d'exécution* ; par là même, il définirait le fait punissable et enlèverait sa détermination au pouvoir souverain, à l'arbitraire du juge (19).

(19) Et cette distinction entre faits préparatoires et faits d'exécution apparaît tout aussi pratiquement réalisable à l'égard des actes qualifiés contraventions par la loi positive qu'en ce qui concerne les faits dénommés par elle délits d'imprudence. Par exemple, le Code pénal punit ceux qui auront violé la défense de tirer en certains lieux des pièces d'artifices, or il est clair que l'esprit conçoit ici encore très

Quant à déclarer inutile l'existence d'une tentative non intentionnelle punissable, soit à raison du peu de gravité ou même de l'absence de gravité morale des actes qui la constitueraient, soit à raison de l'existence de sanctions d'ordre extrinsèque mais suffisantes pour contraindre les membres du corps social à toute la diligence et la précaution désirables, l'argument ne prouverait-il pas beaucoup trop ? Sa portée ne dépasserait-elle pas logiquement les limites qu'on prétendrait lui assigner ? Certainement oui. La valeur du motif, en effet, dès là qu'on veut la reconnaître, ne milite pas seulement contre l'incrimination des tentatives d'infractions non intentionnelles, elle milite encore et tout autant, contre l'incrimination de ces infractions elles-mêmes, alors que leurs conséquences préjudiciables se seraient réalisées. Car les sanctions d'ordre externe dont on nous parle ne sont évidemment point différentes dans les deux cas et la criminalité de l'agent est aussi insignifiante dans l'un que dans l'autre (20). Et pourtant, le législateur n'a pas considéré comme suffisant à la sûreté publique cet effet préventif et répressif de ces sanctions morales, pécuniaires, etc., et, dans certains cas, il a fait intervenir une prescription formelle et légale qu'il

nettement la distinction entre des actes préparatoires (tel *l'achat* de ces pièces d'artifices) et des actes d'exécution, comme le fait de *disposer* ces pièces et d'approcher d'elles une mèche enflammée pour les faire partir.

(20) Et c'est, en effet, à l'impunité absolue de tout fait d'imprudence, alors même qu'il aurait entraîné un mal, un dommage que d'aucuns ont conclu. Le fait d'imprudence n'autoriserait plus alors dans une semblable conception que des mesures préventives. Cf. Ferrao, *Diritto penale portogues*, p. 126 ; Parisi-Giardina. *Dottrina sulla colpa*, Messina. 1881. Jg. le *rapport présenté au Congrès de Lisbonne sur les contraventions* par M. Henriquez da Silva (Bull. de l'U. I. de Dr. pén., 1897, 4^e fasc.)

a sanctionnée pénalement. Eh bien, alors, c'est la logique, l'utilité qui l'affirment, en limitant la répression aux seuls cas d'infractions non intentionnelles consommées, le législateur a fait œuvre imparfaite. Pour atteindre entièrement le but véritable qu'il se proposait, il devait aller plus loin et incriminer également la tentative de ces infractions, c'est-à-dire *tout fait d'exécution imprudente* alors même qu'il n'aurait pas abouti aux conséquences matérielles dont le législateur a eu en vue d'empêcher la réalisation. — Ainsi donc, là encore n'est point la vraie, la décisive raison sur laquelle puisse s'appuyer le système légal (21).

65. — Mais voici où elle est : c'est dans la difficulté, disons mieux, dans l'impossibilité de la preuve, non pas de l'imprudence, mais de la nature, de la qualité de cette imprudence. Car enfin, remarquons-le, pour incriminer à titre de tentative tel ou tel fait, il ne peut suffire de prouver que ce fait a été accompli imprudemment, il faut encore de toute nécessité déterminer à quoi, vers quel but, vers quel résultat incriminé cet acte tendait. Il faut, en d'autres termes, qualifier, caractériser l'imprudence constatée, lui marquer sa place parmi les catégories prévues et punies par la loi. Or comment y arriver ? — Impossible ici pour déterminer le résultat éventuel de l'acte accompli de se

(21) Et il ne faudrait pas croire davantage que la répression, fût-elle admise dans ces hypothèses, se trouverait dans la réalité des faits sans aucune application pratique, la tentative ne pouvant avoir aucun domaine d'application possible. Cela est d'abord manifestement inexact à l'égard des faits qualifiés délits d'imprudence (incendie, blessures, mort), mais cela est tout aussi erroné à l'égard des faits contraventionnels où la tentative aurait, sans nul doute, dans l'immense majorité des cas, un certain domaine d'application. V. par exemple, l'hypothèse précitée, *suprà*, not. 49. Et quand parfois, à raison de la rapidité de la consommation on n'apercevrait pas quels actes pourraient constituer la tentative ; cela n'a trait qu'au domaine d'application de cette tentative et nullement à sa notion qui reste entière.

référer à l'intention de l'agent, l'imprudence est exclusive de toute intention ; il ne reste qu'une ressource, nous l'avons dit déjà, c'est d'examiner, d'interroger en lui-même cet acte réalisé, c'est de rechercher quel but dommageable il allait atteindre, quelles conséquences, parmi celles incriminées légalement, allaient en découler. Or une semblable recherche est-elle donc acceptable ? Est-elle susceptible d'aboutir jamais à une certitude absolue sur le sens précis, la tendance vraie des actes accomplis ?

Voilà justement ce qu'il nous paraît impossible d'admettre. Seulement, pour le dire en passant, ne pourrait-on pas légitimement s'étonner de ne point rencontrer ici une affirmation contraire de la doctrine classique. Les classiques, en effet, ne se font point faute d'user du procédé, nous pourrions même dire que ce procédé constitue en réalité le fond de leur doctrine. Volontiers ils envisagent en eux-mêmes les faits de tentative, volontiers ils demandent à leur seule matérialité vers quel but dommageable ces actes se dirigent, avec quelles conséquences préjudiciables et criminelles ils sont matériellement dans un rapport forcé, nécessaire, de cause à effet — nous connaissons déjà et nous retrouverons encore toutes ces formules (22). Tel auteur recherche les conséquences nécessaires ou seulement habituelles d'un fait pour en rendre responsable comme s'il l'avait voulu l'auteur conscient et volontaire de ce fait ? (23). Eh bien, pourquoi donc ne pas transporter, en la matière qui nous occupe, les mêmes éléments de décision, le même procédé d'argumentation ; pourquoi ici encore ne pas rechercher la signification, la tendance soit nécessaire, soit même ordinaire, normale des faits accomplis, pourquoi ne pas se demander

(22) Cf. *infra*, n° 76.

(23) V. *infra*, n° 66, note 27.

le but, le mal effectif auquel, selon toute vraisemblance et circonstances à part, ces faits auraient abouti? Il nous semble que la solution eût été pleinement dans la logique du système.

Mais à quoi bon insister puisque, aussi bien, nous ne saurions accepter quant à nous cette manière de voir! Pour quels motifs, on le sait déjà. C'est qu'une *action* quelconque, dès là qu'on prétend l'envisager en elle-même et dans sa seule matérialité, ne saurait jamais, à notre avis, accuser aucune tendance, sinon vers un but ultérieur, du moins vers tel but ultérieur nettement et strictement déterminé. C'est le résultat effectivement obtenu et réalisé qui seul, ici — puisqu'aucune intention n'existe — permettra d'affirmer sa signification, sa tendance, en rendant saisissable le rapport de causalité existant entre elle et ce résultat obtenu. Jusque-là c'est le doute, l'incertitude; et pour cette raison bien simple que le même fait peut aboutir, suivant les circonstances, aux conséquences les plus différentes. D'un coup de feu imprudemment tiré dans la direction d'une personne, peut sans doute résulter la mort de cette personne mais aussi de simples blessures, il peut même n'en résulter aucun mal. Et s'il en est ainsi, si la victime imprudemment visée n'a pas été atteinte, vers quelles conséquences dommageables légalement incriminées dira-t-on que l'action tendait, de quel résultat affirmera-t-on que l'agent ne l'a ni voulu ni prévu, mais qu'il pouvait le prévoir; bref, de quel délit d'imprudence consommé l'acte accompli sera-t-il réputé la tentative? Tentative de simples blessures ou tentative d'homicide involontaire? Et encore, pourquoi donc une incrimination quelconque, si l'achèvement complet de l'acte, sans qu'aucun résultat dommageable s'ensuive, a prouvé justement que, dans la réalité des faits, tout dommage quelconque était absolument irréalisable. La vérité est qu'en

examinant les faits accomplis en eux-mêmes nous voyons abstraitement les résultats possibles auxquels ces faits pourront aboutir: nous apercevons ainsi que la chute d'un échafaudage, l'explosion d'une machine, l'absorption d'un médicament où une dose trop forte d'un poison a été introduite, sont des faits susceptibles d'entraîner mort d'homme plutôt qu'un simple coup de poing, par exemple. Mais la vérité est aussi que nous concevons tout autant la possibilité du contraire, et, en effet, l'échafaudage peut s'écrouler, la machine éclater et cependant personne n'être atteint; contre toute attente le tempérament du malade peut résister à l'absorption du médicament jugé *a priori* dangereux ou même mortel, alors que d'un simple coup de poing un individu affaibli peut être renversé et tué (24).

En réalité, dans toutes ces hypothèses, la situation est donc la suivante: l'état d'imprudence est certain, mais il demeure impossible de le définir, de le qualifier par rapport à son résultat futur, à ses conséquences ultérieures. Ce résultat, ces conséquences, on les entrevoit bien jusqu'à un certain point, mais comme de simples possibilités d'une réalisation douteuse et aléatoire; or, ce n'est point sur des bases aussi fragiles, aussi incertaines que peut s'appuyer et s'organiser la répression. Pour frapper, il faut attendre que le doute se dissipe, or il n'en est ainsi, en matière d'imprudence, que par la réalisation effective d'un préjudice, d'un mal effectif. Voilà pourquoi l'alternative est obligatoire: ou le délit d'imprudence est consommé ou il n'est pas.

Que si l'utilité sociale réclame davantage — et cela est certain, nous le savons, — le législateur usera d'incriminations complémentaires; il prévoiera autant que besoin

(24) Jg. *infra*, n° 118 et s.

sera des actes, des états d'imprudence isolés, indépendamment de tout résultat effectif, et il les réprimera à titre d'infractions spéciales, distinctes et par elles-mêmes complètes. Et c'est ainsi qu'a procédé le législateur; soit au Code pénal, soit dans les lois particulières, d'innombrables faits ont été prévus et réprimés, à titre de contraventions qui ne sont pas autre chose que des tentatives, des commencements d'exécution possibles de divers délits d'imprudence par ailleurs reconnus et punis. Evidemment, le procédé est complexe à l'extrême, puisqu'il oblige le législateur à prévoir nommément un nombre considérable de faits. Et puis la répression obéit alors à des règles toutes spéciales : la contravention répond, en effet, à une notion particulière, elle existe en dehors de toute question d'intention ou d'imprudence, d'autre part : la peine attachée à l'exécution d'actes semblables est sans rapport aucun avec celle dont sont frappés les divers délits d'imprudence légalement reconnus; incendie, blessures, meurtre involontaires (25). Et c'est là surtout, que réside, théoriquement, l'insuffisance du système : la tentative d'un délit non intentionnel, si elle pouvait exister légalement, devrait être punie de la même peine que ce délit pleinement consommé. A imprudence égale, identique en nature et en degré, peine égale et identique : voilà quelle serait la solution exacte et vraiment scientifique. — Mais puisque la consécration pratique d'une tentative en matière de faits non intentionnels se heurte à une difficulté insurmontable, il ne faut plus songer à ces solutions idéales et toutes rationnelles. C'est pratiquement qu'il faut envisager le système légal actuel, or, à cet égard, il est clair qu'un tel système aboutit, lui aussi, dans une large

(25) Cpr. à cet égard les art. 319, 320, 468 et d'autre part, 471 et 475 préc.

mesure, à la satisfaction des exigences vraies et légitimes de l'intérêt social. Le procédé est différent mais qu'importe le procédé, si le but est atteint !

Finalement, nous arrivons donc à la conclusion suivante : la conception d'une tentative non intentionnelle est chose pleinement logique et rationnelle, mais absolument insusceptible de consécration pratique, d'existence légale. Et le véritable obstacle qui s'oppose à cette consécration, ce n'est ni l'absence de toute intention criminelle, ni le caractère inutile ou dangereux d'une telle incrimination, c'est simplement l'impossibilité matérielle de qualifier, de définir en dehors de ses résultats dommageables l'imprudence commise.

Telle est la justification vraie, la seule exacte, du système légal, et l'on aperçoit combien nous sommes loin des affirmations et du raisonnement ordinaire de la doctrine classique. Nous en acceptons, il est vrai, la conclusion, mais pour des raisons absolument différentes, et c'est ce qu'il importait justement de bien mettre en lumière. En rétablissant, en effet, sur ce point, l'argumentation décisive, il s'en faut que nous ayons soulevé un débat inutile, car des principes que nous venons de dégager va découler, comme nous allons le voir, une conséquence plus grave, parce que plus radicalement contraire à la thèse de la doctrine classique. Et cette conséquence, la voici : c'est qu'il est toute une catégorie d'hypothèses où l'existence d'une tentative non intentionnelle punissable apparaît, non plus seulement comme une nécessité théorique et rationnelle, mais comme une possibilité pratique pleinement réalisable. Quelles sont ces hypothèses ? Ce sont celles où peut être relevé à la charge de l'agent un défaut, non pas de *prévoyance* mais de *précaution*. Nous nous expliquons.

*
* *

66. — Jusqu'ici, en réalité, la situation exacte en face de laquelle et sur laquelle nous avons raisonné est la suivante : l'agent dans tous ces cas, non seulement n'a pas voulu le résultat dommageable et incriminé de l'acte qu'il accomplissait, mais on peut dire que ce résultat ne s'est à aucun moment présenté à son esprit, il ne l'a même pas prévu. Seulement comme il n'était point dans l'impossibilité absolue de le prévoir, comme son ignorance n'avait rien d'invincible, la loi le déclare en faute et punit son *défaut de prévoyance*. C'est la notion normale et indiscutable du délit d'imprudence.

Mais nous apercevons une autre catégorie d'hypothèses dans lesquelles, sans vouloir davantage que précédemment le résultat criminel de son acte, l'agent l'a cependant prévu, *non pas à coup sûr comme certainement, fatalement réalisable, mais comme possible*. Et il en est un exemple frappant : c'est celui de l'aiguilleur, du chef de gare qui lance un train dans une direction donnée sachant par l'examen des signaux que la voie n'est pas libre. Quelle est donc la nature d'une semblable action ? Est-ce un fait intentionnel ? Nullement, la situation est bien différente. Ici, sans doute, l'agent a bien songé à la catastrophe, il a vu la possibilité de sa réalisation, il s'est rendu compte que de son acte pouvait résulter la mort de nombreuses personnes, et, par là même, on peut dire que dans une certaine mesure il en a accepté la responsabilité. Mais, cependant, cette catastrophe, à aucun moment, il ne l'a voulue directement puisque, bien au contraire, il a toujours espéré qu'elle ne se réaliserait pas : c'est cette espérance même qui l'a entraîné à exécuter son action. Évidemment la criminalité de son acte n'est pas comparable

avec celle qui résulterait du même fait, mais pleinement volontaire et intentionnel.

Qu'est-ce donc qu'un fait accompli dans ces conditions ? Légalement la solution, à notre avis, ne peut être douteuse, ce fait n'étant point intentionnel est un fait d'imprudence et c'est en somme ce qu'admet la doctrine classique (26). Le *défaut*, non plus de prévoyance, mais de *précaution* constitue pour elle une faute lourde entre toutes, mais il ne constitue qu'une simple faute ; c'est un cas particulier d'imprudence, d'infraction non intentionnelle. En l'absence de texte légal prévoyant spécialement l'hypothèse, la conclusion est fatale, inéluctable (27). Seu-

(26) Cf. Garraud. *Traité*, t. IV, n° 418 et s., p. 419 et s., et les références *suprà*, n° 61, not. 12.

(27) Je ne pense point en effet qu'il soit possible de tirer un argument quelconque de l'art. 309, alin. 4, du C. pén. : « Si les coups portés ou les blessures faites volontairement, mais sans intention de donner la mort l'ont pourtant occasionnée, le coupable sera puni de la peine des travaux forcés à temps ». Voilà le texte. M. Garraud (*op. cit.*, t. IV, p. 342) en conclut que d'une façon générale tout agent est responsable *comme s'il l'avait voulu* si le mal qui s'est produit était la conséquence nécessaire ou tout au moins habituelle du fait commis sciemment. Mais le texte autorise-t-il une semblable conclusion ? Il n'assimile même pas la situation qu'il prévoit et celle du meurtre volontaire, puisque la peine qu'il édicte, travaux forcés à temps, diffère de celle que l'art. 304 prononce contre le meurtre : travaux forcés à perpétuité. Comment dire, par suite, même dans la première hypothèse, que l'agent est responsable comme s'il avait voulu la mort de sa victime. Les art. 316, al. 2 et 434, al. fin, qui punissent de mort les crimes de castration ou d'incendie quand ils ont abouti à la mort de la victime, paraîtraient plus concluants. Mais encore faudrait-il établir que le législateur ne s'est point placé en présence de l'hypothèse où l'agent connaissant la possibilité d'un tel résultat l'a non seulement prévu comme possible, mais prévu comme certain, c'est-à-dire au fond, complètement voulu. Rien dans les différents textes n'autorise à penser que le législateur a statué sur

lement, on aperçoit immédiatement que, rationnellement et dans la rigueur des principes, une semblable solution est absolument défectueuse. Sans doute, l'acte accompli dans de pareilles circonstances se différencie nettement de l'acte voulu intentionnel ; mais il n'est pas niable qu'il se différencie tout autant du simple fait d'imprudence. L'agent n'a pas voulu directement les conséquences dommageables de son action, cela n'est pas douteux ; mais enfin il n'en reste pas moins qu'il les a prévues et que, les prévoyant, il a passé outre à l'exécution, acceptant, comme nous l'avons dit, la possibilité de leur réalisation, et, pour ce cas, engageant vraiment sa responsabilité. Ainsi sa culpabilité et morale et sociale nous apparaît, ici encore, bien différente de ce qu'elle eût été, s'il n'eût jamais prévu le résultat que son acte a produit. Ni dans un sens ni dans l'autre l'assimilation n'est possible, et l'on aperçoit maintenant comment une législation vraiment rationnelle réglerait la situation. De pareils faits devraient relever d'une incrimination particulière ; la

Hypothèse d'un agent *prévoyant* simplement le résultat obtenu. Pour la question que nous indiquons ils ne sauraient être d'aucun secours. — Au surplus attribuer à un individu, au titre de crime volontaire, un mal, un résultat quelconque, par cela seul que ce résultat est la conséquence nécessaire et habituelle d'un fait antérieur commis sciemment, cela est pour nous inadmissible. Une responsabilité de cette nature ne saurait naître de ce que l'agent a *pu* prévoir les conséquences dommageables réalisées mais bien de ce qu'il les a réellement *prévues*. Point de présomption abstraite et générale, mais appréciation concrète et particulière des faits, voilà la solution. Et nous la croyons exacte, que les conséquences criminelles réalisées soient la suite nécessaire d'un fait antérieur tombant déjà lui-même sous le coup de la loi (c'est l'hypothèse sur laquelle raisonne M. Garrand), ou d'un fait pénalement indifférent. Cette circonstance qui vise le premier fait accompli ne saurait, pour nous, influencer en quoi que ce soit sur la nature et la valeur de ses conséquences subséquentes.

criminalité qu'ils incarnent est, en effet, toute spéciale, inférieure à celle que révèle l'infraction pleinement intentionnelle, supérieure à celle qui résulte du simple fait d'imprudence. Elle appellerait donc une pénalité intermédiaire.

67. — Evidemment nous n'avons pas à nous appesantir sur ce point. Mais de cette gravité particulière des actes dont nous parlons, il résulte une conséquence qui nous intéresse. C'est que dans cette seconde catégorie d'hypothèses plus encore que dans celles où l'agent a manqué de prévoyance, une répression vraiment rationnelle et logique ferait abstraction des conséquences ultérieures des faits accomplis ? Qu'importe, en effet, que la catastrophe se soit ou non produite et par exemple, que le mécanicien, ayant aperçu assez à temps le danger, ait pu le conjurer ! C'est là une circonstance de pur hasard qui, rationnellement, ne peut ni ne doit influencer sur la criminalité de l'acte par lequel le train a été lancé sur une voie fermée, ou, si l'on préfère, sur la culpabilité de l'agent qui a passé outre à ses propres craintes et manqué à son devoir. Quoi qu'il arrive, le fait reste entier, la faute existe et c'est la faute seule, inutile de refaire le raisonnement, qui appelle la répression : celle-ci serait donc pleinement justifiée. Et il serait bien inutile d'insister sur l'utilité pratique de semblables incriminations ; ces faits-là engagent, eux, la responsabilité morale de leur auteur, ils sont, en outre, pour la sécurité publique, dangereux, alarmants au premier chef.

Mais justement ici plus d'impossibilité à l'existence d'une tentative punissable, plus de difficulté à sa qualification, à sa classification parmi les catégories légales ; et pour cette raison qu'il n'y a pas à demander aux faits, pris en eux-mêmes et dans leur matérialité, le but dommageable, vers lequel ils tendaient. Ici, dès avant la réa-

lisation effective de tout résultat, nous avons un moyen sûr de connaître le terme ultérieur des faits accomplis, et ce moyen, c'est d'interroger la pensée même de l'agent. De quelles conséquences préjudiciables et légalement incriminées, l'agent a-t-il *prévu* comme possible la réalisation; partant, de quel délit consommé, prévu par la loi a-t-il accepté, le cas échéant, la responsabilité; voilà le point à préciser. Ce n'est pas la nature de l'intention qu'il faut déterminer, c'est celle de la prévision; mais la détermination de celle-ci n'est ni plus ni moins difficile que la détermination de celle-là. Ce point résolu, on sait, par là même, de quelle infraction consommée les faits accomplis doivent être réputés la tentative. Et ainsi se trouve naturellement dissipé le seul obstacle, auquel nous avons vu se heurter la reconnaissance légale d'une tentative non intentionnelle. Et voilà la mesure dans laquelle l'affirmation de la doctrine classique; qu'il ne saurait exister de tentative non intentionnelle, nous paraît complètement inexacte.

Finalement, nous pouvons donc résumer tous nos développements sur ce point de la façon suivante. Qu'il s'agisse de faits non intentionnels, délits d'imprudence ou contraventions, dont l'agent n'a ni voulu ni même prévu les conséquences; qu'il s'agisse de ces hypothèses particulières, exclusives également de toute intention, où l'agent sans vouloir directement ces conséquences, les a cependant prévues; l'existence d'une tentative punissable nous apparaît comme une chose de tous points rationnelle et logique. Seulement, nous apercevons qu'en fait, dans toutes les hypothèses de la première catégorie la conception théorique n'est pas susceptible de consécration pratique et légale; et cela par suite d'un obstacle insurmontable, l'impossibilité de déterminer, non pas l'existence d'une imprudence, non pas même abstraitement certains résultats possibles de cette imprudence, mais, entre tous, le résultat

exact, précis dont effectivement et dans les circonstances où elle se produisait l'imprudence allait et devait amener la réalisation. Au contraire, dans le cas où l'agent a, sinon voulu au moins prévu telles ou telles conséquences incriminées par la loi, toute difficulté disparaît, l'existence d'une tentative punissable devient pleinement possible, puisque cette tentative, réclamée d'ailleurs, au nom de l'utilité sociale, par la gravité incontestable des faits qui la constituent, trouve sa définition, sa qualification naturelle et certaine dans l'objet même de la prévision existante chez l'agent.

Ainsi nous connaissons en quoi consiste le premier élément constitutif de la tentative punissable. C'est l'intention, avons-nous dit. L'analyse minutieuse à laquelle nous venons de nous livrer, nous montre, en réalité, que la formule est trop étroite; car s'il est impossible, en matière d'imprudence, d'admettre une tentative dont la caractéristique, la qualification se tirerait de la seule tendance matérielle des faits réalisés, nous voyons au contraire que cette qualification peut suffisamment découler des *prévisions* de l'agent et qu'alors l'existence d'une tentative non intentionnelle n'a rien d'irréalisable.

Au surplus et dans tous les cas, ce premier élément ne saurait suffire à l'existence légale de la tentative. A l'intention, à la prévision, éléments subjectifs, se doit joindre un élément objectif et matériel. Cet élément, à l'étude duquel nous arrivons, c'est le commencement d'exécution.

§ 2. — Le Commencement d'exécution.

68. — Déjà, au début même de cette étude, nous avons posé par avance les termes du problème. — La tentative est un effort extérieur et matériel vers la réalisation totale d'un crime voulu : comme tout acte physique, elle implique donc une série infinie de moments, d'étapes successives. Eh bien, à laquelle de ces étapes le criminel doit-il être arrivé pour que la répression puisse et doive intervenir ? *Quel peut être et quel doit être le point initial de la tentative punissable ?* Voilà la question.

Rationnellement et en nous plaçant sur le terrain des principes, en face des exigences de la répression seule, on se rappelle à quelle solution nous avons abouti. Si la tentative est punissable, avons-nous établi (1), ce n'est point à raison de la gravité objective des faits par lesquels elle se constitue, ce n'est pas à raison du danger matériel que ces faits contiennent. De gravité, de dangers réels, il n'en est pas de saisissable dans les faits eux-mêmes, mais seulement dans la volonté de l'agent, dans cette volonté que les faits incarnent et projettent pour ainsi dire au dehors. Et, par conséquent, dès là que la société a la certitude qu'en son sein existe une volonté, une activité nettement et fortement déterminée à commettre telle infraction, le danger, partant le trouble social, existent. Le droit individuel n'a peut-être encore subi aucun dommage effectif, il n'importe : puisque certainement ce dommage va survenir il serait puéril et dangereux de suspendre plus longtemps la répression. A cet égard, que les actes déjà réalisés soient encore très éloignés ou qu'ils soient au contraire

(1) Cf. *suprà*, n° 22.

très voisins de la consommation du délit, le fait n'est d'aucune importance : la volonté criminelle étant établie, fermement décidée à poursuivre jusqu'au bout l'exécution criminelle, la peine est pleinement légitime, elle peut et doit intervenir. *Le point initial de la tentative punissable, c'est donc l'acte même qui prouve l'existence ferme et certaine de la résolution criminelle.* Le commencement de la tentative punissable, c'est le commencement de la volonté criminelle.

Et de là une double conséquence découle, logique et fatale. C'est, tout d'abord, que le législateur n'a pas à déterminer par avance les actes matériels qu'il entend incriminer à titre de tentative. Ces actes n'ont rien de fixe, rien d'immuable ; les prévoir, les définir, les décrire matériellement, sont choses radicalement impossibles. Toute énumération, forcément restrictive, irait d'ailleurs contre l'intérêt social, puisque des hypothèses se rencontreraient toujours, qui auraient échappé aux prévisions légales. Le législateur doit donc se borner à l'indication des hypothèses dans lesquelles il entend punir la tentative. Quant à définir cette tentative, il ne peut le faire que d'une façon toute subjective : la tentative existera dès qu'un fait aura été réalisé d'où ressortira la preuve d'une volonté criminelle certaine et irrévocable. Or, — et c'est ici la seconde conséquence, — la constatation de cette condition d'existence relève forcément de l'appréciation souveraine des juges du fait. Le juge constatera souverainement l'accomplissement matériel de tels ou tels faits, souverainement aussi il en déterminera, suivant leur force probante, la valeur pénale. Tout revient à une question de preuve de l'intention criminelle ; c'est un point de fait et non de droit. Et en conséquence, sa solution échappe au contrôle de toute autorité supérieure, telle la Cour de cassation, dont la mission est d'ordre exclusivement juridique.

Voilà quelle est la solution la plus adéquate aux exigences d'une répression logique, rationnelle.

Mais ce système n'est-il pas une conception purement idéale, sa consécration effective et législative est-elle possible; ne serait-elle pas grosse d'inconvénients et de dangers, et pour tout dire, susceptible d'entraîner un trouble social véritable, plus considérable même que celui dont on entend, par l'intervention de la pénalité, réprimer la réalisation et prévenir le retour?

69. — Le fait est que si nous interrogeons maintenant le droit positif moderne, nous nous trouvons en présence d'une conception et d'un procédé fort différents. Que voyons-nous, en effet? Ceci : le législateur a parcouru les phases multiples que peut traverser, pour arriver à sa plénitude d'effet, l'exécution d'un projet criminel et, entre toutes, quelques-unes lui sont apparues plus distinctes et mieux précisées. Toute volition criminelle, a-t-il considéré, peut engendrer trois catégories bien différentes d'actes; certains ne seront que la *manifestation pure et simple* de la résolution coupable, d'autres viendront ensuite qui seront la *préparation* du crime, d'autres enfin qui en seront l'*exécution*.

Les termes ont paru s'expliquer quelque peu d'eux-mêmes et correspondre à des idées suffisamment précises, à des situations de fait nettement caractérisées. Et le législateur a dit, explicitement ou non : la tentative, au sens légal du mot, celle que la loi punit ne prendra naissance, ni par la simple manifestation d'une volonté criminelle (2),

(2) Actuellement, la loi russe est la seule à porter atteinte à cette règle. V. art. 101 : « Quiconque manifeste de vive voix, par écrit, par un acte quel qu'il soit, l'intention de commettre un délit, est punissable pour cette intention coupable, du moins dans les cas prévus par la loi ». Cf. *Législ. pén. comp.*, t. I, 531, 532.

ni par l'accomplissement d'actes préparatoires (3); son point initial sera dans le *premier acte qui commencera l'exécution du crime* (4).

Voilà le système : il est apparemment fort différent de celui que nous exposons tout à l'heure. Ici, en effet, le commencement de la tentative punissable ne se confond plus avec ce que nous avons appelé le commencement de la volonté criminelle. Sans doute cette volonté est indispensable pour engendrer la culpabilité de l'agent, et sans elle il n'est point de répression possible, mais elle ne suffit plus à elle seule pour donner ouverture à cette répression. La résolution criminelle a beau s'être manifestée au dehors certaine et irrévocable, soit par de simples déclarations, soit même par des actes tendant effectivement au crime, elle ne tombera sous le coup de la loi que si l'agent

(3) Quelques législations le disent expressément. V. C. pén. neuchâtelois, art. 38 : « Les actes simplement préparatoires d'un délit projeté ne sont punissables qu'autant qu'ils constituent par eux-mêmes un fait réprimé par une disposition spéciale de la loi »; Avant-projet de C. pén. suisse, art. 17 : « Les actes préparatoires ne sont pas punissables ». Jg. C. pén. russe, art. 11 et Projet, art. 42. — A défaut de règle législative, la jurisprudence anglaise ne se fait point faute de méconnaître ce principe du droit moderne, et de punir parfois de simples actes préparatoires. Cf. Stephen, *A Digest*, art. 49, p. 29, et les *décisions judiciaires*, rubriq. *Illustrations*, nos 2, 3, 4, 5 : Les projets ne reproduisent pas davantage la distinction. Cf. Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 51. La codification soulève, du reste, elle-même, d'assez vives résistances. V. sur ce point, *Law Magazine and Review*, nov. 1878, p. 31 et août 1883, p. 467.

(4) En la forme, cette exigence d'un commencement d'exécution nous apparaît dans les législations modernes sous un double aspect : tantôt la loi s'en tient à définir la tentative comme le commencement d'exécution d'un crime intentionnel (V. C. pén. autrichien, § 8; C. pén. hongrois, § 65); tantôt elle la définit comme une intention manifestée par un commencement d'exécution. C'est le système français. Jg. C. pén. germ. § 43, C. pén. hollandais, art. 45; C. pén. belge, art. 51; Cf. Alimena, *Ricerche...* (Riv. pen., 1896, p. 533 et suiv.).

a poussé la réalisation de son dessein jusqu'à la hauteur du commencement d'exécution. Tant qu'il demeure à une phase antérieure, sa volonté, fût-elle nettement et irrévocablement déterminée, n'est pas prise en considération, elle n'a pas de valeur pénale. L'intention et le commencement d'exécution constituent donc deux éléments bien différents, l'un d'ordre subjectif, l'autre d'ordre objectif, matériel, physique. Point de tentative punissable si ces deux éléments ne se superposent, ne s'ajoutent l'un à l'autre.

Et, de là, cette conséquence, radicalement opposée à celle que nous dégagions tout à l'heure, c'est que la détermination de l'existence ou de la non existence du commencement d'exécution ne relève plus de l'appréciation souveraine des juges du fait. Ceux-ci ont, en réalité, un double problème à résoudre. Il ne leur suffit plus de rechercher l'intention de l'agent, d'examiner si cette intention ressort bien nette et fermement arrêtée des faits matériels accomplis, il leur faut encore apprécier la valeur juridique de ces faits, leur attribuer une qualité légale; en un mot, voir s'ils renferment ou non tous les caractères d'un commencement d'exécution. Or, si la première difficulté est toute de fait, la seconde est d'ordre juridique. Et, par exemple, le juge a déclaré que Primus dans l'intention de voler, s'est avancé la nuit, muni de tout l'attirail d'un voleur de profession, vers telle habitation, qu'il en a escaladé le mur et fracturé la porte; voilà tout autant de constatations matérielles, elles sont définitives, elles s'imposent à la Cour de cassation, qui doit les tenir pour établies et constantes. Mais le juge va plus loin. Après avoir constaté ces faits et gestes de l'agent, il déduit la conséquence légale de leur accomplissement, il les qualifie juridiquement et déclare que de tels actes constituent ou non un commencement d'exécution; cette fois la solution ne porte plus sur une constatation de fait, c'est un point de droit

que le juge a résolu. Dans cette mesure, sa décision ne saurait être souveraine; le cas échéant, elle peut être déferée à l'examen et au contrôle de la cour régulatrice.

70. — Cette conséquence du système que nous exposons a cependant paru contestable à d'aucuns (5) et la Cour suprême elle-même l'a parfois repoussée (6). Comment donc, disait-on, parler ici de question de droit? On le comprendrait si le législateur avait dit lui-même ce qu'il entendait par acte ou commencement d'exécution, il appartiendrait alors à la Cour suprême de faire respecter sa volonté et de briser toute décision qui s'écarterait de la solution législative. Mais justement la loi n'a rien fait de semblable, elle n'a pas défini les éléments constitutifs de l'acte d'exécution, la Cour de cassation n'a donc en main

(5) Cf. Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. I, n° 255. Cpr. sur le terrain purement législatif, les auteurs précités, *suprà*, n° 7, not. 11.

(6) Au début, la Cour éludait autant que possible la difficulté. V. par ex., deux arrêts des 27 août 1812 (S. chr. à sa date, J. P. à sa date) et 18 mars 1813 (S. et J. P. à sa date) Cf. Blanche, *op. cit.*, t. I, p. 22. — Mais la doctrine est affirmée très nettement dans de multiples décisions postérieures. V. Cass. 11 juin 1818, S. Coll. nouv. 5. I. 487; La Chambre des mises en accusation de la Cour de Nancy avait refusé de voir dans certains faits d'escalade et d'effraction les éléments, pourtant certains, d'un commencement d'exécution. Pourvoi du Procureur général. Rejet sous le prétexte « que la loi n'a pas déterminé les circonstances constitutives du commencement d'exécution et que, conséquemment, en ne reconnaissant pas dans les circonstances de l'escalade et de l'effraction, opérées dans l'objet de commettre un vol, le commencement d'exécution de ce crime, la Chambre d'accusation de la Cour de Nancy paraît ne pas avoir attribué à ces circonstances le caractère qu'elles doivent avoir et l'effet qu'elles doivent produire dans les préventions de tentative de vol, néanmoins elle n'a pas commis la violation de loi donnant ouverture à cassation. » Jg. Cass. 29 avril 1824, S. à sa date; 23 sept. 1825, S. 26, I, 232; 28 juillet 1826, S. 27, I, 60; 4 octobre 1827, S. 28, I, 120; 10 décembre 1842, B. cr. n° 323; 26 décemb. 1846, S. 47, I, 282, D. 46, I. 369.

aucun critérium légal d'appréciation. Tout ce qu'elle peut faire, c'est de vérifier si les juridictions d'instruction ou de jugement ont bien constaté dans leurs décisions l'existence d'un commencement d'exécution (7) ; sans arbitraire, elle ne saurait aller plus loin.

71. — Erreur évidente, croyons-nous, et c'est ici le lieu de répéter ce que nous disions en commençant. Le législateur a beau faire, il ne peut ni tout prévoir, ni tout définir ; fatalement le droit n'est pas uniquement dans les textes positifs, il est encore et surtout dans leur interprétation doctrinale : la législation criminelle, si précise qu'on la suppose, laisse toujours un champ largement ouvert aux constructions juridiques. Si donc la loi est muette, si le législateur s'est insuffisamment expliqué, c'est au juge à compléter, à préciser sa pensée. Et c'est encore la tâche vraie et normale de la Cour suprême de faire triompher entre toutes les solutions la plus conforme à la pensée probable du législateur, aux données logiques et rationnelles, aux besoins sociaux qu'il s'agit de satisfaire. La

(7) Nous n'insistons pas sur cette obligation, elle ne saurait faire de doute. L'existence des conditions constitutives, aux termes de l'art. 2, de la tentative légale doit être constatée et reconnue dans tous arrêts des juridictions d'instruction ou de jugement. Il faut, en effet, que l'accusé soit reconnu coupable non pas d'une tentative quelconque, mais d'une tentative légalement punissable. V. pour les développements. Blanche, *op. cit.*, t. I, n° 46, p. 35 et s. ; Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 59. Garraud, *Traité*, t. I, n° 303 p. 289 ; et entre autres arrêts. Cass., 4 avril 1872 (S. 73, I, 46) ; 22 décemb. 1882, B. n° 287 ; 29 mai 1897, D. 98, I, 63. — Est-ce à dire que les termes de l'interrogation posée au jury ou ceux des décisions des Cours et tribunaux doivent être nécessairement les expressions mêmes de l'art. 2 ? Quoiqu'il soit plus sage de s'y tenir nous avons peine à croire que ces expressions soient à ce point sacramentelles : à notre estime, les termes peuvent être différents et correspondre encore aux exigences légales. Cf. Blanche, *op. cit.*, t. I, n° 48, p. 40. V. cep. Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. I, p. 410. Jg. Cass. crim., 8 sept. 1892, D. 94, I, 31.

loi, il est vrai, n'a pas défini ce qu'elle entendait par un « commencement d'exécution », soit, mais il faut bien cependant que le juge appelé à décider si tels ou tels faits constituent ou non ce commencement d'exécution s'en fasse une idée doctrinale qui lui serve de terme de comparaison. Eh bien, il appartient à la Cour de cassation de rechercher et de fixer à l'aide de données quelconques, légales, historiques, rationnelles, les éléments de cette conception, c'est-à-dire de déterminer les caractères constants de l'acte d'exécution.

Elle tiendra donc pour acquis les faits matériels constatés par les premiers juges, elle ne contestera point l'intention qu'ils ont attribuée au coupable, mais, non contente de vérifier s'ils ont reconnu dans leur décision l'existence du commencement d'exécution caractéristique, de la tentative, elle examinera si la qualification ainsi attribuée aux faits accomplis est exacte, c'est-à-dire légale. Voilà le point de vue, la solution vraiment juridique où conduit le système consacré par le droit positif moderne. C'est elle que, sur le double terrain des principes et du droit positif, la presque unanimité des auteurs défendent (8) et la jurisprudence y semble bien attachée aujourd'hui d'une façon définitive (9).

(8) Cf. Blanche, *op. cit.*, t. I, pp. 27-28 ; Trébuten, *op. cit.*, t. I, p. 378 ; Garraud, *Traité*, t. I, p. 290 ; Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 54 ; Molinier, *op. cit.*, p. 72. Législativement cette solution est consacrée par le C. criminel du Canada. (V. Valéry, *Revue pénit.* 1895, p. 4127) ; on la retrouve également en termes identiques dans le projet de C. pén. anglais : « La question de savoir si un acte commis ou omis avec l'intention de commettre une infraction est ou n'est pas trop éloigné pour constituer une tentative de la commettre est une question de droit. » V. E. D. Lewis, *A draft Code...*, p. 251.

(9) V. déjà en ce sens : Cass., 29 octobre 1843, S. 44, I, 23, puis 14 octobre 1854, S. 54, I, 425 ; 28 juillet 1861, S. 61, I, 1020.

Une exception existe cependant, affirme-t-on généralement, à la portée pratique de la solution, mais cette exception est fatale. Elle vise toutes les hypothèses de tentative, dont l'appréciation est soumise au jury et elle tient au procédé même de décision imposé alors par la loi. Un tel est-il coupable d'avoir accompli une tentative de vol, d'assassinat, voilà en substance ce qui est demandé au jury. Or la question ainsi posée est en réalité très complexe et le jury qui la tranche par oui ou par non peut

10 mai 1879, S. 80, I. 233; 12 avril 1877, S. 77, I. 329; 2 juillet 1886., p. 87, I, 489. V. du reste sur l'argument d'analogie que l'on peut tirer des décisions de la jurisprudence en matière d'infanticide : Blanche, *op. cit.*, t. I, p. 28, et Cass., 24 décemb. 1833, B. n° 468. — La jurisprudence semble même avoir admis définitivement la solution à l'égard des tentatives de délits. On sait, en effet, que l'art. 3 du C. pén. ne reproduisant pas la définition de la tentative contenue dans l'art. 2, la question s'est élevée de savoir si les juges du fait n'étaient point dans cette mesure souverains appréciateurs de l'existence de la tentative, et par là même dispensés de mentionner dans leurs décisions, l'existence ou la non existence d'un commencement d'exécution, ou bien, au contraire, s'ils ne devaient point, en considération de l'origine historique de l'art. 3, notamment (v. I., 25 frimaire, an VIII, art. 17), suppléer à son silence et étendre aux tentatives de délits la définition contenue dans l'art. 2. Le premier point de vue trouva des partisans et fut consacré dans maints arrêts de la Cour suprême (V. Le Sellyer, *op. cit.*, t. I, p. 85, n° 42; Cass., 6 octobre 1854, S. 55, I, 306; Cass., 4 avril 1857, B. n° 142; Cass. 1er juillet 1880, s. 81, I, 237). Dans un arrêt récent la C. de cass. semble bien répudier définitivement cette doctrine. (V. 4 janvier 1895, D. 96, I, 21) d'ailleurs, croyons-nous, absolument critiquable. (V. en ce sens. Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. I, p. 419, 420; Ortolan, *op. cit.*, t. I, n° 1031, p. 471; Villey, *Précis*, p. 95; Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 103; Laborde, *op. cit.*, p. 84, n° 122. Garraud, *Traité*, t. I, p. 309, t. V. p. 501 et la note sous l'arrêt précité. — L'art. 83 du Projet de réforme, à l'instar de quelques lois étrangères. (V. C. pén. belge, art. 51, C. p. allemand, § 43) définit dans une même disposition la tentative de crime et celle de délit.

s'être attaché aux motifs les plus divers. Il a répondu, non, l'accusé n'est point coupable : mais pourquoi, sur quelle raison a-t-il fondé sa conviction? Nul ne peut le dire. Peut-être la preuve ne lui a-t-elle pas paru rapportée que l'accusé fût vraiment l'auteur matériel des faits à lui reprochés, peut-être estime-t-il que cet accusé, auteur certainement des actes incriminés, les a faits sans intention criminelle, en un moment où il n'était point sain d'esprit, où une force irrésistible pesait sur sa volonté; enfin peut-être juge-t-il que les faits quoique prouvés et mis avec raison à la charge d'un agent pleinement responsable, ne constituent pas, au sens légal du mot, un commencement d'exécution. Et nous pourrions multiplier les peut-être, car il est de constatation journalière, que le jury acquitte en vertu des considérations les plus étrangères à la cause, alors que la preuve est faite et de la culpabilité de l'agent et de la criminalité de l'acte. Or la conséquence d'un tel procédé est évidente : c'est que la question de fait et la question de droit sont ici étroitement unies, ou mieux absolument inséparables, et qu'il est par suite radicalement impossible de se pourvoir contre la décision rendue, sous prétexte que le jury aurait attribué aux faits une qualification fautive, illégale. La Cour de cassation perd donc ici, fatalement et de par les règles qui président à l'organisation, au fonctionnement du jury, son pouvoir normal d'appréciation, il ne lui reste qu'un contrôle tout de surface : elle ne pourra que vérifier si, dans le verdict et l'arrêt, l'existence est bien affirmée de toutes les conditions, — et spécialement celle d'un commencement d'exécution, — dont l'ensemble est indispensable pour donner à la tentative sa vie juridique, sa valeur pénale.

Voilà le raisonnement, et pour remédier à cette situation anormale, pour restituer à la Cour suprême tout son pouvoir, il y aurait, dit-on, un moyen très simple. Il suffirait

de poser au jury deux questions précises, celle de l'existence matérielle des faits reprochés à l'accusé, celle de sa responsabilité. Sur la réponse affirmative du jury, la Cour qualifierait les actes dont l'accusé aurait été reconnu l'auteur responsable, elle dirait si ces actes constituent ou non un commencement d'exécution. Et sur le rapprochement du verdict et de l'arrêt, la Cour suprême pourrait être appelée à dire si la qualification attribuée aux faits est bien la qualification vraie, juridique, légale (10).

Evidemment, le procédé atteindrait son but, mais. — et c'est pourquoi on ne saurait s'y arrêter. — au prix de toute l'institution elle-même qu'il s'agirait de réformer. La justice du jury est, en effet, une justice à part, bien différente de celle des juges ordinaires, moins logique, moins scientifique si l'on veut, mais par là même souvent plus humaine, plus conforme peut-être aux véritables exigences sociales. Or, pour remplir sa mission, il ne faut pas que le jury ait à donner, à détailler les raisons parfois complexes qui le déterminent, il faut qu'il soit souverain appréciateur du point de fait et du point de droit. Limiter ses pouvoirs à telle ou telle constatation matérielle et spéciale, c'est lui enlever cette souveraineté, c'est supprimer sa raison d'être. Aussi bien, est-ce une réelle méprise de croire, en fait, à la possibilité d'une telle limitation. Si le jury veut l'acquiescement et s'il redoute, par exemple, que la Cour ne voie dans les faits reconnus constants, le commencement d'exécution prévu par la loi ; eh bien, il niera jusqu'à l'existence matérielle de ces faits, alors même qu'ils seraient certains jusqu'à l'évidence ; et, par un de ces mensonges légaux qui lui sont coutumiers,

(10) Cf. Garraud, *op. cit.*, t. I, p. 295, n° 260 ; Champcommunal, *op. cit.* (*Rev. crit.*, 1895, p. 54, n° 2).

il atteindra son but et saura bien encore faire prévaloir sa volonté.

Au surplus, même dans l'état actuel des choses, est-il donc vrai qu'il y ait en toutes les hypothèses de tentative soumises au jury, d'un côté, possibilité de confusion entre préparation et exécution, de l'autre impossibilité pour quiconque de faire rectifier une qualification inexacte attribuée aux faits par la poursuite ? Mais il nous semble, au contraire, que ni l'accusé ni le ministère public ne sont en réalité désarmés contre une fausse interprétation de la loi. Ils le sont si le jury a statué, soit ; mais l'accusé n'arrive point en Cour d'assises sans y avoir été renvoyé par une décision de la Chambre des mises en accusation. Or, contre cette décision un pourvoi est évidemment possible. Si donc l'arrêt de renvoi a faussement qualifié les faits reprochés à l'accusé, s'il n'y a vu, par exemple, que des actes préparatoires, alors que le Ministère public estime qu'ils constituent un commencement d'exécution, celui-ci pourra en contester le bien fondé et sur son pourvoi, la Cour suprême rétablira, le cas échéant, la véritable nature juridique des faits. Là encore, en réalité, la Cour de cassation conserve donc son pouvoir souverain d'appréciation.

Quoi qu'il en soit, fixation, — dans la série des actes matériels successifs que peut comprendre la réalisation totale du dessein criminel, — fixation abstraite, générale, préalable d'un point, d'un moment précis, nettement déterminé, moment à partir duquel commencera la criminalité légale de l'acte, la culpabilité sociale de l'agent : voilà en quoi se résume tout le système du droit moderne. Et le législateur français, nous le verrons, n'a pas compris son rôle autrement.

*
*
*

72. — Mais alors, du rapprochement des deux systèmes dont nous venons de retracer la physionomie générale, une question naît fatalement. Pourquoi donc la consécration législative de la seconde théorie? Est-ce que la première n'était pas autrement logique et rationnelle, est-ce qu'elle n'était pas susceptible mieux qu'aucune autre d'assurer partout et toujours pleine et entière satisfaction aux exigences légitimes de la justice et de l'utilité sociales méconnues?

Oui, certes, et nous ne croyons pas que l'affirmation soit contestable, mais à une condition : c'est qu'on se place uniquement au point de vue de la répression. Or justement il faut reconnaître que le problème, — comme tout problème social, — n'a pas cet aspect simple et unique, l'intérêt général est chose autrement complexe. Punir les criminels, rien de mieux et de plus nécessaire assurément, mais encore faut-il que la répression ne frappe qu'eux et qu'eux seuls, encore faut-il que le principe et le domaine de cette répression soient assez nettement déterminés et précisés pour que jamais la peine ne puisse être détournée de son application juste et normale, pour que jamais le texte qui l'édicte ne puisse servir d'arme contre la tranquillité, la sécurité des honnêtes gens.

Or, il faut le reconnaître, le système auquel, sur le terrain des principes seuls, nous avons cru pouvoir donner notre assentiment, s'il assure pleinement la répression, apparaît au nouveau point de vue où nous nous plaçons ici grandement compromettant et dangereux!

Dire au juge qu'il devra considérer comme punissable tout acte quelconque dirigé vers le crime et d'où ressortira la preuve d'une volonté criminelle certaine, c'est bien

évidemment, dans la réalité des faits, le rendre maître à peu près absolu de l'incrimination, c'est permettre et presque justifier par avance toutes les poursuites qu'il lui plaira de fonder, au gré de sa partialité, de son caprice ou de son intérêt, sur les faits les plus insignifiants et les plus ordinaires de la vie.

Et cela d'autant plus, remarquons-le, que le système a logiquement une portée et des conséquences autrement étendues. Si la répression est, en effet, légitime et doit intervenir dès là que les faits attestent une volonté criminelle certaine et résolument arrêtée, il faut incriminer cette volonté et il faut permettre au juge de la saisir partout où elle se rencontrera. Logiquement l'incrimination sort des bornes de la *tentative*.

Il ne s'agit plus seulement de réprimer la volonté coupable lorsqu'elle s'est incarnée dans des actes tendant à la réalisation du fait incriminé, lorsque l'agent a franchi quelques étapes sur le chemin du crime, réalisant pour ainsi dire partiellement son dessein. La manifestation pure et simple de ce dessein par des aveux, des déclarations devient amplement suffisante. Si la preuve en résulte qu'une résolution criminelle existe bien ferme et irrévocable, peu importe que l'agent se soit avancé plus ou moins dans la voie du crime, peu importe qu'il y soit même entré : ce fait n'est d'aucune importance. Dès maintenant la société est troublée, le mal social est produit qui rationnellement sert de point d'appui à la répression, celle-ci peut et doit intervenir.

Tout cela est, à notre estime, parfaitement logique, tout cela est commandé par les principes supérieurs de justice et d'utilité sociales (11). Mais tout cela aussi met encore

(11) Cf. Rossi, *Traité*, liv. II, ch. xxvi, t. II, p. 441 : « Supposons, dit-il, que la justice humaine sans vexation, sans tyrannie pût con-

plus complètement en relief l'impossibilité de consacrer effectivement et législativement un semblable système; car bien évidemment le législateur qui lui ferait accueil ouvrirait toute grande la porte aux recherches, aux inquisitions de mauvaise foi, aux accusations les plus téméraires et les plus injustifiées.

Et la raison en est facile à apercevoir. C'est qu'en effet si cette certitude absolue sur l'existence, la fermeté, l'irrévocabilité de la résolution criminelle peut être parfois acquise dès les premiers actes par lesquels l'agent tend à réaliser son dessein; si même cette certitude peut découler, — par exemple, en face d'une nature très énergique, — de la simple manifestation ou déclaration de la volonté criminelle; il n'est pas niable que dans l'immense majorité des cas il en sera tout autrement. De tout cela il ne résultera aucune preuve certaine, mais une simple présomption plus au moins vague, plus ou moins douteuse.

La volonté criminelle ne va pas, en effet, toujours et nécessairement droit à son but, comme la pierre qui lancée par la fronde, décrit fatalement, mathématiquement dans l'espace sa parabole et tombe; sa marche vers le crime est chose autrement mobile et variable, pleine souvent d'hésitations, de mouvements en avant et de régres-

vainere Titius d'un projet arrêté d'assassinat pour cette nuit, Caius d'une résolution de haute trahison pour demain, pourrait-on soutenir d'une manière absolue que la société n'aurait pas le droit de réprimer le délit dès sa naissance, qu'elle aurait toujours le devoir d'attendre pour agir, qu'un homme fût assassiné, que la haute trahison fût matériellement consommée?... A ne considérer que le droit d'une manière générale, on ne saurait contester à la société celui de réprimer le mal dès sa naissance, et de n'employer par conséquent que la moindre quantité possible de pénalité ». L'affirmation est unanimement contestée par les auteurs. V. cep. Lacoïnta, *op. cit.*, (Rev. crit., 1863, p. 440). On comprendra, étant donnés les principes d'où nous sommes partis, que nous y souscrivions au contraire pleinement.

sions nombreuses (12). Il y a loin de la pensée criminelle à sa réalisation effective et le législateur doit prendre garde que les gestes, les paroles, les écrits, les actes même, traduisent souvent d'une façon fort imparfaite la pensée exacte et véritable de leur auteur, allant souvent au delà et faisant apparaître, comme une volonté fermement arrêtée, ce qui n'est qu'un désir encore vague et flottant, moins que cela, une simple idée, une *opinion*.

Or, comment donc inscrire dans la loi l'autorisation générale et absolue pour le juge d'utiliser, le cas échéant, — c'est-à-dire, en fait, s'il l'estime bon, — des indices aussi équivoques; comment ne point redouter qu'il n'en arrive parfois à punir, non plus sur des preuves et des réalités, mais sur de simples présomptions et de pures apparences! L'arme serait redoutable, en toutes matières, aux mains d'un juge partial et sans conscience; n'est-il pas évident qu'elle deviendrait terrible, — les excès de la législation romaine et de l'Ancien droit sont là pour le prouver (13) — si le juge venait à la mettre au service de convictions, de passions politiques, qu'il s'agisse des siennes propres ou de celles du Gouvernement auquel il doit sa fortune (14).

(12) La comparaison est de Nicolini, *op. et loc. cit.*, pp. 228-252; on voit qu'elle n'est point absolument exacte. Inter os et offam, dit le proverbe, multa intervenire possunt » (Aulu-Gelle, *Noct. attic.* XIII, 47).

(13) V. *suprà*, nos 40 et 46.

(14) « La responsabilité philosophique de celui qui exprime une doctrine, écrit fort bien M. Garraud (*L'anarchie et sa répression*, p. 5), ne peut se transformer en responsabilité pénale. Les droits de la pensée sont supérieurs aux nécessités de la préservation sociale, parce que le choc et la lutte des opinions sont les conditions mêmes du progrès.... Les conditions de l'existence des sociétés doivent être livrées aux discussions, comme les conditions mêmes de l'existence morale de l'homme. Sans doute la tendance de l'idée, bonne ou mauvaise, est de se réaliser dans les faits, car l'idée est une force, la plus

Au surplus, il est encore une considération qui, sans avoir pour nous l'importance de la première, n'en a cependant pas moins une valeur incontestable; c'est qu'il importe à l'intérêt social de ménager au coupable la possibilité d'un retour en arrière : pour éviter un trouble plus considérable il faut intéresser l'agent à se repentir, à revenir au bien, tout au moins à ne point pousser jusqu'au bout la réalisation de son crime. Or une répression trop hâtive, fût-elle légère, irait manifestement contre cet intérêt; car punir le coupable pour des faits d'une gravité sociale, certaine peut-être, mais somme toute assez faible, c'est évidemment lui enlever en grande partie tout intérêt à s'arrêter dans la voie criminelle, et par là même l'exciter à y entrer plus avant, à faire tous ses efforts pour réaliser dans leur plénitude les conséquences matérielles et dommageables qu'il recherche. Danger redoutable encore, auquel viendrait s'ajouter l'effet déplorable qu'aurait certainement une incrimination assise sur des bases aussi larges, de rendre, comme on l'a dit, la manifestation de la volonté criminelle beaucoup plus rare, « de diminuer le nombre des imprudents pour accroître celui des malfaiteurs. C'est couvrir des étincelles pour avoir le plaisir d'assister à un embrasement » (15).

73. — En présence de ces inconvénients, de ces dangers multiples la solution s'impose, il n'est pas niable que

énergique de toutes les forces. Mais l'idée est incompressible. elle se joue de tous les obstacles, nul ne saurait rêver de lui imposer l'obéissance ou même le silence; nul, si puissant qu'il soit, ne saurait arrêter l'expression et l'expansion d'une opinion en traitant comme un malfaiteur celui qui cherche à la répandre et à la faire partager.... L'histoire est pleine de ces luttes impuissantes contre la pensée et ce n'est pas à la fin du XIX^e siècle que l'on pourrait songer à en renouveler l'expérience ».

(15) Cf. Rossi, *op. cit.*, t. II, ch. xxvi, p. 414.

le juge ne doit dans une large mesure abandonner le souci de la répression. Non point, répétons-le, — car il s'en faut que l'opinion soit admise et en tout cas soit nettement formulée par tous, — non point que des faits, en présence desquels nous nous plaçons, ne puisse jamais résulter la preuve, la certitude de la volonté criminelle (16), non point également que cette preuve acquise, même par la simple déclaration d'une volonté coupable, il soit exact de nier l'existence d'un trouble social et partant du droit absolu qu'aurait la société à la condamnation du coupable, mais, parce qu'à côté de ce droit social de punir, qui ne défaille nullement dans de semblables hypothèses, surgit un autre droit certain, un autre intérêt qui plus impérieusement réclame satisfaction, le droit pour chacun et pour tous à la sécurité, à la tranquillité, en un mot à la liberté. En présence d'une opportunité, d'une nécessité pratique aussi puissante, le législateur est donc contraint de renoncer à user de son droit absolu, à satisfaire pleinement toutes les exigences légitimes de la justice et de l'utilité

(16) Il semblerait, en effet, à lire certains auteurs, que nous discutons à propos d'une résolution criminelle restée à l'état interne et psychologique, pur fait de conscience intime rentrant dans la souveraineté de l'homme sur lui-même et échappant par suite à toute constatation précise et positive. — Evidemment le raisonnement porte à faux. A coup sûr, une pareille résolution échappera aux atteintes de la loi pénale, mais pour une raison bien plus simple, c'est que le pouvoir social l'ignorera, n'ayant aucun moyen, en dehors des faits, de pénétrer les mystérieux replis des consciences. La résolution criminelle en présence de laquelle nous nous plaçons est une résolution qui est sortie du domaine de la conscience et s'est au dehors affirmée certaine et fermement déterminée, mais par une simple manifestation une déclaration, un aveu oral ou écrit sans accomplissement d'aucun acte *tendant* au crime, réalisé dans l'intention d'y aboutir. C'est en présence de cette simple manifestation d'intention criminelle que nous admettons, contrairement à l'opinion classique, la légitimité de la répression.

sociales. Il n'incriminera plus qu'une partie des faits compromettants, dangereux pour le bon ordre et la paix publique, il ne reconnaîtra légalement et ne sanctionnera qu'un trouble social restreint, limité.

Et, pour ce faire, il ne permettra pas au juge d'incriminer *tout fait quelconque*, dans lequel il trouverait la preuve d'une volonté criminelle certaine, mais il déterminera les *faits précis* dans lesquels la volonté devra s'être comme incarnée pour tomber sous le coup de la loi, les faits en dehors, ou mieux, en deçà desquels cette volonté, si certaine, si assurée qu'elle soit, n'aura pas encore de valeur pénale. Une limite fixe sera ainsi posée aux recherches du juge qui ne se trouvera plus le maître de l'incrimination. Peut-être quelques coupables échapperont-ils à une répression qui eût été à leur égard pleinement justifiée et désirable, mais pour leur châtement, d'ailleurs possible très exceptionnellement, il ne fallait pas compromettre la sécurité de tous.

En résumé, le législateur ne doit donc renoncer à l'incrimination vague et générale de tout fait quel qu'il soit attestant une volonté criminelle certaine, il doit exclure de la répression, non seulement la manifestation pure et simple de cette volonté, mais encore toute une catégorie d'*actes de tentative*, au sens étymologique du mot, mais en général équivoques, sans signification exacte et précise, actes éloignés de la consommation du crime, actes ordinaires de la vie, comme le fait, par exemple, d'acheter une arme, ou de la porter sur soi, actes dont l'incrimination eût consacré l'omnipotence et l'arbitraire du juge. Pour employer les expressions consacrées, le législateur doit incriminer les *actes d'exécution*, il doit laisser impunis les actes simplement *préparatoires*.

74. — Le système, pour ne pas remonter plus haut, ressortait jusqu'à l'évidence des dispositions du Code pénal

de 1791, qui limitait la tentative d'assassinat à l'« attaque » de la victime, celle d'empoisonnement à l'administration du poison ou à son mélange avec les aliments spécialement destinés à la victime (17). Mais il n'en ressortait pas moins de la formule plus générale de la loi de prairial, an IV : « Toute tentative, manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution... (18) »

(17) V. *suprà*, n° 53. — Le droit romain, nous le savons, n'avait guère dégagé que le seul principe : « cogitationis pœnam nemo patitur » (*suprà*, n° 39.) L'Ancien droit le reproduit, en règle générale, mais il va plus loin puisqu'il connaît une tentative éloignée et une *tentative prochaine*, cette dernière seule assimilée au crime consommé. Mais quelles étaient exactement les frontières de cette *tentative prochaine* ? L'arbitraire qui dominait toute la législation et ce fait que la tentative éloignée était, elle aussi, punie le plus souvent, enlevaient alors au problème une grande partie de l'importance que nous lui trouvons à l'heure actuelle ? Aussi les décisions de nos anciens jurisconsultes sont-elles sur ce point vagues et incertaines. V. *suprà*, n° 46. Au surplus le même vague se retrouve dans l'ordonnance de 1539 qui punit toute *machination* ou *attentat*. Nous savons que d'aucuns, argumentant du mot *attentat*, exigeaient pour identifier la tentative au crime lui-même que la victime ait été assaillie, le Code de 1791 consacre la solution.

(18) Il s'en faut, à cet égard, que le rapport de Pastoret au Conseil des Cinq-Cents (Cf. Eisenmann, *Die Grenzen des strafbaren Versuchs*, Zeitschrift. f. d. ges. Str. R. W. 1893, p. 518, 519 en note), ait toute la précision désirable. Parlant de l'impunité qu'il faut assurer à la simple résolution criminelle, il semble envisager une résolution à l'état purement interne : « Tant qu'il ne s'agit que d'un *dessein conçu et médité silencieusement dans la tête du coupable*, la loi doit s'arrêter sans doute : il est trop évident que la pensée n'est qu'un rapport de l'homme à Dieu. Aussi la morale, venant à l'appui d'une législation impuissante, a-t-elle proclamé cette idée sublime, que le cœur du méchant est toujours ouvert devant les yeux de l'Éternel, qui réserve au crime échappé à la vengeance des lois l'immortalité d'une vengeance plus terrible. Punir le dessein d'un crime, quand *aucun acte extérieur* n'a manifesté la volonté de le commettre, c'est ressembler à ce roi de Syracuse, qui fit donner la mort à un de

Aux travaux préparatoires du Code. Treilhard signale le pléonasme évident de la formule: tout commencement d'exécution consistant forcément dans des actes extérieurs. Mais Cambacérès répond que le texte de la loi de prairial lève beaucoup de doutes et de difficultés; il est décidé qu'il sera purement et simplement transporté au nouveau Code. Le législateur de 1832, qui n'avait plus à craindre que personne se méprit sur l'exacte portée de la loi, a effacé le pléonasme en supprimant la mention des actes extérieurs. Toute tentative, dit-il, qui aura été manifestée par un commencement d'exécution.... ». Les expressions sont moins explicites peut-être (19), mais la pensée est certaine-

ses sujets pour avoir, disait-on, rêvé qu'il la donnait lui-même au tyran », « Le devoir de la répression et du châtement existe, dit-il plus loin, dès que la pensée a cessé de n'être qu'une pensée, dès qu'une action extérieure en est devenue le résultat. » — Mais il ne faut pas donner à ces paroles une portée qu'elles n'ont pas et considérer comme un modèle de précision cette phraséologie légèrement pompeuse. Les exemples que cite Pastoret et en vue desquels il propose au législateur d'intervenir sont autrement précis, il nous révèle clairement le but très restreint de la loi, que Pastoret lui-même nous indique lorsqu'il se demande : « Pouvons-nous appliquer au vol, à l'incendie, aux autres crimes, les dispositions sur l'homicide et l'empoisonnement ». Il s'agit donc d'une extension pure et simple du Code pénal de 1791, et non d'une dérogation au système antérieurement consacré. Nous reviendrons bientôt, du reste, sur ce point. Cf. *infra*, n° 80.

(19) Cf. Bourguignon, *Jurisprud. des Cod. crim.*, III. p. 3 : « En annonçant aux jurés que la tentative doit être manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, vous leur apprenez à graduer les circonstances et à distinguer celles qui sont décisives de celles qui ne le sont pas; tandis qu'en supprimant la mention des actes extérieurs, vous les exposez à les confondre, vous leur privez d'une idée intermédiaire, de l'un des éléments de la définition, et il pourra souvent leur arriver de prendre pour un commencement d'exécution certains actes extérieurs qui ne doivent pas avoir ce caractère » Jg. Lainé, *Traité*, nos 144, 147; Chauveau et Hélie, *op.*

ment la même. C'est celle, nous l'avons dit, de tout le droit moderne.

*
* *

75 — Ainsi donc, le point de départ de la tentative c'est l'acte d'exécution, ce n'est pas l'acte préparatoire. Mais alors la question se déplace : *qu'est-ce que l'exécution, qu'est-ce que la préparation d'une infraction*, quel est le critérium de distinction susceptible de guider le juge dans la solution des espèces particulières? Voilà ce qu'il faut savoir.

Un premier point nous est acquis; ce critérium n'est certainement pas un *critérium purement subjectif*. Le législateur n'a pas entendu punir toute action quelconque dirigée vers le crime, à plus forte raison toute manifestation d'une résolution criminelle certaine. — Aurait-il donc fait accueil au *concept objectif* tel que nous l'avons exposé; l'acte d'exécution serait-il celui-là qui, relié au but poursuivi par un rapport de causalité, contiendrait pour le droit attaqué, un danger en quelque sorte matériel? Non, tout aussi évidemment; de semblables idées sont manifestement étrangères au législateur. Nous savons, du reste, qu'elles ne correspondent à aucune réalité véritable ou du moins matériellement observable; ce sont de pures créations abstraites dont le point d'aboutissement, la conséquence logique serait l'impunité absolue pour tout acte de tentative quel qu'il soit, puisque jamais en une semblable hypothèse les actes accomplis ne permettraient d'affirmer l'existence d'aucun danger réel et objectif. Le

cit., t. I. p. 403. L'observation n'est pas dénuée d'exactitude, mais il n'est pas douteux qu'avec le temps le besoin s'affaiblit d'une définition aussi circonstanciée.

législateur qui a incriminé la tentative ne s'est bien certainement pas inspiré d'une semblable conception.

Aussi bien, hâtons nous de le dire, la doctrine, en général, semble-t-elle n'avoir adopté ni l'un ni l'autre de ces deux points de vue. Sa thèse. — la thèse de *Umirovita* pour employer l'expression italienne. — est plutôt une conciliation des deux conceptions précédentes. Voici du reste en quoi elle consiste.

76. — L'acte d'exécution, nous dit-on, est celui-là qui, à lui seul, dans sa matérialité et sans qu'il soit nécessaire de la rechercher dans aucune circonstance extrinsèque, manifeste l'intention de l'agent, le but criminel qu'il poursuit. Et, par exemple, l'assassin s'élance sur sa victime et lève le bras pour la frapper, le voleur porte la main sur l'argent dont il veut s'emparer, l'empoisonneur présente à sa victime le breuvage toxique. Nul doute, dans toutes ces hypothèses, l'intention criminelle apparaît avec évidence. La répression peut et doit intervenir; elle ne reposera pas sur une induction hasardée, sur une probabilité vague, mais sur une certitude, car l'acte, dans sa matérialité même, tend *univoquement* à tel but criminel nettement déterminé.

Tout au contraire, l'acte préparatoire est *équivoque*, il n'indique pas quel méfait l'agent se propose, il n'autorise même pas à dire qu'un crime quelconque va se commettre. C'est, par exemple, le fait d'acheter ou d'être trouvé porteur d'une arme, de fausses clefs, le fait de se tenir la nuit près d'une maison écartée. Peut-être, en interrogeant des circonstances extérieures à l'acte, arriverait-on à déterminer l'intention précise de l'agent; mais c'est là une recherche que le juge n'a pas le droit d'entreprendre. Ce qu'il peut faire, c'est envisager uniquement en eux-mêmes les faits accomplis, le préjudice, le mal tout au moins le danger qui en résulte pour, de cette cri-

minalité matérielle et objective de l'acte, remonter à la culpabilité subjective de l'agent. La marche inverse lui est interdite.

L'acte d'exécution est donc celui-là qui, envisagé dans sa seule et unique matérialité, considéré isolément et abstraction faite des circonstances externes, manifeste chez l'agent telle volonté criminelle, parce qu'il conduit à tel but déterminé. Après son accomplissement l'agent ne peut plus nier sa volonté, mais simplement se repentir, se désister. L'auteur d'un simple acte préparatoire a une latitude autrement large, celle de changer de volonté. Le premier peut se dire, je veux cesser; le deuxième, je ne veux pas commencer (20).

77. — Au premier abord, le critérium paraît séduisant et d'une application très simple; au fond, nous le croyons inacceptable, et pour ce motif qu'il n'est pas autre chose en réalité, qu'une résurrection véritable du concept objectif que nous avons combattu. Il ne s'agit plus de rechercher dans les faits l'existence d'un danger objectif, ni entre ces faits et le résultat visé d'un rapport matériel de causalité: on laisse de côté cette réalité physique insaisissable, on s'en tient aux apparences, au rapport pour ainsi dire intentionnel des faits accomplis et du but cherché; c'est *l'intention de l'agent* dont on demande aux actes réalisés la révélation indéniable. Le point de vue

(20) La formule est de Rossi, *op. cit.*, t. II, p. 265; Haus, t. I, p. 337, n° 450, la critique sévèrement mais à tort. Sans doute, à elle seule, elle est bien insuffisante, car il reste toujours à préciser à quel moment l'auteur de l'acte peut tenir le langage qu'on lui prête. Mais Rossi comme tous les auteurs qui ont développé cette pensée l'ont aussi complétée et précisée. V. *infra*, n° 79. Jg. sur le critérium dont nous venons de faire l'exposé, entre autres auteurs, Lacoïnta, *op. et loc. cit.*, p. 439, 440, Carrara, *Progr.*, § 396, p. 207, 208; Haus, *op. cit.*, t. I, n° 451, p. 339.

diffère légèrement, mais nous ne voyons pas que sur ce nouveau terrain notre argumentation perde quoi que ce soit de sa valeur.

Prise en soi, envisagée dans sa seule matérialité, une action quelconque ne manifeste de façon certaine aucune volonté, aucune intention rigoureusement et strictement déterminée. Abstraction faite de l'intention de l'agent, l'acte accompli ne signifie rien, il n'indique point son but, l'objet vers lequel il tend. Il est, voilà tout ; mais pour quoi est-il ; la matérialité de l'acte ne saurait le dire. Et il en est ainsi de tout fait si rapproché soit-il de l'exécution finale, partant, si décisif qu'il apparaisse au premier abord. Armé d'un poignard, un individu s'est élancé sur un autre, il l'a même blessé, voilà bien un commencement d'exécution du crime de meurtre ; et pourtant, à prendre l'acte en soi, la volonté de tuer s'en dégage-t-elle donc absolument certaine, nécessaire, indiscutable ? En aucune façon. S'élancer contre une personne le poignard levé, voire même la frapper n'implique pas nécessairement un semblable dessein : l'agent a pu vouloir limiter son attaque à de simples blessures ou même simplement terroriser sa victime en se promettant bien à part lui, quelles que soient ses résistances, de ne jamais mettre ses menaces à exécution. Logiquement la répression devrait donc être écartée à l'égard d'une semblable action, mais s'il en doit être ainsi, la conclusion est claire : cette répression n'interviendra jamais en matière de tentative (21).

(21) On pourra voir par une note du Dalloz (*sous Paris 28 juillet 1848*, D. 49, 2, 166) que notre critique n'a rien de puéril. La Cour de Paris avait vu une tentative dans le fait de *coucher en joue* une personne. Rien de plus naturel et de plus rationnel. Et pourtant, l'arétiste, au nom du critérium que nous combattons, de s'élever contre une semblable décision : «... Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait que cet acte ne pût s'interpréter autrement que par une pensée homicide.

Aussi bien, ce prétendu critérium : envisager l'acte en soi, dans sa seule matérialité, abstraction des circonstances externes, ne correspond-il dans la réalité des faits à rien de net, rien de précis. On ne voit pas comment il serait possible d'isoler ainsi le fait criminel des circonstances qui l'entourent, et en font pour ainsi dire partie intégrante ; on n'aperçoit pas clairement quelles sont ces circonstances extrinsèques dans lesquelles il serait défendu au juge de rechercher l'intention criminelle de l'agent. La vérité, c'est qu'aucune obligation, aucune restriction de ce genre ne pèse sur l'appréciation du juge et pour une raison bien simple. C'est que la preuve acquise, par quelque moyen que ce soit, de la résolution criminelle, il n'en résulte nullement que l'agent se soit avancé dans la voie du crime jusqu'à la hauteur d'un commencement d'exécution. Il y a là deux éléments bien nettement distincts et séparables que l'on confond et c'est là toute la méprise du système (22).

Mais qui peut affirmer que l'auteur de cette démonstration avait bien réellement l'intention de commettre un meurtre ? N'arrive-t-il pas souvent, le plus souvent même (?) que cet acte ne soit employé que comme moyen d'intimidation, alors même qu'il coïncide comme dans l'espèce avec des menaces de mort ? Et, dans le doute, ne faut-il pas toujours adopter l'interprétation la plus bénigne. » On voit qu'il n'est pas superflu de partir d'un point de vue général exact.

(22) Cf. par ex. Carrara, *Progr.* § 358 et s., p. 190 et s. qui admet qu'un acte peut être préparatoire d'une façon absolue ou d'une façon contingente. D'une façon absolue, c'est-à-dire à raison de sa nature, parce qu'il ne contient aucun danger actuel. D'une façon contingente, parce que bien que contenant peut-être ce danger, l'acte manque d'*univocité*. Si donc des circonstances surviennent qui précisent et démontrent l'intention criminelle de l'agent, l'acte devient punissable. C'est ainsi que se justifierait, suivant lui, un arrêt de la C. d'Agen du 8 décemb. 1849 déclarant punissable un individu qui avait tiré sur un autre avec un fusil déchargé à son insu. Quoique impropre à produire aucun résultat et par suite sans valeur suivant la théorie clas-

Sans doute, il peut bien arriver que des tentatives réellement existantes demeurent impunies à raison d'une insuffisance de preuve du dessein criminel, mais cela n'influe en rien sur la nature des actes accomplis; cela n'empêche pas qu'en eux-mêmes, ces actes constituaient un commencement d'exécution véritable; pour n'avoir pas été, dans une hypothèse donnée, effectivement punissables, ils n'en avaient et ils n'en ont pas moins la faculté actuelle de le devenir, le cas échéant, c'est-à-dire lorsque sera clairement établie et précisée l'intention qui les a fait naître. A l'inverse, les actes réalisés peuvent convaincre l'agent de tel dessein criminel et cependant ne constituer point le commencement d'exécution incriminé par la loi. L'intention est une chose, le commencement d'exécution en est une autre. Nous n'entendons point dire qu'il n'existe entre elles aucun lien, mais nous nous refusons à voir dans le fait que l'intention résulte de tel acte donné la preuve certaine que cet acte est bien le commencement de l'infraction voulue. Nous savons au surplus que prise à la lettre cette prétention de faire surgir l'intention de la seule matérialité des actes accomplis n'aboutirait à rien moins qu'à l'impunité absolue ou quasi absolue de toute tentative. C'est sous une autre forme le rétablissement du système objectif.

Et pourtant, dira-t-on, est-ce que, dans la réalité des faits, les actions humaines ne sont pas les seuls indices, les seuls miroirs en quelque sorte dans lesquels se peut lire l'intention, la volonté des individus; est-ce qu'à cet égard, telle action n'est pas plus décisive, plus expressive que telle autre, celle-ci restant équivoque, celle-là ne

sique (V. *infra*, n° 106 et s.) le fait d'avoir tiré aurait rendu *univoque* le fait d'avoir chargé l'arme et c'est ce fait antérieur qui habituellement partie intégrante de la préparation, deviendrait acte d'exécution dans l'espèce.

laissant aucune place à l'incertitude? Nous ne songeons point à le contester. Oui, les faits ont par eux-mêmes une signification ordinaire, normale et, pour fixer le moment, l'acte précis où commencera la tentative, nous ne voyons pas pourquoi le législateur ne s'inspirerait pas d'une semblable donnée, pourquoi il ne chercherait pas à prendre pour commencement d'exécution le premier acte impliquant à l'apparence et en général volonté ferme et nettement déterminée d'aboutir à tel résultat criminel donné. Nous croyons même, appuyé sur le développement historique des idées en cette matière, que cette pensée certainement n'a pas été étrangère au législateur. Mais il faut prendre garde que ce législateur n'a pas inscrit et ne pouvait pas inscrire dans la loi un critérium aussi dépourvu de précision. Même en limitant l'examen du juge à la matérialité de l'acte ou des actes réalisés, c'est encore ouvrir la porte à l'arbitraire que de l'autoriser à punir comme commencement d'exécution tout acte attestant une intention criminelle certaine. Le législateur a procédé et devait procéder autrement, c'est-à-dire par une définition générale sans doute mais encore plus absolue, plus limitative de l'acte punissable. Aux indications qui, relativement à l'intention de l'agent, ressortiront de la nature même des actes accomplis, le juge lui aussi se gardera donc bien d'attacher une valeur décisive. La signification apparente, normale des faits lui servira d'expédient pratique pour découvrir plus certainement l'acte d'exécution, il ne saurait y trouver un élément de décision, un critérium de distinction d'une efficacité, d'une certitude absolues.

Du reste, il serait injuste de ne point le remarquer, les auteurs s'en tiennent rarement à l'exposé pur et simple de ce critérium. C'est au contraire par de multiples traits qu'ils essaient de préciser, de compléter encore, en un

mot de mieux caractériser la physionomie de l'acte d'exécution.

78. — C'est ainsi que sous l'inspiration du concept subjectif on a dit : ce qu'il faut punir dans la tentative, ce n'est certainement pas un acte en soi et objectivement dangereux, c'est bien une intention, mais *une intention qui s'est affirmée dans un acte et dans un acte qui en consomme l'irrévocabilité*. Tant que la volonté ne s'est point incarnée pour ainsi dire dans un acte semblable, nul ne sait, nul ne peut affirmer qu'elle ira jusqu'au bout dans le chemin du crime ; toute certitude manquant à cet égard il n'y a pas de trouble social réalisé et aucune pénalité ne saurait légitimement intervenir. Mais il est tel acte, non seulement qui atteste à n'en pas douter l'intention de son auteur, mais qui matérialise en quelque sorte cette intention. Après lui, nul retour en arrière n'est normalement possible ; par sa matérialité même, l'acte entraînera la volonté malgré elle. Eh bien, cet acte qui rend la volonté matériellement irrévocable, c'est le commencement d'exécution, c'est le fait qui transforme la tentative en réalité légale et punissable. Voilà la thèse (23).

Mais, entre ce point de vue et celui que nous exposions tout à l'heure, existe-t-il donc une différence bien sensible ? Il s'agissait de volonté certaine, il s'agit maintenant de volonté irrévocable ; au fond, l'idée n'est-elle pas absolument la même ? Car enfin de deux choses l'une. Ou bien l'on entend parler d'une volonté irrévocable à un moment donné de l'exécution criminelle et nous reconnaissons que c'est effectivement la seule à laquelle il soit possible

(23) Cf. Saleilles, *Essai sur la tentative*. (Rev. pénit. 1896, *passim*. spéc. p. 348, 355, d'où ce critérium semble bien se dégager (l'article n'avait du reste pas pour but l'étude de cette question spéciale). Mais le critérium a été repris et précisé par M. Saleilles, dans son Cours de doctorat, professé à la Faculté de droit de Paris (1897-98).

d'attacher la répression. Tant que la volonté criminelle n'est point, en effet, fermement établie et déterminée, il peut y avoir désir, projet, délibération, dans l'esprit de l'agent ; la résolution criminelle, à proprement parler, n'existe pas. Seulement, selon toute vraisemblance, l'opinion précédente que nous avons combattue ne disait point autre chose. Elle parlait d'une volonté certaine, soit ; mais c'était parler par là même de volonté nettement établie, résolue à pousser jusqu'au bout l'exécution du crime, en un mot de volonté irrévocable.

Ou bien, — et c'est le second terme de l'alternative, il s'agirait d'une volonté matériellement irrévocable et persistante, l'acte d'exécution serait celui-là qui en apporterait au dehors, la manifestation indubitable et après lequel aucun retour en arrière ne serait plus possible. Et alors nous nous permettrons de contester l'exactitude de l'idée et pour la raison capitale que nous invoquons tout à l'heure. C'est qu'aucun acte de tentative pris en lui-même et dans sa matérialité, fût-il aussi rapproché qu'on voudra le supposer de la consommation du crime, ne permettra d'affirmer l'existence d'une volonté coupable à jamais irrévocable. A consulter les faits en eux-mêmes sans envisager le but de l'agent, jamais il ne sera possible d'arriver à une semblable conviction. En matière de tentative, il n'y a pas d'intention irrévocable matériellement saisissable. — Aussi bien, et à supposer qu'il faille avoir égard à cette acception simplement normale et ordinaire des actes humains dont nous avons également parlé, le caractère tout exceptionnel des hypothèses dans lesquelles la notion de tentative ainsi dégagée serait applicable rend cette notion tout à fait inadmissible. La tentative en effet n'existerait plus que dans les cas extrêmes de *délit manqué*, où l'agent aurait exécuté tous les actes nécessaires à la consommation de son crime. Or le législateur n'a certaine-

ment pas enserré la tentative qu'il incriminait dans des limites aussi étroites (24). Encore cette conception du délit manqué ne laissant aucune place au désistement volontaire, serait-elle en désaccord avec celle du droit positif pour lequel certainement le délit peut être manqué volontairement. Là même, par conséquent, il serait erroné de parler d'intention matériellement irrévocable (25).

Fatalement nous revenons donc à notre première conclusion. L'acte d'exécution n'est pas celui-là qui révèle en lui-même, dans sa matérialité, l'intention certaine, irrévocable d'accomplir tel crime déterminé. Le système, éclectique au fond, qui nous propose un tel critérium, n'est point acceptable. C'est tout l'un ou tout l'autre. Ou bien, le juge aura le droit de rechercher la preuve de l'intention dans toutes les circonstances intrinsèques et extrinsèques du fait accompli et alors, s'il doit punir la tentative dès là qu'un acte quelconque accompli dans le sens du crime lui aura fourni cette preuve (critérium purement subjectif), c'en est fait de toute distinction entre la préparation et l'exécution, et partant de toute sécurité. Ou bien ce juge devra limiter son examen à la matérialité du fait en lui-même et jamais l'acte à lui seul, si grave en soi, si transparent qu'on le suppose, ne lui permettra d'affirmer avec une certitude absolue l'existence d'une intention ferme et à jamais irrévocable : alors, c'en est fait de la répression, d'une répression cependant nécessaire, indispensable jusqu'à l'évidence.

Il faut donc rechercher autre chose, et c'est ici que vont nous apparaître les multiples affirmations de la doctrine courante. L'acte d'exécution, nous dit-on, par exemple, c'est la *mise en œuvre des moyens* dont l'agent a résolu de

(24) Jg. *infra*, n° 119.

(25) V. *infra*, n° 102.

se servir, les actes préparatoires en sont la recherche, la disposition (26). L'acte d'exécution, dit-on encore et plus généralement, c'est un *acte voisin, rapproché de la consommation du crime* (27), c'est un acte qui *tend directement et immédiatement au but que poursuit l'agent* (28), il est relié avec l'infraction voulue par un *lien nécessaire et forcé*, par là même *il fait partie intégrante* de cette infraction, laquelle sans lui cesse de se concevoir comme possible (29). Au contraire, l'acte préparatoire est éloigné

(26) Cf. Lacoïnta, *op. et loc. cit.*, p. 443; Haus, *Principes*, t. I, n° 449, p. 338. — En droit russe, la préparation est définie le fait de rechercher ou de procurer les moyens propres à accomplir son crime, elle consiste aussi dans leur assemblage au cas de crime d'incendie V. *Législ. pén. comp.*, t. I, p. 531.

(27) Cf. Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 50; Garraud, *op. cit.*, t. V, p. 96, qui, à propos de la tentative de vol, parle aussi d'« extrême voisinage »; Lacoïnta, *op. et loc. cit.*, p. 445 : « le commencement d'exécution est un effort très voisin du but. » et surtout Nicolini, *op. et loc. cit.*, p. 255 et s.

(28) V. Rossi, *op. cit.*, t. II, p. 265, 267 : « L'auteur des préparatifs, s'il s'arrête, n'a rien fait encore de matériel et de direct contre le droit qu'il voulait attaquer, l'auteur de la tentative a commencé son attaque »; Garraud, t. I, p. 286 : «... ce qui est nécessaire mais suffisant, c'est que l'acte tende directement et immédiatement à l'accomplissement du crime et qu'on puisse dire de l'agent qu'il est dans la période d'accomplissement de son dessein criminel ». Jg. Trébutien, *op. cit.*, t. I, t. I, p. 378; Lacoïnta, *op. et loc. cit.*, p. 441; Humbert, *op. et loc. cit.*, p. 412; Dalloz, *Répert. v° Tentative*, n° 5; Blanche, t. I, p. 18, n° 10; Nicolini, *op. et loc. cit.*, p. 257.

(29) Cf. E. Villey, *Précis*, p. 89, qui ajoute : Prenez dans son ensemble l'infraction que l'agent se proposait de commettre, telle qu'elle est définie par la loi, et demandez-vous si l'acte en question en fait partie, si oui, c'est un acte d'exécution, si non, ce n'est qu'un acte préparatoire »; Chauveau et Hélie, t. I, n° 246, p. 386, 387 : « Ils sont achevés (les actes préparatoires) et l'action n'est pas commencée, la tentative se prépare, légalement elle n'existe pas encore, elle prend naissance lorsque le premier de ces actes dont l'ensemble compose le

de la consommation, il n'est point dans un rapport direct avec le but visé par l'agent, il n'a pas avec l'infraction légale de lien nécessaire et forcé, il n'en fait pas partie : on peut le supposer réalisé dans toute sa plénitude et l'action criminelle prévue et réprimée par la loi n'est en rien commencée; à l'inverse, l'infraction peut être réalisée, en tout ou en partie, sans son intervention.

Voilà par quels traits divers la doctrine dépeint, en général, les physionomies respectives de l'acte d'exécution et de l'acte préparatoire. Que valent ces formules? Sont-elles l'expression exacte de la vérité juridique? La question comporte, à notre avis, une double réponse. Sur le terrain du droit positif, ces formules, et par suite les différents critères qu'elles expriment sont, croyons-nous, complètement inutiles; la détermination des faits de tentative relève d'un autre procédé; sur le terrain rationnel et législatif, elles contiennent, d'une façon générale tout au moins, une large part de vérité, mais encore ont-elles besoin d'être complétées et précisées. Ces deux idées appellent de plus amples développements.

crime a été commis » ; Blanche, t. I, p. 48, n° 40. Humbert, *op. et loc. cit.*, p. 412; Trébutien, t. I, p. 378; Dalloz, *Répert.*, v° Tent., nos 5, 6; Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 50, 55, 56; De Molènes, p. 59 : « Les faits d'exécution sont ceux qui constitueront le délit, qui lui donnent l'existence, les faits préparatoires sont ceux qui précèdent l'exécution, sont destinés à la faciliter, à la rendre possible, mais ce ne sont point des actes matériels constitutifs du délit et ils ne rentrent pas dans la définition légale de ces délits. » — Jg. Fr. de Cardenas, *El derecho moderno*, Madrid, 1848 : t. IV, p. 149 : « Estos « actos (les actes préparatoires) no teniendo una relacion forzosa inmediata con el crimen, no puede la justicia humana apreciarlo con « acierto. »

* * *

80. — Et tout d'abord, disons-nous, ces conceptions diverses de l'acte d'exécution, point initial de la tentative, sont sur le terrain du droit positif absolument inutiles. L'affirmation peut surprendre au premier abord. Puisqu'en effet le législateur n'a pas pris soin de spécifier les hypothèses de fait dans lesquelles il y aurait tentative, puisqu'il s'est contenté de définir cette tentative par une idée vague; celle de « commencement d'exécution »; il faut bien à son tour définir cette nouvelle formule; or, à défaut d'indications légales, comment y arriver, sinon en faisant appel à une conception purement logique et rationnelle? Sans nul doute, si toutes ces affirmations étaient exactes le procédé s'imposerait, inéluctable. Mais justement, est-il bien certain qu'en s'attachant à l'idée de commencement d'exécution et en l'inscrivant dans le texte légal, le législateur ait entendu laisser au juge le soin d'en préciser la portée et d'apprécier souverainement, à l'aide d'une conception toute scientifique, quels faits constitueraient ou non la tentative punissable? Voilà justement ce qui ne nous paraît nullement établi : en dépit des apparences et sous le vague extérieur de la formule, le législateur nous semble, tout au contraire, s'être reporté, d'une façon absolument certaine, quoique implicite, à des faits très nets, très précis. Et voici sur quelles considérations d'ordre historique se fonde notre conviction.

A coup sûr, si nous remontons aux travaux préparatoires du Code, nous n'y trouverons point l'énumération de ces faits auxquels, selon nous, le législateur aurait fait allusion et qu'il aurait entendu comprendre sous la formule générale de « commencement d'exécution »; mais nous y trouvons autre chose que voici. C'est que le légis-

lateur, en cette matière de la tentative, n'entend point créer une théorie nouvelle de toutes pièces, mais beaucoup plus simplement reprendre le système existant déjà et le consacrer de nouveau pour l'avenir. Faut-il transporter au nouveau Code les dispositions de la loi de prairial, an IV : telle est la question très simple qu'il se pose et veut résoudre. A la discussion, quelques difficultés s'élèvent, on propose de supprimer la mention des actes extérieurs, d'abaisser la pénalité ; la définition même de la tentative par l'idée d'un commencement d'exécution n'est l'objet d'aucune contestation et, finalement, il est décidé que le texte de prairial sera transporté au Code pénal. Ainsi le législateur de 1810 fait siennes la formule et la conception de la législation antérieure. Quelle était cette conception, voilà donc ce qu'il faut savoir.

Mais ici encore, nous le constatons forcément, la question se déplace. Sans doute, à certains égards, le législateur de prairial, an IV, entend bien faire œuvre personnelle et modifier la législation préexistante, mais il importe de bien remarquer l'objet précis des modifications qu'il y apporte. Le Code pénal de 1791 ne punissait que deux tentatives, celle d'assassinat et celle d'empoisonnement ; le législateur constate qu'une impunité aussi large enhardit et multiplie les criminels, il se pose alors à lui-même la question suivante : ces mêmes faits que le Code de 1791 punit en matière d'assassinat et d'empoisonnement, ne conviendrait-il point de les déclarer punissables dans tous les autres crimes, le vol, l'incendie, par exemple. Ainsi le but de la loi ici encore est très net : ce qu'il s'agit de faire, c'est d'élargir le domaine d'application de la tentative déjà punissable, c'est de punir *cette même tentative* dans un nombre plus considérable d'hypothèses ; mais c'est là tout, il ne s'agit en rien de toucher à sa notion, à sa définition. Le concept reste ce qu'il était antérieurement.

Pour savoir quels faits sont punissables à titre de tentative, ici encore, c'est donc à la législation antérieure qu'il faut remonter.

Mais cette fois nous nous trouvons en présence de solutions précises et se suffisant pleinement à elles-mêmes. Ce que le Code pénal de 1791 punit, en effet, ce sont, nous le savons, des faits matériels spécialement déterminés, étroitement décrits. A cet égard, on pourrait même dire que ce Code revient au procédé du droit primitif, ignorant à proprement parler une *théorie de la tentative*, connaissant plutôt des *actes de tentative*, prévus séparément, comme autant de faits distincts et complets. La tentative d'assassinat, c'est l'*attaque* à la personne ; la tentative d'empoisonnement, c'est l'*administration* du poison ; c'est encore le *mélange de ce poison aux aliments ou breuvages spécialement destinés à la victime* (individu, famille, société, public). Le dessein de tuer, d'empoisonner étant établi, voilà quels sont les faits punissables, ce sont des actes matériellement précisés en dehors desquels il n'est pas de répression possible.

Eh bien, ce sont ces mêmes faits qu'ont entendu punir et le législateur de prairial et celui de 1810. Toute la différence consiste en ce que ces actes seront punis dorénavant d'une façon générale, quel que soit le crime voulu par l'agent ; et voilà pourquoi le législateur ne peut plus reproduire les termes mêmes du Code de 1791 relatifs aux seules hypothèses d'assassinat et d'empoisonnement ; il lui faut une expression plus vague, généralisatrice, il emploie alors celle de *commencement d'exécution*. Mais au fond et quant à la notion de la tentative, quant au moment précis où cette tentative tombe sous le coup de la loi, rien n'est changé : la tentative punissable, la seule punissable en matière d'empoisonnement, par exemple, c'est toujours l'administration du poison, ou encore le fait de

mettre ce poison à la disposition de la victime, — nous justifierons la formule. Au cas de vol, d'incendie, etc., la tentative prendra naissance par l'accomplissement d'actes équivalents, car c'est dans toutes les hypothèses évidemment, — sa formule étant unique, — la même notion de la tentative que le législateur entend consacrer, les mêmes faits qu'il entend punir.

Voilà donc le système du Code et voilà comment, sous l'apparence d'une formule vague, se cache en réalité une allusion certaine à des faits clairement déterminés et précisés. Inutile, par conséquent, de chercher ici une nouvelle définition de la définition légale et de faire appel, dans ce but, à quelque concept abstrait et scientifique du commencement d'exécution. Si la formule de la loi est imprécise à l'apparence, elle n'en correspond pas moins, au fond et dans la réalité vraie, à des solutions très nettes; du Code de 1810 à celui de 1791 l'enchaînement des idées est certain, incontestable; il suffit pleinement à lui seul à l'interprétation du texte actuellement en vigueur.

81. — Au surplus, ce que vient de nous attester l'étude des travaux préparatoires de nos différentes lois pénales, l'histoire des idées en matière d'incrimination n'eût-elle pas suffi à nous le révéler? Remarquons, en effet, le procédé exact d'incrimination que sous-entendent implicitement les affirmations de la doctrine : le législateur n'aurait point dit quels faits matériels et précis tomberaient sous le coup de la loi à titre de tentative, il se serait contenté volontairement de définir vaguement cette tentative, par l'idée d'un commencement d'exécution; il aurait laissé au juge le soin de dégager de ce commencement d'exécution une notion purement rationnelle et scientifique. C'est-à-dire, finalement, que le législateur se serait abstenu de donner lui-même une définition, un critérium légal de la tentative punissable. Eh bien, nous le demandons, est-ce

qu'un procédé semblable peut être légitimement attribué au législateur de 1810? — Mais il nous semble, tout au contraire, aussi loin que possible des idées que ce législateur pouvait avoir sur son rôle exact, sur sa mission véritable.

Considérer que la loi puisse dans nombre d'hypothèses se débarrasser de tout critérium précis, de toute définition étroite; admettre spécialement que la définition du commencement d'exécution prévu par la loi puisse relever d'une appréciation purement judiciaire et doctrinale et non d'une appréciation législative, c'est peut-être un idéal désirable, mais est-ce donc et sera-ce jamais autre chose qu'un idéal? (30). Et pourtant cette conception dont, même à cette heure, la consécration nous paraît impossible, le législateur de 1791, lui, l'aurait réalisée! Mais quel était donc alors le grand souci du législateur sinon de rétablir la sécurité individuelle, de mettre un terme à l'arbitraire si florissant dans l'Ancien droit? Et voilà pourquoi déjà le législateur de 1791 avait procédé à une énumération aussi étroitement limitative des différents faits prohibés, ne laissant au juge d'autre appréciation que celle de l'existence ou de l'inexistence matérielle de ces faits, ce qui est bien le minimum de ses pouvoirs. Que le législateur de prairial, que celui de 1810 aient entendu élargir le domaine de l'incrimination en notre matière, cela est bien certain; mais qu'ils aient renoncé à la notion même de la tentative et au procédé d'incrimination du Code de 1791, cela n'est pas admissible. A eux aussi un système de prévisions légales strictement définies pouvait seul paraître possible et désirable, parce que seul susceptible de sauvegarder pleinement la liberté de chacun. Leur attribuer une conception plus libérale, c'est vraiment se tromper d'époque, c'est commettre un anachronisme.

(30) V. *infra*, n° 149.

82. — Ceci posé, il nous sera facile de préciser, en droit positif, les actes constitutifs de la tentative punissable. Pas de formule abstraite, pas de critérium légal dont il faille faire application ; nous sommes en possession d'éléments de décision autrement infaillibles et pour ainsi dire d'*exemples légaux*, ceux prévus par le Code pénal de 1791. A la suite du législateur de 1810, nous n'avons qu'à les généraliser. — Et alors nous apercevons de suite qu'en réalité la loi a statué pour deux catégories d'hypothèses, correspondant à deux formes, deux procédés d'action criminelle.

Dans l'une, l'agent se propose d'accomplir lui-même tous les actes nécessaires à la réalisation de son crime, il entend par suite voir se produire immédiatement le résultat criminel qu'il désire, c'est le cas de l'assassin qui pour tuer se propose de donner un coup de poignard, de tirer un coup de pistolet. Dans l'autre forme d'action criminelle, le coupable entend bien se procurer les moyens d'action et les disposer, mais il entend terminer là son action personnelle ; l'acte final et décisif d'où sortiront, par la mise en œuvre des moyens agencés, les conséquences criminelles voulues, cet acte décisif est laissé par lui à l'intervention d'un facteur étranger, *la victime elle-même* : c'est le cas de l'empoisonneur qui, sans présenter lui-même à sa victime la coupe empoisonnée, la met à sa libre disposition, sachant et espérant bien qu'elle la prendra et s'administrera la boisson toxique. Ce sont là les deux hypothèses prévues implicitement par la loi. Quels sont donc dans l'une et dans l'autre les faits constitutifs du commencement d'exécution et par là même de la tentative ?

* * *

83. — Prenons le premier cas, celui où l'agent a résolu de poursuivre lui-même dans la totalité de ses phases l'exécution criminelle. Le Code de 1791 nous fournit deux exemples : en matière d'assassinat la tentative se caractérise par l'*attaque* de la personne, en matière d'empoisonnement par l'administration du poison, c'est encore l'*attaque* de la victime, les deux expressions correspondent à une même idée. Eh bien, généralisons cette idée et nous dégageons les solutions suivantes.

Point de tentative de meurtre, d'empoisonnement, ajoutons d'incendie, de vol, etc., dans le simple achat d'une arme de substances toxiques, de matières inflammables, de fausses clefs, de pinces-monseigneurs, d'une façon générale dans la *simple acquisition des moyens*.

Point de tentative encore dans ce que nous pouvons appeler la préparation, la fabrication, l'agencement des moyens, tel le fait de l'assassin qui charge son arme, de l'anarchiste qui confectionne son engin, du voleur qui se fabrique tous les instruments de cambrioleur, de l'empoisonneur qui prépare le mélange toxique, le verse dans la coupe ou dans les aliments, mais sans se dessaisir de cette coupe, de ces aliments, sans les mettre à la disposition de la victime (31).

Point de tentative, enfin, dans le fait de s'avancer ou de se trouver sur le lieu où l'on se propose de commettre le crime ; et, par exemple, l'assassin se poste en embuscade dans l'attente de sa victime, l'empoisonneur s'avance

(31) Cf. Dalloz, *vis Tentative, Crimes et délits contre les personnes*, n° 101 ; Villey, *Précis*, p. 89 ; Calmètes (*Gas des trib.* 24-25 octob. 1831). Jg. Cass. 15 mars 1894, D. 98, 1, 319.

porteur des mets empoisonnés qu'il va présenter à la victime, le voleur suit dans la rue le passant dont il se propose de fouiller la poche, ou bien il se dirige vers la maison qu'il veut dévaliser, ou bien encore il est saisi la nuit, loin de son domicile, porteur de tous les instruments destinés à perpétrer une infraction (32), au pied du mur d'une propriété attendant un complice pour commencer l'escalade. Point de tentative dans tous ces cas, car jusque-là l'agent n'a en rien commencé son attaque contre la personne ou la chose, sujet passif de l'infraction (33).

Faut-il donc, pour qu'il y ait tentative que l'assassin ait déjà frappé et blessé sa victime, que celle-ci ait absorbé une partie du poison, que le voleur ait soustrait une partie des valeurs, que l'engin de l'anarchiste ait éclaté, ou encore, pour prendre d'autres exemples (on pourrait les multiplier davantage encore), faut-il donc que le fonctionnaire ait accepté l'argent à lui offert pour le corrompre, qu'il ait commencé l'acte que par contrainte ou menace on veut lui faire accomplir ?

En aucune façon. A coup sûr, si l'agent a poussé jusque-là l'exécution de son crime, la tentative est mieux caractérisée; mais elle l'est bien suffisamment encore si l'assassin, prêt à frapper, le bras armé d'un poignard, par exemple, s'élance sur son ennemi (34), s'il le couche en

(32) Cf. Trib. corr. de Loudun, 25 mars 1882, *Gaz. Pal.* 1882, 2, 367, Jg. le passage caractéristique des *Etablissements de Saint-Louis*, ch. xxxvi, liv. I, *suprà*, n° 47, not. 24.

(33) Il faut donc, à notre avis, considérer comme inexact ce que dit Rossi, *Traité*, t. II, p. 301 : « Le poison est versé, on va le présenter à la victime, nous n'hésitons pas à affirmer qu'il y a tentative. »

(34) On ne saurait accuser la loi de subtilité exagérée parce qu'elle distingue entre le fait de s'approcher de la victime et le fait de s'élancer sur elle. La distinction peut être parfois fort délicate, cela n'empêche pas qu'elle soit absolument exacte. Celui qui part de

joue (35) à plus forte raison, s'il s'est jeté sur lui, s'il a pressé la détente de son arme (36). La tentative existe si l'empoisonneur présente à sa victime la coupe ou les aliments empoisonnés, ou, ce qui revient au même, les lui remet sans les lui offrir expressément, alors qu'il est certain que la victime va les absorber immédiatement, tel le fait du domestique qui servant son maître à table lui verserait une boisson empoisonnée (37). — La tentative existe encore si le voleur étend la main vers la poche du passant, vers l'objet quelconque qu'il entend dérober (38), s'il se jette sur sa victime pour la détrousser (38 bis) si l'in-

Londres pour commettre un assassinat à Paris ne saurait être arrêté pendant la traversée ou à son débarquement comme coupable de tentative, mais on conçoit qu'il en est tout différemment si, arrivé à Paris et rencontrant sa victime dans la rue, il s'élance sur elle pour la frapper. Cf. Rauter, *op. et loc. cit.*; Garraud, t. I, p. 288.

(35) Cf. Paris, 28 juillet 1848, D. 49, 2, 466; Garraud, t. I, p. 288.

(36) Cf. Cass. 22 août 1841 : Blanche, t. I, p. 29.

(37) Cf. Cass. 17 décemb. 1874, S. 75, I, 385; Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 55.

(38) Ou s'il fait des actes équivalents. Ainsi est coupable d'une tentative de vol de bois dans une vente (art. 388) l'individu qui a marqué de son marteau des arbres non compris dans son lot, sans avoir eu encore la possibilité d'en commencer l'enlèvement; — ou qui a déplacé les piquets limitatifs de son lot, de manière à en accroître l'étendue, dans le but de s'approprier une certaine partie d'arbres sur pied, à couper plus tard au détriment des lots voisins, Dijon, 2 mars 1881, D. 82, 2, 157. — Est coupable également de tentative de vol, celui qui a tiré un coup de fusil sur des pigeons pour se les approprier, Limoges, 18 sept. 1884, *Gaz. Pal.*, 1884, 2, 490; Garraud, t. V, p. 95, n° 36. Jg. Trib. corr. de Narbonne, 20 janvier 1890. *La Loi* du 9 février 1890.

(38 bis) C'est ainsi qu'une tentative de meurtre, un meurtre même, peuvent parfaitement constituer le commencement d'exécution d'une tentative de vol, Cass., 17 juin 1875. B. cr. n° 193; sauf application, bien entendu, de la règle du non cumul des peines.

incendiaire dirige, s'il applique contre les choses qu'il entend incendier les substances embrasées avec lesquelles il espère mettre le feu (39), si l'agent, dans le but de corrompre un fonctionnaire ou officier public, lui a fait des offres d'argent, si, pour le contraindre, il a proféré contre lui des menaces (40).

84. — Il faut aller plus loin. La tentative existe, en effet, dès là que pour aboutir à la réalisation de son dessein, quel qu'il soit, le criminel aura en tout ou partie accompli quelque *escalade* ou *effraction*. — Peu d'auteurs se rangent à cet avis. Quelques-uns contestent absolument que ces deux circonstances puissent jamais être considérées comme un commencement d'exécution à l'égard d'un crime quelconque. Il leur paraît que ce sont là de simples circonstances aggravantes, restées en elles-mêmes impunies, réclamant pour tomber sous le coup de la loi l'existence *préalable, indépendante*, d'un acte en dehors d'elles punissable, c'est-à-dire d'un crime consommé ou tout au moins tenté (41). Mais c'est à notre avis

(39) Cf. Garraud, t. V, p. 575, n° 560, t. I, p. 288.

(40) V. Liège, 26 juin 1872, 26 juillet 1874. *Journ. du Minist. publ.* 1890, p. 130. Haus, *Principes*, t. I, n° 447. Jg. Brusa, *Della tentativa subornazione* (Rivist. penal., t. XXXVII, p. 105); Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 52.

(41) V. Carnignani, *Teoria delle leggi...* t. II, p. 334; Carnot, *Cod. pén.*, t. I, p. 16-17; Dalloz, v. *Tentative*, nos 68-72; Laborde, *op. cit.*, n° 104, p. 74; Molinier et Vidal, t. II, p. 59; Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 55. Jg. en ce sens. C. Montpellier, 19 février 1852. S. 52. 2. 68 : « Attendu... qu'en frappant d'une peine identique la tentative et le crime consommé, le législateur n'a pas voulu atteindre uniquement la volonté coupable ou la simple détermination intentionnelle, qu'il a exigé, en outre, que cette détermination et cette volonté fussent manifestées, non par des actes extérieurs quelconques qui en révéleraient avec certitude l'existence, mais bien par un commencement d'exécution du crime même dont le cou-

se méprendre complètement sur la double pensée qui anima le législateur lorsqu'il écrivit, d'abord l'art. 2 et ensuite l'art. 381 du Code pénal.

D'autres s'attachent à la distinction suivante. L'escalade et l'effraction ne constitueraient un commencement d'exécution que du seul crime de *vol*. Accomplies dans tout autre but, pour tuer, violer, incendier, par exemple, ces deux circonstances ne seraient plus que de simples actes préparatoires, exclusifs de toute répression (42). Et la jurisprudence, tout au moins d'une façon implicite, paraît bien s'inspirer d'une pensée identique (43).

pable avait projeté l'exécution; que les empreintes trouvées sur la porte peuvent faire supposer sans doute que leur auteur a voulu s'introduire dans ce logement pour y commettre un vol, mais qu'on ne saurait y voir un commencement d'exécution du vol lui-même; que le fait de l'agent qui s'efforce d'ouvrir ainsi une porte et abandonne ensuite par des motifs quelconques son entreprise inachevée, ne constitue ni un commencement d'exécution, ni même une effraction véritable, mais bien et uniquement une tentative d'effraction; qu'il y aurait un danger social manifeste à assimiler une pareille tentative au crime de vol consommé; qu'une telle assimilation aurait inévitablement pour résultat de précipiter le coupable vers la consommation complète du crime... ».

(42) V. Garraud, t. I, p. 287, t. V, p. 95, 96; Chauveau et Hélie, t. I, p. 407, n° 256; Blanche, t. I, p. 24, n° 13; Lainé, p. 150; Villey, p. 90.

(43) C'est ce dont il est impossible de douter en consultant les recueils d'arrêts où toutes les décisions qui statuent sur des faits d'escalade et d'effraction décident qu'elles sont suffisantes à caractériser la tentative de vol. V. entre autres arrêts, Cass. 11 juin 1810, S. coll. nouv. 5, I, 487 (la Cour, il est vrai, rejette le pourvoi contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation qui avait refusé d'adopter ce système, mais elle paraît bien désapprouver la solution que pour une autre raison elle se croit obligée de maintenir). Cass. 23 septembre 1825, *Bull.* n° 189, S. 26, I. 197 et les termes dans lesquels le Procureur général dénonçait l'arrêt attaqué à la Cour de cassation. Cf. Chauveau et Hélie, I. p. 404, 405; Cass. 19 décembre 1879,

Pourquoi cette distinction ?

L'explication varie suivant les auteurs, mais, et cela est naturel, ce qui reparait ici, c'est l'influence des formules générales par lesquelles chacun d'eux caractérise l'acte d'exécution. Si l'escalade et l'effraction sont un commencement d'exécution du seul crime de vol, c'est que de tels faits pris en eux-mêmes manifestent chez leur auteur l'intention de voler et non une autre ; c'est qu'ils tendent directement et immédiatement au vol, étant avec lui dans un extrême voisinage, une *liaison étroite*, une *connexion logique* (44) ; c'est encore qu'ils font partie intégrante d'une infraction légale déterminée. Le législateur, en effet, a rattaché ces deux circonstances au fait de vol et il a créé un titre particulier d'incrimination, de vol qualifié, *le vol avec escalade et effraction*. Commencer cette escalade, cette effraction, c'est donc bien évidemment commencer le fait même prévu et puni par la loi, c'est faire acte de tentative. Mais la loi n'a rien fait de semblable à l'égard des autres actes criminels, elle ne connaît point un assassinat, un viol, un incendie avec escalade et effraction ; ces deux circonstances fussent-elles accomplies, l'agent est encore, dans de telles hypothèses, entièrement en dehors de l'infraction légale, il n'a en rien commencé son exécution.

Nous retrouverons plus loin ces formules et alors nous les examinerons en elles-mêmes, nous apprécierons, en raison, leur bien fondé ; ici, la question qui se pose à nous est plus spéciale : ces différentes formules nous rendent-elles compte de la distinction que l'on veut établir, la justifient-elles ? En outre, cette distinction est-elle vraiment la solution légale ? — Nous répondons négativement.

S. 80, t. 336 ; Limoges, 13 novembre 1884. *Gaz. Pal.*, 85, t. 45 ; Cass. 16 juillet 1885, S. 87, t. 95 ; Paris 22 avril 1895, D. 95, t. 438.

(44) Cf. Ortolan et Desjardins, t. I, p. 459, nos 1010-1013.

85. — D'abord, en dépit des diverses affirmations que nous venons de reproduire, la distinction reste injustifiée. L'escalade et l'effraction, nous dit-on, révèlent chez leur auteur l'intention certaine de voler ; nous ne pouvons admettre le critérium. Et, en effet, dirons-nous ici encore, de deux choses l'une. Ou bien il s'agit, conformément au concept objectif, de considérer l'acte dans sa seule matérialité et indépendamment de toutes autres circonstances externes et alors nous savons que jamais aucune intention d'accomplir tel ou tel crime ne s'en dégagera, que jamais par conséquent ni l'escalade ni l'effraction ne seront punissables. — Ou bien le juge aura la faculté de consulter toutes les circonstances du fait et alors nous ne voyons pas que l'escalade et l'effraction attestent, en principe et normalement, plutôt que telle autre, l'intention de voler. Évidemment le but de l'agent était le vol s'il est trouvé porteur de tous les instruments qui composent l'attirail d'un voleur de profession, mais, tout aussi évidemment, cet agent est un incendiaire, s'il est muni de substances propres à mettre le feu, un assassin s'il a sur lui des armes chargées et c'est encore un autre but que poursuit, sans nul doute, l'anarchiste lorsqu'il enfonce la porte d'un hôtel pour placer derrière l'engin explosif qu'il tient dissimulé. Que souvent, habituellement, l'effraction et l'escalade aient pour but le vol, cela est bien certain ; mais il n'y a là rien d'absolument nécessaire et de forcé. Ces deux circonstances ne sont en principe et rationnellement ni plus ni moins *décisives* dans un cas que dans l'autre ; et nous pouvons ajouter qu'elles ne sont ni plus ni moins *voisines, rapprochées* du vol que de tout autre crime, elles ne sont avec lui dans aucune connexion plus intime, plus logique, plus rationnelle. L'escalade ou l'effraction sont la condition *sine qua non* d'exécution de tout crime dont le sujet passif est à l'intérieur, voilà la

vérité ; une fois accomplies, l'agent peut être également rapproché, et de la victime qu'il veut assassiner, et de la femme qu'il veut violer, et de l'objet précieux qu'il se propose de dérober, et des choses qu'il entend incendier.

En vain, constate-t-on, que les faits d'escalade et d'effraction constituent comme le vol lui-même des atteintes à la propriété. La circonstance est sans portée aucune, il n'y a rien à en conclure au point de vue du rapport, de la dépendance réciproque de ces faits entre eux. Et cela, non seulement parce qu'en fait l'escalade et l'effraction peuvent être accomplies dans un tout autre but que le vol ; mais encore, en raison pure, parce que la prétendue identité de nature constatée entre l'effraction et le vol, existe en réalité tout autant entre l'effraction et n'importe quel autre crime. Elle existe tout autant, et en voici la raison : c'est que l'objet véritable de toute prohibition légale est unique, partout et toujours identique à lui-même. Qu'est-ce en effet ? Pas autre chose, dans toutes les hypothèses, que l'*action* elle-même du coupable. Quand, par exemple, le législateur punit l'homicide, quel est donc l'objet exact de la répression ? La mort de la victime ? En aucune façon, car cette mort, en réalité, est un fait absolument extérieur à l'activité de l'agent, c'est une conséquence, une résultante pure et simple du jeu des lois physiques, dont l'une veut, par exemple, qu'un cœur traversé d'un coup de poignard ne puisse suffire à l'entretien de la circulation et de la vie. Rigoureusement parlant, ce que la loi prohibe et punit, ce n'est donc pas ce résultat, mais bien l'*acte* qui lui a donné naissance, c'est le fait d'avoir tué, c'est-à-dire d'avoir accompli tel ou tel mouvement physique ayant entraîné la mort de la victime. Toutes les incriminations ont ainsi même objet, elles s'analysent toujours dans une même prohibition, celle d'un *acte*. L'effraction est une action, le vol en est une

autre, le meurtre en est une troisième. Entre l'effraction et le meurtre l'identité de nature n'est donc pas moindre qu'entre l'effraction et le vol ; et pour soutenir le contraire il faut ne s'attacher qu'aux apparences et négliger le fond des choses qui seul importe. — L'argument n'a donc qu'une valeur absolument chimérique.

Mais, dit-on, l'escalade et l'effraction ont été réunies par la loi à l'*acte de vol* et non à d'autres faits punissables ; elles font donc dans cette mesure, *mais dans cette mesure seulement*, partie intégrante d'une infraction spécialement déterminée. — Le motif nous paraît encore absolument dénué de toute force probante, et voici pourquoi à notre estime personnelle. C'est qu'en faisant de l'escalade et de l'effraction deux circonstances aggravantes du vol, le législateur nous semble avoir visé un but tout différent et beaucoup plus restreint que celui qu'on lui prête. Il lui a paru, ce qui est l'évidence, que ces deux circonstances attestaient chez l'agent une perversité plus grande, une fermeté, une décision plus considérables dans la résolution criminelle, en un mot, qu'elles augmentaient singulièrement le trouble social causé par le vol auquel elles se trouvaient jointes. En conséquence, il a déclaré qu'elles entraîneraient pour l'agent une répression plus sévère. Voilà la pensée et la seule pensée du législateur. Qu'a-t-il tranché ? Une simple question de pénalité et pas autre chose, il n'a entendu en rien modifier du même coup la notion du fait de vol, soit consommé, soit tenté. Cette notion subsiste, absolument identique, quelles que soient les circonstances dans lesquelles ce vol est accompli. Et ce qui le prouve jusqu'à l'évidence, n'est-ce pas la multiplicité elle-même des circonstances aggravantes du vol prévues par le législateur ? Le vol est-il commis la nuit, par plusieurs personnes, par un agent porteur d'armes apparentes ou cachées, à l'aide de fausses clefs,

avec violence, sur un chemin public, dans les champs, par un domestique de la victime, etc. ? Autant de faits dont l'existence a pour résultat une aggravation de la pénalité ; dira-t-on que le législateur a autant de fois modifié la notion du vol ordinaire, qu'il a créé autant d'incriminations spéciales, de *physionomies juridiques* en matière de vol ? Nullement, le législateur n'a songé à rien de semblable. Sa pensée, encore une fois, n'a porté que sur la répression à intervenir et non sur la question d'incrimination, de définition légale dont nous nous occupons. Cette question n'est donc pas tranchée parce que le législateur a prévu la réunion des deux circonstances d'escalade et d'effraction au fait de vol et non à d'autres crimes, il n'y a là rien de décisif, rien qui préjuge la solution à donner au débat qui nous occupe.

La difficulté reste localisée sur le seul terrain de l'art. 2. Elle serait identique si le législateur n'avait point, même en matière de vol, aggravé la peine à raison des deux circonstances que nous envisageons, et elle serait identique encore si, au lieu de limiter l'aggravation au seul cas de vol, le législateur l'avait étendue à toutes les autres infractions. Ceux-là se sont donc trompés qui ont dit : « L'escalade et l'effraction n'ont été envisagées par la loi que comme de simples circonstances aggravantes, donc elles supposent l'existence préalable et indépendante d'elles d'une tentative légalement accomplie. » Mais ceux-là se sont trompés tout autant qui ont répondu : « C'est justement parce que la loi a rattaché l'escalade et l'effraction à titre de circonstances aggravantes au crime de vol, qu'elles en font partie intégrante et en sont un commencement d'exécution ; c'est parce que la loi n'a rien fait de semblable à l'égard des autres crimes, que ces faits restent quant à eux de simples actes préparatoires. Le raisonnement est tout aussi inexact d'un côté que de l'autre ; des

deux côtés, la méprise est égale sur la pensée véritable du législateur (45). — Ne faisons donc pas intervenir au débat des dispositions qui lui sont absolument étrangères, laissons de côté les dispositions spéciales des art. 381 et suiv., et résolvons la question par l'interprétation du seul texte qui ait pour but de la résoudre, l'art. 2.

86. — Ici, encore, suivant notre procédé d'argumentation, c'est à la loi de prairial que nous demanderons la portée exacte du texte actuel. Or, à la lumière des précédents historiques, la pensée du législateur s'éclaire singulièrement. « Des hommes, dit Pastoret, sont trouvés dans une maison qui n'est pas la leur, ayant de fausses clefs, d'autres sont entrés la nuit par une échelle encore suspendue dans ma cour, dans mon jardin, et on les y découvre,

(45) C'est pourquoi nous nous refusons à faire état contre le raisonnement que nous combattons d'une réfutation en quelque sorte par l'absurde dont on a parfois usé contre elle (Cf. Laborde, n° 104, p. 74). Si l'escalade et l'effraction, a-t-on dit, doivent être considérées comme le commencement d'exécution du vol, il faut en dire autant de toutes les circonstances dans lesquelles le législateur a vu une cause d'aggravation de pénalité. Telle la qualité, chez l'agent, de domestique de la victime. Le seul fait d'entrer au service de la personne que l'on entend dévaliser constituerait donc le commencement d'exécution du vol domestique, ce que personne ne voudrait admettre. — L'argumentation serait peut-être topique pour quiconque verrait dans le vol domestique une espèce particulière, pour reprendre l'expression une physionomie juridique toute spéciale du crime de vol. Mais au point de vue où nous nous plaçons le raisonnement n'a plus de portée et pour les raisons que nous avons développées. De même que l'effraction, la circonstance de domesticité n'a été prévue par le législateur que dans un seul but, aggraver la peine du vol ordinaire, elle n'a trait en rien à la notion du vol ou de sa tentative. La question de savoir si le fait d'entrer au service de sa victime est un commencement d'exécution du vol projeté à son détriment doit donc se résoudre en dehors de la disposition prévoyant le vol domestique et sur le seul terrain de l'article 2.

munis d'instruments dont ils commençaient à faire usage, pour ouvrir une porte, pour briser la serrure d'une fenêtre, d'autres s'introduisent, furtivement et armés, dans une chambre, ils y sont cachés derrière un meuble, dans une armoire, dans un lit; d'autres ont commencé une effraction; aucun d'eux n'a dérobé : ces divers délits, plus ou moins avancés, échapperont-ils tous à la punition des lois, parce que le coupable n'aura pas eu le temps de consommer entièrement son crime. — D'autres hommes encore (je pourrais citer une foule de cas; je prends celui du message du directoire exécutif), s'introduisent la nuit, dans une propriété nationale, dans la maison commune du lieu qu'ils habitent, pour y brûler les papiers publics qu'elle renferme. Ils ont avec eux tous les moyens, tous les instruments de l'incendie, déjà le feu va s'allumer. On surprend les auteurs, on les arrête; seront-ils pareillement impunis ? » (46).

Ainsi, point de doute; pour le législateur, l'escalade et l'effraction constituent bien un commencement d'exécution non seulement du vol mais de l'incendie et, suivant l'esprit de généralisation de la loi, de tout crime quel qu'il soit; elles font bien partie de l'attaque à la personne ou au droit prévue par le Code de 1791. — La loi du 29 nivôse an VI, ne fit donc que rappeler et confirmer ce qui existait déjà, lorsque dans un temps où les attentats se multipliaient (et ce fut là sa raison d'être), elle déclara dans son article 3 : « Ceux qui seront convaincus de s'être introduits dans des maisons habitées à l'aide d'effraction extérieure ou d'escalade seront aussi punis de mort, lorsqu'il apparaîtra, d'après les circonstances du fait, qu'ils avaient le dessein d'assassiner ou de voler, lors même que ces derniers crimes n'auraient pas été consommés. » — Le

(46) V. Pastoret, Rapport précité, *sup.*, n° 73, n. 18.

législateur de 1810, nous le savons, ne s'inspire point d'une pensée différente (47). — A l'escalade et à l'effraction il convient, au surplus d'ajouter *toute introduction même pure et simple* de l'agent dans le lieu où il se propose d'exécuter son crime : les raisons sont les mêmes et plusieurs des exemples que cite Pastoret et qui ne supposent nullement l'introduction avec escalade et effraction autorisent et par suite obligent à aller jusque-là (47 bis).

Voici donc les faits punis par la loi à titre de tentative. Jusqu'ici tous se rapportent à une première catégorie d'hypothèses, celles où l'agent s'est proposé d'accomplir lui-même tous les actes nécessaires à la production immédiate du résultat criminel. Mais il est, avons-nous dit, une seconde forme d'action criminelle prévue par la loi, celle où l'agent entend, tout au contraire, laisser à l'intervention d'un facteur étranger, *la victime*, l'accomplissement du dernier acte d'où doivent naître les conséquences criminelles par lui voulues. Eh bien, où réside donc alors le commencement d'exécution, fait initial de la tentative ?

87. — Ici encore, le Code pénal de 1791, en nous fournissant un exemple légal, nous indique la solution. La tentative d'empoisonnement réside, nous dit-il, non seulement dans l'administration du poison (ce qui est l'attaque de la victime), mais encore dans le *mélange du poison aux aliments ou breuvages spécialement destinés soit à l'usage de la personne contre laquelle l'attentat était dirigé, soit à l'usage de toute une famille, société ou habitant d'une maison, soit à l'usage du public.* » Ce que la loi prévoit

(47) Partant des motifs d'ailleurs les plus différents, quelques auteurs sont arrivés à la même solution, V. Bertauld, X^e leçon, p. 212; Trébutien, t. I, p. 378; Haus, *Principes*, t. I, n° 450. Cpr. Ortolan et Desjardins, *op. et loc. cit.*, *supra*, not. 44.

(47 bis) Cf. par ex. Cass. 1 mai 1879, S. 80. 1. 233.

ainsi et punit à titre de tentative, c'est, pouvons-nous dire, *la mise du poison à la disposition de la victime*.

Au premier abord, il est vrai, c'est le fait du mélange en lui-même qui semblerait incriminé, mais les derniers exemples du texte dissipent à notre avis l'équivoque. En prévoyant l'usage du poison par le public, une famille, une société, l'hypothèse pratique sur laquelle se porte la pensée du législateur, c'est l'empoisonnement d'une source, d'une fontaine. Or, qu'est-ce que cela? Un fait pur et simple d'empoisonnement? Non, c'est quelque chose de plus, c'est l'empoisonnement d'une eau qui se trouve être *spécialement destinée, c'est-à-dire à la disposition effective de la victime*. L'agent n'entend point prendre de cette eau empoisonnée et la *présenter* à la victime; il sait, il a l'espérance, la conviction que celle-ci viendra puiser à la source et il se borne à y jeter le poison, son acte s'analyse dans un *agencement de moyens placés à la disposition de la victime désignée*. Eh bien, c'est le même fait que la loi entend punir s'il se produit à l'égard d'un individu déterminé. L'acte d'exécution ici encore ne sera donc pas le seul fait d'empoisonner des aliments ou des breuvages, mais le fait de les empoisonner, alors qu'ils se trouvent ou que l'agent les met à la disposition de la victime (48). Voilà l'exemple légal. Généralisé, il nous conduit à d'intéressantes applications. Et, par exemple, celui-là qui, pour

(48) La solution est défendue, sur le terrain de l'art. 2, par un certain nombre d'auteurs. Cf. Laborde, p. 76, n° 406; Garraud, t. IV, n° 275; Dalloz, *Répert.* V° Tent. n° 65, V° Crime et dél. cont. les pers. n° 91, *Supplém.*, V° Tent. n° 14; Trébutien, t. I, n° 495; Crim. rej., 7 juillet 1814, cité par Carnot. Code pén. sur l'art. 301, Morin, *Répert.*, v° Empoisonnement, n° 8. Mais la logique du système classique nous paraît conduire à une solution contraire qui a du reste trouvé, elle aussi, de nombreux défenseurs. V. les références, *infra*, n° 93, not. 57.

incendier la maison du propriétaire voisin, dispose tout pour que le feu éclate à la première étincelle que ce propriétaire lui-même fera jaillir dans le foyer, celui-là sera coupable de tentative (49).

Il en sera de même de l'assassin qui, manquant d'audace pour frapper lui-même, aura disposé une chaussetrappe sur le chemin de sa victime, sachant, espérant bien que celle-ci devant passer par là y tombera et se tuera. Et il en sera de même encore du dépôt par l'anarchiste de son engin en un endroit quelconque où il sait qu'un tiers, un passant le renversera et provoquera l'explosion (50).

(49) Voici l'espèce telle qu'elle s'est présentée devant la Cour de Dijon en 1861 : La coupable avait pratiqué dans la cheminée du four de sa maison une ouverture de 1 m. 30 au dessus du foyer et à 30 cent. au dessous de la toiture en chaume, elle y avait introduit un fagot de paille dont l'une des extrémités plongeait dans la cheminée tandis que l'autre venait se réunir au chaume de la couverture de manière que le feu prit lorsqu'on ferait du feu dans le four. La Cour de cassation reconnut là tous les éléments d'un commencement d'exécution. V. Cass. 20 juillet 1861, S. 61, I, 4020 et la note de M. Villey; D. 61, I, 404 : «... Attendu que des faits reconnus au procès, il résulte que l'action criminelle préméditée par la femme Vilmenot avait reçu toute la suite dont elle était susceptible de son fait; qu'elle n'avait plus, pour assurer la consommation du crime, rien à ajouter aux dispositions prises pour produire, d'une manière fatale et presque inévitable, l'incendie de sa maison; que ce qui pouvait rester d'éventuel et d'incertain dans l'événement ne dépendait plus d'elle; qu'en conséquence, loin qu'un tel ensemble de circonstances ne présente pas les éléments constitutifs de la tentative, soit le commencement d'exécution, il constitue l'exécution elle-même dans tout ce qui pouvait relever de la résolution et du fait de la prévenue ». V. dans le sens de l'arrêt : Villey, note dans S.; Garraud, t. V, p. 575, nos 560 et 610; Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 54.

(50) De même encore le fait de remettre à la poste une lettre explosive, disposée de façon à éclater lors de son ouverture et à blesser, peut-être à tuer le destinataire.

88. — A cet égard, du reste, le Code pénal de 1794 (51), contenait une disposition spéciale. « Quiconque, portait-il, sera convaincu d'avoir détruit par l'effet d'une mine ou *disposé une mine* pour détruire les bâtiments, maisons, édifices, navires ou vaisseaux sera puni de mort ». Le législateur de 1810 reproduisit l'incrimination en punissant dans l'art. 435 « ceux qui auront détruit par l'effet d'une mine des édifices, navires, bateaux, magasins ou chantiers. » Comment, en 1892, lors des attentats anarchistes, le Gouvernement se crut-il désarmé ? Ce ne put être que par un oubli absolu des principes légaux. Tout d'abord, évidemment, si l'anarchiste avait eu plus spécialement l'intention de détruire des choses matérielles, des propriétés, l'art. 435 était là ; il se rapporte, en effet, expressément à cette hypothèse spéciale. Il ne punit, il est vrai, contrairement au texte de 1794, que la destruction consommée, mais la disposition générale de l'art. 2, inconnue justement du Code de 1794, rendait punissable la tentative de destruction et par tentative l'origine du texte atteste qu'il fallait entendre jusqu'au simple fait du *dépôt de l'engin* dans le lieu où l'agent avait résolu de le faire éclater. Si l'anarchiste avait eu pour dessein non plus de détruire des propriétés mais de tuer, l'art. 435 ne lui était plus applicable, mais, à son défaut, la loi n'était nullement impuissante puisque, dans cette hypothèse encore, le dépôt de l'engin dans une intention homicide constituait un commencement d'exécution du crime d'assassinat.

Quoi qu'il en soit, oublieux de la pensée du Code, le législateur crut nécessaire d'intervenir. La loi du 2 avril 1892 a modifié l'art. 435. Non seulement le texte nouveau prévoit la tentative de destruction dans les hypothèses de l'ancien texte, mais encore il déclare formellement *in fine*

(51) V. Tit. II, sect. II, art. 33.

que « le dépôt dans une intention criminelle, sur une voie publique ou privée, d'un engin explosif, sera assimilé à la tentative de meurtre prémédité » (52).

Nous connaissons ainsi dans leur ensemble les faits considérés par le législateur comme rentrant dans l'exécution criminelle punissable. Cette étude du droit positif n'est évidemment qu'une moitié de la tâche qui s'impose à nous ; car, après avoir interprété la législation existante, il faut en apprécier le bien fondé. Plaçons-nous donc sur le terrain des principes, non plus légaux mais législatifs et recherchons, pour savoir si le législateur s'y est conformé de tous points, la conception vraiment juste, rationnelle et à tous égards satisfaisante du commencement d'exécution.

* * *

89. — C'est ici que nous retrouvons pour les examiner en elles-mêmes les différentes formules par lesquelles la doctrine caractérise en général l'acte d'exécution. Nous avons dit qu'elles contenaient une part de vérité mais qu'elles avaient besoin d'être complétées et précisées. Il ne nous reste qu'à développer ces deux affirmations. — Ces formules contiennent une part de vérité. Il nous semble, en effet, qu'elles donnent dans une large mesure l'impression exacte du caractère général de cette phase que l'on dénomme la phase d'exécution, qu'elles en traduisent fidèlement la nature. Il y a, en effet, pouvons-nous dire en les reprenant, un moment où l'agent, ayant réuni tous ses moyens d'action et les ayant disposés, les saisit et les met en œuvre ; il y a un moment où contre la vic-

(52) V. sur ce point, Garraud, *Traité*, t. V, p. 625 et s., nos 623 et s.

time, le sujet passif de l'infraction, cet agent commence une attaque directe et immédiate, où il entre vraiment sur le domaine et dans la notion légale du crime qu'il poursuit, il y a une phase de l'action à laquelle s'attache plus particulièrement l'efficacité criminelle et qui apparaît comme la seule vraiment décisive et productrice du résultat : c'est l'exécution. Tout cela nous paraît absolument exact et nous ne doutons point que, dans une large mesure tout au moins, le législateur ne doive faire accueil à ces idées et envisager de cette façon la physionomie générale de l'acte d'exécution. Seulement, une remarque capitale s'impose, car il est une grave méprise dont il faut soigneusement se garder.

Prises à la lettre, en effet, ces formules sembleraient bien traduire la conception suivante. Pour fixer la limite entre ces deux étapes de la réalisation du crime qui sont la préparation et l'exécution, il paraîtrait qu'il soit possible de s'en tenir à l'examen du côté purement matériel et objectif des faits accomplis. Un acte quelconque, réalisé en vue d'un crime donné, serait *en soi et par sa nature*, fait de préparation ou fait d'exécution, la volonté serait radicalement impuissante à le faire passer d'une catégorie d'actes dans l'autre. En un mot, le commencement d'exécution serait un point fixe de l'action criminelle, un acte immuablement déterminé, d'une façon absolue et pour toute hypothèse. — Or c'est là, pour nous, une conception absolument fautive et inacceptable. Le législateur lui-même, à notre avis, ne s'en est point inspiré et nous en trouvons la preuve dans un exemple topique.

C'est le cas de l'empoisonneur qui laisse le breuvage toxique à la disposition de la victime. Est-ce là un acte de tentative? Oui, avons-nous dit, mais à une condition, c'est que l'agent l'ait fait sciemment, sachant et voulant qu'à telle heure par exemple, la boisson empoisonnée se trou-

vant à telle place, la victime désignée viendrait la prendre et s'empoisonner elle-même. Si donc l'agent n'a point entendu procéder de cette façon, s'il s'est proposé d'administrer lui-même le poison, mais que, l'ayant par mégarde laissé à la disposition de sa victime, celle-ci l'ait absorbé, l'acte peut constituer un fait d'imprudence, générateur le cas échéant de réparations civiles et de répression pénale ; il n'est pas un commencement d'exécution du crime d'empoisonnement volontaire, car, dans une hypothèse semblable, le commencement d'exécution, c'est l'attaque, c'est-à-dire le fait même d'administrer, de présenter la substance empoisonnée. Ainsi donc le même fait, suivant les circonstances, peut revêtir une nature bien différente, le commencement d'exécution n'est donc pas un point immuable dans toute action criminelle. Et nous apercevons quel élément intervient et doit, en effet, intervenir, — car les deux solutions sont, nous le verrons, également justes l'une et l'autre — dans sa fixation, c'est l'intention de l'agent, *l'intention portant non pas sur le but final poursuivi, cela n'est pas en cause, mais sur les moyens, sur le procédé de l'action criminelle*. La façon dont l'agent entend commettre son crime ou, pour préciser davantage, *la part qu'il a résolu de prendre dans sa réalisation*, voilà ce qui influe sur la nature des actes accomplis et contribue à déterminer leur valeur exacte. Et voilà justement ce que les formules que nous examinons ne laissent point entrevoir.

En réalité, elles sont dominées par la considération d'une seule catégorie d'hypothèses, celles où l'agent a entendu accomplir lui-même tous les actes devant amener la réalisation immédiate des conséquences criminelles par lui recherchées. Aussi trouvent-elles là leur application la plus complète, la plus adéquate. On peut ici s'en tenir à un point de vue purement matériel, considérer l'acte d'exé-

cution en lui-même, on le trouvera vraiment et au sens strict des mots, très rapproché du résultat criminel, en rapport direct et immédiat avec ce résultat, il apparaîtra bien comme la mise en œuvre des moyens, l'acte décisif auquel s'attache l'efficacité criminelle. Mais sortons de ces hypothèses et nous voyons de suite combien toutes ces différentes formules deviennent peu satisfaisantes. Pour revenir à notre exemple, dira-t-on que la mise du poison à la disposition de la victime est une action voisine, très rapprochée du résultat, une action tendant à ce résultat directement et immédiatement, faisant partie intégrante de l'empoisonnement, etc. ? Mais, en dépit des intentions de l'agent, la victime peut être et rester longtemps, voire même toujours, très éloignée de la coupe où le poison a été préparé. — Dira-t-on que ce fait constitue bien la mise en œuvre des moyens préalablement réunis et disposés par l'agent ? Mais il nous semble qu'il faut singulièrement forcer le sens de l'expression pour y faire rentrer cette hypothèse. La mise en œuvre véritable dans un cas semblable, ce n'est point l'agent qui la réalisera, c'est bien plutôt la victime elle-même. L'idée de mise en œuvre est elle aussi tout à fait insuffisante, et c'est plutôt celle d'*agencement achevé des moyens* qu'il faudrait lui substituer (53). La vérité est que toutes ces formules procèdent

(53) Les deux idées se trouvent du reste à quelques lignes seulement d'intervalle sous la plume des auteurs, V. Lacointa, *loc. cit.* pour lequel il y aurait acte préparatoire « si l'agent a seulement *disposé* les moyens sans les avoir en aucune façon mis en œuvre ou s'il est entré déjà par un acte extérieur suffisamment expressif dans la voie où il doit en faire usage. *L'agencement achevé* des moyens dans le sens formel du crime poursuivi est à nos yeux le signe qui, placé sur le confin du commencement d'exécution, indique le dernier terme des préparatifs et le point de départ de l'effort proprement dit ». Jg. Carrara, *Reminiscenze di cattedra e foro; Sinopsi del conato: atti prepara-*

d'un point de vue beaucoup trop étroit; elles n'envisagent qu'un cas spécial et ne s'adaptent qu'à lui. Or, la conception que nous cherchons à dégager, doit être générale et englober dans son application toutes les hypothèses réalisables. Mais quelle notion assez large de la tentative pourra donc, sans froisser nul intérêt, répondre au désir, à la nécessité d'une telle généralisation ?

90. — A notre estime, le législateur lui-même nous indique la voie à suivre; l'exemple que nous lui avons emprunté, nous paraît d'un puissant enseignement. Ce qui s'en dégage, en effet; le voici.

Un même acte n'a point toujours et partout une valeur uniforme: suivant les circonstances, il peut être un fait d'exécution, ou un acte préparatoire. Pourquoi? Parce que la détermination du commencement d'exécution d'un crime quelconque ne relève pas uniquement de l'examen du fait, pris en lui-même et dans sa seule matérialité; mais encore d'un autre élément qu'il faut de toute nécessité prendre en considération, l'intention dont l'agent était animé en l'accomplissant. Ce qu'il faut savoir pour déterminer sa valeur exacte, c'est la portée réelle que l'agent lui-même lui attribuait, c'est le rôle qu'il entendait lui faire jouer dans l'exécution criminelle. Or cette portée, ce rôle, de quoi dépendent-ils? Du *procédé* que l'agent entendait suivre pour réaliser ses espérances, du *quantum d'effort* qu'il avait voulu se réserver dans l'action criminelle. Avait-il entendu administrer lui-même le poison, l'acte d'exécution n'existera que par l'attaque à la personne d'autrui, la présentation de la substance toxique. Enten-

tori, Lucca, 1883. Pour lui l'acte d'exécution est celui-là qui sort de la sphère de l'activité individuelle et entre dans celle du droit d'autrui. Le critérium est accepté par Alimena. *Ricerche...* (Riv. pen., 1896, p. 555.)

daît-il, au contraire, que la victime s'administrât elle-même le poison, en d'autres termes, était-il résolu à borner son intervention à la simple mise du poison à la disposition de la victime, c'est ce dernier fait qui constituera le commencement d'exécution. Qu'est-ce donc que l'acte d'exécution? *C'est l'acte final et décisif que l'agent se proposait, quant à lui, d'accomplir, c'est l'acte qui consomme la part d'action criminelle qu'il s'était réservée. Le commencement de la réalisation de cet acte, tel est le point initial de la tentative.*

Voilà, au fond, quelle notion très large de la tentative ressort des solutions positives admises par le législateur. Nous ne disons point que ces solutions en soient le dernier mot, qu'elles en fassent une consécration absolument complète, nous croyons au contraire que la loi n'en a fait justement qu'une application partielle, qu'elle aurait pu et dû aller beaucoup plus loin. Mais enfin de ce qu'elle a fait, c'est cette conception qui découle, c'est elle qui a inspiré les solutions pratiques, écrites implicitement dans le texte légal.

Eh bien, cette conception, c'est elle aussi à notre estime la conception législative vraiment exacte du commencement d'exécution. Et c'est ce qui va, croyons-nous, ressortir avec évidence si nous envisageons les conséquences pratiques auxquelles cette conception aboutit logiquement. Car il ne faudrait pas croire, en effet, que nous soyons contraints de nous en tenir à la formule toute générale que nous venons de dégager, et qu'il soit impossible de préciser davantage la physionomie de l'acte d'exécution. Sans doute, dépendant essentiellement de la volonté de l'agent, c'est-à-dire, du rôle plus ou moins décisif que cet agent a entendu lui faire jouer dans l'action criminelle, le commencement d'exécution n'est pas toujours et dans toutes hypothèses identique à lui-même; en une certaine mesure,

il reste un moment vague et flottant et ce n'est qu'à un point de vue abstrait qu'il répond vraiment à une conception générale et absolue. Mais de cela il ne résulte nullement une impossibilité radicale de délimiter et de décrire, en quelque sorte, les faits matériels et concrets qui, rentrant dans la notion abstraite rationnelle du commencement d'exécution, tomberont à ce titre sous le coup de la loi. Ce qui en résulte, simplement, c'est que des distinctions s'imposent, c'est qu'il faut sérier les hypothèses; or les catégories à établir sont loin d'être infinies.

L'agent a résolu d'accomplir lui-même dans toutes ses phases son action criminelle ou bien il compte se borner à réaliser une partie seulement de cette action, laissant le surplus à l'intervention d'un agent extérieur: voilà ici encore la double alternative qu'il nous faut envisager. Quel est dans chacune le premier fait d'exécution, et ce fait étant déterminé, son incrimination est-elle pleinement justifiée et satisfaisante?

*
*
*

91. — Et tout d'abord l'agent a entendu procéder lui-même à l'accomplissement de tous les actes nécessaires à la production immédiate du résultat: quel sera l'acte initial de la tentative? Nous savons par quelles formules la doctrine a répondu. Sont-elles à l'abri d'une critique sévère? Non point. Il est bien certain, par exemple, qu'à plusieurs on souhaiterait davantage de précision. Acte rapproché ou même très voisin de la consommation, acte tendant directement et immédiatement au résultat criminel, mise en œuvre des moyens, toutes ces expressions sont certainement d'un vague extrême. Volontiers on poserait après elles de nouveau la question et l'on se demanderait à quel moment l'acte sera suffisamment rapproché

du but poursuivi et dans un rapport direct et immédiat avec lui, à quel moment aussi on pourra dire que l'agent met en œuvre les moyens par lui choisis et disposés. Lever l'arme à hauteur et viser, n'est-ce point encore mettre au point les moyens du crime, préparer la mise en œuvre, laquelle consistera uniquement dans le fait de presser la détente ? Et pourtant une solution aussi étroite est manifestement inacceptable (54).

D'autre part, l'idée que l'acte d'exécution est réuni au but criminel par un lien nécessaire et forcé, qu'il fait partie intégrante, obligatoire de l'infraction, cette idée elle-même, quoique plus précise à l'apparence que les précédentes, n'est-elle pas également flottante et inexacte ? Si l'on s'attache, en effet, au procédé d'action voulu par l'agent, est-ce que tous les actes accomplis par lui, du plus éloigné au plus proche, ne lui ont pas paru également nécessaires et décisifs pour la production du résultat ? Et, à l'inverse, si l'on sort de l'hypothèse précise sur laquelle on discute, si l'on entend parler à un point de vue absolu et abstrait, où sera l'acte obligatoire, nécessaire dans la réalisation de l'infraction légale ? La présentation du poison à la victime ? Pourquoi donc ? L'agent pouvait agir tout autrement, et par exemple laisser le poison à sa disposition ou le lui faire remettre par un tiers.

(54) Le vague de toutes ces formules serait attesté s'il était besoin par leur réunion continuelle sous la plume des auteurs et par les efforts qu'ils ne cessent de faire pour les préciser. A cette œuvre la prose a paru parfois insuffisante. Nicolini voulant donner une idée plus exacte de chacune des phases de l'action criminelle (attentat, tentative, délit manqué, consommation) fait appel aux vers du Dante (*Purg.* XXV, 40).

E quale il cicognin che leva l'ala
Per voglia di volare, e non s'attenta
D'abbandonar lo nido, e giù la cala

V. Nicolini, *op. cit.* (*Rev. crit.*... 1861, p. 253 et s.)

Quant à nous, notre formule est la suivante : Rationnellement, disons-nous, l'acte d'exécution, c'est l'acte final et décisif qui constitue et consomme la part d'action que l'agent a entendu accomplir lui-même. Or ici l'agent a résolu de tout faire par lui seul. Eh bien ! l'acte d'exécution c'est *le fait lui-même prévu et incriminé par la loi* ; et cela comprend non seulement *la réalisation partielle du résultat dommageable recherché* (par exemple la production de blessures si l'agent voulait tuer, d'une indisposition s'il voulait empoisonner) ; mais cela comprend encore *la réalisation partielle ou même totale de l'acte qui doit produire ce résultat* ; aussi bien, cet acte-là est-il le seul objet véritable de la répression (55). En un mot, l'acte d'exécution, c'est l'attaque à la victime, personne ou chose, sujet passif de l'infraction. C'était l'expression du Code de 1791 à laquelle le législateur de 1810 s'est implicitement référé. Nous pouvons la faire nôtre, la notion légale est ici la notion rationnelle. Et du même coup nous connaissons les faits précis constitutifs de tentative. Nous les avons déterminés sur le terrain du droit positif, il suffit de s'y référer. Quant à justifier une incrimination ainsi entendue, à montrer que de tels faits peuvent et doivent tomber sous le coup de la loi, au nom de la justice et de l'intérêt social ; quant à montrer qu'ils sont suffisamment déterminés et probants pour qu'en les punissant le législateur n'ait point à craindre d'ouvrir la porte aux accusations hasardeuses et de mettre en danger la liberté individuelle ; tout cela serait évidemment superflu. Sur tous ces points, d'ailleurs, de quelque critérium que l'on parte, l'accord existe et ne peut pas ne pas exister.

92. — Une seule difficulté se conçoit ; elle a trait à l'escalade et à l'effraction. Rationnellement, de tels faits

(55) V. *suprà*, n° 85.

doivent-ils être compris dans l'*attaque*, constitutive de la tentative punissable, ou bien, car évidemment pour eux l'intervention de la répression n'est point douteuse, le législateur, soucieux de faire œuvre scientifique en même temps que pratique, doit-il en faire l'objet d'une incrimination spéciale *sui generis*? — Un premier point nous est acquis déjà, c'est que toute distinction suivant la nature du dessein criminel de l'agent est illogique et doit être écartée : la solution à intervenir doit donc être absolue, mais quelle doit être la solution ?

Le législateur, lui, a considéré l'escalade et l'effraction comme faisant partie du commencement d'exécution punissable; et il est facile de voir quelles considérations rationnelles l'y ont conduit. C'est d'abord la gravité matérielle de ces deux faits; il faut bien reconnaître, en effet, qu'ils ont quelque chose de particulièrement troublant pour la paix publique, ils attestent chez l'agent une volonté criminelle plus ferme, plus décidée à renverser tous les obstacles; en un mot, ils ajoutent à la matérialité ordinaire et normale du crime perpétré. D'autre part, comment ne pas considérer certaines effractions tout au moins comme le commencement du fait même prévu et puni par la loi. Le voleur étendait la main pour s'emparer des valeurs mais celles-ci sont renfermées dans un coffret fermé à clef, il en brise donc la serrure, voilà une effraction, comment nier qu'elle ne soit vraiment une partie intégrante du fait de voler? Et s'il en est ainsi de l'effraction du coffret, pourquoi en serait-il différemment de l'effraction du secrétaire où était renfermé ce coffret, de celle de la chambre qui contenait ce secrétaire, de celle de la maison où se trouvait cette chambre. Tout cela se tient, séparé simplement par des nuances, entre lesquelles il serait vraiment inutile et presque irrationnel de distinguer. L'effraction dans une semblable hypothèse, c'est le

tout de l'exécution, le pas décisif en avant dans la voie criminelle, c'est donc bien totalement ou partiellement l'*attaque* à la personne ou à la chose objet de l'infraction.

Voilà, sans nul doute, quelles idées ont attiré l'attention du législateur et, à coup sûr, il serait injuste de leur refuser toute valeur. Mais sont-elles pleinement décisives? Il nous paraît difficile de l'admettre. C'est qu'en effet, et il est impossible de ne pas l'apercevoir, cette solution aboutit à une conséquence vraiment choquante que voici. C'est qu'un même fait changera de nature, constituera un acte d'exécution ou un acte préparatoire, non pas suivant la portée, le caractère final et décisif que l'agent aura entendu lui donner dans la réalisation de son crime (ce qui serait très rationnel), mais suivant que l'objet visé et attaqué se trouvera placé à l'extérieur ou à l'intérieur d'un lieu clos. Tel par exemple le fait d'embuscade dans l'attente de la victime : normalement l'acte est simplement préparatoire; précédé d'une escalade, d'une effraction, il se trouve compris dans la phase d'exécution. Or il nous semble qu'il y a là quelque chose de peu satisfaisant pour l'esprit.

Au surplus, faire rentrer de semblables faits dans la notion d'*attaque* à la victime, c'est forcer le sens de l'expression. Escalader un mur, fracturer une porte, que ce soit celle de l'habitation, celle de la chambre ou celle du coffre-fort, ce n'est attaquer aucune personne ni aucune chose, ce n'est commencer ni le fait de tuer, ni celui de voler, ni celui d'incendier, c'est simplement *préparer l'attaque*, se mettre en mesure de commencer l'exécution d'un crime quelconque, qui consistera à étendre la main vers l'objet convoité, à s'élaner sur la victime, à jeter ou à appliquer les substances enflammées sur les objets, le bâtiment, par exemple, que l'on se propose d'incendier. Voilà la notion vraiment simple et claire

de l'acte d'exécution, la plus adéquate au concept rationnel de la tentative. Comprendre dans l'attaque au droit que l'agent veut méconnaître l'escalade ou l'effraction, c'est peut-être une conception qui peut se défendre pratiquement, mais c'est une conception qui, au point de vue scientifique, nous apparaît absolument artificielle et injustifiée.

A l'instar des nombreux actes préparatoires que la loi peut et doit réprimer l'escalade et l'effraction relèvent d'une incrimination particulière *sui generis* (56). Et le législateur qui revisera notre Code pénal aurait tout à gagner, croyons-nous, à procéder de cette façon. Il s'apercevrait alors que le caractère particulièrement troublant et dangereux de ces circonstances n'existe point seulement, lorsqu'elles ont pour but final le crime de vol, mais

(56) La loi pénale de Suède a procédé de cette façon. v. ch. xx, 69 : « Sera puni, s'il n'y a pas eu vol, mais dessein de voler, pour le seul fait d'effraction, de la peine des travaux forcés pendant six mois au plus : 1° celui qui se sera introduit dans les cours, maisons, appartements ou navires, à l'aide de violences exercées contre des murs, cloisons, planchers, toits, volets, fenêtres, portes de rues ou portes intérieures, serrures ou autres objets semblables servant de fermeture ; — 2° celui qui se sera introduit dans des cours, maisons, appartements ou navires, soit en escaladant des murs, cloisons, portes ou toits, soit en passant par les lucarnes, cheminées ou autres ouvertures ne servant pas d'entrée, soit en faisant usage de rossignols ou de fausses clefs ; — 3° celui qui, à l'aide de violences ou de ruse aura sans les emporter, ouvert des armoires, caisses, écrins ou autres objets servant à la garde des effets et fermés avec des serrures, cachets ou autres fermetures semblables. » — Nous nous plaçons du reste en tout ceci au seul point de vue de l'incrimination dont nous cherchons à déterminer le procédé. Quant à la détermination de la *pénalité*, que, suivant nous, le législateur devrait attacher aux deux faits préparatoires d'escalade et d'effraction, c'est là un point dont nous occuperons plus loin. V. *infra*, n° 148. — Au surplus il va de soi que le même procédé d'incrimination devrait être admis à l'égard de toute introduction même pure et simple dans le lieu clos où l'agent entend commettre son crime. V. *suprà*, n° 86 *in fine*.

qu'elles augmentent, au contraire, la gravité de tout crime, quel qu'il soit. En conséquence, le législateur serait amené à les considérer, tout comme il devrait le faire pour la violence, comme des circonstances aggravantes non plus spéciales mais générales. La solution aurait un double avantage : d'abord elle serait plus logique, plus conforme à l'intérêt social, parce que plus en rapport avec la gravité de l'acte et la criminalité de l'agent que cet acte manifeste ; ensuite, elle n'autoriserait plus ce raisonnement qui, partant de la réunion par la loi positive de ces circonstances au seul crime de vol, déclare qu'elles sont bien un commencement d'exécution de ce crime, mais qu'elles restent à l'égard de tous autres, de simples actes préparatoires, ce qui est inacceptable.

93. — Telle est donc la première catégorie d'hypothèses, celles où l'agent a résolu de parcourir lui-même toutes les phases de l'action criminelle qu'il entend accomplir. La seconde nous place tout au contraire en face d'un agent qui entend laisser une part d'action, et la plus décisive matériellement dans la production du résultat, à l'activité d'un facteur étranger.

*
* *

Une première hypothèse nous est déjà connue, c'est celle où le coupable a entendu laisser à la victime elle-même, le soin d'accomplir l'acte final d'où doivent découler à son estime les conséquences criminelles par lui voulues. Avec quel acte commencera la tentative ? La législation positive elle-même nous donne une réponse que nous connaissons. L'acte d'exécution, dans un cas semblable, ce n'est plus l'attaque directe effective à la victime, c'est le dernier acte que l'agent a résolu d'accomplir lui-même et pour en venir à des faits matériels et concrets, ce

sera la *mise du poison* à telle place où le coupable sait que la victime viendra le prendre et l'absorber, ce sera encore l'agencement de la chausse-trappe sur le chemin où cette victime doit passer, ce sera le fait de tout disposer pour qu'elle-même à la première étincelle incendie sa maison, ce sera enfin le dépôt, par l'anarchiste, de son engin à tel endroit où il veut le voir éclater. Voilà la solution du droit positif. Se justifie-t-elle sur le terrain rationnel? Nous n'en doutons point.

Ah! sans doute, pour une législation qui s'inspirerait du concept objectif que nous avons exposé au début une pareille solution serait complètement inadmissible, et nous voyons, en effet, que, même sur le terrain du droit positif, ceux-là l'ont combattue, qui, recherchant la définition de l'acte d'exécution dans une formule abstraite et toute théorique, se sont attachés à ce point de vue objectif. De pareils faits, ont-ils dit, ne contiennent en eux-mêmes et matériellement aucune attaque effective, tout au moins certaine et fatale du droit d'autrui. Et pour une raison bien simple. C'est que la victime peut ne jamais passer par le chemin où est disposée la chausse-trappe, elle peut rester toujours éloignée de la coupe où le poison a été versé, elle peut ne point faire jaillir à son foyer le feu qui aurait communiqué l'incendie. Pour que naisse le danger matériel, objectif, fondement et seule raison d'être de la répression, que faut-il donc? Il faut un acte subséquent qui amène en présence et, pour ainsi dire, sur le même terrain le délinquant et le sujet passif de l'infraction. Le danger couru que la tentative implique doit être *actuel et présent*. En semblable hypothèse, par conséquent, point de commencement d'exécution punissable tant que la victime ne s'est pas avancée vers la chausse-trappe où elle doit tomber, point de tentative si elle n'a porté la main pour saisir le poison, si elle n'a jeté dans le foyer quelques substances

enflammées. Voilà le seul fait qui fasse éclater pour la victime un danger, un péril véritable. Sa réalisation partielle ou totale constitue seule le commencement d'exécution (57).

94. — Mais nous rejetons l'argumentation : tout d'abord, évidemment, parce que nous avons repoussé son point de départ, le concept général d'où il dérive, mais encore en considération de la solution elle-même laquelle nous apparaît absolument irrationnelle et injuste. Comment donc, en effet! celui-là qui voulant empoisonner, présente lui-même le poison à sa victime, est coupable et tombe sous le coup de la loi, cet autre qui dans un dessein identique se borne à mettre le poison à la disposition de la victime, n'a rien à craindre, il échappe à la répression. Mais pourquoi donc? N'est-il pas aussi coupable que le premier? Évidemment si, moralement et socialement, qu'il s'agisse d'apprécier la faute commise ou la gravité de l'alarme publique qui en résulte pour l'avenir, la culpabilité, la responsabilité peuvent être de tous points semblables. Et même le procédé d'action qui consiste à faire de la victime elle-même l'auteur de son propre mal prouverait plutôt une astuce, une hypocrisie plus grandes, une espérance, un désir plus vifs de dissimuler son crime et d'échapper au châtement. — Mais, dira-t-on, la question

(57) V. la solution formellement indiquée par Nicolini, *op. et loc. cit.*, p. 255-259; Dutruc, dans Blanche, *op. cit.*, t. I, p. 20, not. 4; Bertauld, Xe leçon, p. 211. Jg. Le Sellyer, p. 56, 57, n° 29 : « Tout acte extérieur d'où résulte l'actualité du péril pour le droit auquel l'agent a la volonté d'attenter immédiatement, n'est-il pas dans le sens de la loi un commencement d'exécution »; Lacointa, *op. et loc. cit.*, p. 441, 466, 468; Roux, *loc. cit.*, p. 344; Champeommunal, *op. et loc. cit.*, p. 55. La solution avait été également admise par la Chambre des mises en accusation de la Cour de Dijon dans l'espèce du 27 juin 1861 rapportée, *suprà*, n° 87, note 49.

n'est point là et ce qu'il s'agit de savoir, c'est le degré d'avancement du coupable dans la voie criminelle, or celui-là qui a frappé lui-même sa victime s'est approché beaucoup plus près de la consommation que cet autre dont l'action n'a point dépassé le simple agencement des moyens. Erreur complète, à notre avis. Sans doute, il se peut, qu'en fait et matériellement la victime se soit trouvée dans le second cas en un péril beaucoup moins actuel que dans le premier, il se peut que la lésion de son droit ait été beaucoup moins immédiate; mais qu'importe!

Étant donnée l'idée, la notion générale que nous nous faisons et que l'on doit se faire, croyons-nous, de la tentative, le fait n'est d'aucune importance. La répression en matière de tentative n'est point, en effet, nous l'avons établi, la répression d'actes en eux-mêmes et matériellement dangereux, parce que reliés au but poursuivi par un rapport objectif de cause à effet: l'idée peut correspondre à une réalité, mais c'est à une réalité absolument insaisissable. Ce que l'on aperçoit dans la tentative, c'est simplement et ce n'est jamais autre chose qu'une intention, une volonté en marche vers la réalisation d'un dessein criminel. De danger, on n'en voit pas dans les faits, on n'en saisit que dans la volonté du coupable. C'est pourquoi, si pratiquement ce danger tout subjectif devait être le critérium de la répression, il n'y aurait plus à distinguer ni préparation, ni exécution, c'est tout acte de tentative, si éloigné fût-il de la consommation, qui devrait tomber sous le coup de la loi, dès là qu'il révélerait une volonté criminelle et par là même un danger indubitable. Seulement nous savons qu'une telle justice aussi rigoureusement absolue, n'est pas acceptable. Si légitime qu'elle soit rationnellement, le souci de la liberté individuelle exige et impose le sacrifice d'une partie de la ré-

pression, qui doit se limiter à des actes précis, étroitement déterminés. Mais enfin de ce que sur ce point le concept subjectif n'est pas, pour des raisons d'ordre externe en quelque sorte, d'une réalisation totale possible; de ce que tout acte ne saurait être punissable par cela seul qu'il atteste une résolution criminelle certaine et déjà agissante, s'en suit-il qu'il faille pour la détermination de la phase d'exécution punissable en revenir à la notion objective que nous avons combattue? En aucune façon.

L'acte d'exécution, avons-nous dit, c'est l'acte final et décisif qui constitue et consomme l'attaque au sujet passif de l'infraction. Nous ne retirons rien de l'affirmation, mais pour apprécier le caractère décisif des actes accomplis, ce n'est nullement à un point de vue purement matériel qu'il faut se placer, c'est encore, toujours et quand même au point de vue de la volonté du criminel. Ce ne sont pas les faits qu'il faut considérer en eux-mêmes, c'est l'intention qui a présidé à leur accomplissement et qui seule définit vraiment leur portée, leur valeur exactes. Or, dans l'hypothèse qui nous occupe, le fait de mettre le poison à la disposition de la victime, par exemple, constitue bien cet acte final de l'exécution criminelle, il revêt bien ce caractère décisif qui est la caractéristique de l'acte d'exécution. C'est un *procédé particulier d'action* que l'agent a choisi, voilà tout, mais si les procédés diffèrent, si, partant, les actes réalisés ne sont pas matériellement identiques dans les deux cas, cela n'empêche pas que procédés et faits accomplis s'équivalent. Envisageons deux actes, pris chacun dans une hypothèse différente mais à même hauteur de l'exécution telle que l'a voulue l'agent, et nous constatons que pour différer matériellement ces deux actes n'en ont pas moins la même valeur, l'agent les ayant envisagés comme également décisifs pour

la réalisation de son dessein, la consommation de l'infraction. Si donc nous prenons dans chaque hypothèse, pour terme de comparaison, l'acte final qui clôture la part d'action que l'agent avait entendu se réserver, nous apercevons que dans les deux cas cet acte a été l'acte décisif. Lui réalisé, le résultat criminel est apparu à l'agent, dans toutes les hypothèses, également certain, également fatal. Et ne pourrait-on pas en toute vérité dire plus encore, car enfin, si l'agent n'a pas usé d'une attaque directe, mais bien d'un procédé détourné, n'est-ce pas que ce procédé détourné lui est apparu, en l'espèce, d'une réussite, d'une efficacité plus sûre, plus infaillible ?

Ainsi donc, pour l'agent, et c'est ainsi qu'il faut en juger, le dernier acte de l'attaque indirecte a toute la valeur de l'attaque matérielle et immédiate. Eh bien, cet acte équivalent qui incarne une criminalité identique et dont la matérialité est aussi rationnellement la même, cet acte qui logiquement répond de tous points à la notion d'un commencement d'exécution, qui est jusqu'à un certain point l'exécution elle-même dans tout ce qui pouvait et devait relever de l'activité de l'agent, étant donné le procédé voulu et choisi par lui (58), cet acte on voudrait qu'il n'ait pas de valeur propre mais une valeur indéterminée, flottante, dépendante ! Et dépendante de quoi ? De l'intervention ou de la non intervention de la victime c'est-à-dire en réalité de la survenance d'un événement absolument fortuit. Car, remarquons-le bien, en déposant le poison à telle place à la disposition de la victime, le coupable n'a jamais douté que l'empoisonnement ne survienne. Que la victime reste toujours éloignée de la coupe empoisonnée, c'est ce qu'il n'a jamais considéré comme devant se

(58) V. à cet égard les considérants tout à fait remarquables de l'arrêt précité du 20 juillet 1861, D. 61, I. 404, *suprà*, n° 87, not. 49.

produire : à son estime, la victime viendra et elle prendra le poison, il l'espère, il le sait, il le veut et c'est pourquoi il a ainsi combiné son attaque. Si donc l'empoisonnement ne se produit pas, c'est bien pour lui effet de pur hasard, circonstance absolument indépendante de sa volonté. Et cependant, c'est cette circonstance qui va modifier du tout au tout, donner naissance ou annihiler complètement sa culpabilité, la responsabilité par lui encourue ! Une fois de plus voici le hasard redevenu arbitre de la répression. Eh bien, cela, nous ne pouvons l'admettre et c'est pourquoi, en rejetant cette solution inspirée d'un concept tout objectif, en considérant comme un commencement d'exécution, non seulement *l'attaque directe à la victime*, mais encore, le cas échéant, *l'agencement achevé des moyens d'attaque*, le législateur nous semble avoir fait œuvre beaucoup plus conforme aux principes exacts, à la vérité juridique.

* *

95. — Seulement ce qui nous apparaît alors immédiatement, c'est qu'en réalité les solutions légales dont nous venons d'établir le bien fondé ne sont pas les seules où doit logiquement conduire le concept général que nous venons de dégager. Le législateur de 1810, comme celui de 1791 dont il reproduit implicitement la pensée, a prévu et réglementé deux hypothèses, soit ; mais il en est d'autres encore à l'égard desquelles les considérations que nous venons de développer conservent toute leur force, tout leur empire. Et voici à quelles hypothèses nous faisons allusion. Le coupable n'a pas entendu réaliser par lui-même tous les actes nécessaires à la production immédiate du résultat (par exemple, présenter le poison),

ici encore, c'est à l'activité d'un *agent étranger* qu'il s'est proposé d'abandonner l'accomplissement du dommage effectif qu'il désire, mais *cet agent, ce n'est plus la victime* (à la disposition de laquelle il aurait pu laisser le poison), *c'est un tiers*. Et ici les faits peuvent varier suivant les circonstances. A ce tiers, en effet, le coupable peut remettre les moyens d'attaque en lui donnant expressément mission de s'en servir, il peut aussi lui faire cette remise sans mandat exprès, sachant, ayant la conviction que sans aucun doute le tiers en usera ; le criminel peut enfin, sans remise d'aucun moyen, inciter, provoquer le tiers à l'exécution du crime ou du délit dont il veut la réalisation. Tous ces faits se valent manifestement, mais que sont-ils, quelle est leur nature ? Nous n'hésitons pas : étant donné que le coupable a vu en eux l'acte final de son action propre, autrement dit de la part d'intervention personnelle qu'il s'était réservée dans la genèse du crime, ces faits revêtent le caractère décisif caractéristique du commencement d'exécution punissable, ce sont des actes de tentative.

Voilà notre réponse et nous ne nous dissimulons point toute sa gravité. C'est le contre-pied de toute une théorie à cette heure encore dominante dans le droit positif, la théorie classique de la complicité. En effet les actes que nous envisageons, actes d'assistance, de provocation ne sont pas, suivant le point de vue classique et légal, des faits, en eux-mêmes et par eux seuls, punissables. Ils ne manifestent, en effet, nous dit-on, dans leur seule matérialité aucune criminalité : pour les déclarer dangereux, c'est en dehors d'eux qu'il faudrait rechercher quelle intention leur a donné naissance, or la loi sociale ne peut ni ne doit autoriser une semblable recherche. Envisagés isolément, ces faits sont donc pénalement indifférents. Mais vient l'accomplissement ultérieur du *fait principal*, dont ils avaient pour but d'aider, de provoquer

la réalisation et voilà rendu matériellement saisissable l'effet criminel vers lequel ils tendaient. L'intention qui les a animés, partant leur criminalité ; légitimement alors, ils tomberont sous le coup de la loi. Si donc le tiers aidé ou provoqué à commettre telle infraction (un domestique, par exemple, que l'on pousse à empoisonner son maître), n'exécute point totalement son méfait (soit par repentir, soit par circonstance indépendante de sa volonté, peu importe), s'il ne s'avance pas tout au moins jusqu'à la hauteur du commencement d'exécution (en l'espèce, la présentation du poison) (59), il n'y a ni assistance ni provocation punissables, car « aucun raisonnement ne peut faire, dit Rossi, que ce qui n'est pas même commencé existe et il serait aussi inique que ridicule de déclarer un homme coupable d'un crime qui n'a pas eu d'existence », ce que la doctrine classique résume en cette formule : s'il existe une *complicité de tentative*, il n'y a pas de *tentative de complicité*.

96. — Malheureusement, rien de plus artificiel, rien de plus contraire aux vrais principes que tout ce système. Nous ne pouvons, évidemment, entreprendre ici sa critique complète et approfondie, mais de bien longs développements seraient superflus. Le point de départ du système est en effet manifeste, c'est le concept objectif tel que nous l'avons formulé en commençant, or, nous connaissons amplement son manque absolu de fondement rationnel et pratique. Si l'acte de complicité n'est point punissable, à l'instar de l'acte préparatoire, c'est qu'il n'est pas objectivement dangereux, c'est qu'il ne révèle pas à lui seul et dans

(59) On sait en effet, qu'il suffit pour rendre punissables les actes de complicité que l'infraction principale à laquelle ils se rattachent ait été simplement *tentée*. Cf. Haus, *Principes*, t. I, p. 379, n° 498 ; Chauveau et Hélie, t. I, p. 416, 417 ; et t. II, p. 52 ; Garraud, t. II, p. 397, n° 240.

sa matérialité l'intention criminelle de l'agent, c'est qu'il est simplement la *condition* et non la *cause* de tel ou tel résultat dommageable incriminé par la loi. Autant d'affirmations dont la critique pour nous n'est plus à faire. De danger, nous savons qu'il n'en existe point objectivement, ou tout au moins qu'il n'en est pas de saisissable dans les faits, tant que ces faits n'ont point abouti aux conséquences matérielles, au mal effectif voulu par leur auteur. De signification précise, indéniable, nous savons que pris en soi et dans sa seule matérialité, aucun fait n'en a, si décisif soit-il à l'apparence. Sans doute, il peut y avoir dans une action criminelle donnée des faits accessoires et des faits principaux, comme il existe certainement des faits éloignés et des faits rapprochés de la consommation, mais la distinction n'a qu'une valeur purement nominale, elle est sans portée sociale et pénale.

Bref, en matière de complicité comme en matière de tentative, le fondement de la répression est bien dans un danger, mais dans un danger tout subjectif, inhérent à la volonté de l'agent, volonté matérialisée dans des faits qui permettent de la saisir. Volonté libre disent les spiritualistes, volonté fatale prétendent les déterministes, peu nous importe ; c'est ici encore un exemple de ce que nous affirmions en commençant, qu'il est parfois des centres communs vers lesquels convergent les systèmes théoriques et philosophiques en thèse les plus opposés. Qu'il s'agisse, en effet, à travers les faits accomplis de saisir et d'apprécier la responsabilité librement encourue, la nature, et le degré de la faute au sens spiritualiste du mot, qu'il s'agisse au contraire de découvrir dans les faits l'existence et l'intensité d'une activité fatalement criminelle, d'un tempérament nécessairement dangereux et antisocial, la conclusion est la même. Et voici cette conclusion :

C'est que, pour apprécier la valeur d'un fait quelconque de complicité, c'est lui seul qu'il faut envisager et nullement le fait principal subséquent dont l'examen ne saurait être d'aucun intérêt, l'intervention d'aucune influence. Volonté, responsabilité, tempérament sont, en effet, choses toutes personnelles ; si je suis responsable de quelque chose, c'est de mon fait, ce n'est pas du fait d'autrui ; si je dois compte à la société d'une faute, d'une individualité, d'un tempérament, c'est de ma faute, de mon individualité, de mon tempérament à moi, et non de l'individualité, du tempérament d'autrui. Ce n'est donc pas ce qu'a voulu ou accompli l'auteur principal qui peut rationnellement servir à caractériser, à déterminer ce qu'a voulu ou accompli son complice. Une action ne manifeste que l'état d'une seule personne, de son auteur, car chacun veut et agit pour son compte. La responsabilité de l'agent principal est une chose, la responsabilité du complice en est une autre. Qu'a donc voulu personnellement ce complice, qu'a-t-il lui-même matériellement exécuté, voilà uniquement ce qu'il faut savoir, car c'est cela et pas autre chose qui peut révéler la nature et le degré de sa faute, ou si l'on préfère la nature et l'intensité de son activité malfaisante, c'est cela et pas autre chose, par conséquent, qui peut nous dire la nature et la durée de la peine dont le pouvoir social peut et doit lui faire application.

Rationnellement, et à cette heure le doute ne nous paraît guère possible, la notion de la complicité telle que la conçoivent encore les législations positives modernes, cette notion n'est pas acceptable. Pour le droit positif et classique la complicité s'analyse dans l'existence d'un délit unique, à l'accomplissement et par suite à la criminalité duquel tous auteurs principaux et complices participent et ne peuvent pas ne pas participer. Unité d'intention, unité de délit, communauté de faute : ce sont les

assises de la doctrine. Malheureusement ce sont là autant de présomptions abstraites, générales auxquelles les faits peuvent apporter et apportent, en effet, tous les jours un démenti radical. Et c'est bien le cas, évidemment, si le domestique qui introduit un individu dans la maison de son maître a la conviction et la volonté d'aider à la perpétration d'un vol, alors que l'agent principal, lui, se propose un assassinat. Et c'est bien le cas encore lorsqu'un meurtre étant réalisé par plusieurs, le premier l'a simplement voulu, le second l'a prémédité, et le troisième, peut-être celui-là qui a frappé, n'a entendu faire à la victime que de simples blessures.

Qu'est-ce donc que la complicité ? Pas autre chose que le fait de la réunion de plusieurs délits, délits identiques si les co-participants ont eu la même intention, délits différents si les co-participants se sont proposé la réalisation de conséquences criminelles elles-mêmes différentes, mais en tout cas, *délits distincts, séparés*, parce que personnels à leur auteur. A quelque point de vue que l'on se place, l'acte de complicité, fait d'assistance ou de provocation, se suffit donc pleinement à lui-même, il vaut ce qu'il vaut par lui seul et il est inexact, il est irrationnel de subordonner sa répression à la réalisation totale ou partielle du fait ultérieur à la production duquel il avait pour but de coopérer. En réalité, lui aussi, est un fait principal, susceptible de qualification propre et de répression spéciale, individualisée selon la nature, la perversité de son auteur. Voilà comment, suivant quelle méthode il faut l'apprécier.

On aperçoit le résultat auquel nous arrivons, c'est qu'à cet égard il n'y a plus de théorie de la complicité. Le problème est déplacé et ce qui se pose c'est une question de tentative. L'acte du complice qui, à coup sûr, ne constitue pas une infraction consommée, rentre-t-il dans la notion,

dans la sphère du commencement d'exécution punissable. Voilà ce qu'il faut déterminer.

97. — Eh bien, pour nous, la solution n'est point douteuse, nous répondons affirmativement : les faits dont nous parlons, remise aux mains d'un tiers des moyens d'action, assistance, provocation répondent, en effet, absolument à la notion générale que nous avons dégagée de l'acte initial de la tentative. Ces faits-là, étant donné le procédé d'action voulu par l'agent, étaient bien les derniers qu'il se proposait quant à lui d'accomplir, ce sont eux qui ont terminé et consommé sa part d'intervention dans la production du résultat criminel. Eux accomplis, le coupable n'a pas mis en doute la réussite complète du crime ou du délit, car, — librement ou fatalement, peu importe, — le tiers assisté ou provoqué pouvait et devait agir, le complice le savait, il le désirait, il le voulait et c'est pourquoi il avait entendu borner là son action personnelle. Pour lui, la remise des moyens aux mains du tiers, le fait d'assistance, de provocation étant réalisés, tout autre acte ultérieur de sa part eût été superflu ; la réalisation des conséquences criminelles par lui désirées et voulues était certaine, presque fatale ; à son estime, par conséquent, ces faits-là avaient toute la valeur d'une attaque effective, immédiate au droit de la victime. Si donc attaque directe et provocation sont des faits bien différents d'aspect extérieur et matériel ; rationnellement ce sont des faits d'égale portée. Dans la pensée de l'agent, et c'est bien à cette pensée qu'il faut demander sa véritable valeur, *la provocation n'est qu'un cas particulier d'action, une espèce spéciale d'attaque*. Les deux faits appartiennent à des procédés différents de tentative, mais, chacun dans la suite et l'enchaînement des actes dont il fait partie se trouve à même hauteur de l'exécution criminelle, c'est-à-dire, en réalité, au dernier stade de cette exécution, telle que le

coupable l'a conçue et résolue. Tous deux ont donc même valeur et ils sont bien l'un et l'autre des faits de tentative.

Peu importe, en conséquence, que par repentir ou circonstances fortuites, le tiers provoqué ou assisté n'avance point de son côté dans la voie criminelle jusqu'à la hauteur du commencement d'exécution. c'est là pour le provocateur effet de pur hasard, accidentel, absolument contraire à ses prévisions et sa volonté; car s'il choisit ce moyen détourné d'action, c'est qu'il l'a cru non seulement bon, mais encore préférable à tous autres, plus infailliblement efficace. Le résultat a révélé son erreur; celui auquel il avait confié l'exécution matérielle de ses desseins n'était point suffisamment perverti et au moment d'entamer cette exécution il a tremblé et s'est repenti, ou bien il a été maladroit et a laissé échapper la victime, en un mot, il n'a pas été l'instrument docile, habile, efficace, sur lequel le complice avait compté. Encore une fois, circonstances accidentelles que tout cela et qui ne sauraient influencer en quoi que ce soit sur la culpabilité initiale et personnelle du provocateur (60).

(60) Cf. sur toutes ces idées. Garofalo, *Criminologie*, p. 354 et s. « Qu'importe, dit-il avec raison, que la tentative n'ait pas réussi ou qu'elle n'ait pas même eu un commencement d'exécution! Comment, l'action ou l'omission d'un autre homme peut me rendre coupable ou innocent! Comment, lorsque je n'ai plus rien à faire pour qu'un crime s'accomplisse, ce que j'ai fait peut être tout ou peut-être rien selon ce qu'un autre en aura décidé sans le porter à ma connaissance » V. aussi Foinitski, *Der Strafrechtliche Doktrin der Teilnahme* (Zeitschrift, f. d. ges. Str. W. 1892, p. 57, 87, et les *Rapports de Nicoladoni et de Getz au Congrès de Linz* dans Bull. de l'Un. I. D. P. t. V. 1896, p. 336 et 348 sous le titre : *Der Einfluss der neueren Strafrechtlichen anschauungen auf die gesetzberische Behandlung des Versuches und der Teilnahme*. Cf. Thibierge. *La notion de la complicité* (th. Paris, 1897, spec. p. 41 et s., 118).

98. — Et maintenant, à la réalisation effective du système que nous défendons, à cette incrimination des actes de complicité en eux-mêmes et indépendamment de tout fait principal, existe-t-il donc quelque empêchement d'ordre pratique et matériel? Peut-être le pensera-t-on. Et, en effet, ces actes ne sont-ils pas d'un caractère absolument vague, flottant; leur signification, leur tendance criminelle ne reste-t-elle pas imprécise et douteuse? Après tout, fort souvent, et par exemple chez un individu qu'aveugle un mouvement de colère, de passion, la provocation est-elle autre chose que la manifestation d'une opinion, d'un dessein dont, au fond, l'auteur ne songe guère à poursuivre la réalisation matérielle? Quant aux prétendus faits d'assistance, ne sont-ils pas dans la vie de certains individus des actions absolument courantes et nominales? Dès lors, n'est-il pas bien périlleux, n'est-ce pas mettre en danger la liberté que de trouver là matière à répression. Comment, le pharmacien vend tous les jours des substances empoisonnées, l'armurier vend des armes, le serrurier fabrique des clefs, un tiers quelconque va donc pouvoir les dénoncer à raison de ces seuls faits, et d'autant mieux qu'il peut, sans crainte d'aucune poursuite, déclarer avoir eu, lui, l'intention d'empoisonner, de tuer, de voler et avoir à cette fin acheté, lui encore, le poison, l'arme, la fausse clef (61), — ce tiers va pouvoir les accuser, peut-être de provocation, en tout cas d'assistance dans la préparation ou l'exécution d'un empoisonnement, d'un meurtre, d'un

(61) Pour lui, en effet, l'achat de l'arme, du poison, n'est qu'un acte préparatoire. On ne s'étonnera pas évidemment que deux faits aussi intimement liés que la vente et l'achat d'une arme puissent revêtir une nature toute différente: puisque nous nous plaçons en face, non pas d'un seul mais de deux délits, le fait n'a rien qui puisse surprendre.

vol ; s'il le juge préférable, ce tiers usera de menaces et, suspendant sur leur tête la possibilité d'une dénonciation préjudiciable pour leur honneur, leur fortune, leur liberté, il exigera d'eux le prix de son silence. Un juge ignorant ou de mauvaise foi pourra sur des faits d'une criminalité aussi incertaine, étayer des poursuites, prononcer des condamnations. N'est-ce pas la porte grande ouverte au chantage, à l'arbitraire ?

Evidemment le danger existe, mais pense-t-on qu'il disparaisse, pense-t-on même qu'il soit atténué parce qu'on aura subordonné la répression des actes de provocation ou d'assistance à la réalisation du fait principal lui-même auquel ces actes avaient pour but de coopérer ? Il nous semble que ce serait une erreur de le croire, et c'est pourquoi l'objection, en réalité, n'a rien de décisif. Quand j'aurais, moi, présenté le poison à la victime que je veux empoisonner, quand j'aurais tiré sur elle, ce n'est pas cela qui établirait pour quelque part que ce soit la culpabilité du pharmacien qui m'aura fait remise du poison, de l'armurier qui m'aura vendu le fusil. Sans doute, ces faits-là ont quelque chose de plus probant, de plus décisif, mais pour la seule appréciation de ma propre intention, partant de ma responsabilité personnelle ; ils les manifesteront mieux l'une et l'autre que si, par exemple, je m'étais borné pour tout acte à l'achat du poison ou de l'arme, mais ils n'ont à l'égard de mon complice vrai ou prétendu ni plus ni moins de valeur. Il reste toujours à établir que mon pharmacien ou mon armurier ont prévu le crime que je me proposais de commettre et que le prévoyant, ils ont entendu s'y associer, y aider : voilà ce qui peut seul en faire mes complices punissables. Et le même raisonnement serait pleinement applicable à l'égard du provocateur. Ce que j'ai voulu, moi, ne préjuge en rien ce qu'ils ont voulu, ils ont agi de leur côté et moi du mien. Leur intention et leur action ne

prouvent point ma culpabilité. Mon intention et mon action à moi ne prouvent point la leur. Il reste toujours à établir à l'aide des mille et une circonstances de la cause la corrélation des intentions.

Ce n'est donc pas l'accomplissement d'un fait criminel donné, réputé principal, qui supprime pour les tiers, accusés de provocation ou d'assistance, tout danger de dénonciation calomnieuse, de chantage, d'arbitraire. Nul n'est à l'abri de la calomnie d'autrui et, s'il est en face d'un juge ignorant ou de mauvaise foi, à l'abri de poursuites mal fondées, de condamnations injustes. Dans tous les cas le danger est le même et de remède il n'en est qu'un, dans les deux cas identique : l'impartialité des juges, la clairvoyance, la prudence des magistrats du Ministère public.

Ainsi donc, rationnellement, le système classique et légal est absolument condamnable ; pratiquement, sa consécration n'est commandée par aucune nécessité véritable. Provocation et assistance doivent être considérés comme des faits principaux, en eux-mêmes et par eux seuls susceptibles de répression. Et cette répression n'appelle pas de disposition particulière, car ces faits rentrent dans la notion de tentative et sont punissables comme tels.

*
*
*

99. — Au surplus, tout cela est si juste, si conforme aux exigences d'une utilité sociale bien entendue, que la doctrine, la jurisprudence, la loi elle-même ont fait maintes concessions aux conclusions que nous défendons. La plus décisive est, à coup sûr, la solution que nous trouvons sous la plume de certains auteurs, et suivant laquelle, même légalement, — car on raisonne sur le terrain du droit positif, — la *simple remise des moyens d'attaque*, spé-

cialement la remise du poison à un tiers chargé de l'administrer, constitue à soi seul un commencement d'exécution punissable (62). Évidemment il ne s'agit point de l'hypothèse où ce tiers connaît le but criminel poursuivi par l'auteur de la remise et consent à participer à la réalisation du crime ou du délit; c'est ici l'hypothèse évidente de la complicité prévue par la loi positive : le fait de la remise du poison n'est pas punissable si le tiers, auteur principal, n'a pas consommé ou tout au moins tenté l'empoisonnement (63). Mais il s'agit du cas où ce tiers, exé-

(62) Cf. Garraud, t. I, p. 288, t. IV, n° 275; Rossi, t. II, p. 299; Bertauld, p. 240; Dalloz, *Répert.*, v° *Crim. et dél. cont. les pers.*, n° 94; Villey, *Précis*, p. 90. — *Contra*, Sautter, *Etude sur le crime d'empoisonnement*, p. 176.

(63) Un arrêt intéressant d'Agen du 16 mars 1894, D. 94, 2, 535, accepte la même solution, *en se plaçant sur le terrain de la tentative*. Un individu, pour extorquer des fonds à un autre, pria un tiers d'aller en son nom menacer cet autre de la révélation d'un fait infamant, s'il ne lui donnait telle somme déterminée. Le tiers n'y alla pas, et la Cour de décider que la tentative du délit de chantage punie par l'art. 400 du C. pén. n'était pas caractérisée : « Qu'en effet, en admettant que l'art. 400 ait prévu une menace verbale faite par intermédiaire ou mandataire, il est tout au moins légitime que l'auteur de la menace bénéficie de la prudence de celui qu'il s'était substitué pour la proférer, comme il aurait pâti de l'imprudence et de la précipitation de cet autre lui-même, comme il bénéficierait des hésitations qu'il eût pu éprouver personnellement au moment de mettre à exécution son intention mauvaise, en tant qu'il lui était loisible de révoquer le mandat donné. — Que la tentative d'un crime ou d'un délit se manifeste non par l'expression formulée de l'intention de la commettre, mais par un commencement d'exécution qui n'a été suspendu et n'a manqué son effet ou ne peut être suspendu et manquer son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur; que, dans l'espèce, il n'a pu y avoir commencement d'exécution ou tentative d'extorsion de fonds ou valeurs, à l'aide de la menace d'une révélation ou imputation diffamatoire, avant que cette menace ait été portée à la connaissance de M... c'est-à-dire tant que A... restait le

cuteur matériel du crime, est un *irresponsable*, par exemple un enfant, un fou, une personne en état de sommeil hypnotique, toute personne, au surplus, même en pleine possession de ses facultés, mais qui ne sait ni ne prévoit le résultat criminel auquel son action va vraisemblablement aboutir : tel est le cas de la garde à laquelle on remet, pour qu'elle l'administre, un médicament empoisonné qu'on lui présente comme utile à la santé de son malade. Alors, pour maints auteurs, le seul fait de la *remise du poison* serait constitutif de la tentative d'empoisonnement. Et la jurisprudence a parfois consacré cette solution (64).

Assurément, étant donné le système général que personnellement nous avons défendu, la solution est pour nous

maître qu'elle ne le fût pas. Que par suite M... n'ayant pas été touché par la menace, ne peut dire qu'à aucun moment il ait été exposé, du fait de A... à une contrainte morale, et l'objet d'une tentative d'extorsion de fonds à l'aide d'une menace de révélation ou imputation diffamatoire qui ne lui a pas été faite. »

(64) V. à cet égard Cass. 2 juillet 1886, S. 87, 1, 489 et la note de M. Villey. C'est une solution contraire qui intervint dans la célèbre affaire Levaillant jugée par la Cour d'assises de la Seine le 11 mai 1811. La femme Levaillant avait formé le dessein d'empoisonner sa belle-mère; un domestique de celle-ci avait été gagné à prix d'argent et la femme Levaillant lui avait remis la boîte contenant le poison. Tout à coup, soit par crainte d'avoir été entendue, soit par suite d'un changement de résolution, elle s'écria : « Rendez-moi la boîte, je renonce à tout ». Devant la Cour d'assises il y eut longue discussion sur le point de savoir si les juges devaient examiner la cause impulsive de la volonté. La décision fut que le désistement n'était pas spontané, mais qu'il n'y avait eu que des préparatifs du crime. Cf. Dalloz, *Répert.*, v° *Crim. et dél. cont. les pers.* n° 401. A notre sens, au contraire, la tentative était matériellement constituée, mais elle devait rester impunie par cela seul que le désistement était volontaire, la loi n'exigeant nullement pour son efficacité qu'il soit *spontané*. V. en effet, *infra*, n° 133. Cpr. Amiens, 2 avril 1840, S. 40, 2, 272.

absolument exacte : C'est le fait de la remise des moyens, de l'*impulsion donnée* à l'enfant, au fou, au sujet hypnotisé, qui constitue la tentative (65). Mais la solution se justifie-

(65) Et le même point de vue permettrait de résoudre, ce nous semble, un problème délicat qui a donné lieu à des solutions souvent peu satisfaisantes, celui de l'*ivresse préméditée*. Un individu s'enivre dans le dessein de commettre un crime, un meurtre, par exemple, il commet ce meurtre ou le tente, quelle est la valeur de son acte, de quoi est-il coupable ? D'homicide volontaire, a-t-on dit. En effet, tous les éléments constitutifs du meurtre, de l'assassinat sont réunis ; d'un côté, il y a intention, résolution criminelle formée alors que l'agent a la pleine possession de ses facultés, est en état par conséquent de complète responsabilité ; de l'autre il y a un fait matériel d'homicide, de blessures. L'ivresse est donc sans influence, on peut en faire abstraction, l'agent est pleinement responsable.— Pratiquement la solution est désirable, mais scientifiquement elle n'est pas, croyons-nous, admissible. La seule intention criminelle, en effet, qui puisse et doive compter en droit pénal, c'est l'*intention concomittante à l'acte* ; pour être responsable il ne suffit pas de vouloir et d'agir, *il faut vouloir au moment où l'on agit*. Or l'agent qui se met en état d'ivresse veut bien commettre son crime à ce moment-là, mais à partir de l'instant précis où l'ivresse supprime ses facultés, il cesse de le vouloir ou du moins de le vouloir intelligemment, ce qui revient au même : ce qu'il fait par suite est légalement sans valeur intentionnelle, c'est une simple exécution toute matérielle. Entre son intention et son action il n'y a aucun lien juridique, légal, l'une et l'autre sont en réalité des faits distincts, isolés, partant sans portée pénale, la loi ne punissant ni l'intention pure et simple ni l'action non intentionnelle. Tout au plus y a-t-il, dans cette situation, un fait, un *délit d'imprudence*. Mais alors et s'il faut admettre ce second système, c'est l'impunité souvent, la loi ne punissant à ce titre qu'un nombre restreint de faits involontaires et n'atteignant, du reste, jamais leur tentative ; en tout cas, là où la répression interviendra, c'est l'application d'une pénalité absolument insuffisante. Les principes de la tentative ne nous conduisent-ils pas à une solution beaucoup plus satisfaisante ? En effet, si le crime lui-même commis en état d'ivresse ne compte pas, ne peut pas compter en droit pénal, il y a un autre fait qui a une valeur réelle, c'est le fait de s'être mis en état d'ivresse. Une intention cri-

t-elle donc également au double point de vue où les auteurs qui l'admettent se placent pour la soutenir ? Cela nous paraît beaucoup plus douteux. D'abord sur le terrain

minelle est évidemment concomittante à ce fait et une intention qui engage la responsabilité de l'agent puisqu'au moment où il la formait cet agent avait la possession pleine et entière de ses facultés ; d'autre part, ce fait en lui-même a une matérialité. Et quelle est cette matérialité ? Celle d'un acte de tentative, d'un commencement d'exécution, car dans la pensée de son auteur cet acte était *l'acte final et décisif qui devait terminer, consommer sa part d'action dans l'exécution de son crime*. L'ivresse venue, il n'a point douté que le crime ne s'en suive comme une conséquence fatale et c'est pour réussir plus certainement qu'il a employé un pareil procédé. Doutant de son énergie, de sa volonté, il a voulu annihiler pour ainsi dire sa personnalité intime et lui en substituer une autre qu'aucune crainte, aucun repentir n'arrêterait, qui irait droit et inéluctablement au but criminel et l'atteindrait plus infailliblement. Il s'est pour tout dire transformé lui-même en un instrument, qu'il a placé dans sa propre main. Ainsi cet acte par lequel il a entendu opérer cette transformation, cet acte-là répond pleinement au concept que nous nous sommes fait du commencement d'exécution. Il a pour le coupable toute la valeur d'une attaque personnelle et directe. Peu importe que le crime voulu par l'agent soit finalement commis ou tenté, et que sa consommation ou sa tentative fasse ou non l'objet d'une incrimination spéciale à titre de délit d'imprudence. Dès avant sa réalisation même partielle, l'agent est coupable ; s'enivrer pour commettre un crime c'est au sens vrai et rationnel des mots, sens sur lequel nous n'avons pas à insister, commencer l'exécution de ce crime. M. Saleilles, dans son magistral Cours de doctorat (1897-1898), professé cette année même à la Faculté de droit de Paris, soutenait la même solution, mais en se plaçant à un point de vue différent que nous avons signalé déjà : le fait d'ivresse préméditée serait un commencement d'exécution, parce qu'il incarnerait, pour ainsi dire, dans sa matérialité la volonté certaine de commettre tel crime donné, parce que matériellement l'acte entraînerait en quelque sorte malgré elle, sans retour en arrière possible, la volonté criminelle, *en en consommant l'irrévocabilité*. Nous avons cru (V. *suprà*, n° 78) devoir nous attacher à un autre critérium ; on voit cependant que nous aboutissons à la même solution. Tout au

de l'art. 2, nous considérons, quoique à regret, que des faits semblables sont restés absolument en dehors des prévisions du législateur et que partant ils ne sauraient

plus nous semblerait-il la concevoir d'une façon plus absolue, plus radicale. Le fait de s'enivrer dans un but criminel, disons-nous, est un commencement d'exécution indépendamment de toute réalisation même partielle du crime voulu; peu importe par conséquent que l'agent qui s'est enivré intentionnellement roule à terre et s'endorme, il est coupable. M. Saleilles ne serait pas éloigné de considérer la solution comme excessive et inacceptable en pratique. Si, en effet, dans une hypothèse semblable l'existence d'un commencement d'exécution est chose certaine, quelque chose semble devoir rester extrêmement douteux, c'est l'intention de l'agent. S'enivrer est un acte équivoque, d'une signification vague et flottante; le législateur ferait œuvre dangereuse pour la liberté qui autoriserait la répression pour un fait d'une criminalité aussi fuyante, aussi problématique. Il doit attendre un acte d'exécution plus probant, plus transparent. Mais il nous semble que la crainte est dans une large mesure chimérique. Le fait de s'enivrer est équivoque, en quoi trouve-t-on que l'exécution d'un crime quelconque commencée subséquemment le rendra plus décisif. On ne veut pas que ce seul fait puisse servir de fondement à des poursuites, à des recherches d'intention, mais ces poursuites injustifiées, ces recherches abusives, il n'est pas un fait qui ne puisse leur donner naissance. La source vraie d'arbitraire que le législateur peut et doit tarir, remarquons-le, est beaucoup moins dans le caractère équivoque et peu décisif des faits incriminés que dans leur manque de détermination, de précision matérielle. Il ne s'agit pas pour rendre acceptable une répression juste en principe que le fait à punir prouve plus ou moins parfaitement sa criminalité, il s'agit surtout qu'il soit bien défini, nettement déterminé, afin que le juge ne puisse pas prendre un fait pour un autre et faire rentrer dans l'incrimination légale, au gré de son caprice ou de son intérêt, des faits que le législateur n'avait jamais entendu y comprendre. Or, s'enivrer est un fait matériel absolument net et précis, dont la constatation ne peut donner lieu à aucune difficulté anormale, son incrimination est donc parfaitement admissible. La prudence et l'impartialité des magistrats feront le reste. Le juge saura bien apprécier à sa juste valeur l'intention qui a guidé l'agent lorsqu'il s'est enivré : ne point conclure nécessairement de

être légalement incriminés. Ensuite la solution nous semble en contradiction certaine avec les principes eux-mêmes qui inspirent sinon les solutions légales, du moins la doctrine classique. Pour elle ce qu'il faut punir dans la tentative c'est un danger objectif et matériellement existant; eh bien, justement ce danger-là ne réside pas dans le seul fait de la remise du poison, car cette remise, à elle seule, ne fait courir aucun péril à la victime. Pour que le danger apparaisse matériellement et pour que la répression puisse intervenir, il faut autre chose, un acte ultérieur, la réalisation par le tiers provoqué ou aidé d'une attaque matérielle, effective à la victime, au droit quelconque menacé. — Et c'est, nous le savons, à la même conclusion que l'on aboutit fatalement si l'on envisage la provocation, la remise des moyens comme des faits de complicité. De toutes façons, en acceptant la solution contraire, la doctrine est donc absolument en dehors de la logique de son système. Cependant elle passe outre : c'est montrer du même coup toute l'utilité pratique de la solution et c'est bien aussi justifier le concept général qui est le nôtre et d'où cette solution découle comme une simple conséquence naturelle et logique.

100. — Au surplus, les raisons mises en avant par la doctrine sont intéressantes à recueillir, car elles-mêmes vont justifier notre propre système. Dans des hypothèses semblables, dit-on, le tiers provoqué ou aidé, agent principal, étant irresponsable, n'est en réalité qu'un *instru-*

l'exécution subséquente d'un acte criminel à la volonté, à la préméditation de l'ivresse qui l'a précédée et accompagnée, ne point conclure davantage de l'absence de toute exécution matérielle à l'inexistence chez l'accusé de toute résolution criminelle fermement, irrévocablement établie et déterminée. Et nous ne doutons pas qu'ici encore le double intérêt de l'individu et de la société ne reçoive entière satisfaction.

ment dans les mains de celui qui le provoque ou lui fournit les moyens d'attaque. La provocation, la remise des moyens accomplis, le pas décisif est fait dans la voie criminelle, le résultat est proche et va se réaliser. En réalité, l'agent a terminé toute son action criminelle, la production des conséquences ne dépend plus, pour ainsi dire, que du jeu de lois, de forces fatales. Eh bien, soit; mais pense-t-on que la situation soit différente dans toutes les hypothèses où le tiers a eu conscience du dessein criminel de son provocateur, et a entendu s'y associer? La situation nous paraît, quant à nous, absolument la même. Car si le tiers provoqué ou assisté est apparu à son provocateur comme un agent, non plus inconscient, mais doué d'intelligence et de volonté, par conséquent aussi, susceptible à un moment donné de l'exécution de revenir sur sa résolution première et d'abandonner tout dessein criminel, il n'en est pas moins certain que le provocateur n'a jamais cru à cet abandon, à ce retour en arrière. Il l'a conçu comme possible abstraitement mais non pratiquement. Ce qu'il a vu dans ce tiers provoqué, c'est bien une volonté, mais une volonté docile, obéissante, résolue et capable d'aller jusqu'au bout dans l'exécution du projet criminel; bref, ici encore, c'est d'un simple *instrument* que le coupable a entendu se servir, il l'a mis en mouvement, considérant que certainement, infailliblement, les conséquences dommageables par lui voulues ne manqueraient pas de se produire. Et c'est pourquoi il a aussi procédé, bornant à ces simples faits de provocation ou d'assistance sa propre intervention. Ainsi, malgré les apparences, les deux situations sont identiques. Si donc le raisonnement des auteurs vaut quelque chose à l'égard de la première, il vaut tout autant à l'égard de la seconde et dans les deux cas la **solution** doit être la même. Que le provoqué ou celui à qui on a fait remise des moyens soit ou non conscient et res-

ponsable, le fait de provoquer ou d'aider, c'est-à-dire de lancer, de promouvoir l'agent matériel, ce fait vaut par lui seul et c'est un acte de tentative. Et ainsi nous revenons, de par les propres affirmations de la doctrine, au système que nous avons défendu.

101. — Du reste, quoique à un degré moindre, la législation elle-même a dû faire une part, quelques concessions à cette manière de voir. Si nous parcourons, en effet, les dispositions, soit du Code, soit des lois particulières, nous en trouvons plusieurs qui prévoient et punissent en elles-mêmes certaines provocations. Ainsi l'art. 89, alin. 4, réprime la simple proposition même non agréée de former un complot pour l'accomplissement de crimes contre la sûreté intérieure de l'État, le chef de l'État, le Gouvernement (66). Ainsi encore, la loi du 14 juillet 1894, punit quiconque, en dehors de toute publicité, « sera convaincu d'avoir, dans un but de propagande anarchiste, soit par provocation, soit par apologie, incité une ou plusieurs personnes à commettre, soit un vol, soit les crimes de meurtre, de pillage, d'incendie, soit les crimes prévus par l'art. 435 du Code pénal » (67).

En Angleterre, un acte du Parlement de 1801, dispose que « quiconque aura sollicité, encouragé, persuadé ou tenté de persuader quelqu'un, ou aura fait des propositions à quelqu'un à l'effet de tuer une autre personne, sera coupable d'un délit ». La loi belge du 7 juillet 1875 punit la provocation à un crime passible de mort ou de travaux forcés, l'offre de le commettre, l'adhésion à cette proposition. La loi allemande du 26 février 1876 érige ces

(66) V. les art. 86 et 87 qui bien qu'édictees sous un régime disparu, n'en restent pas moins en vigueur en toutes les dispositions compatibles avec le régime actuel.

(67) Faites par la voie de la presse ces provocations tombent sous le coup des dispositions de la loi du 29 juillet 1881, art. 24 et 25.

mêmes faits en délits, quel que soit le crime projeté (68). En suivant ces exemples, nous ne mettons point en doute que le législateur ferait œuvre utile et absolument justifiée.

Ainsi nous connaissons, par tout ce qui précède, en quoi consiste le commencement d'exécution, point initial de la tentative punissable, c'est l'acte dernier et décisif par lequel l'agent a entendu terminer et consommer sa part d'intervention personnelle dans l'exécution du crime.

102. — Et par là même, nous apercevons en quoi consiste chacune des deux formes de tentative que nombre de législations distinguent. Au moment où se produit l'intervention fortuite qui empêche la réalisation des conséquences criminelles voulues et recherchées, cet acte final et décisif est-il incomplet, la *tentative* est *inachevée*; est-il complètement réalisé, la *tentative* est *achevée*, mais *le résultat, le crime est manqué*.

En fait, la distinction peut être parfois fort délicate (69); théoriquement, la physionomie de l'une et de l'autre nous paraît très nette, et nous ne pensons pas qu'elle puisse donner lieu à aucune difficulté sérieuse (70). Tout l'intérêt

(68) Cf. sur le texte de ces lois et les circonstances qui les ont provoquées, *Ann. de legisl. étrang.*, 1876, p. 634, 1877, p. 135. Cf. Haus, *op. cit.*, t. I, n° 443, p. 332; Berner, *Lehrbuch*, § 113; Garraud, *op. cit.*, t. I, p. 285, n° 6.

(69) Cf. Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 58 et *l'espèce jugée par la C. de cass. italienne le 10 novembre 1893* (*Rivista penale*, t. XXXIX, p. 39, Alimena, *Ricerche...* (*Riv. pen.* 1896, p. 536.)

(70) On a cependant parfois affirmé qu'entre la tentative inachevée et le délit manqué existait une différence, non seulement de degré, mais de nature. Le *délit manqué* serait moins une *variété* qu'une *espèce spéciale* de tentative. Et la différence caractéristique consisterait en ce que le délit manqué serait toujours et forcément imputable, il *impliquerait*, en effet, *impossibilité de désistement volontaire*. Et voici comment on raisonne. L'assassin a visé et fait feu, la victime

de la distinction, à supposer qu'elle en ait un, est dans une question de pénalité : tentative inachevée et délit manqué, doivent-ils être frappés d'une peine égale, voilà

est atteinte mais pris de remords le coupable lui porte secours et la sauve, qu'est-ce que son acte ? La tentative est achevée, affirme-t-on, car le coupable quant à lui, a fait tous les actes nécessaires à l'exécution du crime, mais le délit est manqué, car aucun résultat ne s'est produit. Eh bien, c'est inexact et la situation est, en réalité, toute différente. L'assassin qui a porté secours à sa victime n'a nullement fait tous les actes nécessaires à la réalisation de son méfait, car justement cette réalisation comportait un acte de plus, l'abandon de la victime que l'agent n'a pas accompli. Il n'y a pas de meurtre manqué, mais tentative de meurtre inachevée, volontairement suspendue. Que le coupable fasse partir le coup et s'en aille, qu'un passant survienne aux cris de la victime et lui sauve la vie, voilà le délit manqué, mais il l'est par circonstance indépendante de la volonté de l'agent : Il n'y a pas de crime volontairement manqué (Cf. Laborde, *op. cit.*, p. 78, n° 110. Jg. Marie, *Eléments*, p. 50; Alimena, *Ricerche, loc. cit.*, p. 535, 536). — Sans aucun doute, le législateur s'est fait du crime manqué une conception différente. L'art. 2 assimile la tentative au crime lui-même, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. Cette volonté a donc bien deux procédés d'intervention, deux modes suivant lesquels elle peut influer sur l'issue pénale de la tentative : elle peut arrêter la série des actes d'exécution, tel le cas de l'assassin qui après avoir visé abaisse son fusil, mais elle peut encore faire manquer le résultat alors que l'agent aura fait tout le nécessaire suivant lui pour réussir; ainsi en est-il, si l'assassin qui a tiré croyant tuer sa victime s'aperçoit qu'elle n'est simplement que blessée et, pris de remords, lui prodigue ses soins et la sauve. Suivant le concept légal il y a exécution achevée, totale, mais résultat, crime volontairement manqué. On voit la source de la divergence. Le premier système envisage une exécution absolue, objective, constituée par tous les actes matériels effectivement nécessaires à la survenance du résultat poursuivi. Le législateur, lui, se place à un point de vue subjectif, il interroge la pensée de l'agent et il entend par exécution l'ensemble des faits auxquels l'agent lui-même attachait l'efficacité, qu'il considérait comme nécessaires mais suffisants à la consumma-

la difficulté et nous la retrouverons. Il nous suffira ici de nous étonner que le législateur français ait cru devoir distinguer les deux hypothèses, puisqu'il les punit de la même peine, celle du crime consommé (71).

*
* *

103. — Et maintenant, après avoir défini la tentative

tion. Nous ne voyons pas en quoi sa manière de voir est moins logique, moins rationnelle que l'autre. Et même, n'est-ce pas le contraire qui est vrai? Car enfin le premier système nous paraît singulièrement compliquer les choses. Si l'assassin qui a tiré et blessé sa victime s'en va et que cette victime doive son salut à l'intervention d'un tiers il y a délit manqué, si au contraire c'est l'assassin lui-même qui sauve la vie à sa victime il y a tentative inachevée. La même situation matérielle, le même fait d'exécution, avoir tiré, revêt donc deux physionomies juridiques différentes. Pourquoi cette complication? — Au surplus, la question n'a qu'un intérêt purement théorique puisque le désistement volontaire enlève toute criminalité non seulement au délit manqué mais encore et à plus forte raison à la tentative inachevée : V. sur la définition du délit manqué Carrara, *Progr.*, p. 189, § 349, text. et not.

(71) Le projet primitif ne mentionnait point cette seconde espèce de tentative. L'observation en fut faite par la commission de législation du Corps législatif : « Un individu a prémédité d'en tuer un autre, il lui tire un coup de pistolet et le manque; il y a exécution mais l'effet n'a pas lieu. Peut-on le regarder comme compris dans l'art. 2 du Code relatif à la tentative? Il n'y a pas seulement tentative, mais le fait a été en quelque sorte consommé, quoique le coup ait manqué son effet. On conçoit qu'il existe une nuance différente entre des circonstances qui ne font que suspendre l'exécution d'une tentative et celles qui la font rester absolument sans effet, après un degré d'exécution beaucoup plus complet. Il suit de cette observation qu'il faudrait mettre une addition à l'art. 2 du Code pénal; cette addition consisterait à mettre après les mots : si elle n'a été suspendue, ceux-ci « ou n'a manqué son effet ». L'addition fut adoptée par le Conseil d'État et maintenue au Code V. Procès-verbaux du Conseil d'État, Loché XXX. p. 447, 462. Cf. Chauveau et Hélie, I, p. 395, n° 251.

légalement punissable, après avoir montré quel point de départ peut et doit lui être assigné, sachant ainsi dans quelles limites se trouve renfermé son domaine d'application, une observation importante reste à faire que voici. En règle, nous l'avons établi, afin d'opposer une barrière aux appréciations souveraines à l'arbitraire du juge, le législateur doit s'abstenir de sanctionner tous les faits attentatoires à l'ordre public, à la paix sociale; il doit maintenir la répression en deçà de ses limites strictement et rigoureusement légitimes. Seulement, et nous avons développé le motif; il ne s'agit pas ici de *défaillance du droit social de punir*, ce qui arrête la répression, ce sont des raisons de simple opportunité, de pure nécessité pratique. Si donc, d'une façon ou d'une autre, ces difficultés de réalisation pratique viennent à se dissiper, le droit à la répression peut et doit reprendre son empire. Après avoir, pour la garantie de la liberté posé un obstacle absolu à cette répression, rien n'empêche le législateur de sortir de sa réserve et là où la liberté n'est plus en péril de donner à l'intérêt social pleine et entière satisfaction.

Et c'est ainsi que nous trouvons dans les législations de multiples incriminations dans lesquelles le législateur prévoit et punit en réalité de simples actes préparatoires, de simples manifestations de desseins criminels. Celui-là qui porte une arme prohibée, qui brise des scellés, le mendiant, le vagabond, ceux-là qui se réunissent pour former une association de malfaiteurs, un complot, ne commencent en réalité l'exécution d'aucun crime. Non seulement dans la pensée de l'agent, mais par nature même, de pareils faits ne sont point des *buts* que censément l'on poursuive pour eux-mêmes, des actions qui réalisées produiront immédiatement tel ou tel effet dommageable; ce sont simplement des faits qui *préparent* l'exécution d'infractions subséquentes, la production de résultats criminels ulté-

rieurs. Cependant il est clair que pour ne pas rentrer dans la notion générale de la tentative, ces faits-là n'en doivent pas moins être sévèrement réprimés. Sans doute bien souvent il arrivera que l'intention de leurs auteurs restera vague, imprécisé, on ne verra pas vers quel but exact ils étaient dirigés, il n'en reste pas moins indubitable qu'ils ont une tendance criminelle, et qu'ils sont par là même des faits dangereux et troublants pour la paix publique. Et voilà pourquoi le législateur réprime le bris de scellés (art. 249 et s.), la mendicité, le vagabondage (art. 269 et s.) les attroupements, les associations de malfaiteurs (art. 265, 266, 267), le complot alors même qu'il n'a été suivi que d'un acte « commis ou commencé pour en *préparer* l'exécution » (art. 89, alin. 1) (72). Voilà pourquoi il réprime le *port* de certaines armes prohibées (art. 314) et non seulement cela mais la *fabrication*, la *distribution*, la *détention* de ces mêmes armes, ou encore de poudre, de cartouches, de munitions de guerre (L. 24 mai 1834, art. 1, 2, 3), de machines, d'engins meurtriers ou incendiaires, d'explosif quelconque, de substances destinées à entrer dans la composition d'un explosif (L. 18 décemb. 1893), etc.

Et la liste des exemples pourrait s'allonger indéfiniment, car on pourrait y faire rentrer, à notre estime, les hypothèses innombrables où la loi punit, suivant des appellations diverses, le *faux*, la *falsification*, l'*altération*, la *contrefaçon*. Le faux n'est pas un acte d'exécution, c'est un acte préparatoire, la simple mise au point d'un moyen d'exécution. Où est, en effet, dans une pareille hypothèse la consommation vraie ? Dans l'*usage* de la chose falsifiée,

(72) Jg. art. 90 : « Lorsqu'un individu aura formé seul la résolution de commettre l'un des crimes prévus par l'art. 86, et qu'un acte pour en préparer l'exécution aura été commis ou commencé par lui seul et sans assistance, la peine sera celle de la détention. »

cela n'est pas douteux. Or contrefaire, altérer, falsifier des monnaies, des sceaux, des écrits, des clefs, des poids ou mesures, des substances quelconques (73), ce n'est nullement *tenter* de s'en servir mais simplement *préparer* la tentative, laquelle ne se réalisera que par l'accomplissement de tel ou tel acte d'où l'agent entend voir découler cet autre fait, l'emploi, l'usage de l'objet contrefait, altéré, falsifié. Et par exemple, le commerçant qui fait une pesée avec de faux poids consomme le délit d'usage de faux poids; il le tente quand il prend en main ces poids et se dispose à les jeter dans la balance, mais il ne dépasse pas la hauteur de l'acte préparatoire tant qu'il ne fait que détenir ou fabriquer ces faux poids. De même vendre une substance alimentaire falsifiée, c'est consommer le délit prévu par la loi du 27 mars 1851; *mettre en vente* cette substance, c'est le tenter, car par la mise en vente la substance se trouve être à la disposition du premier acheteur venu qui voudra la prendre; mais posséder cette substance et la falsifier sont de simples faits préparatoires (74).

Évidemment, la distinction peut être en fait fort délicate; et, entre la falsification, fait préparatoire, et l'usage du faux, fait de consommation, il peut être parfois bien difficile de saisir le fait intermédiaire de tentative, cepen-

(73) V. les espèces multiples prévues par le Code pénal, liv. III, ch. III, sect. I, art. 132-164. Jg. L. 27 mars 1831, art. 1 qui punit la détention et l'usage de faux poids et de fausses mesures; L. 4 juillet 1837, art. 4; L. 27 mars 1851 qui punit la falsification, la possession, la mise en vente de substances alimentaires ou médicamenteuses falsifiées; L. 5 mai 1855, étendant la loi précédente à la falsification, la mise en vente et la vente de boissons falsifiées; L. 27 juillet 1867 qui punit vente et mise en vente d'engrais ou d'amendements frelatés; L. 16 avril 1897.

(74) Cf. Garraud, *Traité*, t. V, p. 519, n° 504.

dant la difficulté, nous venons de le voir, n'est pas absolument et toujours insurmontable. Pour exiger à l'application une analyse plus minutieuse, plus pénétrante, la solution n'en reste pas moins à notre avis absolument exacte : Quand la loi punit le faux, ce qu'elle atteint c'est donc bien un acte préparatoire (75). Mais qui pourrait

(75) Cf. Rossi, t. II, p. 279 ; Le Sellyer, p. 27 ; Chauveau et Hélie, t. I, p. 413, 414. *Contrà*, Bertauld, X^e leçon, p. 218, E. Villey, note dans Chauveau et Hélie, *loc. cit.* Mais ces deux auteurs se décident par des considérations que nous croyons inexactes. Si le faux est un acte d'exécution, c'est pour eux qu'il contient en lui-même et sans qu'il soit besoin d'attendre quelque autre circonstance ultérieure, une chance considérable de danger pour l'intérêt social : en effet, d'un moment à l'autre, les pièces de monnaies, falsifiées, — on raisonne sur cette hypothèse, — peuvent tomber dans la circulation, même sans intervention et contre le gré du faussaire lui-même. Le fait est certain mais la conclusion qu'on en tire ne reste pas moins inacceptable. D'abord, en effet, cette existence dans les faits eux-mêmes d'un danger en quelque sorte matériel et objectif n'est point ce qui doit servir de fondement à la répression en matière de tentative, ensuite cette circonstance que les pièces de monnaie peuvent tomber à tout moment dans la circulation, si elle prouve le caractère dangereux du faux en lui-même, ne prouve nullement que cet acte rentre dans la notion de tentative. Tout dépend, nous le savons, en effet, de l'intention de l'agent, c'est elle qui donne à tout fait de tentative sa valeur par le caractère final et décisif qu'elle y attache. Or, apparemment, le faussaire n'a pas entendu fabriquer de fausse monnaie pour ses héritiers, mais pour lui, c'est-à-dire qu'il a entendu en faire usage lui-même ; en d'autres termes, accomplir, lui, tous les actes nécessaires à la consommation immédiate du résultat qu'il se proposait d'atteindre. Or, nous savons dans une hypothèse semblable quel est le commencement d'exécution c'est l'attaque au droit, à la victime, ici, la société ; ce sera le fait de présenter à autrui la pièce fautive pour tâcher de l'écouler. Le fait de la fabriquer n'est qu'un acte préparatoire et s'il advient que contre le gré de l'agent les pièces fautes tombent dans la circulation, par exemple, si elles sont dérobées, c'est là circonstance toute fortuite qui ne peut rien sur la nature, la valeur des actes accomplis. Ils n'avaient point de criminalité, de portée pénale, ils n'en ont pas

contester le bien fondé de l'incrimination ? Pour ne point rentrer dans le domaine de la notion de tentative, le faux n'en est pas moins un fait en soi dangereux et c'est ce qui apparaît jusqu'à l'évidence en matière de fausse monnaie puisqu'à tout moment les monnaies altérées ou contrefaites peuvent passer dans la circulation même à l'insu du faussaire, par exemple s'il vient à mourir. Ainsi donc le législateur peut, il doit même faire sortir la répression des limites de la tentative et procédant par incriminations distinctes, frapper comme autant de délits *sui generis* et en eux-mêmes complets, consommés, de simples actes préparatoires.

104. — Dans la réalité des faits, nous voyons qu'il va plus loin encore, puisqu'il punit certains actes qui ne sont même pas la préparation d'une infraction, mais simplement la manifestation extérieure d'un dessein, d'une résolution criminelle. C'est ainsi que les législations incriminent les menaces (76), l'invitation de commettre un crime, la proposition de former un complot, le complot lui-même, alors qu'il n'a été suivi d'aucun acte commis ou commencé pour en préparer l'exécution. Évidemment, et tous les auteurs ont eu raison de le faire remarquer, ce n'est point dans aucune de ces hypothèses en face d'une manifestation pure et simple, d'une *déclaration* d'intention que nous nous trouvons. En réalité, à cette manifestation, une circonstance aggravante est venue se joindre : dans

d'avantage. Pas plus que charger un fusil ou disposer un poison en vue d'un meurtre ou d'un empoisonnement ne sauraient constituer un commencement d'exécution parce qu'un tiers, à l'insu et contre la volonté de l'agent, viendra prendre ce fusil ou ce poison et, conscient ou non, tuera quelqu'un, ce quelqu'un fût-il la victime elle-même que l'agent se proposait d'atteindre.

(76) Cf. C. pén., art. 305 et s. 414, 415, 436 modifié par la loi du 2 avril 1892. V. Garraud, t. IV, nos 317-337.

les menaces, c'est la forme injurieuse, outrageante dont l'agent s'est servi; dans la proposition de commettre un crime, c'est l'appel à l'aide, à l'assistance d'autrui, la provocation à partager une idée criminelle; dans le complot, c'est le fait d'un concert, d'un accord, d'une association entre plusieurs dans un but criminel. Voilà bien ce qui détermine l'intervention du législateur, et voilà pourquoi, par exemple, les menaces sont punissables, alors même qu'elles ne correspondraient à aucune intention criminelle sérieuse; c'est la forme, le procédé qu'avant tout le législateur veut réprimer parce que, sérieuse ou non, la menace jette l'effroi, le trouble et l'alarme dans la société (77). Mais, enfin, cela n'empêche pas que, l'intention supposée vraie et sincère, des faits semblables sont bien loin encore de l'exécution, et même de la préparation du résultat criminel désiré et voulu par le coupable. Et cependant le législateur peut, nous n'en faisons point doute, étendre la répression dans cette nouvelle mesure. Le doit-il toujours? c'est une autre question.

A l'égard des crimes de droit commun, l'affirmative ne paraîtra guère contestable; mais en matière d'attentats, de complot, spécialement, contre la sûreté de l'État, contre le gouvernement, la solution est certainement plus douteuse. Punir le complot, comme le fait l'art. 89 du Code pénal, alors qu'il n'a été suivi que d'un acte purement préparatoire, non pas même commis, mais commencé, n'est-ce

(77) Cf. les paroles du tribun Faure aux travaux préparatoires. Loqué, t. XXX, p. 473 et 506. C'est ce qui explique que la menace écrite soit punie plus sévèrement que la menace verbale, elle produit plus de crainte, plus d'inquiétude. Cf. Trébutien, t. I, p. 375, Boitard, p. 44; Le Sellyer, p. 24; Laborde, p. 73; Garraud, t. I, p. 284; Lacoinata, *op. et loc. cit.*, p. 443. Haus, *Principes*, t. I, p. 330, n° 448.

pas, en effet, chose infiniment périlleuse pour la liberté individuelle? Avec une incrimination aussi vague, est-ce que les actes les plus irréprochables, les plus innocents d'adversaires politiques ne pourront pas être incriminés?

Et s'il en est ainsi, que dire de ces autres incriminations créées par la même disposition: celle du complot même en dehors de tout acte de préparation commis ou commencé; celle de la simple proposition même non agréée de former un complot! Des faits absolument ordinaires et normaux, des faits de la vie courante, se voir, se réunir, se parler, discuter, échanger ses idées, vont donc pouvoir autoriser des poursuites, motiver des condamnations! Et puis, comment fixer d'une manière certaine les limites exactes entre la résolution ferme, la proposition vraie et le simple désir, la manifestation d'une espérance, d'un souhait? Est-il, sinon théoriquement, du moins pratiquement acceptable d'organiser ainsi la répression? Là, comme en matière politique, où les inimitiés, les passions peuvent atteindre une intensité inconnue sur tout autre terrain et se donner davantage libre carrière, est-il admissible que la répression soit assise sur des bases aussi incertaines, aussi fragiles; qu'elle soit permise à l'égard de faits aussi peu probants, aussi peu décisifs? Non, apparemment; il faudrait ici au contraire des vues plus larges, plus tolérantes et partant plus de réserve dans la répression. Mais quel gouvernement, quel législateur fera jamais siennes ces idées et renoncera à élargir en cette matière justement plus qu'en toute autre le domaine de la répression? Aucun, selon toute vraisemblance. — Le criminel d'État est plus dangereux qu'un autre, parce qu'il met en péril le pouvoir lui-même chargé de le punir. On peut attendre pour frapper un assassin ou un voleur, l'État et le juge survivent à leur crime, et un succès complet ne les fait point échapper au châtement qu'ils méritent. Au con-

traire, le conspirateur qui réussit enlève à son juge tout pouvoir et s'assure par là-même une complète impunité. Pour être vraiment efficace à son égard, la répression doit donc intervenir plus hâtivement : voilà le raisonnement (78).

Après tout, lui aussi contient sa part de vérité, et peut-être faut-il y souscrire, mais alors il n'est que juste, — et ce sera le véritable remède aux abus possibles, — de demander au juge d'avoir en ceci plus d'indulgence, plus de circonspection. Qu'il prenne garde que les faits seront ici le plus souvent le résultat de mouvements passionnés, d'irritations passagères, la conséquence de convictions plus ardentes que réfléchies. Qu'il songe bien que « dans les crimes de cette nature, la poursuite est déjà une sauvegarde pour la société, rassurée dès que les coupables sont saisis ». Qu'il se souvienne en un mot, comme on l'a dit, que la peine n'est pas une arme dans les mains des partis, qu'elle n'est justifiée que par le crime et ne doit atteindre que les criminels (79).

105. — Ainsi les législations positives étendent la répression hors du domaine normal de la tentative légale : elles punissent des actes préparatoires, elles punissent de simples manifestations d'intention criminelle. Ajoutons encore que parfois, à côté de ces incriminations particulières, le législateur reconnaît l'existence de certaines institutions ou *mesures préventives* applicables, soit à la tentative qui s'accuse dans de simples actes préparatoires, soit à la manifestation pure et simple d'une intention criminelle. Suivant le Code pénal du canton d'Unterwalden le Haut (art. 19), la tentative manifestée par de

(78) Cf. *suprà*, n° 72 et le passage du Rapport à la Chambre des Députés sur la loi du 28 avril 1832 cité par Le Sellyer, t. I, p. 26, n. 4, V. Garraud, t. II, p. 347, n° 341.

79) Cf. Chauveau et Hélie. *Traité*, t. II, p. 125.

simples actes préparatoires n'est pas punissable, mais le juge est autorisé à soumettre l'agent à une surveillance de police, s'il estime que la sécurité l'exige. Et le Code pénal du canton de Schaffouse (art. 52) adopte la même règle pour le cas où le crime dont l'acte incriminé constituait la préparation eût été passible de peines graves (80). Le Code pénal mexicain connaît la *caution de no offender*, ou promesse expresse de ne pas commettre le crime que l'on se proposait, promesse garantie par des valeurs ou une caution solvable, car sa violation aboutit à une amende fixée par le juge. Le même Code admet la *promesse de bonne conduite* à laquelle on peut contraindre les individus suspects à raison de leurs antécédents et qui, violée ; leur rend applicables les peines de la récidive (81). Le projet de Code pénal suisse reconnaît de même la promesse de ne pas commettre un délit et la caution *de pace tuenda* (82).

De pareilles mesures sont-elles pleinement justifiées, non pas théoriquement, car nous savons que sur le terrain purement logique et rationnel c'est une véritable peine qui pourrait et devrait atteindre tous actes quelconques, préparatoires ou non, dès là qu'une intention criminelle en ressortirait certaine, indubitable. Mais nous posons la question sur le terrain pratique, législatif : de telles institutions sont-elles acceptables, compatibles avec le maintien de la sécurité, de la liberté individuelle ? — Personne n'en doute et nous voulons bien nous-même croire à leur complète légitimité, mais il nous semble qu'il faut cependant poser à leur existence une condition. C'est

(80) Cf. Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 51 ; Dalloz, *Suppl.*, v° Tent. n° 4.

(81) Cf. Villey, *Précis*, p. 88, texte et note. Roux, p. 346.

(82) Cf. Alimena, *Il progetto di codice penale svizzero* (Rivista penale, v. XL, p. 10).

qu'elles auront une portée d'application nettement déterminée, c'est, autrement dit, que les faits auxquels ces mesures devront s'appliquer seront étroitement définis et précisés. A l'égard des actes de simple préparation criminelle, avons-nous établi, toute incrimination générale est inacceptable, il nous paraît qu'il faut en dire autant de toute disposition qui ferait aux mêmes faits application de l'une ou l'autre des mesures dont nous parlons. Pour constituer des mesures de sécurité d'ordre préventif nous ne voyons pas qu'un texte les autorisant d'une façon générale, à l'égard de tous actes préparatoires, puisse donner lieu à moins d'abus, à moins de recherches vexatoires, partant, soit plus rassurant pour la sécurité des individus. Le danger est le même en réalité, la moindre gravité des mesures préventives peut l'atténuer, elle ne saurait le faire disparaître. Qu'il s'agisse de peine, de surveillance de police, de promesses ou de cautions à fournir, le législateur doit se garder également de toute disposition qui laisserait au juge une souveraineté d'appréciation, un arbitraire illégitime et dangereux. En toutes hypothèses, dès qu'il s'agit d'atteindre, soit des actes préparatoires, soit des manifestations d'intention, la règle ne peut qu'être la même : c'est par prévisions, par incriminations — nous pouvons peut-être répéter le mot, car est-il une différence si essentielle entre répression et prévention? — c'est par incriminations spéciales étroitement délimitées que le législateur doit nécessairement procéder. Renoncer au principe c'est avec l'œuvre de distinction que nous venons d'entreprendre, la sécurité, la liberté à jamais compromises.

Ainsi nous savons en quoi consiste le second élément de la tentative punissable : le commencement d'exécution. Mais nous ne l'avons envisagé jusqu'ici qu'à un point de

vue en quelque sorte *purement formel*, ce que nous avons déterminé, c'est pour ainsi dire, son *aspect extérieur*. Or la doctrine classique a pénétré plus avant dans sa nature intime et de l'analyse à laquelle elle s'est livrée, a découlé pour elle la conviction qu'il était une troisième condition à l'existence de la tentative punissable, c'est à son étude que nous arrivons.

§ 3. — La possibilité du résultat.

106. — L'acte d'exécution implique en soi la puissance d'aboutir à la réalisation totale du crime voulu, tel est, — l'expression n'est pas trop forte, — le grand dogme de la théorie classique. Si les actes accomplis par l'agent ne sont pas susceptibles de produire les conséquences criminelles désirées, s'ils ne sont que la préparation ou l'exécution d'une infraction irréalisable, il n'y a pas, il ne peut y avoir de tentative socialement et légalement punissable. En législation, cette solution est commandée par les principes théoriques et rationnels; en droit positif, les textes existants n'en autorisent point d'autre : voilà la thèse (1).

(1) Pour son exposé, V. les auteurs cités notes suivantes et spécial. Rossi, *Traité*, § XXX. t. II. p. 310 et s.; Ortolan et Desjardins, *Éléments*, t. I, nos 4000 et s., p. 457 et s. — Haus, *Principes*, t. I, nos 459 et s., p. 346 et s.; Carrara, *Progr.* § 375, p. 199, § 414, p. 217; Nicolini, *op. cit.* (Rev. crit., 1864, p. 259 et s.; Feuerbach., *Lehrbuch des gemeinen in deutschland gültigen peinlichen Rechts*, § 42, Giessen, 1847 : « La tentative n'est punissable que si le fait qui la constitue est en rapport de causalité avec le crime, et constitue objectivement parlant un danger, « wenn... objectiv gefährlich ist »; Geyer, *Ueber die so genannten-untauglichen Versuchandlungen* (Zeitschrift f. d. ges. Str. W. 1881), *Del tentativo* (Riv. pen., t. XIV); Cohn, *Zur Lehre...* : Une action qui ne possède pas la

Les principes d'abord ; on sait quels ils sont, il suffira de les rappeler brièvement. Si la tentative tombe sous le coup de la loi, c'est qu'elle constitue un acte extérieur, sinon dommageable, au moins dangereux pour le droit individuel menacé, et par suite pour l'intérêt social : là où tout danger vient à manquer dans les faits eux-mêmes, la répression n'a plus de raison d'être. Or, ce danger n'existe évidemment pas si les actes réalisés sont inaptes à produire jamais un résultat criminel quelconque, si de par les lois physiques et naturelles tout dommage, toute atteinte à la personne d'autrui, toute destruction de son droit est radicalement impossible.

Sans doute, de pareils actes manifestent bien chez l'agent l'existence d'un dessein criminel, d'une faute subjective ; ils attestent même, si l'on veut, une disposition du coupable à renouveler, et cette fois plus heureusement peut-être, sa tentative criminelle ; mais rien de tout cela ne suffit à justifier l'intervention du législateur. La loi pénale n'a pas à sévir contre les pensées, les résolutions, même manifestées au dehors, par cela seul qu'elles sont immorales et perverses, et la possibilité future d'un délit ne peut suffire davantage à son intervention. En présence de faits semblables, le pouvoir social peut bien user de mesures préventives mais jamais d'une véritable peine. Pour que cette peine soit légitime, il faut autre chose qu'un *acte révélatif* de la culpabilité ; il faut un acte qui soit, en lui-même, une atteinte totale ou partielle au droit d'autrui, qui réalise ou tout au moins contienne en puissance la violation de ce droit ; c'est ce qu'on appelle, d'une façon générale, l'*acte exécutif*. Or, les actes qui constituent la

capacité abstraite de produire les conséquences nécessaires pour constituer l'essence de fait d'un délit (*Mangel in Thatbestand*) ne peut être appelée tentative ; — Jg. Liszt, *Lehrbuch...* § 47, p. 208 et s.

tentative d'un crime irréalisable ne répondent en rien au concept de l'acte d'exécution.

On ne saurait dire qu'ils sont voisins, rapprochés de cette exécution, en rapport direct et immédiat avec elle, qu'ils tendent à la produire, puisque condamnée *ab initio* cette exécution ne pourra jamais se réaliser. On ne peut dire que de tels actes révèlent par eux-mêmes l'intention criminelle de leur auteur, car, pris en soi, envisagé dans sa seule matérialité, le fait, par exemple, de blesser un mort ne dénonce évidemment pas un projet de meurtre, le fait d'administrer une substance inoffensive n'indique nullement l'intention d'empoisonner. Enfin, pour reprendre le critérium de tous le plus adéquat au concept objectif, celui qui en est la plus fidèle interprétation, on ne peut dire que de tels actes soient vraiment une *cause* par rapport au résultat voulu puisqu'ils ne possèdent en aucune façon la capacité de produire ce résultat. Il n'y a plus et l'esprit ne conçoit plus entre eux et le résultat voulu, aucun rapport objectif de causalité.

Non seulement les conséquences dommageables réputées criminelles par la loi ne se réaliseront pas, mais elles ne peuvent même pas se réaliser. Le droit d'autrui ne sera pas atteint, sa personne, sa fortune ne subiront aucun préjudice, les lois de la nature elles-mêmes s'y opposent. Ce qui a été fait ne saurait donc être considéré comme contenant en soi la violation du droit d'autrui, comme relié à cette violation par ce rapport de *causalité potentielle* (2), hors duquel la répression est sans fondement aucun.

En réalité, nous sommes en présence d'un attentat auquel manque un élément constitutif essentiel : nous apercevons bien son élément subjectif, l'intention criminelle

(2) Cf. Cohn, *op. cit.*, p. 395 ; Carrara, *Progr.*, § 375, p. 499.

de l'agent; nous chercherions en vain son élément objectif: le fait matériel. Le délit est sans réalité, sans force physique, c'est un délit imaginaire, un simulacre de tentative.

Pour incriminer de pareils actes, il faudrait cesser de les examiner en eux-mêmes, dans leur matérialité; il faudrait rechercher ailleurs, dans des circonstances externes, la preuve de l'intention criminelle qui leur a donné naissance. « Mais alors ce ne serait plus conclure, ainsi que le veut le bon sens, de l'existence des faits à celle du projet criminel; mais bien de l'existence du projet à la criminalité des faits; ce serait dire qu'il faut oublier un principe essentiel du droit pénal, pour retomber dans tous les dangers qui accompagnent la punition de la pensée » (3). La loi pénale n'a pas cet empire, elle statue dans les limites, non du juste, mais de l'utile; or, l'utilité sociale n'apparaît pas blessée, tant que la résolution criminelle même certaine et affirmée au dehors ne s'est pas matérialisée, incarnée, pour ainsi dire, en des actes objectivement dangereux et menaçants pour le droit dont l'agent poursuivait la violation.

Tel est, sur le terrain des principes, l'unanime raisonnement des auteurs classiques. Et cette solution rationnelle, disent-ils, c'est aussi la solution légale, celle qui résulte des textes positifs des législations modernes.

107. — Comment donc le législateur français ou étran-

(3) V. Rossi, *Traité, loc. cit.*: «..... Ces actes prouvent, dira-t-on, une perversité qui est à craindre. On veut donc franchir les bornes de la justice pénale, poursuivre et punir la perversité en général, sous le prétexte d'un acte qui ne produit aucun mal matériel, pas même un danger, une alarme raisonnable? Dès lors, il y aurait plus de raison encore à punir les hommes notoirement vicieux et livrés à de funestes habitudes. Ils sont plus à craindre qu'une *espèce de fou* qui essaie une fois de faire un acte impossible ».

ger a-t-il caractérisé et défini la tentative punissable? Par l'idée d'un *commencement d'exécution*, c'est-à-dire, traduisent-ils, par l'idée d'une *exécution partielle*. Or cette exécution partielle ne saurait se concevoir là où l'exécution totale elle-même est radicalement impossible. « L'idée de commencement suppose la possibilité d'atteindre le but par l'application plus ou moins prolongée du moyen ». On n'exécute ni pour le tout ni pour partie un assassinat si la victime est déjà morte, un avortement s'il n'y a pas grossesse, un infanticide si l'enfant est mort-né, un empoisonnement si l'on use de substances inoffensives. Puisque la réalisation totale de l'effet criminel recherché est radicalement impossible, l'agent n'a jamais pu davantage s'avancer vers cette réalisation totale, faire des actes qui en soient éloignés ou rapprochés, exécuter ce *fragment du délit* qu'est la tentative, pas plus que l'enfant qui puisait dans la mer avec un gobelet ne commençait l'épuisement des eaux et la mise à sec du globe terrestre. Pour parler d'attaque à un droit, ne faut-il pas de toute nécessité qu'il y ait un droit existant et attaquant; celui-là qui dérobe une chose qui se trouve lui appartenir a-t-il jamais à aucun moment menacé le droit de quelqu'un et commencé la soustraction de la chose d'autrui?

Le système apparaît bien, du reste, confirmé par d'autres textes plus spéciaux; et, pour ne parler que du droit français, nous le retrouvons consacré dans l'art. 301 du C. pén. L'empoisonnement, c'est, dit ce texte, « l'attentat à la vie d'une personne par l'effet de substances qui peuvent donner la mort ». Qu'est-ce à dire, sinon qu'il n'y a point d'empoisonnement quand l'agent, fut-ce à son insu, n'a employé que des substances inoffensives, sinon encore que dans les mêmes circonstances il ne peut exister de tentative d'empoisonnement, celle-ci devant forcément réunir, pour prendre vie juridique, les mêmes élé-

ments matériels que le crime consommé ? C'est l'application dans une hypothèse particulière du système général consacré par l'art. 2.

Voici donc l'argumentation de la doctrine classique, et, dès maintenant, à la rigueur, il nous serait possible d'en discuter le bien fondé. Mais voici qu'un obstacle surgit, qui complique singulièrement notre tâche. C'est qu'en effet, si nous apercevons nettement le principe, fondement et point de départ de la doctrine classique ; nous sommes beaucoup moins, ou pour mieux dire, nous ne sommes nullement fixés sur les conclusions, les conséquences pratiques de ce principe, conséquences dont l'examen constitue cependant un élément puissant d'appréciation de la valeur du principe lui-même. Sous la forme générale où nous l'avons présenté, le raisonnement ne tendrait à rien moins, en effet, qu'à l'impunité absolue de toute tentative irréalisable, quelle que soit la raison, la cause de l'impossibilité d'exécution ; or justement, en fait et quelque contradictoire que cela puisse paraître, ce n'est point une doctrine aussi absolue, aussi intransigeante qui prévaut. En réalité, on peut même dire qu'une telle conclusion, aussi rigoureusement et logiquement déduite des prémisses posées, n'a rencontré et ne peut rencontrer aucun partisan (4). Et pour une raison absolument décisive et sans réplique : c'est que, dans la réalité des faits, l'impunité toujours et pour toute tentative irréalisable aboutirait à laisser impunis des actes certainement criminels, parce que compromettants au plus haut point pour la sécurité des individus et l'ordre public. En vain, déclare-t-on, en thèse générale, que l'auteur d'actes semblables est une « espèce de fou », « qu'il est « plus sot que coupable », que ces faits sont « rares, exceptionnels, peu nuisibles et peu sérieusement

(4) Cf. cep. Geyer, *Del tentativo* (Rivist. pen., t. XIV, p. 369).

alarmants, qu'il n'y aurait aucun profit à embarrasser la loi pénale et la liste des délits de prévisions aussi excentriques (5) » ; il faut bien reconnaître cependant, nous le verrons, qu'il est de nombreuses hypothèses où la répression s'impose, au contraire, avec une force invincible. Et c'est pourquoi, sous la pression de l'évidence et du bon sens, il n'est pas de jurisconsulte qui n'admette au nom des principes rationnels, et ne tente de justifier au nom des dispositions légales existantes, pour certaines hypothèses de tentative irréalisable, l'intervention de mesures non seulement préventives, mais pénales. Et c'est ainsi qu'ont pris naissance de multiples distinctions, suivant la cause, la date de l'impossibilité ; distinctions dont l'ensemble constitue l'orbite dans lequel ont évolué les opinions en cette matière, et qu'il nous faut par suite examiner.

*
*
*

108. — Entre toutes, l'une nous apparaît immédiatement d'une importance plus particulière et nous ne saurions trouver un meilleur point de départ aux développements qui vont suivre que son exposé : c'est la distinction capitale entre l'impossibilité absolue et l'impossibilité relative. Toute impossibilité, a-t-on dit, est absolue ou relative. Dans l'un ou l'autre cas, elle peut tenir à une double cause : à l'objet visé lui-même ou bien aux moyens employés par l'agent.

L'impossibilité est absolue et elle tient à l'objet, quand cet objet n'existe pas matériellement ou manque d'une qualité juridique essentielle : l'assassin frappe son ennemi,

(5) V. Ortolan et Desjardins, *op. cit.*, t. I, n° 1006, p. 457.

celui-ci est déjà mort ; placé en embuscade, la nuit, il croit voir sa victime et tire, il n'a vu et n'a atteint qu'un tronc d'arbre ; une femme s'administre des substances ou des tiers pratiquent sur elle des manœuvres abortives, elle n'est pas enceinte ; une autre vient d'accoucher et cherche à étouffer son enfant, celui-ci est mort-né ; un voleur s'introduit dans une maison, celle-ci est vide ou les objets qu'il dérobe se trouvent lui appartenir (6). — L'impossibilité est absolue et elle tient aux moyens si, l'objet visé existant bien matériellement et juridiquement, les moyens employés sont radicalement inefficaces, impuissants à l'atteindre : c'est le cas de l'assassin qui vise et presse la détente d'une arme déchargée à son insu ou qui tire à une distance manifestement excessive, c'est le cas également de celui qui croyant administrer à sa victime une substance toxique ne lui fait prendre qu'une substance inoffensive.

Mais l'impossibilité d'exécution peut n'être que relative et ici encore elle peut résulter soit de l'objet, soit des moyens. De l'objet, lorsque, existant bien ici encore réellement et ne manquant d'aucune qualité juridique essentielle, cet objet, ne se trouve cependant pas là, où le criminel avait pensé le rencontrer et l'atteindre ; par exemple, l'assassin tire un coup de feu dans une chambre où il sait que telle personne se tient habituellement, mais cette personne vient de passer dans la pièce voisine ; par

(6) Nous pourrions multiplier les exemples : un individu se croyant marié viole la foi conjugale ou veut convoler à nouveau, son mariage est nul ; point d'adultère, point de bigamie possibles. Il en serait de même évidemment si son mariage étant valable, il avait par mégarde épousé une seconde fois son premier conjoint. Mais nous ne garantissons pas la vraisemblance de l'hypothèse. Jg. encore l'espèce bizarre rapportée dans Ortolan, I, p. 453, n° 1002, d'après le *J. des Débats* du 26 janvier 1856.

exemple encore des voleurs fracturent le tronc d'une église, un coffre-fort, l'un et l'autre sont vides.

Enfin l'impossibilité relative découle des moyens employés, lorsque ces moyens, efficaces en eux-mêmes, se sont trouvés impuissants par suite de leur mauvaise utilisation, ou par l'effet de circonstances fortuites, indépendantes de la volonté de l'agent : l'assassin a tiré avec une arme chargée, à bonne distance, mais il a mal visé, le projectile a dévié, la victime s'est trouvée protégée par un obstacle imprévu ; le voleur aurait pu briser le coffre-fort avec les outils dont il était muni, mais il s'en est servi maladroitement, le coffre-fort a résisté, le bruit qu'il a fait a donné l'éveil,

109. — Telle est la distinction pour un grand nombre fondamentale, et de laquelle beaucoup sont partis pour aboutir à la double solution que l'on prévoit ; d'un côté à l'impunité de toute tentative irréalisable, dès là, qu'on se trouve en présence d'une impossibilité radicale et absolue, et, d'autre part, à la répression, pour toutes les hypothèses d'impossibilité, simplement relative. Ainsi formulée, la thèse a joui de la plus heureuse fortune. En Allemagne, elle compta et compte encore de nombreux partisans (7).

(7) Dès le début du siècle, cette idée que la tentative irréalisable ne saurait être incriminée était développée par Feuerbach, *Lehrbuch des... peinlichen Rechts*, § 42. (Edit. Mittermaier, 1836, p. 47 et s. Encore ne la soutint-il pas tout d'abord : citant, en effet, dans ses premières éditions, l'opinion de Boehmer suivant laquelle la tentative ne pouvait être punie si l'empoisonneur avait par erreur administré des substances inoffensives, il la qualifiait d'étrange (eine sonderbare Meinung). Il ne s'attache à la même idée que dans sa quatrième édition (1808). Cf. Krzymuski, *Considérations sur la tentative irréalisable* (Rev. crit. . . , t. XXVII, 1897, p. 320). — Jg. Rosshirt, *Lehrbuch der criminalrechts*, § 43 ; Heffet, dans *Neues Archiv. des criminal Rechts*, t. XII, p. 279 ; Binding, *Die Normen*, t. II, p. 411 et s. ; Meyer, *Lehrbuch der deutschen Strafrechts*, § 42, p. 216 ; Berner, *Lehr-*

En Italie, c'est à elle qu'ont souscrit la quasi-unanimité des jurisconsultes classiques (8) et la jurisprudence l'a pleinement consacrée (9). Nous la retrouvons dans la doctrine

buch... § 76, 164. — Certains auteurs, en France notamment (Voir Garraud, *Traité*, t. I, p. 301, et note dans D. 96. I, 22; Champcomunal, *op. cit.* (Rev. crit., 1895, p. 96) se sont d'ailleurs complètement mépris lorsqu'ils ont rangé Mittermaier parmi les partisans de cette théorie; et ils sont tombés dans une méprise identique en croyant trouver sa consécration dans la jurisprudence du Tribunal supérieur de l'Empire d'Allemagne dont la théorie est au contraire toute différente. V. *infra*, nos 416 et 422.

(8) V. not. Carnignani, *Elementa jur. crim.* § 231 où semblent bien apparaître les premières traces de la distinction; puis Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, § 476; Paoli, *Nozioni element. di dir. pen.*, p. 63; Giulliani, *Instituzioni di diritt. pén.*, t. I, c. IV, § 3; Tuozi Pasquale, *Corso di diritto penale*, t. I, p. 186, n° 3; Nicolini, *loc. cit.*; Carrara, *Progr.*; Pessina, *Element. di dir. pen.*, l. II, c. v, § 8; Taranto, *Del tentativo punibile*, § 39 et s. C'est elle également qu'accepte Alimena, *Ricerche*... (Riv. pen. 1895, p. 544, 545), mais d'ailleurs en reconnaissant qu'elle est peu satisfaisante, étant empirique et insuffisante.

(9) Cf. entre autres arrêts: Cass. Turin, 14 juillet 1870 (Annali, IV, 2, 224); Cass. Florence, 3 juillet 1880 (Rivista penale, XIII, p. 277); Cass. Naples, 3 janvier 1881; (Riv. pen., XIV, 232); Cass. Rome, 10 janvier 1881 (Legge, 1881, p. 637); Cass. Rome, 12 nov. 1886 (Riv. pen., XXV, p. 95); Cagliari, 5 mai 1887 (Riv. pen., XXVI, p. 355). Dans cette affaire, la Cour réforme un jugement condamnant pour tentative de vol des individus qui avaient soustrait un coffre-fort vide. L'arrêt est un résumé fidèle de la théorie objective et à ce titre il est intéressant à reproduire: « Osserva, y lisons-nous, che il tentativo consiste nell'esecuzione di quegli atti, che non solo nella intenzione degli operatori, ma anche nella loro potenzialità possono condurre alla consumazione del reato. Ora, come non si può avere in un furto senza la sottrazione di qualche oggetto, così non si può ammettere neppure tentativo quando l'oggetto da sottrarre non esiste. In tal caso gli atti eseguiti consistono in una vana espressione della intenzione fraudolenta, ma non possono essere riguardati come un principio od un avviamento alla consumazione del reato.

et la jurisprudence belges (10). En France, enfin, soutenue par de puissantes autorités (11), ce fut elle qui triompha dans deux décisions célèbres depuis en la matière, rendues par la Cour de cassation en 1876 et 1877.

110. — Ce n'est pas à dire toutefois que la jurisprudence ne se fût jamais avant cette époque trouvée en présence de la difficulté que nous examinons. En réalité, la Cour suprême elle-même l'avait déjà tranchée. En matière d'empoisonnement, elle avait refusé d'admettre aucune incrimination dans certains cas, où les substances administrées s'étaient trouvées inoffensives, soit *ab initio*, soit par suite d'un événement ultérieur; tel le mélange avec d'autres substances qui en auraient neutralisé l'effet (12).

« Il tribunale, per venire all'idea del tentativo, pose per obiettivo « della scassinatura della cassa l'apprensione dei valori in essa « riposti: valori però non vi esistevano; dunque l'obiettivo sarebbe « stato un'entità imaginaria, e perciò assolutamente messa a ser- « vire come termine ed appoggio al concetto legale del tentativo ». Cf. sur l'arrêt, Porqueddu, *Interno ad un caso di tentativo in materia di furto* (Riv. pen., XXX, p. 22). Au contraire la Cour de Turin, le 7 mars 1889 déclara l'existence d'une tentative punissable dans le cas d'un individu qui avait tiré avec un fusil chargé, mais dont le coup avait raté par suite d'une mauvaise disposition de la capsule, l'exécution n'étant pas absolument impossible dans une semblable circonstance (Riv. pen., t. XXX, p. 35).

(10) V. la distinction reproduite nettement dans Haus, *Cours de droit criminel* (éd. 1864) n° 280, p. 208; *Principes généraux du droit pénal belge*, 3^e éd., 1879, t. I, nos 459 et s., p. 346 et s.; Nypels, *Le Code pénal interprété*, t. I, p. 88 et s.; Jg. Liège, 24 juillet 1872. *Pasicrisie*, 1872, II, 421, not.

(11) V. l'exposé de Ortolan, qui eut sans doute sur l'opinion de la Cour de cassation en 1876 une influence considérable, *Éléments de dr. pén.*, t. I, n° 1002 et s., p. 453; n° 1027, p. 468. La doctrine française n'a d'ailleurs pas suivi de tous points cette manière de voir.

(12) V. Blanche, *Études*, t. IV, p. 738, n° 517 et les arrêts qu'il rapporte du 20 novembre 1812 et du 4 février 1814; ce dernier où nous voyons renvoyer un accusé: « attendu qu'il est constant, que la

En matière d'avortement, elle avait refusé de voir une tentative punissable dans des manœuvres abortives pratiquées sur une femme, alors que sa grossesse apparente n'existait pas en réalité (13). Mais il faut reconnaître que, dans l'une et l'autre hypothèse, les textes mêmes de la loi, l'art. 301 d'une part, l'art. 317 d'autre part, semblent bien avoir joué un rôle prépondérant. Avant tout la Cour se plaçait en face de la définition légale de l'empoisonnement et de l'avortement, telle que la donnent ces textes spéciaux, et c'est de cette définition même et non d'une interprétation générale de l'art. 2 qu'elle dégageait la solution.

dose d'oxyde rouge de mercure par l'acide nitrique, mêlé à 20 p. % de minimum versé dans le café, ayant perdu, par ce mélange, de son activité et force, n'était plus une substance qui aurait pu donner la mort et que, par suite, V. n'est plus convaincu d'attentat à la vie de sa femme dans le sens de l'art. 301 du C. pén. » Et le pourvoi du ministère public est rejeté : « attendu qu'il résulte de la déclaration de la Cour..., que les substances que l'accusé s'était procurées pour commettre l'empoisonnement étaient, par l'effet de leur mélange avec d'autres substances incapables de donner la mort, d'où il suit qu'en prononçant l'acquiescement de l'accusé, la Cour n'a formellement contrevenu ni à l'art. 301 ; ni à l'art. 2 du C. pén. » Jg. Blanche, *op. cit.*, t. I, p. 43, et l'arrêt intéressant de la Cour d'assises des Côtes-du-Nord du 21 avril 1863. (Gaz. des Trib., 19 mai 1863, D. Supp., v° Crim et dél. cont. les pers., n° 95.)

(13) V. Cass. 6 janv. 1850, S. 59, I, 362 : « Attendu que d'après l'esprit et les termes de l'art. 317, la grossesse de la femme, sur laquelle le crime est commis, est une condition constitutive de ce crime... Qu'il peut se faire que des pratiques coupables, semblables à celles que prévoit l'art. 317, soient opérées sur une femme ayant l'apparence d'une femme enceinte, alors qu'en réalité il n'existe pas de grossesse, et que par suite, il n'y a pas d'avortement possible ; que là où se rencontre une impossibilité matérielle à la perpétration du crime même, se rencontre une impossibilité de même nature pour l'existence en fait et la qualification en droit de la tentative. »

En réalité, c'est en 1849 que, pour la première fois, se pose nettement la question, c'est devant la Cour d'Agen. Un père, à la suite d'une violente querelle avec son fils, saisit un fusil qu'il a chargé quelques jours auparavant, il s'assure que les capsules sont en bon état, il ajuste et fait successivement partir les deux détonations ; mais le fils avait eu soin entre temps de décharger le fusil. Le meurtre était donc impossible, impossible absolument par suite d'une impuissance radicale inhérente au moyen employé. Le Ministère public requérait de la chambre des mises en accusation un arrêt de non-lieu ; celle-ci, fut d'un avis contraire et renvoya le coupable devant les assises pour « tentative d'homicide volontaire, manifestée par un commencement d'exécution et n'ayant manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur » (14). Quelques années après, la Cour de Montpellier se trouvait en présence d'une hypothèse un peu différente. Un individu avait tiré plusieurs coups de fusil dans une chambre, pensant atteindre les personnes qui s'y tenaient habituellement ; il se trouva qu'à ce moment même elles en étaient absentes. C'est un cas d'impossibilité simplement relative, dira plus tard la Cour de cassation, et elle déclarera la répression justifiée. La Cour de Montpellier consacre la solution contraire, et elle renvoie le coupable de toutes poursuites (15).

(14) V. Agen, 8 décembre 1849, S. 53, 2, 66. — Cf. sur cet arrêt, Lacoïnta, *op. et loc. cit.* p. 493, Carrara, *Progr.* § 364.

(15) V. Montpellier, 26 février 1852, S. 52, 2, 464 : « La Cour, considérant que le commencement d'exécution, condition essentielle et nécessaire de toute tentative criminelle, implique la possibilité d'atteindre le but à l'aide du moyen employé pour réaliser le crime ; qu'il ne saurait dès lors y avoir commencement d'exécution, ni par conséquent tentative légale d'un crime d'assassinat, si l'agent et la victime supposée se trouvent placés dans de telles conditions que la

La Cour de cassation ne fut pas appelée à vérifier l'exactitude de ces solutions, d'ailleurs manifestement contradictoires. Mais en 1876 et 1877, deux arrêts lui furent déférés, à propos desquels elle posa, en termes suffisamment explicites, croyons-nous, le principe de la distinction restée depuis comme caractéristique de son système, entre les deux impossibilités absolue et relative. La Cour de Paris avait condamné un voleur, bien que le tronc des pauvres qu'il avait brisé se fût trouvé vide; et la Cour suprême de rejeter le pourvoi, cette circonstance étant étrangère à la volonté de l'agent et ne constituant pas « une impossibilité absolue d'atteindre le but qu'il s'était proposé » (16). La Cour de Chambéry s'était trouvée en présence d'un individu qui avait tiré sur un autre;

consommation du crime soit actuellement impossible; qu'il est de principe que la tentative, vaine par l'impossibilité du moyen et du but, ne peut constituer la tentative légale d'aucun crime et d'aucun délit; considérant que si de tels actes supposent une perversité plus ou moins profonde dans leurs auteurs, il y a lieu de reconnaître que, dans l'état actuel de la législation, ils ne sont point du ressort de la justice humaine; considérant que les coups de feu tirés dans la chambre de la famille de J. M. ne pouvaient évidemment atteindre, ni J. M. ni sa fille, puisque l'un et l'autre étaient en ce moment hors de la chambre et absents même de la maison; qu'ainsi quelle que soit la criminalité de la pensée qui a inspiré ces actes, on ne saurait trouver en eux le commencement d'exécution d'un crime dont la consommation était matériellement impossible ».

(16) V. Cass. 4 novemb. 1876. D. 78, I, 33, S. 77, I, 48. « Attendu que si, dans son exposé des faits, cet arrêt énonce que le tronc des pauvres se trouvait vide au moment de ladite tentative, il ne relève en cela qu'une circonstance étrangère à la volonté de son agent, et non une impossibilité absolue d'atteindre le but qu'il s'était proposé, à son entrée dans l'église, but qui d'après ses aveux constaté dans le même exposé était le vol. » La solution a été confirmée nouvellement dans un arrêt de Cassation du 4 janvier 1895, sur lequel d'ailleurs nous aurons à revenir plus tard.

mais cet autre venait de passer dans la pièce voisine et comme la Cour de Montpellier l'avait fait dans une hypothèse identique, elle s'était refusée à voir là une tentative punissable. La Cour suprême casse l'arrêt. Si la victime n'a pas été atteinte, dit-elle, c'est par une cause toute fortuite, il n'y avait pas une *impossibilité absolue à ce que le crime soit consommé* (17).

111. — A la même époque la Cour de cassation affirmait encore, quoique implicitement, la même doctrine en une autre matière, celle de la corruption de fonctionnaires. Un juge de paix avait ouvert une information pour vol, un individu lui offrait une somme d'argent pour faire mettre le

(17) « Attendu en droit, disait la C. de Chambéry, qu'il ne suffit pas que de la part de l'agent tout ce qui était nécessaire à la perpétration du crime ait été consommé, qu'il est de plus nécessaire au point de vue de l'objet du crime qu'il y ait eu possibilité de le commettre non seulement d'une manière absolue mais encore par la corrélation entre les moyens employés et l'objet lui-même; qu'ici l'agent a voulu le crime, a tiré sur un point où il croyait que se trouvait le but de ce crime, mais en réalité n'a tiré que sur un lit, dans une chambre où ne se trouvait aucun objet passible du crime d'homicide. » Attendu, répond la C. de cassation, que la conséquence légale que l'arrêt dénoncé tire des faits qu'il constate est erronée; qu'en effet c'est par une cause toute fortuite que O. ne se trouvait pas dans sa chambre au moment où le coup de pistolet qui lui était destiné a été tiré; que la veuve C... supposait et devait supposer qu'il était couché puisque telle était son habitude; que dès lors, il n'y avait pas une impossibilité absolue à ce que le crime qu'il se proposait de commettre pût être consommé, que si O... n'a pas été atteint par le coup de pistolet tiré contre lui avec intention de lui donner la mort, ainsi que le déclare l'arrêt, c'est par une circonstance extraordinaire dont l'agent du crime ne saurait bénéficier; qu'il résulte donc des constatations de fait que la veuve C... a commis volontairement une tentative d'homicide, tentative manifestée par un commencement d'exécution et qui n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur », 12 avril 1877, D. 77, I, 33, S. 77, I, 329.

prévenu en liberté et à l'abri de toutes poursuites. Seulement le fait se produisait à un moment où la procédure ne semblait plus être dans les mains du juge de paix, celui-ci l'avait, en effet, transmise au Procureur de la République, qui avait saisi le juge d'instruction. Ce qu'avait par suite demandé le corrupteur, c'était un acte qui n'était plus au pouvoir du juge de paix, le résultat voulu par lui était donc irréalisable ; sa tentative de corruption, dans les conditions où elle intervenait, était d'un effet radicalement impossible. La Cour de cassation déclara cependant justifiée la condamnation intervenue, mais par cette raison justement que la situation était en fait toute différente. Alors, disait-elle en substance, le juge d'instruction n'avait procédé à aucun acte de son ministère, et ne devait avoir aucune opinion relativement au vol imputé au prévenu ; le juge de paix pouvait encore être appelé, et il le fut réellement, à exécuter des commissions rogatoires ou à fournir des renseignements sur la nature ou la gravité des charges recueillies contre l'inculpé ; il pouvait donc encore exercer une influence décisive sur la solution à donner au procès dans le sens d'une ordonnance de non-lieu. N'était-ce pas admettre implicitement que si la tentative de corruption s'était produite à une époque plus tardive encore, où le juge de paix aurait été dans l'impossibilité absolue de remplir l'acte qu'on lui demandait, et, par suite, d'exercer aucune influence sur la solution de l'information, l'auteur de la tentative eût échappé à toute répression ? (18).

*
* *

Ainsi la distinction se trouve posée en termes très nets ;

(18) Cf. Cass. 2 avril 1875, D. 75, I. 489, S. 76, I. 183. Cf. Garraud. *op. cit.*, t. III, p. 415, n° 291.

elle est, nous disent ses partisans, pleinement justifiée. Et, en effet, si l'impossibilité est absolue, c'est qu'elle tient à l'inexistence matérielle, soit de l'objet, soit des moyens ; elle dépend donc, non point d'un événement accidentel, fortuit, mais d'une circonstance intrinsèque de l'action accomplie, de sa nature, de son essence. Ici s'appliquent dans toute leur plénitude les considérations que nous exposons en commençant. Point de danger pour qui que ce soit dans des actes semblables puisque jamais ils ne seront susceptibles de produire un dommage quelconque. Poignarder un cadavre ou administrer de l'eau sucrée sont des actes que l'on peut supposer réitérés à l'infini, jamais aucun agent, quelles que soient et les circonstances de son action et la victime contre laquelle il agira, n'en saurait faire sortir aucun mal effectif et spécialement la mort, constitutive d'un assassinat ou d'un empoisonnement. L'impossibilité absolue est incompatible avec la notion d'une tentative socialement alarmante et par suite légalement punissable.

Mais les hypothèses d'impossibilité simplement relative nous présentent une situation bien différente. Là, en effet, l'objet de l'attaque et l'attaque elle-même existent réellement. La victime est vivante et le fusil suffisamment chargé, un danger existe donc dans les faits : matériellement la victime est menacée, car tous les éléments sont réunis d'où abstraitement le résultat criminel peut sortir. La tentative reste-t-elle sans effet, la cause n'en est point dans la nature même des actes accomplis qui étaient pleinement susceptibles d'aboutir, elle est dans la survenance d'une circonstance toute fortuite, extérieure à l'action telle que l'agent l'avait envisagée et résolue. Et, par exemple, au moment où le criminel élevait l'arme et visait, la victime était bien à telle place dans telle pièce où le coup devait l'atteindre, mais l'agent a trop tardé, au moment où

il pressait la détente, la victime passait dans la pièce à côté. Qu'est-ce que cela? Un fait de pur hasard, indépendant de la volonté du coupable et dont il serait immoral et contraire à l'intérêt social de le faire bénéficier. En soi, l'action contient ici un danger certain; qu'elle soit renouvelée par un autre et cette circonstance qui est intervenue fera défaut, l'agent sera plus prompt ou plus habile, l'attaque recouvrera sa pleine efficacité. La répression, dans toute cette catégorie d'hypothèses est pleinement justifiée, il y a tentative inachevée par l'effet de circonstances fortuites, involontaires. La peine peut et doit intervenir.

112. — Impossible, à coup sûr, de méconnaître la supériorité au moins relative du système. C'est un large champ enlevé à l'impunité, et, dans une certaine mesure, la solution satisfait le bon sens et rassure la conscience publique. Il s'en faut cependant encore, et de beaucoup, à notre estime, qu'elle la satisfasse complètement: il s'en faut aussi qu'elle soit conforme aux données théoriques, et tout autant, à la conception de la tentative, telle que nous la trouvons dans les textes positifs et légaux. Mais ce sont là autant de points que nous retrouverons plus tard; auparavant, une étude plus restreinte, plus spéciale, s'impose à nous; c'est d'examiner, en elles-mêmes, quelques-unes des distinctions édifiées en cette matière et de rechercher dans quelle mesure elles sont logiques et rationnelles.

Or, à cet égard, sur ce terrain plus limité, la distinction dont nous venons de poser les termes et qui se fonde sur le caractère absolu ou relatif de l'impossibilité, nous paraît absolument inacceptable. C'est du reste ce que mieux qu'aucune autre la doctrine française a su mettre en relief (19).

(19) V. les références, note suiv.

Rien de plus faux, de plus artificiel que de distinguer plusieurs catégories d'impossibilités de nature différente. L'impossibilité, à ce point de vue, ne comporte pas de variétés, elle n'est pas absolue ou relative, elle est ou elle n'est pas, voilà la vérité. Elle existe évidemment si l'agent, qui voulait assassiner, n'a frappé qu'un cadavre; si voulant empoisonner il n'a présenté à sa victime qu'un breuvage inoffensif; mais elle existe tout autant, si, au même moment où l'assassin faisait partir le coup, la victime passait dans une pièce voisine où la balle ne pouvait certainement pas l'atteindre; elle existe tout autant, si le poison s'est trouvé par mégarde mélangé à des substances qui lui ont enlevé toute efficacité malfaisante. Dans tous ces cas l'impossibilité est identique et d'une influence égale: l'exécution restera également vaine et à l'état de pur simulacre, ni plus ni moins. Si quelque chose varie, c'est la cause productrice de l'impossibilité; celle-ci pouvant résulter, soit de l'inexistence de l'objet, soit de l'inexistence ou de l'insuffisance des moyens employés. Et c'est encore, et en conséquence, le moment précis où l'impossibilité peut prendre naissance. On la conçoit, en effet, concomitante, soit de la résolution criminelle (si par exemple l'agent forme le dessein d'empoisonner telle personne déjà morte à ce moment); soit de la préparation (s'il y a eu mélange du poison à d'autres substances qui le rendent inoffensif), soit encore de l'exécution, et ici on conçoit l'impossibilité survenant au début ou au cours de cette exécution; on la conçoit enfin intervenant alors que l'agent a réalisé quant à lui toute sa part d'action criminelle et c'est le cas si la victime étant blessée mortellement un tiers survient et la sauve. Mais rien de tout cela, remarquons-le, ne saurait influencer sur la nature de l'impossibilité, qui, une fois née, reste toujours et en toutes hypothèses identique à elle-même, condamnant l'exécution à une égale inef-

ficacité : il n'est pas moins impossible de tuer un homme en tirant dans une chambre où il n'est pas qu'en tirant sur un tronc d'arbre pris pour lui dans l'obscurité ; il n'est pas moins impossible d'empoisonner en faisant prendre une dose de poison moitié trop faible qu'en administrant une substance absolument inoffensive. L'absence de l'objet là où l'agent pensait l'atteindre équivaut à son inexistence absolue, et de même l'insuffisance du moyen équivaut à son impuissance radicale. Ainsi point de distinction à établir sur une semblable base : l'impossibilité est une et elle est absolue ; à l'action qu'elle vicie, elle enlève également et toujours toute possibilité de résultat. Et la conclusion ne paraît guère douteuse : si rationnellement et légalement la tentative a pour fondement nécessaire et essentiel l'existence dans les faits accomplis d'un danger matériel et objectif, si pour tomber sous le coup de la loi ces actes doivent contenir en puissance le résultat voulu ; eh bien, sans aucune distinction, c'est toute tentative irréalisable qui échappe à la répression ; c'est la conclusion fatale, la seule logique du concept objectif.

La doctrine française fait bon accueil au raisonnement, elle semble même parfois souscrire pleinement à la conclusion, mais c'est plutôt en apparence et dans les mots. Au fond, nous l'avons dit, il n'est personne qui songe à défendre une solution aussi rigoureuse. Si la doctrine déclare que toute tentative irréalisable doit rester impunie, c'est qu'elle met à part, au préalable, toute une catégorie d'hypothèses où la répression lui apparaît certaine, au double point de vue légal et rationnel. Voici, du reste, dans son ensemble le système de la doctrine française (20).

(20) Cf. Blanche, *Études*, t. I, n° 8, p. 9, t. IV, n° 517 ; Bertauld, X^e leçon, p. 202-206 ; Rauter, *op. cit.*, t. I, n° 94 et s. ; Le Sellyer, t. I, nos 22 et s. ; Dalloz, v° *Crim. et dél. cont. les pers. Répert.*

* * *

113. — Pas de répression, suivant elle, dans les cas où l'impossibilité tient, soit à l'inexistence matérielle ou juridique de l'objet, soit à l'impuissance absolue, intrinsèque des moyens employés. Le fait de l'assassin qui frappe un cadavre, celui de l'empoisonneur qui administre une substance inoffensive, peuvent attester une résolution criminelle certaine ; ils ne constituent point des actes punissables : puisqu'ils sont dès le principe radicalement, nécessairement inefficaces, ils ne tendent, en quoi que ce soit, au résultat criminel voulu. Il ne faut point dire que dans des cas semblables l'absence de tout résultat dommageable est le produit d'une circonstance accidentelle et indépendante de la volonté de l'agent, c'est une équivoque. Ce qui est accidentel, c'est l'inexistence absolue, soit de l'objet soit du moyen ; et, par exemple, c'est par cas fortuit que la victime était déjà morte au moment où elle recevait le coup de poignard qui l'eût tuée ; mais, étant donnée l'existence de cette circonstance, de cette mort, ce n'est nullement par cas fortuit que l'acte accompli, le coup de poignard n'a pu produire et n'a produit aucun effet. Tel qu'il a été perpétré, l'acte était en soi, et sans aucune condition, fatalement inoffensif.

Et il en est de même, suivant la doctrine, dans toutes les hypothèses dites d'*impossibilité relative quant à l'objet* où la victime, bien que réellement existante, s'est

nos 94, 95, *Suppl.*, n° 104 ; Lainé, p. 132, 133 ; Villey, *Du délit impossible* (France judiciaire, t. I, 1877-78, p. 185-192) et note dans S. 77, I, 329 ; Lacoïnta, *op. cit.* (Rev. crit., 1863, p. 473-476) ; Garraud, t. I, p. 303, n° 250, t. V, n° 627, 629 ; Marie, *op. cit.*, p. 50 ; de Krzymuski, *op. cit.* (Rev. crit., 1897, p. 322) ; Lefort, *De la tentative des crimes impossibles*. (Rev. gén. de dr., t. II, 1878, p. 8.)

trouvée soustraite à l'influence des moyens mis en œuvre. Ici encore, aucun résultat ne pouvait se produire et la formule peut être reprise : si c'est effet du hasard, qu'au moment où l'agent pressait la détente, la victime soit passée dans la pièce voisine ; ce n'est point effet du hasard que, cela étant, la victime n'ait pas été atteinte. Il ne s'agit point d'examiner si l'agent pouvait agir autrement et s'il n'y avait point neuf chances sur dix pour que la victime restât là et fût tuée ; il faut prendre le fait tel qu'il est ; or, ce fait, en soi, était radicalement impuissant. Jamais dans les mêmes circonstances aucun agent n'eût blessé, ni tué. Ici encore aucune répression légitime ne peut intervenir.

Mais où la tentative devient punissable, c'est lorsqu'il s'agit de ces hypothèses où l'impossibilité toute relative découle de l'impuissance, de l'insuffisance fortuite des moyens. Et par exemple, la victime est à sa place, le fusil est suffisamment chargé mais l'agent vise mal, trop à droite ou trop à gauche ; le coffre-fort n'est point vide et le voleur essaie de le fracturer, il a en main des instruments bien suffisants pour réussir son effraction, mais il est maladroit, inexpérimenté, le coffre-fort résiste à ses coups. Ici, plus d'impossibilité à la production du résultat. Dans les conditions où l'infraction est perpétrée, il y a danger, car rien ne s'oppose à sa consommation pleine et entière : le crime est pleinement réalisable, seulement il est manqué par suite d'une maladresse, d'un vice d'exécution, c'est-à-dire, au fond, par suite d'une circonstance accidentelle et toute contraire à la volonté de l'agent. Tel est le raisonnement de la doctrine en général. C'est une nouvelle distinction qu'il nous faut apprécier. Que vaut-elle donc ? — Nous plaçant toujours au seul point de vue théorique et logique, elle nous paraît tout aussi peu fondée que la précédente.

114. — Le cas de maladresse, de mauvaise utilisation des moyens, nous dit-on, n'est point une hypothèse d'impossibilité, mais bien de crime manqué. Peut-être, mais pourquoi donc, en réalité, le crime a-t-il été manqué, sinon dans nombre de cas par l'effet d'une véritable impossibilité ? Évidemment, l'impossibilité ne tient ici, ni à l'inexistence absolue de l'objet, ni à l'impuissance intrinsèque des moyens, puisque nous supposons la victime vivante et les moyens en eux-mêmes pleinement suffisants ; elle tient seulement à un défaut de relation, d'adaptation des moyens à l'objet. Mais en quoi a-t-elle moins de valeur ? La vérité est, qu'une fois née, elle est tout aussi radicalement décisive, elle empêche, d'une façon tout aussi absolue, la production de l'effet criminel voulu et recherché. Pour différer en quelque sorte d'aspect extérieur, l'obstacle n'en reste pas moins toujours et dans tous les cas aussi complètement insurmontable.

Sans doute encore, il ne s'agit point de prétendre que, toujours et partout, le crime manqué demeure sans effet par suite d'une impossibilité d'exécution. Le crime manqué, tout au contraire, peut être un crime parfaitement réalisable, et c'est bien ce qui arrive, par exemple, si le coupable ayant blessé mortellement sa victime ou lui ayant fait absorber une substance toxique en quantité suffisante (dans les législations, bien entendu, où l'empoisonnement n'est consommé que par la mort de la victime), un tiers survient, appelle un pharmacien qui administre un antidote et sauve la victime : le crime était possible, mais il est manqué, cela est parfaitement exact. Seulement ce qui n'est pas admissible, et ce que personne n'admet c'est qu'une législation quelconque puisse restreindre la répression du délit manqué dans des limites aussi étroites. De tels cas sont en effet certainement exceptionnels où la tentative reste inachevée par la survenance d'une circons-

tance fortuite, postérieure à l'exécution, telle que l'agent l'avait comprise et voulue. L'inexécution résulte bien plutôt et le plus souvent d'une impuissance des moyens, venant elle-même d'une maladresse, d'une incapacité, d'une erreur de l'agent qui les met en œuvre. Il est absolument vrai de dire que neuf fois sur dix le crime manqué est un crime impossible et que toute législation qui accepte de prévoir et de punir le premier, accepte par là même de prévoir et de punir le second.

Mais alors puisqu'il en est ainsi, nous pouvons reprendre tout entière l'argumentation de la doctrine. Il n'y a pas deux impossibilités; dès qu'elle existe, quelle qu'en soit la cause, toute impossibilité est absolue. Impossibilité, dit la doctrine, si l'agent a visé une victime réellement existante mais éloignée du lieu où le coup devait et a effectivement porté, impossibilité si le voleur n'a fracturé qu'un tronc vide; eh bien alors, impossibilité encore et tout autant, si le coupable a trop peu chargé son arme ou s'il a mal visé, si le voleur n'a pas su se servir des instruments avec lesquels il espérait bien réaliser son effraction. Puisque l'arme était dirigée trop à droite ou trop à gauche, puisque le voleur était maladroit ou muni d'un levier trop faible, nul doute n'était possible; au moment où elle commençait, l'exécution était à jamais compromise. Mathématiquement, il était certain que la victime ne serait point atteinte, elle ne courait aucun risque, car le résultat était fatalement irréalisable.

Ne dites point qu'il est des hypothèses où l'impossibilité est tellement absolue que nul agent, placé dans les mêmes conditions, ne pourrait aboutir et qu'il en est d'autres où, au contraire, les mêmes circonstances se renouvelant, l'exécution par un autre serait menée à bien (21).

(21) Cf. partic., Carrara, *Progr.*, § 414, p. 217; Castori. *Il tenta-*

L'erreur est évidente. Qu'il y ait inexistence de l'objet ou simple maladresse de l'agent, si vraiment vous supposez l'action répétée dans les mêmes circonstances, jamais aucun résultat n'en pourra découler; car, toujours, l'objet manquera d'existence et toujours l'agent manquera d'adresse; causes d'inefficacité nous le savons aussi radicales l'une que l'autre. Par contre, changez-vous les circonstances, alors il n'y a plus d'impossibilité qui tienne. Un autre agent, dites-vous, aura la force, l'adresse suffisantes; eh bien, un autre agent usant du même moyen et attaquant la même victime sera plus prompt et au lieu de trouver un cadavre ou une victime hors d'atteinte, c'est une victime parfaitement vivante et à portée qu'il frappera; un autre sera moins hésitant, plus courageux et au moment d'agir c'est bien le poison véritable qu'il présentera à sa victime et non une substance inoffensive. Toute impossibilité est absolue et toujours identique à elle-même. Sortez-vous de l'hypothèse par la supposition d'un changement de circonstances, il n'y a plus que des impossibilités relatives.

Vous vous placez en face d'une impossibilité que vous prétendez absolue et vous raisonnez de la façon suivante: si c'est par cas fortuit, dites-vous, que la victime était déjà morte au moment où l'agent la frappait, ce n'est pas par cas fortuit, que cela étant, le coup de poignard qui l'a atteinte n'a pas occasionné sa mort. Pur jeu de mots ou résultat d'une analyse fine et strictement exacte, l'observation est en réalité sans portée, car il n'est pas une impossibilité si relative que vous la supposiez en face de laquelle le même raisonnement ne puisse être tenu. L'agent a été maladroit et il a mal visé, c'est le résultat d'un cas fortuit: soit, mais cette maladresse étant réalisée

tivo, VI, n° 78 dans *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, t. 1, p. 3.

et l'arme mal dirigée, est-ce donc par cas fortuit que la victime a été protégée? Non point, c'est la force, c'est la nature des choses qui fatalement, mathématiquement l'empêchait d'être atteinte. A cet égard encore, par conséquent, il n'y a pas de différence entre les impossibilités, elles se valent toutes, et si l'impossibilité exclut la répression aucun raisonnement ne fera que même les cas de mauvaise utilisation des moyens, de simple vice d'exécution n'y échappent. A l'assassin l'impunité parce qu'il aura été mauvais tireur, au voleur parce qu'il se sera trompé de poche, aux conspirateurs parce qu'ils se seront réunis en trop petit nombre, insuffisamment pourvus d'armes et d'argent (21 *bis*) : la répression recule devant la maladresse, l'inhabileté, l'erreur de l'agent, toutes circonstances aussi radicalement que possible contraires à sa volonté. En vérité la solution est inique et absurde et nous comprenons que personne ne veuille la défendre. Cependant elle est logique, c'est même, nous le voyons, la seule logique et de ce fait son absurdité devient éminemment instructive. Car voici ce qui en résulte. Puisque la répression est utile, nécessaire, indispensable dans nombre d'hypothèses où existe cependant une impossibilité véritable à la réalisation du crime voulu par l'agent, c'est donc, au fond, que cette impossibilité n'est pas un obstacle absolument insurmontable, radicalement exclusif de toute répression.

Et alors nous apercevons qu'en réalité, toujours à un point de vue purement logique, le raisonnement peut être repris mais en sens inverse. On peut partir de ces hypothèses où, de l'avis unanime, la répression doit intervenir bien que la consommation du méfait soit irréalisable, et rechercher, à travers, pour ainsi dire, les différentes im-

(21 *bis*) Il faut croire que le système de défense a été souvent invoqué en Autriche car il s'est établi une jurisprudence formelle en sens contraire. V. Carrara, *Progr.* § 362, p. 190.

possibilités que la doctrine a distinguées, jusqu'où logiquement peut et doit aller la répression. Que cette répression soit susceptible d'une large extension c'est alors ce qui apparaît avec évidence. Suivons donc ce nouveau procédé d'investigation.

* * *

115. — Et d'abord, disons-nous, il est toute une catégorie d'hypothèses où la répression est certaine, indiscutable ; ce sont toutes celles où l'impossibilité découle d'une mauvaise utilisation des moyens. L'assassin ne saurait rester impuni parce qu'il a mal dirigé son arme ; pour être fatalement vaine et d'une impuissance radicale, son action n'en doit pas moins rentrer dans la notion, le domaine de la tentative punissable. De cela, nul ne doute, et les partisans du point de vue objectif pas plus que les autres. Il leur paraît que dans une hypothèse semblable le danger matériel existe, qui, d'après eux, sert de fondement à la répression, parce qu'au moment où commence l'exécution, nul ne peut dire que cette exécution n'aboutira pas. L'agent peut, en effet, viser juste et tuer sa victime ; si sa maladresse vient à empêcher la production du résultat c'est là circonstance accidentelle, absolument indépendante de sa volonté et dont il ne saurait légitimement retirer aucun bénéfice. Voilà le point de départ.

Mais alors, s'il en est ainsi, si telle est bien la situation qui dans sa matérialité constitue la tentative punissable ; la répression ne peut logiquement être contenue dans ces premières limites. Et il est une première extension qui s'impose ; c'est à l'égard de toutes les hypothèses, où l'impossibilité relative tient non plus au mauvais usage des moyens mais à l'absence de l'objet là où l'agent pensait l'atteindre. La situation, en effet, n'est pas différente. Au moment où l'assassin s'avance, porteur de son arme, au

moment où il visait, la victime était là ; mais à l'instant où il pressait la détente, elle passait dans la pièce à côté ; qu'est-ce que cela encore, sinon une exécution, que nul ne pouvait *ab initio* déclarer irréalisable, et qui ne doit, en effet, son impuissance matérielle qu'à la survenance d'une circonstance toute fortuite, un déplacement absolument inattendu de la victime. Et de même pour le voleur qui fracture un tronc vide ou qui se trompe de poche. Dans les conditions où l'action criminelle était envisagée et préparée par l'agent, elle pouvait se réaliser, car cet agent pouvait tout aussi bien fracturer le tronc d'à côté, fouiller la poche de droite plutôt que celle de gauche et s'emparer de quelque valeur ; le danger existait en réalité, car l'inexécution n'avait rien de nécessaire, de fatal, seulement un accident, une erreur l'a fait disparaître. Toute inexécution par suite d'impossibilité relative, quelle qu'en soit la cause, moyen ou objet, doit donc rentrer, elle aussi, dans la notion de la tentative punissable. Et c'est comme on sait un système qui a ses partisans. C'est celui auquel les arrêts de 1876 et 1877 semblent bien s'attacher.

Mais ce pas fait, comment et pourquoi ne pas aller plus loin ? Est-ce que les hypothèses où l'impossibilité est dite absolue ne peuvent pas nous présenter une situation de tous points identique ? Assurément si. Voici un domestique qui a formé le projet d'empoisonner son maître, et en effet, il prépare de véritable poison ; mais voici qu'au moment de l'administrer à sa victime, il hésite, se trouble et prenant un flacon pour l'autre lui fait absorber une substance inoffensive.

Voici un individu qui pour tuer son ennemi saisit un fusil, que depuis longtemps il avait chargé dans cette intention, couche en joue sa victime et fait partir la détente, seulement à son insu l'arme avait été déchargée. A quoi donc a-t-il tenu dans l'une et l'autre hypothèse que la vic-

tive fût empoisonnée ou tuée sinon, puisque par hypothèse cette victime existe, puisque aussi l'agent avait préparé un véritable poison ou placé dans le fusil une charge suffisante, à la survenance d'un fait de pur hasard qui est venu inficier la mise en œuvre et empêcher une adaptation efficace des moyens à l'objet ? Au fond, cela n'est pas niable, toutes ces hypothèses-là se tiennent, toutes ces situations nous présentent une physionomie absolument semblable.

Et c'est après tout, ce qu'ont aperçu chez nous maints auteurs qui se déclarant contraints à raison de l'art. 2, de défendre en droit positif, la solution étroite et vigoureuse de la doctrine, n'en ont pas moins reconnu, sur le terrain rationnel et législatif, la possibilité, la nécessité même d'une répression dans les différentes hypothèses d'impossibilité que nous venons d'énumérer (22). Et c'est encore la même possibilité que nous trouvons affirmée, en Allemagne, sous la plume de Mittermaier (23). Cette extension de la répression en matière de tentative irréalisable est même défendue par lui à deux points de vue pour nous intéressants.

116. — D'une part, en effet, ce n'est pas seulement au point de vue des principes, que se place le criminaliste allemand, c'est aussi sur le terrain du droit positif, et spécialement sur le terrain du droit français, de notre article 2. D'autre part, les principes d'où il part ne sont pas

(22) Cf. sur ces desiderata E. Villey, *op. cit.* (France judic., t. II, p. 185 et s., 192) ; Champcommunal, *op. cit.* (Rev. crit. 1895, p. 94) ; Garraud, t. I, n° 182, p. 300, Jg. Brusa, *Saggio*, § 242.

(23) V. Mittermaier, *Ueber den neuesten Zustand der criminal-rechtswissenschaft in Deutschland* (As. Neues Archiv. des criminal-rechts, t. IV, p. 104 et s.) ; Cf. sur la doctrine de Mittermaier, Baumgarten, *op. cit.*, p. 241 ; R. Saleilles, *Essai sur la tentative...* (Rev. pénit. 1897, p. 64 et s.)

autres que ceux du concept objectif. Pour lui, le seul point d'appui acceptable de la répression, c'est bien toujours l'existence d'un danger matériel, inhérent aux faits eux-mêmes; mais justement, ce danger tout objectif, il lui paraît qu'il se rencontre dans les trois séries d'hypothèses que nous avons parcourues. Qu'il y ait simplement mauvaise utilisation de moyens en eux-mêmes suffisants, ou bien inexistence relative de l'objet, ou enfin substitution d'un moyen inoffensif au moyen pleinement efficace préparé; le danger existe, parce qu'au moment où l'exécution commence tous les éléments sont réunis qui peuvent donner naissance au résultat. La victime, le droit attaqué existent, le moyen d'attaque est suffisant; si donc le résultat vient à manquer, c'est qu'un événement fortuit a surgi qui a empêché l'adaptation de l'un à l'autre. Ce n'est pas d'un semblable événement que peut dépendre la répression. Tel est le raisonnement.

Est-il rigoureusement exact? A notre avis la question comporte une double réponse. En tant qu'il a pour but de mettre en lumière la similitude des trois situations envisagées précédemment, le raisonnement est décisif; il nous montre bien qu'en dépit des apparences ces trois situations sont absolument identiques et qu'une même règle peut et doit les régir: à cet égard la démonstration est au dessus de toute contradiction. Mais c'est malheureusement toute la mesure de sa justesse. En tant qu'il vise à nous prouver la possibilité de la répression dans ces trois catégories d'hypothèses, en tant qu'il prétend justifier cette répression, — et n'était-ce pas le point important? — tout ce raisonnement reste, à notre estime, critiquable et sans aucune force probante, et voici pourquoi. C'est que, pour découvrir en semblables hypothèses dans les faits eux-mêmes, le danger objectif, seul fondement prétendu acceptable de la répression, c'est en réalité tout à fait en dehors

du domaine de la tentative qu'on se place et qu'on est contraint de se placer: ce n'est pas dans le commencement d'exécution que l'on recherche et que l'on trouve ce danger matériel, c'est bel et bien dans la phase antérieure à l'exécution, dans la *préparation*. Et cela s'impose fatalement.

Si, en effet, la situation est bien matériellement celle sur laquelle on raisonne, si au moment précis où l'agent élève l'arme et vise, cette arme est mal dirigée, trop à droite ou trop à gauche, si à ce même moment la victime quitte la place où elle se trouvait; eh bien, il n'est pas vrai de dire qu'un danger existe dans l'acte lui-même qui vent d'être accompli, car si l'arme est déviée et la victime hors de portée le résultat n'a rien d'aléatoire il est absolument, mathématiquement certain qu'il ne se produira pas. Et, de même, si l'agent se trompant de flacon fait prendre à sa victime une boisson inoffensive: dès la présentation il n'y a pas le moindre doute sur l'impuissance de l'attaque, la victime ne court aucun danger. A quel moment ce danger existait-il donc? Avant ce premier acte d'exécution, au moment où la préparation s'effectuait parce qu'alors, la victime existant réellement et les moyens étant par hypothèse suffisants, rien n'empêchait *a priori* la production de l'effet dommageable, il y avait chance de succès, résultat possible. Mais à partir de ce moment aucune adaptation des moyens à l'objet n'avait plus lieu, aucune attaque ne pouvait être efficace. C'est donc dans la seule préparation et pas ailleurs que l'on saisit ce danger objectif sur lequel on prétend appuyer et justifier la répression.

Mais justement, c'est cela qui est inadmissible, et l'on en pressent la raison. C'est que toute la période de la préparation est en matière de tentative absolument indifférente et sans valeur pénale. Qu'il y ait, à ce moment,

possibilité ou impossibilité d'aboutir, la circonstance n'a pas la moindre importance ; le résultat fût-il aussi possible, aussi certain qu'on voudra le supposer, aucune répression ne peut intervenir. Ce qui entre en compte, ce qui peut seul, le cas échéant, constituer une tentative punissable, c'est la phase postérieure, l'exécution. Si donc la possibilité du résultat est bien une condition de la répression en matière de tentative, c'est à ce moment là qu'elle doit se rencontrer. Or on suppose l'arme mal dirigée, ou la victime hors d'atteinte dès le premier instant de la visée, on suppose la substitution du moyen inoffensif au moyen efficace complètement opérée dès la présentation du poison ; dans ces conditions à aucun moment de l'exécution il n'y a eu possibilité d'aboutir, à aucun moment, par conséquent, il n'y a eu matière à répression (24). Et, comme une fois nées, nous le savons, toutes les possibilités

(24) L'art. 536 de l'ancien Code pénal sarde admettait, au contraire, la répression dans des hypothèses semblables. Quelques auteurs ont continué à s'attacher au même système. V. Ambrosoli, *Observazioni sul Codice penale italiano* (Monitore dei Tribunali, t. I. 60, p. 955) ; Perroni-Ferranti, *Se possa imputarsi di tentativo chi preparato, con mezzi idonei, un reato adoperi poi nell' eseguirlo mezzi non idonei, un reato, adaperi poi nell' eseguirlo mezzi non idonei ed inefficaci.* (Archiv. giurid., t. X). — *Contrà* ; Conforti *Intorno al diritto di punire ed al nuovo Codice criminale del regno italico*, p. 81 et s. ; Ellero, *Opuscoli di diritto penale : Sulla revisione delle leggi penali nel regno d'Italia* ; Filipponeri-Spanei. *L'art. 356 del Codice penale sardo* (Gazetta di Tribunali, v. XXV) ; Alimena, *Ricerche...* (Riv. pen., t. XLIII, p. 544). — *Jg.* en faveur également de l'impunité ; Carrara, *Prog.*, §§ 360, 364, p. 192 et s. Seulement cet auteur, tout en déniaut aux actes d'exécution en eux-mêmes inefficaces toute portée pénale, aboutit cependant à leur attribuer une certaine valeur. Quoique impuissants, ils pourront concourir à rendre *univoques* des actes antérieurs qui sans cela manqueraient d'*univocité* et devraient rester impunis comme actes simplement préparatoires. V. *suprà*, n° 77, not. 22.

s'équivalent quelle que soit leur nature, leur cause, nous revenons fatalement à la solution que toutes ces distinctions avaient pour but réel d'écarter : qu'une simple impossibilité relative, une inhabileté, une maladresse, une erreur soit inhérente au commencement d'exécution et le coupable, auteur de cette maladresse, de cette erreur échappe à toute pénalité. Ainsi le nouveau système que nous venons d'examiner reste impuissant, lui aussi, à justifier les différentes extensions qu'il admet dans la répression du crime impossible. Mais quel précieux aveu de l'utilité, de la nécessité pratique des solutions auxquelles il s'efforce d'aboutir !

117. — Au surplus, partant toujours de l'idée d'un danger possible et inhérent aux faits, on est allé plus loin encore dans la voie de la répression. Suivant Liszt (25) c'est bien toujours l'existence d'un danger objectif qui rend la tentative punissable, mais ce danger peut exister en dehors, non seulement de toute exécution mais même de toute préparation efficace. Celui-là est punissable, dont l'attaque n'a été impuissante qu'à raison d'une circonstance fortuite, d'une erreur accidentelle survenue, soit au cours, soit même dès le premier acte de l'exécution, parce que, dans les deux cas, si la victime n'a pas été atteinte, la cause en est dans un imperceptible hasard qui pouvait ne pas se produire. Mais celui-là aussi est punissable, qui, voulant agir sur une victime parfaitement existante et par des moyens suffisants, s'est trompé dans la *préparation*, la *simple mise au point* de ses moyens d'attaque. Comment ne pas voir, en effet, qu'un danger existe pour la victime puisqu'un heureux hasard l'a seul protégée, puisque aussi l'agent, n'ayant point réussi, ne manquera pas apparem-

(25) V. Liszt, dans la *Zeitschrift f. die ges. Str. W.*, p. 93 et s. *Lehrbuch...*, § 47, p. 208 et s.

ment de renouveler, et cette fois plus heureusement, son attaque. Ainsi le danger possible, inhérent à l'acte peut revêtir de multiples formes, et, sous les unes comme sous les autres, il a même valeur, il doit avoir même efficacité. Mais à cause de la variété même des aspects sous lesquels il se manifeste, le législateur ferait œuvre mauvaise qui prétendrait en donner une définition plus précise. Il n'aboutirait qu'à enserrer la répression dans des limites qui, pour être déterminées minutieusement, risqueraient de se trouver, un jour ou l'autre, trop étroites, insuffisantes, au grand dommage de l'intérêt social impunément méconnu. Tout est affaire d'appréciation judiciaire, parce que tout est question d'espèce. A cette condition-là seulement les besoins sociaux seront toujours et complètement satisfaits.

C'est, comme on voit, un système singulièrement large que celui de Liszt et, bien certainement aussi, fort rassurant pour la sécurité publique, puisque avec lui il ne reste guère en dehors du domaine de la tentative punissable que les seules hypothèses d'inexistence absolue de la victime au moment même de la résolution criminelle. Mais justement, n'est-ce point trop encore que cette restriction? Est-ce que la répression dans de telles hypothèses n'apparaît pas parfois, aussi juste, aussi nécessaire que dans tout autre. Et puis d'ailleurs, puisqu'on entend admettre encore malgré tout, une certaine restriction, une distinction entre les hypothèses punissables, n'est-ce pas au législateur d'en déterminer le critérium? Liszt s'en remet à l'appréciation du juge; celui-ci se fera donc du danger constitutif de la tentative punissable telle conception que bon lui semblera: l'un recherchera le danger inhérent à l'exécution, l'autre le danger inhérent à la préparation, l'un s'attachera au danger présent, un autre envisagera de préférence un danger futur: c'est non seulement l'empirisme, mais c'est encore l'arbitraire, tout cela n'est pas admissible. Comme

le précédent, un tel système n'aboutit en réalité qu'à une seule chose; c'est à mettre en pleine lumière toute l'insuffisance pratique du concept dont il émane, concept trop étroit, ne laissant à la répression qu'un domaine d'application insuffisant, et dont, de toutes parts, on sent la nécessité d'étendre les frontières. Malheureusement, aucun des systèmes élaborés à cette fin n'est logique, conséquent avec le principe même d'où il avoue et entend bien partir. Tout au contraire, les seules conséquences logiques du principe sont celles-là contre lesquelles tout le monde proteste, parce qu'elles heurtent le bon sens, la conscience instinctive que chacun possède des véritables utilités sociales. Alors la conclusion est claire et elle est fatale: ce ne sont pas seulement les conséquences, c'est le principe lui-même, le point de départ qui est erroné.

Et, c'est, en effet, ce que, au début même, dans notre critique générale du concept objectif, nous avons essayé d'établir. Peut-être alors notre démonstration aura-t-elle paru insuffisamment décisive, à raison même de son caractère général et purement abstrait; c'est ici le lieu de la reprendre, de la préciser et à la lumière des faits et des développements qui précèdent, d'en montrer toute l'exactitude.

* *

118. — En réalité, nous l'avons dit en nous plaçant tout d'abord sur le terrain rationnel, la doctrine classique objective se heurte à un double écueil: d'un côté, elle est en elle-même impuissante à justifier jamais la répression d'aucun fait de tentative; d'autre part, elle méconnaît absolument le fondement véritable de toute répression.

Et d'abord le concept objectif laisse injustifiée la répression et, par suite, il aboutit à une impunité totale en ma-

tière de tentative. Si, en effet, pour être punissable, la tentative doit être objectivement dangereuse pour le droit attaqué, si les faits qui la constituent doivent par là même contenir en puissance le résultat poursuivi, être avec ce résultat dans un rapport matériel, rapport nécessaire et forcé de causalité, eh bien, nous le déclarons, jamais la condition ne sera remplie; le fût-elle que jamais le juge n'en pourra constater l'existence certaine. C'est au raisonnement de V. Buri qu'il faut en revenir, il est inattaquable. Pour que le juge puisse affirmer sur tous ces points une certitude absolue, il lui manque, dès là que nous nous plaçons en face de faits de simple tentative, la circonstance décisive, la seule décisive, nous voulons dire, la consommation de l'infraction, l'existence effective du résultat. Ce résultat produit, le juge voit bien, il a la preuve que les faits accomplis ont joué vis-à-vis de l'effet dommageable réalisé le rôle de cause productrice, il peut affirmer qu'ils contenaient en puissance cet effet dommageable, qu'ils étaient bien par suite en eux-mêmes dangereux. Mais jusque-là, c'est en vain que, conformément au concept objectif, le juge envisagera les faits eux-mêmes, il n'y trouvera l'indication d'aucun danger, parce que jamais ces faits à eux seuls ne lui fourniront la preuve qu'un résultat criminel, que tel résultat criminel était possible et fatalement allait être réalisé.

Il est facile, en effet, d'édifier des suppositions et de construire des hypothèses mais encore faudrait-il, évidemment, pour prouver quoi que ce soit, que ces suppositions n'aient rien de chimérique, que ces hypothèses correspondent à des réalités. — La victime existe, dit la doctrine, le moyen est suffisant. Peut-être, mais, étant donné le défaut de tout résultat en face duquel il se trouve, pense-t-on que le juge puisse aussi facilement constater, lui, l'existence de la victime ou la suffisance du moyen? Mais,

tout au contraire, il n'est pas jusqu'à cette existence matérielle, absolue de la victime, sa vie en un mot, qui ne puisse donner lieu parfois à d'insolubles difficultés; et ce sera le cas, par exemple, si l'assassin prétendant n'avoir frappé qu'un cadavre et les apparences lui étant favorables, le juge se trouve contraint de vérifier à quel instant précis remonte la mort de la victime; était-elle un fait acquis au moment où l'agent s'élançait, dirigeait l'arme; ou bien n'est-elle pas postérieure, ne fût-ce que d'un instant, à ce fait d'exécution. La question est capitale, il y va de la répression tout entière. Et quand le juge aurait acquis la certitude que la victime existait bien, au moment de l'exécution, quelle partie infime de sa tâche! Car, pour qu'il puisse affirmer que, dans la réalité, le meurtre était bien possible, il ne suffit pas que la victime ait existé en un lieu quelconque, il faut encore, et toujours au moment de l'exécution, qu'elle se soit trouvée à portée des moyens d'attaque et pour ainsi dire dans leur champ d'action. Or, ne savons-nous pas qu'un déplacement infime de sa part suffit pour faire passer au dessus de sa tête la balle qui l'eût frappée en plein front, pour enlever par suite à l'action toute chance de succès, au résultat toute possibilité; et cela, aussi certainement, aussi fatalement, que si jamais la victime n'avait existé. Et cependant, il faudra que le juge acquière la conviction que ce déplacement, en fait, ne s'est pas produit.

Et quand son enquête poursuivie sur les points qui précèdent, le juge aura la certitude que la victime existait, non seulement à un point de vue absolu, mais qu'elle existait bien là, où l'agent pensait et voulait l'atteindre; un nouveau champ d'étude s'ouvrira, s'imposera à son examen: déterminer la valeur, la portée, la suffisance des moyens. Or, cette suffisance que l'on affirme, comment le juge, lui, en l'absence de toutes conséquences préjudi-

ciables, arrivera-t-il à s'en convaincre? Est-ce que la puissance, l'efficacité d'un moyen est susceptible de détermination abstraite et absolue? La doctrine classique ne semble pas en douter; mais c'est là son erreur. Absolument, abstraitement, un moyen, un acte quelconque n'a pas en réalité de valeur, de force fixe, immuable; si insignifiant qu'il paraisse, il peut aboutir, le cas échéant, aux conséquences les plus graves; si dangereux qu'il soit à l'apparence, il peut n'engendrer aucun dommage, aucun mal effectif. Et pour la raison bien simple que tout dépend, en réalité, des mille et une circonstances dans lesquelles s'effectuera l'exécution, la mise en contact des moyens et de l'objet. Le même moyen sera pleinement suffisant, s'il est mis en œuvre par une main puissante ou contre un individu affaibli; il sera complètement inefficace, si l'agent est faible et la victime robuste. Un athlète peut vouloir tuer sa victime d'un coup de poing et y réussir; l'immense majorité des assassins userait bien vainement d'un semblable procédé; et encore l'efficacité du coup de poing dépend-elle évidemment de la résistance physique de celui qui le reçoit. Exposer quelqu'un à une fenêtre n'est pas apparemment un acte susceptible de causer la mort et cependant, il n'en faut pas davantage pour perdre à jamais un malade atteint de bronchite. Telle substance est mortelle pour quiconque a une affection cardiaque, elle est inoffensive pour tout autre. Le même breuvage empoisonné peut causer la mort chez un individu, chez un autre une simple indisposition, chez un troisième ne produire aucun effet; et il suffit d'une dose infinitésimale ajoutée ou retranchée, d'une disposition absolument accidentelle de la victime pour modifier du tout au tout ces résultats.

Et voilà les circonstances multiples, infinies sur lesquelles on admet que puisse, que doive porter l'examen du juge; car il faut, répétons-le, qu'il les envisage toutes sans

exception. Depuis l'inexistence de l'objet, l'insuffisance du moyen jusqu'à la simple défectuosité de la mise en œuvre, il n'est pas une seule cause d'impossibilité dont il puisse négliger l'examen, et pour la raison que toutes ont même valeur, l'impossibilité une fois née étant partout identique et toujours absolue. Et l'on pense que le juge pourra remplir une semblable tâche! Et l'on admet qu'il puisse, grâce à elle, acquérir la certitude que les faits en présence desquels il se trouve allaient et devaient sans nul doute produire tel ou tel résultat criminel! Erreur, illusion que tout cela. La vérité est que l'obligation ainsi mise à la charge du juge est impraticable et dans la réalité absolument vaine. Il n'est pas de fait qu'il soit légitime de déclarer *a priori* fatalement improductif, il n'en est pas dont on puisse affirmer qu'il aboutira certainement. Tout au plus, un fait a-t-il une *tendance normale, ordinaire*, mais ce n'est pas sur *ce qui arrive le plus souvent, suivant le cours habituel des choses* que peut s'appuyer la répression. Ce ne sont point des probabilités, mais des certitudes qui la justifient. Or, de certitude sur l'efficacité de l'attaque, le juge n'en peut avoir tant que cette attaque n'a pas abouti.

119. — Et il n'en peut avoir, non seulement à raison du caractère vague, de la puissance essentiellement variable et flottante des faits pris en eux-mêmes et dans leur matérialité, mais encore pour une autre cause et plus décisive peut-être, la faculté que l'agent possède à tout moment de renoncer à son crime et d'en rendre par suite l'accomplissement impossible. Pour affirmer, en effet, à un moment quelconque de l'exécution, la possibilité actuelle, certaine du résultat et, par suite, l'existence dans les faits d'un danger objectif; il ne peut suffire d'être assuré de la tendance matérielle de ces faits; il faut encore avoir la certitude que l'agent, de son côté, ne mettra pas obstacle

à l'exécution. Sa volonté est, en effet, un élément de succès, un facteur essentiel à la production du résultat. Si donc, au moment où l'agent dirige son arme vers sa victime, il n'est pas certain que son intention restera ferme, irrévocable, et qu'il pressera la détente ; en vain, vous aurez prouvé que la victime était vivante, l'arme suffisamment chargée et bien dirigée ; vous ne pouvez pas dire que, certainement, le meurtre est actuellement possible, que le fait de viser a mis la victime en un péril effectif, matériel. Qui vous permettra de porter une semblable affirmation ? En dehors de l'intention de l'agent dont vous ne voulez tenir aucun compte, un seul fait, la consommation de l'infraction. Jusque-là vous n'aurez aucune preuve *matérielle* de cette irrévocabilité, de cette persistance de l'agent dans son dessein criminel. Et, pour ce motif qu'il dépend de lui, toujours et à tout moment, d'abandonner son projet, de rendre inefficaces tous les actes qu'il a déjà faits, en d'autres termes, de frapper son exécution d'une impuissance radicale, de faire qu'à aucun moment les actes par lui réalisés n'aient jamais contenu aucun danger.

Mais, dira-t-on, l'affirmation est trop absolue, car il est des hypothèses où aucun doute n'est possible sur la fermeté, la persistance de la volonté criminelle ; ce sont celles, où l'agent a réalisé tous les actes qui pouvaient et devaient émaner de son action propre. Il est allé jusqu'aux dernières limites de l'exécution en tant qu'elle relevait de son activité personnelle, sa volonté ne peut rien pour ou contre la consommation, celle-ci ne dépend plus que de circonstances accidentelles ; point de doute, par conséquent, dans cette mesure, sur la possibilité du résultat. Cela est vrai, et nous l'avons dit nous-même ; oui le crime manqué n'est pas toujours et nécessairement un crime

impossible (26). Seulement, et ceci est décisif, il n'est pas niable que de telles hypothèses, où apparaît aussi certainement la possibilité du résultat, soient manifestement exceptionnelles, et qu'il ne peut être question pour personne de restreindre la répression de la tentative à des limites aussi étroites.

L'assassin ne saurait être punissable dans le seul cas, où, ayant tiré et blessé mortellement sa victime, celle-ci ne doit de survivre qu'à l'intervention toute fortuite d'un chirurgien qui passait. Et de même, dans une législation qui qualifierait l'empoisonnement par son résultat, dirait-on que la tentative punissable sera limitée à l'hypothèse où l'agent ayant fait absorber le poison à sa victime, un pharmacien appelé en toute hâte lui administre un antidote et la sauve ? Evidemment non, la répression a de toute nécessité un champ d'application beaucoup plus vaste, elle doit comprendre encore dans son empire, non seulement toutes les hypothèses de tentative simplement inachevée, mais encore toutes celles où la réalisation complète de l'infraction n'a été manquée qu'à raison d'une erreur, d'une maladresse, d'une inhabileté non pas postérieure mais concomittante à l'exécution. Or, dans toutes ces hypothèses, — et c'est l'immense majorité des cas, — le doute n'est pas possible, la volonté reste bien maîtresse d'elle-même et notre argumentation reprend tout son empire. Jamais, soit à raison de la tendance imprécise des faits accomplis, soit à raison de la possibilité pour l'agent de renoncer à son dessein et d'abandonner l'exécution, jamais le juge n'acquerra la certitude que l'action, la tentative, en face de laquelle il se trouve, contient bien en elle-même et actuellement la puissance nécessaire et suffisante à la production du résultat.

(26) Cf. *suprà*, n° 114.

« Qu'on s'imagine, écrit V. Bari, un voyageur altéré au milieu d'un grand désert, ayant devant lui, à l'horizon, une colline verdoyante, surmontée de maisons. Si, malgré tous ses efforts, il ne peut rejoindre que la moitié du chemin et qu'il tombe défaillant et sans secours, il y périra, sans doute, parce que la moitié du chemin, qui l'a rapproché de l'oasis, n'a pas pu éteindre sa soif à moitié » (27). Voilà l'image saisissante de la tentative. Elle n'est pas un ensemble de faits en eux-mêmes dangereux, parce que contenant en puissance et actuellement le résultat criminel voulu par l'agent, parce que reliés à ce résultat par un rapport objectif de causalité. Elle n'est pas un empiètement effectif sur la sphère juridique d'autrui, un achèvement matériel vers le crime, un fragment de ce crime, son exécution partielle. La partie réalisée de l'exécution est sans valeur matérielle, elle ne contient aucun danger objectif. Le système qui fait d'un tel danger le critérium de la répression ne fonde pas cette répression, il la supprime ; et voilà pourquoi nous avons pu dire que le système contraire ne se proposait pas à notre acceptation, mais qu'il s'imposait.

Qu'est-ce donc, en effet, que la tentative, et que pouvons-nous saisir dans les faits qui la constituent ? Pas autre chose que la manifestation d'une intention, d'une volonté criminelle. Les faits de tentative sont dangereux, dit-on. Ce n'est qu'une apparence ; si le résultat nous semble possible, si les faits nous paraissent devoir jouer dans la production de ce résultat le rôle de véritables causes, ce n'est pas à raison de ces faits eux-mêmes, de leur matérialité, c'est à raison de la volonté coupable qu'ils incarnent, et qui n'a pas douté, dans les

(27) V. Bari, *Versuch und Causalität* (Gerichts-saal. B. 32 Heft. 5. § 367-368).

circonstances de temps, de lieu, de procédé où elle avait lieu, que la tentative n'aboutit. Ce n'est pas entre le résultat voulu et les faits accomplis, c'est entre ce résultat et la volonté elle-même que nous découvrons un rapport de causalité véritable. Ainsi le danger, en matière de tentative, celui-là seul qu'il soit possible d'atteindre, n'est pas un danger objectif inhérent, comme on dit, aux faits eux-mêmes, c'est un danger tout subjectif résultant de l'existence manifestée, au sein du corps social, d'une volonté criminelle certaine, indéniable. Or, à cet égard, qu'importe l'efficacité ou l'inefficacité de l'attaque, dès là que prise en sa forme externe et apparente cette volonté atteste l'existence certaine de la volonté dont nous parlons.

120. — Et voilà bien, du reste — nous y avons insisté assez longuement dès le début pour n'avoir qu'à le rappeler (28) — voilà bien la solution à laquelle conduit une exacte appréciation des fondements vrais de toute répression. Qu'il s'agisse de satisfaction à l'idée de justice ou à l'idée d'utilité ; qu'il s'agisse, avec l'école spiritualiste, de punir pour une faute commise et de prévenir le mauvais usage futur d'une liberté souveraine ; ou au contraire, avec l'école positiviste italienne, de se garer contre les manifestations d'une activité fatalement perverse et antisociale — et nous ne doutons pas que la répression soit en même temps tout cela ; — la solution logique, la seule logique et rationnelle, est identique et fatale ; en matière de répression, c'est l'intention, et l'intention seule qui vaut et qui compte ; non pas évidemment l'intention restée à l'état interne et dans la conscience de l'individu, mais l'intention qui s'est affirmée au dehors, causant scandale et soulevant l'émotion publique. Et l'on sait la conséquence idéale du système.

(28) V. *suprà*, nos 26 et s.

Peu importe, non seulement la nature intrinsèque, mais la forme extérieure des faits accomplis. Ni le blâme social, ni la crainte pour l'avenir n'attendent pour naître la production de tels ou tels faits particuliers, ils surgissent pour ainsi dire de la conscience générale, dès là que la preuve est acquise, par quelque fait et sous quelque forme que ce soit, d'une volonté criminelle certaine, irrévocable. A un point de vue purement rationnel le fait n'est pas plus socialement que moralement un élément constitutif de la culpabilité; il n'est qu'un moyen de preuve d'une culpabilité préexistante. Seulement l'opportunité pratique commande au juge de renoncer à la consécration effective d'une conséquence aussi stricte, aussi rigoureusement logique. Il faut mettre une barrière aux accusations injustifiées, aux recherches d'intention vexatoires, il faut sauvegarder la liberté; voilà pourquoi la répression n'atteindra ni les déclarations d'intention criminelle, ni les simples faits préparatoires de l'infraction, voilà pourquoi la tentative seule sera punissable; la tentative, c'est-à-dire l'acte d'exécution.

Mais que sera donc cet acte d'exécution? Un fait susceptible de détermination précise d'abord, ensuite un fait anormal, contraire aux circonstances ordinaires de la vie, un fait, à l'apparence et en général troublant pour l'ordre social, parce que le plus souvent inspiré par un dessein criminel certain. Sera-ce en outre un acte efficace, possédant en soi la puissance d'aboutir au résultat criminel voulu, réalisant pour ainsi dire partiellement ce résultat? Mais pourquoi donc? La garantie, la sauvegarde pour la liberté ne vient pas de la nature intime, de la force physique de cet acte, elle vient tout entière de son caractère public, à l'apparence probant et décisif, de son aspect extérieur et purement formel. Ce qui compte et ce qui remplit le but de la loi, c'est le fait de l'attaque en

soi, indépendamment de son efficacité; ce n'est pas l'exécution effectivement commencée, c'est le fait, le geste de passer à l'exécution. Si l'agent a visé et fait partir la détente, s'il a présenté la substance avec laquelle il voulait empoisonner, il suffit; ce sont là des faits matériels précis, nettement déterminés, des faits qui, normalement, sont l'indice d'une volonté criminelle; aucune poursuite vexatoire n'est à craindre, la répression apparemment a une base certaine. Inutile d'exiger que le fusil soit vraiment chargé, que sa charge soit suffisante, que la victime soit bien là où l'agent pensait l'atteindre; en un mot, que l'attaque puisse aboutir, cette circonstance n'ajoute rien à la sauvegarde de la liberté qui est entière en dehors d'elle.

Dès lors aucun motif d'opportunité pratique n'existant qui oblige ici à laisser de côté la solution strictement rationnelle, cette solution reprend tout son empire. L'acte d'exécution, c'est une manifestation particulière d'intention, mais ce n'est qu'une manifestation d'intention et il est superflu qu'il soit autre chose. L'existence d'une volonté criminelle en résulte-t-elle certaine, indubitable; eh bien, le trouble social existe et la répression est légitime. Entre celui-là qui, voulant tuer et manquant de promptitude, a laissé sa victime se mettre hors d'atteinte, et cet autre dont la victime n'a été protégée que par l'intervention d'un tiers qui a relevé l'arme et arrêté le coupable, la conscience publique n'établit aucune différence, elle les blâme l'un et l'autre et, au nom de la justice méconnue, elle les déclare coupables, susceptibles de châtement, d'expiation; elle les redoute aussi l'un et l'autre et au nom de l'utilité elle les déclare dangereux, susceptibles de mesures de préservation, c'est-à-dire d'intimidation, d'amendement, d'élimination.

La victime n'a couru aucun danger, peut-être, mais

pense-t-on qu'elle puisse vivre pour cela en toute sécurité? Si le coupable n'a pas renoncé à son dessein, s'il reste animé de la même haine, de la même cupidité, de la même passion, quelle qu'elle soit, n'est-il pas à redouter qu'il recommence son attaque? Et cette fois, instruit par l'expérience, n'est-il pas évident qu'il rectifiera son erreur, qu'il sera mieux outillé, plus prompt, plus adroit? Et l'on dira que la victime ne court plus aucun danger! Aussi bien la peine n'a-t-elle pas pour mission de réparer les atteintes portées aux droits privés des individus, c'est la mise en péril du droit social, de la paix, de la sécurité publique qu'elle a pour but de châtier et de prévenir. Or, cette mise en péril est un fait acquis dès la manifestation, en la forme d'un acte d'exécution, d'une volonté certaine et irrévocablement déterminée.

Ainsi, la possibilité du résultat, l'existence dans les faits d'un danger objectif n'est pas une condition constitutive de la tentative punissable. C'est un fait indifférent, sans valeur pénale, ni le législateur, ni le juge n'ont à s'en occuper: telle est la solution non seulement rationnelle, mais encore législative du problème.

*
*
*

121. — D'ailleurs, il est impossible de n'être pas frappé de la faveur croissante avec laquelle cette solution est accueillie. C'est d'un côté toute l'école positiviste italienne qui la défend, comme la seule conséquence logique du système général subjectif auquel elle s'attache (29). D'autre part, même là où on s'inspire de la thèse classique, le mouvement est indéniable: de tous côtés, dans tous les pays, c'est la doctrine qui fournit à cette solution des par-

(29) Cf. Garofalo, *Criminologie*, p. 341.

tisans chaque jour plus nombreux; c'est aussi la jurisprudence qui, sous la pression des événements, en fait consécration souvent partielle et parfois totale. Enfin, si les législations sont rares encore qui l'acceptent dès maintenant expressément (30), il n'est pas douteux que leur nombre ne s'accroisse progressivement et pour la raison que les projets législatifs actuellement en élaboration sont à peu près unanimes pour incriminer toute tentative même irréalisable.

La tentative est punissable, suivant le projet de code pénal espagnol, « lorsque le coupable, dans l'intention de commettre le délit, exécute tous les actes nécessaires, selon lui, pour le perpétrer et que ces actes ne produisent pas l'effet qu'il en attendait, parce qu'en eux-mêmes, ils n'étaient pas de nature à le produire » (31). « Quiconque, dit aussi le projet anglais de la Commission royale, quiconque, croyant qu'un certain état de fait existe, commet ou omet une action dont l'accomplissement ou l'omission serait considéré comme tentative si cet état de fait existait, se rend coupable de cette tentative, quoique par suite de l'inexistence de cet état de fait au moment du délit, il ait

(30) V. cep.: Loi norvégienne, cap. III, §§ 1-3; lois des cantons suisses d'Argovie, § 24; de Saint-Gall, art. 29-30; d'Obwalden, art. 48, de Lucerne, § 33; de Schaffouse, § 48. Jg. C. pén. canadien (1893) qui déclare punissable pour tentative celui-là « qui ayant l'intention de commettre un délit, fait ou omet un acte dans le but d'accomplir son dessein, qu'il lui soit possible ou non dans la circonstance de le réaliser. — La solution contraire est expressément consacrée par le C. pén. grec (art. 52) qui dit explicitement que la tentative n'est pas incriminable quand il y a impossibilité que le méfait soit commis. Jg. C. pén. des Grisons, § 27, de Schwyz, § 36 et surtout le C. pén. italien, art. 61, qui, dans la définition de la tentative met comme élément essentiel et constitutif l'existence de moyens idoines. V. aussi le projet de C. pén. russe, art. 39.

(31) Cf. Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 98.

été impossible de commettre ce dernier de la manière projetée » (32). Et la constatation est fort intéressante en ce qui touche l'Angleterre, car le premier projet de codification, celui de sir Stephen, antérieur de quelques années seulement, avait admis tout au contraire la solution inverse : « N'est pas punissable, portait ce premier projet, la tentative qui se manifeste par des actes de tous points impuissants à consommer le délit » (33). C'était la consécration pleine et entière du concept objectif. Plusieurs tribunaux s'en inspirèrent également et rendirent des sentences manifestement inacceptables : un pick-pocket fut acquitté pour avoir fouillé une poche vide; un assassin, pour avoir visé sa victime avec un fusil absolument impropre à tout usage (34). Un revirement d'idées était fatal, le nouveau projet le consacre et déjà plusieurs sentences nouvelles ont enlevé aux anciennes l'autorité plutôt regrettable qu'elles pouvaient avoir (35).

Même solution dans le projet autrichien (36). Le système subjectif compte, du reste, en Autriche, de nombreux partisans et l'observation ici encore mérite d'en être faite, car le § 8 du Code pénal autrichien qui punit la tentative apparaît, au premier abord, absolument décisif en sens

(32) V. *Report of the royal commission appointed to consider the law relating to indictable offense*, London, 1879, sect. 74, p. 49.

(33) Sect. 33, art. 49, § 3. Cf. Stephen, *A. Digest...*, p. 39, n° 9.

(34) V. décision R. v. Collins, Leigh and Cave, 471 et déc. R. v. Lewis, 9 Carrington and Payne, 523.

(35) V. Reg. v. Ring, 66, Law Times, 300; R. v. Brown, 24; Q. B. D. 357; et la solution du juge supérieur Lord Coleridge dans l'affaire R. v. Duckworth (1892) 2, Q. B. D. 83. Cf. du reste Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 96 et s.; et la *Législ. pén. comp.*, t. I, p. 651.

(36) V. Heil, *Sul progetto di codice penale austriaco*. (Riv. pen., t. XXXV, p. 336).

contraire. « La tentative d'une action criminelle constitue déjà un crime, dit-il, du moment que l'auteur a entrepris avec intention un acte *menant à l'exécution véritable...* » Le texte semble formel et cependant bon nombre d'auteurs, délaissant apparemment la lettre de la loi pour une solution plus rationnelle et plus conforme aux nécessités pratiques, admettent la criminalité de toute tentative irréalisable (37). Enfin c'est encore la même solution qui finalement a triomphé dans le projet récent de Code pénal suisse, où nous voyons la tentative déclarée punissable, qu'il y ait défaut d'objet ou inefficacité des moyens, et sans distinction aucune entre l'impossibilité absolue et l'impossibilité relative (38).

122. — Au reste, depuis bien des années déjà, le système subjectif a reçu une adhésion singulièrement précieuse; celle de la jurisprudence allemande. C'est en 1880 (39) que fut rendue par le Tribunal supérieur de l'Empire la solution capitale qui allait faire une si vive impression (40). Il y avait accusation pour infanticide, mais l'autopsie démontrait que l'enfant était mort-né. C'était un cas d'impossibilité radicale, absolue; à aucun moment, ni dans la préparation, ni dans l'exécution, la victime n'avait couru de danger, puisque *ab initio*, l'exécu-

(37) V. partic. l'opuscule de Lammasch, *Das Moment objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechens-versuches*, 1879; Cf. Krzymuski, *op. cit.*, (Rev. crit., 1897, p. 391 et s.)

(38) V. art. 17 de la seconde rédaction (Bull. de l'U. I. de D. P. t. VI, appendice). La première rédaction excluait au contraire la répression de toute tentative irréalisable. Cf. Stooss, *Exposé des motifs*, art. 15, p. 27.

(39) Cf. Geyer, *Del tentativo* (Rivist. pen., 1881, t. XIV, p. Jg. Tuozzi Pasquale, *Corso di dir. pen.*, t. I, p. 187.

(40) Avant 1880, les décisions étaient contradictoires. Cf. *sur ces décisions*; Olshausen, *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, § 43, nos 19-23, p. 154 et s.

tion était condamnée, tout effet dommageable était impossible. Les actes accomplis ne contenaient donc aucun péril, ils n'étaient pas avec le résultat voulu par l'agent dans un rapport objectif de causalité. Et le Tribunal de passer outre cependant et de déclarer la tentative punissable. « Une action n'est jamais la cause d'un effet qui n'a pas eu lieu, porte la sentence; chaque moyen qui n'a pas pu produire l'effet qu'on en attendait a été, par là, démontré insuffisant pour la réalisation du projet. On peut dire, d'une manière générale, qu'il n'y a pas de moyens absolument insuffisants dans tous les cas, de même qu'il n'y en a pas d'absolument suffisants... Or toutes les fois qu'un projet a manqué, la faute en est à l'agent, lequel n'a pas prévu la circonstance qui en a empêché l'accomplissement. A quoi bon distinguer alors les circonstances sur lesquelles l'agent s'est trompé, voir, par exemple, si l'obstacle existait dès le commencement ou s'il est survenu pendant l'action, si l'agent n'a pas bien calculé ses forces, s'il n'a pas examiné quant à l'espèce et à la quantité, le moyen dont il s'est servi, s'il n'a pas su choisir l'instrument le plus apte, ni l'employer de la manière la plus sûre! (41) » L'influence est manifeste, ce que la jurisprudence allemande entend admettre et sanctionner, ce n'est pas un système objectif plus ou moins modifié et amendé, c'est un système purement subjectif, celui de Buri, dans toute sa plénitude (42). Depuis lors, du reste, des solutions ana-

(41) V. Reichs-Gericht, *Entscheidung der vereinigten Strafsenate*, 24 mai 1880, et R. G., 10 juin 1880 (E. I, p. 439, 431). Jg. *Rivist. pen.* t. XIV, p. 202. Cf. Liszt, *Das fehlgeschlagene Delikt, und die Cohn'sche Versuchstheorie* (Zeitschrift f. d. ges., Str. W. 1881, p. 103).

(42) Cf. sur la théorie subjective : V. Buri, *op. cit., supra*, n° 24, n. 3; Kohler, *Der strafbare Versuch insbesondere der sogenannte untaugliche Versuch* § 2 dans *Studien aus dem strafrecht* t. I, p. 9; Häls-

logues ont été consacrées : c'est ainsi notamment qu'on a déclaré punissable une tentative d'avortement pratiquée sur une femme que par erreur on croyait enceinte (43). A plus forte raison ne doute-t-on pas que la tentative ne soit pleinement caractérisée si l'avortement n'échoue que par suite d'une insuffisance dans la quantité de la substance abortive administrée (44).

L'adhésion de la jurisprudence allemande au système subjectif est précieuse, avons-nous dit, elle semble bien en outre pleine d'enseignement pour nous; et voici pourquoi. C'est que le texte légal en face duquel se trouvaient les tribunaux allemands, et sur lequel ils appuient les solutions que nous savons, ne diffère à peu près pas de l'article 2 de notre Code pénal. « Sera punissable comme tentative, dit en substance le § 43 du Code pénal allemand, le fait de celui qui, par des actes de nature à constituer un commencement d'exécution aura manifesté l'intention de commettre un crime ou un délit, sans que l'exécution en ait été définitivement consommée (45). » La loi de prairial

chner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, t. I, p. 184 et dans *Zeitschrift. f. d. ges. str. W.* 1881, p. 348 et s.; Seeger, dans *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1870, p. 240; Schwarze, *Versuch und Vollendung* § 8 dans *Holtzendorff's Handbuch...* t. II. La doctrine subjective était d'ailleurs soutenue dès l'époque de Feuerbach, V. Tittmann, *Handbuch des gem. deuts. peinl. R.* § 96; Grollmann, *Grundsätze der crim. R. W.* § 31. Pour d'autres références V. Alimena, *Riv. pen.*, 1895, p. 541.)

(43) V. par ex., 30 mars 1883 (8. 198); 1^{er} juin 1883 (8. 351); 27 février 1888 (17. 258).

(44) V. Rüdorff, *Strafgesetzbuch für das deutsche Reich mit Kommentar*, p. 153; Schwarze, *op. cit.*, § 11; Olshausen, *op. cit.*, t. I, p. 169; Oppenhoff, *Das Strafgesetzbuch...* p. 98.

(45) § 43. Str. G. B. : « Wer den Entschluss, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, bethätigt

an IV, ne disait pas autre chose et le Code de 1810 sert d'expressions qui, pour différer légèrement, n'en sont pas moins équivalentes. Or, d'un texte identique, la doctrine et la jurisprudence tirent chez nous argument pour défendre des conclusions absolument opposées à celles de la jurisprudence allemande : ce fait est évidemment digne de remarque. Où est donc la vérité ?

Cette conception de la tentative, que, sur le terrain des principes, nous avons trouvée logique et rationnelle, commandée par une utilité, une nécessité pratique incontestable, ne serait-ce point aussi chez nous la solution légale ? La doctrine française en la combattant sur le terrain du droit positif n'a-t-elle pas méconnu la pensée véritable du législateur ? Pour nous, le doute à cet égard n'est plus possible : la preuve est faite, convaincante, décisive (46).

* *

123. — Et d'abord, la tradition est certaine. Ce que l'Ancien droit a élaboré peu à peu, ce qui constitue la dernière expression de sa pensée, c'est une théorie toute subjective de la tentative. Glossateurs, canonistes, post-glossateurs et derniers interprètes du droit, jusqu'à la veille de la Révolution, tous sont d'accord : ce qu'il faut atteindre, châtier et prévenir par la peine, c'est la perversité morale, la culpabilité interne de l'agent. Le but, le pourquoi de la répression : c'est l'existence d'une intention, d'une volonté criminelle. Sans doute, il faut bien pour

hat, is, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen, nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuches zu bestrafen ».

(46) V. la savante étude précitée de M. Saleilles, *Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irréalisable*. (Revue pénitentiaire, 1897, t. XXI, spécial., p. 331 et s.)

donner ouverture à la répression, la réalisation de faits matériels et tangibles, mais la raison n'en est pas ailleurs, au fond, que dans la nécessité inéluctable de la preuve à acquérir. Il faut qu'il ne subsiste aucun doute sur l'existence, la fermeté, l'irrévocabilité de l'intention criminelle, et voilà pourquoi des faits quelconques ne peuvent suffire à autoriser la répression ; il faut certains faits particuliers, plus probants, plus décisifs, plus rapprochés de la consommation. C'est la théorie du commencement d'exécution qui s'élabore, mais cette théorie est toute subjective. Le fait n'est pas puni à raison de sa matérialité, du mal qu'il réalise ou du danger effectif qu'il contient, il vaut par la seule raison qu'il manifeste une résolution criminelle et atteste au dehors, en telle forme spéciale, la faute subjective de son auteur. Que l'exécution soit ou non partiellement réalisée, ce n'est d'aucune importance, ce qui compte, c'est le *processus ad actum proximum*, le geste en son apparence extérieure et formelle, car le geste dès là qu'il ne laisse aucun doute sur l'intention qui lui a donné naissance, scandalise et émeut la société. Voilà, nous l'avons établi, le concept vrai que notre Ancien droit lègue au législateur moderne (47).

Celui-ci l'aurait-il donc abandonné ? En aucune façon. Et d'abord, il y a un fait décisif ; c'est l'assimilation dans la pénalité de la tentative et du crime consommé. Si en effet, la tentative ne lui était apparue punissable qu'à raison de la matérialité des faits qui la constituent, le législateur eût admis, sans nul doute, une tout autre solution, car la gravité matérielle d'un danger couru, ne saurait jamais égaler la gravité matérielle d'un dommage pleinement réalisé. Et cependant, soit au code de 1791, soit dans la loi de prairial, an IV, soit dans le code de

(47) Cf. *suprà*, n° 49.

1810, c'est la solution contraire qui prévaut. Pourquoi donc, sinon parce que la tentative et le crime consommés ont leur source dans la même intention criminelle, et qu'en punissant la tentative, c'est cette intention et pas autre chose, que le législateur vise et entend réprimer ? Seulement, plus soucieux de la liberté individuelle que l'Ancien régime, le législateur moderne entend poser une limite aux investigations du juge. L'intention ne sera pas punissable par cela seul qu'elle aura été déclarée, avouée ; elle ne le sera pas davantage, tant qu'elle n'aura produit que des actes préparatoires. Pour compter, pour valoir socialement et pénalement, il faudra qu'elle apparaisse dans un fait plus décisif, plus voisin de la consommation. Quel sera ce fait ? Le Code de 1791 répond en substance, c'est *l'attaque à la personne* ; mais la solution est restreinte à deux hypothèses toutes spéciales (48). La loi de prairial a généralisé cette solution : le fait initial de la tentative, sera toujours et partout le *commencement d'exécution*. S'agit-il d'une exécution réelle, effective ? Nullement, l'expression n'éveille rien de semblable dans la pensée du législateur ; la seule idée à laquelle il s'attache, c'est celle à laquelle s'attachaient déjà nos anciens auteurs, c'est l'idée d'une manifestation spéciale, et par un procédé particulier, de l'intention criminelle. « Le devoir de la répression et du châtement existe, dit Pastoret, dès que la pensée a cessé de n'être qu'une pensée, dès qu'une action extérieure en est devenue le résultat (49). » Evidemment c'est, sur le terrain pratique, aller beaucoup trop loin, et la loi de prairial elle-même n'a pas pour but d'organiser une répression aussi absolue, aussi idéale. Mais

(48) V. *suprà*, n° 53.

(49) V. Pastoret, *Rapport*, en note dans l'étude de E. Eisenmann, *Die Grenzen des strafbaren Versuchs*. (Zeitschrift, f. d. ges. str. W. 1893, p. 517 et *suprà*, n° 74, note 18.)

l'affirmation n'en est pas moins décisive pour nous révéler la pensée exacte du législateur. Le code de 1810 copie la loi de prairial et ne s'inspire point d'une pensée différente. Pour lui aussi, par conséquent, la question d'efficacité ou d'inefficacité de l'attaque est sans intérêt. L'exécution dont il nous parle et par laquelle il définit la tentative punissable n'est donc pas une exécution objective ; c'est conformément aux idées traditionnelles une exécution formelle et toute d'apparence.

Aussi bien le texte de l'article 2 en porte-t-il la preuve en lui-même. C'est, en effet, par l'idée d'une exécution commencée qu'il caractérise, non seulement la tentative inachevée, mais encore le crime manqué ; or, le crime manqué, cela n'est pas niable, n'est pas autre chose dans l'immense majorité des cas qu'un crime impossible. La question d'impossibilité d'après la lettre même du texte n'a donc rien à voir avec le commencement d'exécution, les deux idées sont pour lui toutes différentes, absolument indépendantes. Concluons donc que ni le texte, ni l'esprit de l'article 2 n'autorisent l'argumentation de la doctrine classique.

124. — Mais là n'est pas, nous le savons, tout le terrain du débat, et il est un autre texte, l'article 301, où la doctrine prétend trouver la consécration expresse dans une espèce particulière du système général qu'elle défend. « Est qualifié empoisonnement, porte l'article 301, tout attentat à la vie d'une personne par l'effet de substances qui *peuvent donner la mort...* » ; donc, point d'empoisonnement, si le coupable, même à son insu, n'a employé que des substances inoffensives. Or, ce qui est vrai de l'empoisonnement consommé est également vrai de l'empoisonnement tenté, car l'élément matériel de la consommation doit se retrouver identique dans la tentative. Si donc l'agent n'a *présenté, ou mis à la disposition* de sa

victime, qu'une substance incapable de lui donner la mort, il n'a point commis de tentative punissable.

Le raisonnement est infiniment simple; malheureusement, il est facile de s'apercevoir qu'il ne tranche pas la question, mais qu'il la suppose tout simplement résolue. On affirme que l'élément matériel constitutif de la consommation doit également se retrouver dans la tentative. Evidemment oui, mais la question est de savoir justement comment et dans quelle mesure, il doit s'y retrouver. Parce que la consommation suppose une exécution réelle, effective, s'ensuit-il que la tentative doive être le commencement d'une exécution également réelle et effective? Vous l'affirmez et vous dites que l'agent, pour être punissable, doit avoir présenté à sa victime un véritable poison, objectivement efficace. Je conviens, en effet, qu'il doit avoir fait ce geste qui s'appelle la présentation, mais je soutiens, moi, qu'il est absolument indifférent que l'agent ait présenté un poison véritable, il me suffit qu'il ait pensé et voulu présenter du poison. Or, à cet égard, l'article 301 ne vous fournit contre moi aucun élément de décision, et pour la raison bien simple que ce qu'il prévoit et définit, c'est uniquement un empoisonnement consommé. Quant à la question de la tentative, il ne la tranche nullement; cette question reste entière, complètement dépendante du système à admettre sous l'article 2.

Au surplus, s'il fallait absolument découvrir dans l'article 301 un préjugé quelconque pour la solution de la difficulté, ce préjugé ne serait-il pas tout en faveur du système que nous défendons? Dans la définition qu'il nous donne de l'empoisonnement consommé, est-il, en effet, bien certain que par les expressions « substances qui peuvent donner la mort », le législateur fasse allusion à une *puissance actuelle* des substances employées? Evidemment la question n'aurait pas de raison d'être si le Code

déclarait l'empoisonnement consommé par la mort de la victime; alors, bien certainement, qui dirait empoisonnement, dirait par là même, moyen, substances efficaces.

Mais justement tel n'est pas le système du législateur français : pour lui, l'empoisonnement est consommé par la seule administration du poison, quelles qu'en aient été les suites (50), or, au fond, un acte semblable, par sa nature et étant donné le système général du Code, c'est un acte de tentative. La question que nous posons n'a donc, à son égard, rien d'irrationnel et il est clair du reste qu'elle se pose effectivement dans toutes les législations qui ont qualifié l'empoisonnement par son résultat. Donc l'efficacité présente, actuelle du poison, est-elle, d'après l'article 301, un élément constitutif de l'empoisonnement même consommé?

(50) C'est d'ailleurs une conception qui peut paraître critiquable. Elle avait été rejetée par le Code de 1791. V. *supra*, n° 53. Elle l'est également aujourd'hui par la plupart des législations (V. C. pén. belge, art. 397; C. pén. italien, art. 365) quelques-unes ne parlent même pas de l'empoisonnement qui se trouve ainsi rentrer purement et simplement dans la notion du meurtre. Avec le système français, on sait à quelle solution on aboutit dans le cas de désistement volontaire : le meurtrier qui, ayant blessé sa victime, la soigne et la sauve échappe à la répression; l'empoisonneur qui a fait prendre la substance toxique administre en vain un antidote, légalement tout au moins, il reste complètement punissable (nonobstant les paroles manifestement inexacts de Monseignat au Corps législatif. V. Loaré t. XXX, p. 501. Cf. Blanche, *Études*, t. IV, n° 545). Que l'empoisonnement ait une gravité particulière légitimant l'existence, dans la loi pénale, d'une incrimination spéciale et distincte du meurtre, c'est déjà ce nous semble matière à discussion; mais que cette gravité particulière, à supposer qu'elle existe, justifie la différence de traitement que nous constatons entre l'empoisonneur et le meurtrier qui se repent et abandonnent également l'exécution de leur dessein respectif, n'est-ce pas ce qui est tout à fait impossible à admettre. Cf. Sautter; *Étude sur le crime d'empoisonnement*.

125. — Il est à notre avis parfaitement légitime d'en douter et voici pourquoi. Quelle est, en effet, l'intention du législateur, lorsqu'il nous parle de « substances qui peuvent donner la mort »? N'est-ce pas en réalité, de définir le procédé, le moyen d'action de l'agent dans l'hypothèse d'un empoisonnement, n'est-ce pas de différencier cet empoisonnement reconnu comme crime distinct, *sui generis*, d'une incrimination toute voisine, celle de l'article 317 du Code pénal (51)? Or, que dit ce texte? Il déclare punir « celui qui aura occasionné à autrui une maladie ou incapacité de travail personnel en lui administrant volontairement de quelque manière que ce soit des substances qui, sans être *de nature à donner la mort*, sont nuisibles à la santé. » Voilà qui précise singulièrement les termes de l'art. 301 et délimite bien son champ d'application. Si l'agent fait prendre à sa victime une substance qui, de quelque façon et en quelque quantité qu'elle soit administrée, ne peut jamais que *nuire à la santé*, ce n'est pas l'art. 301 qui régit la situation, c'est l'art. 317. S'il use au contraire de substances susceptibles d'entraîner la mort ce texte est inapplicable. L'agent, ayant employé par hypothèse des substances toxiques, est coupable d'empoisonnement. Mais est-il donc nécessaire, indispensable pour cela que, dans la circonstance même, ces substances soient mortelles? Nullement. Il suffit qu'elles soient *de nature à donner la mort*.

Et c'est du reste la solution que nous trouvons expressément affirmée dans les travaux préparatoires. L'empoisonnement

(51) Quant à le différencier du meurtre, la notion d'empoisonnement y suffit. Il faut que la substance employée soit vénéneuse, toxique, susceptible, dit la Cour de cassation, d'ôter la vie par ses combinaisons chimiques. V. Riom, 25 avril 1855, cité par Blanche, *op. cit.*, t. I, p. 44-46. Jg Aix, 15 janvier 1874, D. 75, 2, 66.

sonnement disait Monseignat au Corps législatif (52), « est plus dangereux dans ses moyens, par la multiplicité des combinaisons meurtrières que l'homme a inventées ou qu'il a dérobées à la nature, par la facilité de le préparer, de consommer l'attentat et de cacher la trace de son auteur. Aussi l'empoisonneur est toujours présumé avoir voulu donner la mort, alors même que le défaut de quantité ou de qualité des substances délétères, la force du tempérament, les secours de l'art ou d'autres circonstances étrangères au coupable, ont sauvé l'objet de son crime. » N'est-ce pas décisif?

Ainsi l'empoisonnement même légalement consommé n'a pas pour élément constitutif, pour condition essentielle d'existence, l'efficacité, la *puissance actuelle* de la substance toxique employée, mais sa *capacité virtuelle*, sa *nature mortifère*. Et par conséquent, à supposer que l'élément matériel du crime consommé doive se retrouver tout entier, au sens où l'entend la doctrine classique, dans la tentative, il n'en résulterait jamais autre chose, que l'obligation, pour déclarer la tentative punissable, de constater l'usage, la présentation par l'agent d'une substance, non pas employée en quantité suffisante, mais simplement susceptible le cas échéant, c'est-à-dire, quand elle sera employée en quantité suffisante, d'être mortelle. Si donc l'article 381 crée quelque préjugé, c'est bien en faveur d'un système subjectif, puisque, sur un point déjà, il en consacre expressément une conséquence : dès là que la substance sera bien de nature mortifère, il suffira que l'agent ait cru à l'existence d'une quantité suffisante. Mais de toute façon ce n'est pas cela qui tranche complètement la question que nous examinons, car si l'empoisonnement n'est consommé que par l'administration d'une

(52) V. Loaré, t. XXX, p. 501.

substance de nature effectivement mortifère, cela ne prouve pas encore, pour le cas de tentative, que l'agent ne soit pas punissable par cela seul *qu'il croyait* de nature mortifère la substance qu'il présentait ou mettait à la disposition de la victime (53). Et de même pour l'existence réelle d'une substance vénéneuse, toxique, le texte et la notion d'empoisonnement l'exigent bien, mais c'est toujours à l'égard du seul empoisonnement consommé. La question de l'élément matériel constitutif de la tentative reste complètement en dehors des prévisions de l'article 381 qui doit être écarté du débat. C'est à l'article 2 qu'il faut en revenir, lui seul est souverain et décisif, or, nous savons la solution qu'il consacre, c'est que l'élément matériel de la tentative ne consiste pas dans l'efficacité intrinsèque et présente de l'exécution, mais dans sa forme purement extérieure, et cela est vrai pour toute infraction, même, en dépit de l'article 301, en matière d'empoisonnement (54). Le danger objectif n'est, dans aucune tentative, le critérium de la répression.

(53) On dira si cette croyance suffit dans la présentation du poison qu'il n'y a aucune raison pour qu'elle ne suffise pas également dans l'administration de la substance toxique. En effet, les deux situations sont identiques ; la cause unique de la différence vient de ce fait que le législateur a réputé empoisonnement consommé le simple fait d'administration du poison qui, normalement et rationnellement, devrait constituer un simple acte de tentative. En décidant le contraire, le législateur aboutit, sur le point que nous envisageons, à deux solutions, sans raison aucune dissemblables et incohérentes. C'est à lui toute la faute. La solution générale que nous défendons en matière de tentative nous paraît trop certaine pour que nous fassions le moindre effort pour essayer d'expliquer et de justifier l'incohérence des solutions légales dans la matière spéciale de l'empoisonnement.

(54) Aussi bien, en dépit du principe auquel elle s'attache, est-ce que la doctrine n'est pas obligée d'accepter, ici encore, des solutions

Quel est donc ce critérium ? Il n'y en a qu'un, c'est le caractère volontaire ou accidentel du défaut de résultat, de l'inexécution. Le coupable a-t-il lui-même volontairement renoncé à son dessein et abandonné l'exécution en cours, la société, comme nous le verrons bientôt, lui fait grâce. A l'inverse, n'a-t-il vu ses efforts rester vains qu'à raison d'une circonstance fortuite, indépendante, contraire à sa volonté, il est coupable dès là que sa tentative est arrivée à la hauteur du commencement d'exécution. Inutile de rechercher si les éléments d'action étaient en eux-mêmes efficaces et suffisants, il suffit que l'agent les ait cru tels et que, les considérant ainsi, prévoyant et ne doutant pas de leur effet, il ait passé outre à leur mise en œuvre. Il est irrationnel de juger les actes accomplis autrement que l'agent, lui, ne les jugeait. Son action ne peut avoir pour tout le monde que la valeur exacte que lui-même y attachait, mais elle doit avoir toute cette valeur. En fait il s'est trompé, peu importe, il faut faire état de son erreur et se placer à son propre point de vue, il n'est pas d'autre moyen d'apprécier sainement la portée sociale et pénale des faits réalisés. L'insuccès fortuit, accidentel, voilà donc le seul critérium en matière de tentative, le seul terrain sur lequel se pose la question de la répression.

en complet désaccord avec lui. Doute-t-on que celui-là qui, dans le dessein d'empoisonner, fait prendre, par petites doses, à sa victime, une substance toxique, soit punissable ? Est-ce que sa tentative n'est pas légalement caractérisée bien avant la présentation de la dernière dose qui entrainera la mort ? Et cependant, toutes les doses antérieures, est-il juste de dire qu'elles contiennent en elles-mêmes et objectivement, la puissance de donner la mort, et, par suite, un danger effectif pour la victime. Evidemment non, puisque sans la dernière, que l'agent peut toujours renoncer à administrer, leur impuissance est certaine. Cf. Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. III, n° 4292.

*
* *

126. — Dans un arrêt encore récent, la Cour suprême semble avoir eu comme une vision du système. Un voleur avait introduit sa main dans la poche d'un passant, mais il était établi qu'à ce moment la poche était complètement vide. *Ab initio*, l'action était donc condamnée, toute soustraction, tout délit étaient impossibles, la tentative était irréalisable. Il soutint pour ces motifs qu'aucune peine ne lui était applicable et la Cour de Paris admit son système de défense et l'acquitta (55). Sur pourvoi du Ministère public, la Cour suprême cassa l'arrêt et la Cour d'Orléans, à laquelle l'affaire fut renvoyée, se rangea au même avis pour des motifs identiques : «... Attendu, dit la Cour de cassation, que les actes, que l'arrêt constate avoir été accomplis par les prévenus avec l'intention et dans le but de commettre un vol, constituent le commencement d'exécution prévu par lesdits articles, que le fait énoncé par l'arrêt, que la poche par eux fouillée était vide, n'a été qu'une des circonstances indépendantes de leur volonté, par suite desquelles leur tentative a manqué son effet, qu'il suit de là qu'en se refusant en l'état des faits constatés à appliquer aux prévenus les articles 2, 3 et 401 du Code pénal, l'arrêt attaqué a méconnu et violé les dispositions de ces articles » (56).

La solution n'est point nouvelle à coup sûr, puisque déjà la Cour de cassation avait admis la répression dans

(55) Paris, 19 octobre 1894, *Gaz. Pal.*, 1894, II, p. 600; D. 96, t. 24.

(56) V. Cass. crim., 4 janvier 1895, § 95, I. 108, D. 96, I. 21 et la note de M. Garraud; Orléans, 19 février 1895, S. 95, 2, 85, D. 96, 2, 10.

une hypothèse analogue, celle de l'effraction d'un tronc vide (57). Mais, ce qui est plus nouveau, ce sont les motifs de la décision. En 1876, si la Cour de cassation admettait la solution, c'est qu'il n'y avait, disait-elle, dans un fait semblable, aucune impossibilité absolue à la production du résultat. En 1895, pas une allusion à une distinction quelconque entre deux sortes d'impossibilités, la question d'efficacité ou d'impuissance de l'attaque n'est pas même posée : l'inexécution a eu pour cause une circonstance contraire à la volonté de l'agent ; il suffit, la répression est acquise. Avec des considérants pareils il n'est pas un seul cas d'impossibilité qui ne puisse tomber sous le coup de la répression.

Mais la jurisprudence irait-elle donc ainsi jusqu'aux dernières limites du système ? Étendrait-elle la répression, comme la fait la jurisprudence allemande, à toutes les hypothèses, même à celles où l'impossibilité tient à l'inexistence totale de l'objet, à l'impuissance absolue des moyens ? Qu'il puisse y avoir tentative d'empoisonnement si l'agent n'a administré que de l'eau sucrée ou du nitre, tentative d'avortement s'il n'y a point grossesse, tentative de vol si l'agent n'essaie de dérober ou ne dérobe que sa propre chose, tentative d'infanticide si l'enfant est mort-né, est-ce que tout cela paraîtrait admissible à la jurisprudence ? Non apparemment. En matière d'empoisonnement l'obstacle infranchissable lui semblerait venir de l'art. 301, en matière d'avortement de l'art. 312, en toutes matières de la notion, de la nature même du fait incriminé ; elle verrait dans des cas pareils une *impossibilité de droit*, un défaut dans l'essence juridique de l'infraction, etc. Et c'est déjà ce que soutient tel auteur qui, après avoir, en présence de l'arrêt précité, abandonné ses premières solu-

(57) Cf. *suprà*, n° 110, not. 16.

tions et déclaré l'équivalence de toutes les impossibilités, réédifie de nouvelles distinctions et reprend ainsi à la répression le terrain presque entier qu'il venait de lui céder (58). Eternelle méprise dont à coup sûr, au point où nous sommes arrivés, une longue réfutation serait bien superflue. Encore une fois, répétons-le, toutes les impossibilités se valent et elles sont toutes absolues. Il n'était pas moins impossible à l'assassin de tuer sa victime en dirigeant son arme trop à droite qu'en visant une personne déjà morte, et pourtant cet assassin maladroit est certaine-

(58) Cf. Garraud, note dans D. 96, I, 21 et *Précis...* 6^e édit., 1898, n^o 106, p. 140. Cpr. *Traité*, t. I, p. 303. Jg. Krzymustri, *op. cit.* (Rev. crit., 1897, p. 326-329). Du reste, il est d'autres hypothèses où se manifeste l'influence de la même doctrine mais il nous a fallu faire un choix. En matière de bigamie c'est l'affirmation courante, unanime, qu'il n'y a ni crime ni tentative si, l'époux ayant convolé à nouveau se sachant marié, son premier mariage se trouve être nul (Situation analogue en matière d'adultère où la femme est admise à exciper de la nullité de son mariage pour faire tomber l'accusation qui pèse sur elle. Cf. Garraud, *Traité*, t. IV, p. 561, n^o 532, p. 534, n^o 59). Et en matière de faux, point d'incrimination si l'acte falsifié est radicalement impuissant à causer jamais un préjudice quelconque. (V. les innombrables espèces de jurisprudence citées dans Garraud, *op. cit.*, t. III, nos 149 et s., p. 149 et s. dans lesquelles la question d'existence d'une tentative punissable n'a même pas été soulevée. Jg. Blanche, t. III, n^o 123 et s., spéc. p. 189. Autant de solutions exactes s'il s'agissait de déclarer l'agent coupable de bigamie ou de faux consommés, autant de solutions erronées pour nous dès qu'il s'agit d'établir contre l'agent l'existence d'une simple tentative. « L'élément du délit, dit-on, n'est pas dans la connaissance ou la conscience que l'agent a eu de ses engagements ultérieurs ou antérieurs mais dans la validité de ses engagements ». C'est parfaitement vrai pour la bigamie consommée mais rien ne dit qu'il en soit de même à l'égard de la tentative de bigamie. Au surplus nous ne prétendons pas que l'élément du délit soit dans la croyance de l'agent à la validité des engagements antérieurs. Il est dans le fait de tenter, dans cette croyance, la réalisation d'un second mariage, c'est tout différent.

ment punissable. Ce qui est vrai, c'est que dans certaines hypothèses, l'impossibilité sera plus certaine, sa cause plus tangible, mieux précisée. On aura par exemple la certitude que l'enfant était mort-né, que la femme n'était pas enceinte, qu'au moment où l'agent volait chez telle personne, cette personne était morte et l'avait institué son héritier. Mais qu'est-ce que cela prouve? Tout simplement que dans ces mêmes hypothèses la répression est plus inacceptable que dans d'autres. Or, est-ce vraiment cela qui nous intéresse? En aucune façon. Ce que nous cherchons, ce n'est pas dans quels cas la tentative doit rester impunie à raison de l'impossibilité où elle est d'aboutir; c'est au contraire dans quels cas elle doit être réprimée parce que pleinement efficace et contenant en puissance le résultat voulu. Pure question de mots, dira-t-on. Peut-être, mais les questions de cette sorte ont parfois leur importance, et il nous semble justement qu'en posant la question de cette façon plus précise, la doctrine se fût garée de cette sorte de mirage des mots, de cette illusion d'optique qui a fait toute son erreur.

Elle aurait vu, en effet, que jamais, dans aucune hypothèse de tentative, même là où l'impossibilité paraît la moindre, cette puissance intrinsèque, cette possibilité du résultat, par suite ce danger objectif, ne sont choses susceptibles de constatation certaine, indubitable. Et elle en aurait déduit la conséquence, c'est que la répression ne peut avoir un semblable fondement, puisque ce fondement lui-même la condamnerait à ne jamais intervenir. La doctrine se serait aperçue, d'ailleurs, que si la tentative reste vaine, c'est en réalité et dans l'immense majorité des cas, à raison d'un véritable vice, beaucoup moins de l'objet ou du moyen, que de la mise en contact par l'agent de l'un et de l'autre. A l'impossibilité, elle trouve de multiples causes, une analyse plus minutieuse lui eût fait découvrir

la cause de ces causes, le pourquoi final de l'inexécution, à savoir une erreur, une ignorance de l'agent. Si l'agent n'a frappé qu'un cadavre, c'est qu'il a manqué de promptitude ; arrivé un instant plus tôt, il atteignait une personne parfaitement vivante. S'il n'a mis à la disposition de la victime qu'une substance inoffensive, c'est ignorance de sa part, il croyait administrer de l'arsenic, mais le pharmacien ne lui avait livré que du nitre, ou bien, il savait qu'il administrait du nitre, mais il croyait que le nitre était un poison ; ou bien encore, il avait préparé un poison véritable, mais en le mélangeant à d'autres substances, il l'a rendu inoffensif. Et nous pourrions multiplier les hypothèses, mais à quoi bon ! Toujours la constatation serait identique ; à l'origine de l'impossibilité, la même cause nous apparaîtrait, une inexpérience, une maladresse, une erreur de l'agent : il s'est trompé sur le lieu, le temps, le procédé de l'action et voilà pourquoi, il y a eu inexécution. Autant de faits devant lesquels la répression s'impose au double titre de la justice et de l'utilité.

Que si des hypothèses se rencontrent, tel le cas de l'infanticide tenté sur un enfant mort-né, où l'impossibilité paraît absolument irréductible, les principes généraux, l'examen des fondements vrais de toute répression sont là pour nous dire que ces hypothèses, elles aussi, doivent rentrer dans le domaine de la tentative punissable. De danger objectif inhérent à l'acte, il n'y en a jamais eu, évidemment, dans des cas semblables, puisque même, au moment où l'agent concevait son crime, la victime n'existait pas ; mais que nous importe ce danger actuel et contre tel individu en particulier. C'est le danger futur et contre tous les individus qui compte dès là qu'il s'est affirmé dans des faits causant scandale et jetant l'alarme dans la société.

127. — Et maintenant faut-il justifier le système dont

nous venons d'établir le bien fondé des reproches que maints auteurs lui adressent sur le terrain du simple bon sens ? Faut-il montrer qu'il n'aboutit à aucune des conséquences absurdes qu'on lui a prêtées — ce qui a permis du reste de triompher plus facilement ? — Quelles hypothèses n'a-t-on pas imaginées ! Un individu a la conviction qu'à l'aide de prières, de sortilèges il amènera la mort de son ennemi et il a recours à ces prières, à ces sortilèges ; un autre tire à une distance invraisemblable ; celui-ci s' imagine que l'eau sucrée est un poison et il en fait prendre à la personne qu'il veut empoisonner ; cet autre frappe une monnaie de bois, elle n'a ni la forme, ni les empreintes de la monnaie légale. Allons-nous voir dans ces faits autant de tentatives punissables ? Il le faut, dit-on, la logique l'impose, toutes les impossibilités étant de même valeur (59). Mais il est trop évident qu'un tel principe n'a rien à voir en pareille hypothèse, car si toute répression s'évanouit ici, le motif n'en est nullement dans l'existence d'une impossibilité d'exécution, mais dans la preuve par l'insuffisance de l'attaque de l'insanité d'esprit de son auteur. Comment en effet expliquer autrement de pareils actes entachés d'erreurs aussi grossières ? Qui donc voudrait s'indigner contre leur auteur, qui donc songerait à prendre alarme ? A celui qui agit dans de semblables conditions et prétend réussir, c'est un traitement qu'il faut, ce n'est pas une peine ; il est dangereux comme fou, il ne l'est pas comme criminel et c'est au juge à dire la nature des mesures qu'il faut prendre contre lui (60). Au surplus, prenons garde que les degrés sont

(59) Cf. Carrara, *Progr.*, § 375, p. 199 ; Nicolini, *op. et loc. cit.*, p. 321 ; Krzymuski, pp. 326-329 ; Roux, *op. cit.* (B. U. I. D. P., p. 341.) Alimena, *Ricerche*. (*loc. cit.*, p. 543).

(60) Cf. Garofalo, *Criminologie*, p. 343 ; Thiry, *Rapport* (B. U.

infinis entre l'intelligence et la folie. Il y a inanité du moyen, soit, mais enfin si personne ne peut se méprendre sur le caractère inoffensif de l'eau sucrée, n'est-il pas nombre de substances sur la nature desquelles il est permis d'hésiter? Et de même entre la contrefaçon parfaite de la monnaie et la contrefaçon grossière qui ne trompera jamais personne, est-ce que les degrés ne sont pas également infinis? Tout est donc ici question d'espèce parce que tout se ramène à une question, non pas seulement de volonté, car le fou veut aussi énergiquement que le sain d'esprit, mais à une question d'intelligence. Il peut donc parfaitement se rencontrer des hypothèses, des tentatives irréalisables où le juge se voit contraint de ne prononcer aucune peine, mais la cause n'en sera nullement dans l'impuissance elle-même des faits, elle sera dans le défaut de criminalité, de danger subjectif que cette impuissance traduit et atteste chez l'agent.

Le principe est sauf, par conséquent, et nous maintenons notre conclusion entière. Toute tentative est punissable dès là que l'intention coupable s'est manifestée dans le commencement d'exécution du crime voulu, quelle que soit l'efficacité intrinsèque des actes accomplis. Cette question d'efficacité ou d'inefficacité n'en est pas une. La possibilité du résultat n'est pas un élément constitutif de la tentative punissable.

I. D. P., 1897, p. 308); Kohler, *Der strafbare Versuch...* (*Studien aus dem Strafr.*, t. I, p. 10 et s., Saleilles, *Essai...* (Rev. pénit., 1897, p. 88.) La solution était expressément consacrée par les anciens Codes de Hanovre, de Brunswick, de Nassau et de Bade qui déclaraient que la tentative avec des moyens insuffisants n'était pas punissable, lorsque le choix de ces moyens avait été l'effet de superstition ou d'imbécillité. Jg. C. pén. russe, art. 415 et *Projet*, art. 41. (Législ. pén. comp., t. I, p. 531.)

§ 4. — L'absence de désistement volontaire.

128. — Même poussée par son auteur jusqu'à la hauteur du commencement d'exécution, la tentative, si nous consultons les dispositions du droit positif moderne, n'est pas toujours ni indistinctement punissable. Pour qu'elle tombe sous le coup de la loi, pour qu'elle existe juridiquement, pénalement, il faut encore, que l'exécution criminelle n'ait été suspendue ou n'ait manqué son effet « que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. » Ce sont les termes mêmes de notre article 2 ; la solution est traditionnelle, elle est unanimement consacrée par les législations modernes (1).

Et c'est bien, en effet, dans cette hypothèse-là que se fait particulièrement sentir le besoin, l'utilité de la répression ; c'est ici que sont susceptibles d'une application vraiment complète et absolue, les idées par lesquelles nous justifions au début l'incrimination de la tentative. L'agent avait tout mis en œuvre pour réussir, un événement purement fortuit est venu seul et contre son gré, déjouer ses prévisions ; cette absence de résultat fâcheux et dommageable ne saurait en rien, chacun sent cela, innocenter son action : il n'a pas dépendu de lui que le crime ne fût complètement réalisé, et la loi serait immorale qui ferait du pur hasard un titre à l'impunité. Mais la situation n'est-elle pas bien différente si l'agent, non plus contraint et forcé, mais volontairement, librement, a de lui-même interrompu l'exécution de son méfait? Le repentir, le désistement volontaire, même intéressé, qui s'affirme ainsi dans un acte aussi décisif, ne doit-il pas entrer en compte

(1) V. les références *infra*, notes suivantes.

pour l'appréciation de la criminalité de l'acte, de la culpabilité de l'agent? Evidemment oui, le doute n'est pas possible; le désistement volontaire, l'abandon du projet criminel ne peut être sans influence sur la pénalité rigoureusement encourue par l'agent; il doit en entraîner la suppression totale ou partielle. Avant tout cette solution est commandée par une *utilité* incontestable; parfois aussi ce sont des raisons de *stricte justice* qui militent en sa faveur.

129. — Et d'abord, il s'agit, disons-nous, d'utilité sociale. On peut, en effet, reconnaître à cette idée d'utilité une part d'influence plus ou moins grande dans l'organisation de la répression, on ne peut se méprendre ici sur le principe même de cette influence. L'utilité commande de faire état du désistement volontaire de l'agent criminel et cela même à un double point de vue.

En premier lieu, à un point de vue tout d'intimidation, parce qu'il faut engager le coupable à s'arrêter, à ne point pousser jusqu'au bout l'accomplissement de son crime. La société, en effet, a un intérêt certain à empêcher, autant que faire se peut, la consommation des infractions. Non point, à notre avis, que cette consommation doive apporter dans l'ordre social, si l'on s'en tient à la rigueur des principes, un *trouble plus considérable* que n'en produit la simple tentative. Nous avons dès le début pris grand soin d'établir le contraire, et nous aurons bientôt l'occasion de l'établir plus complètement encore (2). Non, le trouble social est pleinement réalisé, pour ainsi dire consommé dès que la volonté criminelle s'est affirmée au dehors et par un acte quelconque, certaine, fermement et irrévocablement déterminée; la réalisation totale du crime ne saurait accroître en rien ni son étendue ni son intensité.

(2) V. *suprà*, n° 27 et *infra*, n° 144.

Peut-être et tout au plus, la survenance des conséquences préjudiciables d'un mal effectif produira-t-elle une *impression* sociale plus vive; mais ce n'est là, si la volonté criminelle s'est bien affirmée telle que nous l'avons décrite, qu'une sensation toute de surface, passagère le plus souvent, en tout cas injustifiable et, par là même, insusceptible d'entrer en compte dans l'élaboration d'aucune œuvre législative logique et rationnelle.

Si donc le législateur doit empêcher par tous les moyens possibles la consommation des infractions le motif n'en saurait être dans le souci d'éviter la production du trouble social prétendu plus considérable que produirait cette consommation. La considération de l'intérêt social se manifestera tout à l'heure à un autre point de vue; ici en réalité, c'est plutôt *d'intérêt privé* qu'il s'agit. L'affirmation surprendra peut-être, nous la croyons cependant pleinement exacte. C'est qu'en effet, si, rigoureusement parlant, la loi pénale n'a pas pour mission directe le maintien des droits particuliers des individus, il n'en est pas moins vrai qu'elle est encore quoique indirectement la plus complète sanction de leur reconnaissance et leur suprême sauvegarde: le législateur pénal ne saurait sans motif négliger ce point de vue. Or qu'a donc fait l'auteur d'une tentative? Il a méconnu l'intérêt social, soit, mais enfin il n'a pas encore porté atteinte au droit particulier qu'il voulait méconnaître. Eh bien, pourquoi donc ne pas l'intéresser, par la promesse formelle d'une impunité totale ou partielle s'il s'arrête là, à ne jamais y porter atteinte? Deux biens étaient en réalité menacés; parce que l'attaque au premier est pleinement consommée, faut-il donc se désintéresser du sort du second, faut-il déclarer vaine et inutile toute mesure dont le but serait d'en maintenir toute l'intégrité?

La vérité est, au contraire, que la peine retrouve ici l'une

de ses fonctions normales, nous dirions volontiers la principale, la plus essentielle de ses fonctions. Elle n'a pas pour seul but le châtement d'une faute commise, d'une atteinte effective au droit, elle doit agir également et plus encore comme une menace, une *contrainte préventive*. A l'encontre des raisons qui sollicitent l'agent et l'attirent vers le résultat criminel, la lésion du droit d'autrui, elle doit constituer le motif déterminant le plus fort qui l'en détourne. A-t-il commencé déjà, pour ainsi dire, son empiètement sur le droit d'autrui, — nous savons que les mots ont à un point de vue purement formel une valeur certaine — la peine doit de même et à chaque instant, l'inciter à en sortir. Or, ce second rôle, rôle préventif de la pénalité d'une importance incontestable, le législateur le méconnaîtrait gravement qui se refuserait à tenir compte du désistement volontaire.

Si l'abandon du projet criminel, la renonciation à l'effet dommageable voulu, est sans conséquence possible ; si, dès son premier pas, dans l'exécution, l'agent se sait irrévocablement condamné : à quoi bon tout arrêt à mi-chemin ? Le coupable n'a plus qu'un seul intérêt, au contraire, c'est de pousser toujours plus avant et jusqu'au bout l'accomplissement de son crime, puisque la réalisation de ce crime, sans lui faire courir le risque d'un châtement plus sévère lui assurera au moins par la survenance des conséquences dommageables qu'il avait en vue la satisfaction de ses désirs, de ses convoitises. La peine est une barrière sur le chemin du criminel, ce n'est pas derrière lui qu'il faut la placer, c'est devant. Ainsi le respect du droit individuel menacé réclame du législateur qu'il reconnaisse au désistement volontaire une certaine efficacité. C'est la première face du point de vue utilitaire.

Il en est une seconde : la première visait le présent,

celle-ci est relative à l'avenir : c'est, en effet, la destinée elle-même du criminel qui est en question. Il ne s'agit plus d'intimidation, il s'agit *d'amendement*, et c'est ici que le point de vue de l'intérêt social reprend vraiment tout son empire. Ce à quoi il faut tendre en effet, c'est que l'agent engagé dans la voie du mal, n'y persiste point, et non pas seulement par intérêt, mais par l'effet de sentiments plus nobles d'honnêteté, de moralité ; ce qu'il faut, c'est que le coupable se repente, s'améliore et revienne au bien. Le législateur qui a écrit l'article 2 n'est point resté étranger à ces considérations, et il ne pouvait pas vraiment s'en désintéresser. Qu'il s'agisse en effet, de provoquer chez le coupable un libre retour de sa volonté sur elle-même ; qu'il s'agisse au contraire de jeter dans les plateaux de cette balance soumise à un déterminisme fatal que serait sa volonté, un motif déterminant d'action vers le bien, la solution n'est pas différente : une promesse d'impunité totale ou partielle s'impose pour le cas de désistement volontaire. Sinon c'est la voie fermée on peut dire complètement à tout repentir, à tout retour vers le bien. L'œuvre serait antisociale au premier chef, l'utilité pratique, nous disons aujourd'hui les exigences d'une sage politique criminelle, commande au législateur de la répudier (3).

130. — Mais la solution du droit moderne ne s'inspire

(3) Cf. le rapport précité de Pastoret (Zeitschrift, f. d. g. Str. W. 1893, p. 520. « S'il est absurde et féroce de regarder la pensée comme un commencement de crime et de la punir comme un crime consommé, il ne le serait pas moins de ne permettre aucun accès au repentir. Ah ! croyons au remords et ne repoussons pas le retour à la vertu ! » Et Treilhard aux travaux préparatoires du Code (Loéré, t. XXIX, p. 107) : « Que celui qui s'arrête au moment de commettre un crime ne soit pas puni, la justice le veut, l'intérêt de la société l'exige, car ce serait en quelque sorte pousser au crime que de réserver le même sort à celui qui n'achève pas et à celui qui passe outre. »

pas uniquement de nécessités pratiques incontestables, elle s'harmonise encore parfaitement avec les principes généraux de justice qui sont sans nul doute et sous quelque forme qu'on les envisage à la base même de la répression sociale. Et, en effet, que l'on croie à la valeur intrinsèque, absolue de cette justice, c'est-à-dire à l'existence d'une loi morale, dont nulle disposition légale ne doit enfreindre les préceptes, que l'on envisage, au contraire, l'idée de justice, comme un concept purement abstrait et idéal, simple défense de dépasser jamais dans la répression les strictes exigences de l'utilité, de la défense sociale, une constatation s'impose, ici encore, identique dans les deux cas.

C'est que le désistement volontaire du coupable, s'il n'efface pas les faits réalisés, leur retire tout au moins dans une large part leur caractère immoral et dangereux. Sans doute les premières phases de l'action criminelle ont bien attesté chez l'agent, une volonté coupable, des instincts mauvais, une activité antisociale contre laquelle il a semblé un instant utile de sévir, mais, pour faire de cette action une exacte appréciation, ne faut-il pas, après tout, l'envisager dans son ensemble ? Or, à cet égard, la suite a montré justement que l'appréciation initiale était trop rigoureuse et en réalité contraire à la vérité des faits, que la volonté criminelle n'était rien moins que certaine et inébranlable, que l'agent n'avait point une perversité aussi profonde, ou qu'il n'incarnait point un danger social aussi considérable qu'on l'avait cru tout d'abord.

Et il est un cas où cette observation apparaît dans toute sa vérité, c'est celui où l'agent a renoncé à son crime, par l'effet exclusif d'un *repentir sincère, spontané*. Ici en effet, la réforme morale, le retour au bien semblent certains ; dans le présent tout scandale est effacé, pour l'avenir toute crainte sérieuse disparaît. Aucun trouble

social ne subsiste donc plus, la répression n'a plus de raison d'être : inutile de sévir, car l'agent n'est plus à craindre et ce n'est certainement pas son exemple qui encouragera l'audace des malfaiteurs. Ne pas tenir compte du désistement volontaire en pareille circonstance, ce serait non seulement méconnaître un intérêt social évident, ce serait encore manquer aux principes mêmes qui servent de fondement et de limite à la répression sociale, car ce serait presque, en vérité, punir pour une simple résolution criminelle, aussitôt disparue que formée.

Ainsi donc, le législateur qui, comme nous l'avons dit, inscrit à la décharge du criminel son désistement volontaire, ne fait pas seulement œuvre d'utilité, d'opportunité pratique, mais encore œuvre de justice et de morale sociale.

Mais si le désistement volontaire doit avoir sur la pénalité rigoureusement applicable une influence certaine, parce que juste et nécessaire, quelle doit donc être exactement et légalement la portée de cette influence ? La question est à notre estime infiniment délicate et nous n'en connaissons guère où il soit plus difficile, en théorie tout au moins, de fournir une réponse au dessus de toute contestation. C'est qu'en effet les intérêts divers en présence et auxquels il s'agit de donner satisfaction, apparaissent ici, dans une large mesure absolument contradictoires, fatalement destinés à s'exclure mutuellement.

* * *

131. — Au premier abord, la solution la plus rationnelle, la plus adéquate aux exigences de la justice et de l'utilité sociales paraît être la suivante. Le législateur insérera dans la loi une disposition portant *obligation* pour le juge, d'atténuer la peine au cas de désistement volontaire, mais il se gardera de fixer d'une façon uniforme et pour toutes

hypothèses la mesure, l'étendue de cette atténuation. Et l'on comprend comment s'explique et se justifie cette manière de voir. Si l'atténuation de pénalité en cette hypothèse peut et doit être légale, obligatoire pour le juge, c'est que les raisons dont nous faisons tout à l'heure l'exposé ont une valeur certaine toujours et quelles que soient les hypothèses, les circonstances dans lesquelles se présente le désistement, dès là qu'il est volontaire ; c'est d'autre part, qu'en fait la tentative abandonnée volontairement par son auteur et celle dont l'exécution n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites constituent deux situations matérielles bien tranchées, clairement caractérisées ; le législateur a toute possibilité de les distinguer et de les différencier ; il peut et il doit le faire. Mais la situation est toute différente lorsqu'il s'agit de pénétrer plus avant dans l'analyse en quelque sorte psychologique du désistement, dans la détermination rigoureusement exacte de sa qualité, partant du degré d'influence précis qu'il doit avoir.

Ici, en effet, c'est la valeur morale et sociale du désistement qu'il faut strictement déterminer ; or justement cette valeur est susceptible de varier et en fait elle varie à l'infini, suivant les espèces, et pour cette raison qu'elle dépend des *motifs mêmes* auxquels l'agent a obéi lorsqu'il s'est désisté de son projet criminel. Or, ces motifs sont eux-mêmes essentiellement variables. Parfois cet abandon du projet criminel aura surgi, comme nous l'avons supposé, d'un repentir spontané de l'agent : mais il est clair qu'il s'en faut de beaucoup qu'il naisse, en toutes circonstances, d'un mobile aussi désintéressé. Souvent, au contraire, les sentiments d'honneur, de dignité, la compréhension de la laideur morale du crime poursuivi n'auront eu dans sa genèse qu'une influence restreinte et ce seront des motifs d'ordres divers, en tout cas, moins élevés, qui

l'auront déterminé : par exemple, un sentiment de pitié à la vue de la victime, de ses souffrances, de ses supplications ; un sentiment de crainte en présence de ses menaces, à la pensée du châtement encouru, de sa gravité, du déshonneur qui va en découler, qui sait, peut-être un doute sur la possibilité d'aboutir au résultat voulu. Il est clair qu'en présence de circonstances aussi diverses, le désistement, pour rester volontaire, n'en garde cependant pas toujours et partout une valeur identique. Émané d'un repentir véritable, il efface pour ainsi dire toute alarme sociale pour le présent et pour l'avenir. C'est un maximum de valeur, le désistement doit avoir son maximum d'influence ; puis cette valeur décroît peu à peu, au fur et à mesure que se font moins nobles, moins désintéressés les motifs auxquels le criminel aura obéi. Qui peut donc apprécier exactement ces nuances infinies ? Le juge du fait, évidemment, et lui seul. C'est à lui et à lui seul à voir dans une hypothèse donnée jusqu'à quel point le scandale présent, la crainte pour l'avenir, en un mot, le trouble social ont été effacés par le désistement volontaire. La question est toute d'espèce, le législateur qui, de toute nécessité, doit s'en tenir à des solutions toutes générales est incompetent pour la trancher.

Ici encore, nous pouvons reproduire en l'appropriant à la question, ce que nous disions au début en définissant l'intention criminelle. Le législateur peut et doit prendre en considération le désistement par cela seul qu'il est volontaire, il ne peut ni ne doit s'inquiéter des motifs qui ont mis en action la volonté. Cette mise au point, cette adaptation au fait et à l'agent criminel non plus de la pénalité mais du principe d'atténuation dans la pénalité n'est pas un problème de législation positive et de qualification légale. C'est une affaire d'individualisation pénale.

Telle serait apparemment la solution idéale, la plus

rationnelle de la difficulté que nous examinons, celle d'où résulterait la conciliation la plus parfaite des intérêts en présence. Il faut engager le coupable à s'arrêter dans l'exécution; eh bien, nous lui promettons l'impunité s'il se désiste et ce n'est pas une impunité aléatoire, dépendante de l'appréciation souveraine du juge; c'est une promesse ferme, certaine, légale. Mais la justice demande que l'effet du désistement soit en rapport avec sa qualité morale et sociale, avec le degré de diminution du trouble causé au bon ordre, à la paix publique, aussi après avoir obligé le juge dans tous les cas à telle atténuation, lui laissons-nous tout pouvoir pour atténuer encore davantage et même faire disparaître totalement, s'il l'estime bon, la peine primitivement applicable.

132. — Si cependant nous envisageons les dispositions des législations modernes sur ce point nous constatons que pas une n'a consacré complètement ce système. Il en est tout d'abord où nous trouvons la solution suivante : le législateur prend en considération la nature, la qualité des motifs qui ont inspiré le désistement et il ne reconnaît d'influence qu'à tel désistement où se retrouvent certains caractères de *sincérité*, de *spontanéité* : tout autre demeure sans effet et la pénalité encourue reste entière (4).

(4) V. par exemple, les lois de certains cantons suisses (Fribourg, Turgovie, Saint-Gall). Cf. Stooss : *Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts*, t. I, § 46. Jg. le projet espagnol de 1885 (art. 22). (Cf. Lehr, p. 568) et l'ancien C. pén. toscan, art. 48, § 1. En législation, la nécessité de réserver la clémence de la loi pour le désistement spontané et résultant, pour ainsi dire, d'un mouvement vertueux de la conscience du coupable, cette nécessité a trouvé crédit chez quelques juristes italiens. V. entre autres : Canofari; *Commetto alle leggi del regno delle Due Sicilie*, part. 2. *Leggi penali*, I, art. 73; Puccioni, *Il codice penale toscano illustrato*, t. II, p. 55; Carrara, *Progr.*, § 384 et *Sul grado...* § 406 dans *Opuscoli*, t. I, n° 9;

Seulement il est aisé de se rendre compte que ce maintien total de la peine applicable est purement légal et qu'en fait le juge saura bien, par le jeu des circonstances atténuantes avoir à tout autre désistement moins spontané, moins désintéressé peut-être, mais quand même volontaire, tel égard que de raison. Aussi, comparé au système dont tout à l'heure nous exposons les données, celui-ci nous apparaît-il tout à la fois plus large et plus strict, plus libéral et plus réservé, satisfaisant plus et moins les exigences de l'intérêt social. Il est plus large en cette mesure qu'au désistement émané du repentir sincère et spontané de l'agent il n'accorde pas une simple atténuation de peine mais une exemption pleine et entière, ce qui est bien fait pour pousser davantage le criminel dans la voie du repentir. Mais un tel système est plus strict que l'autre puisqu'à l'égard du désistement simplement volontaire, il ne porte pas obligation mais pure faculté pour le juge d'atténuer la peine normalement encourue. Quel compte exact le juge tiendra-t-il donc du désistement? Le coupable n'en sait rien de façon absolument sûre, indubitable. Peut-être le juge usera-t-il d'une large clémence, peut-être au contraire se décidera-t-il pour le maintien pur et simple et dans sa totalité de la peine applicable. Or, si le doute pénètre dans l'esprit de l'agent sur l'efficacité de son repentir, de son désistement, n'est-il pas clair qu'il se repentira et se désistera avec d'autant moins de facilité, de promptitude? Un intérêt douteux, aléatoire n'exerce pas la même pression sur la volonté qu'un intérêt assuré, garanti de façon ferme et irrévocable. Entre deux chances, celle d'une atténuation de pénalité et celle d'une satisfac-

Canonico, *Del reato e della pena*, lib. I, cap. I, p. 231. Paoli, *Nozioni elementari di diritto penale*, p. 69. Cf. Alimena, *Ricerche*. (Riv. pen. 1896, p. 550.)

tion complète de ses convoitises, de ses passions, n'est-il pas à craindre que l'agent ne se décide pour la seconde, au grand dommage de l'utilité sociale qui réclame avant tout, nous le savons, la non consommation des infractions ?

*
*
*

133. — C'est ce qu'a pensé sans doute le législateur français qui, dans l'article 2, s'en tient à un système plus radical et aussi plus libéral. D'une part, en effet, le législateur français n'a pas limité l'influence du désistement volontaire à telles ou telles hypothèses spéciales où l'agent aurait obéi à des motifs d'ordre particulièrement moral et élevé. D'autre part, le degré d'influence du désistement n'est jamais abandonné à l'entière appréciation du juge, c'est la loi elle-même qui la détermine. Et l'on connaît sa solution : le désistement volontaire enlève à la tentative toute sa criminalité ; ni pour le tout ni pour partie, la peine encourue, celle du crime consommé, n'est applicable.

Et d'abord plus de distinction, suivant le caractère plus ou moins spontané et désintéressé du désistement : une seule chose importe, c'est qu'il soit *volontaire* (5).

(5) La plupart des législations étrangères s'en tiennent également à ce critérium très simple. Les unes s'en expriment, comme le fait notre Code pénal d'une façon plutôt implicite en définissant la tentative une exécution restée incomplète par suite de circonstances indépendantes de la volonté de l'agent (V. C. pén. belge, art. 51; luxembourgeois, art. 51; hollandais, art. 45; roumain, art. 38). D'autres prévoient expressément et principalement l'abandon du projet criminel et le définissent, comme l'effet, soit de la volonté, soit d'une impulsion propre, libre, volontaire de l'agent : les termes varient mais il ne semble pas que les différences d'expression correspondent à des différences de fond et de résultat. (V. C. pén. allemand, § 46; hongrois,

Le juge prend donc en considération la force de volonté de l'agent, il envisage les influences multiples sous l'empire desquelles le criminel s'est trouvé au moment de son désistement — influences physiques et morales, influences réelles ou imaginaires, peu importe (6) —, il recherche si

§ 67; de Zurich, § 30; du Tessin, art. 56; de Genève, art. 6; des Grisons, § 28; de Schaffouse, § 83; de Lucerne, § 31, etc.). C'est le système également du projet de Stooss. (Cf. *Motive zu dem Vorentwurf*, p. 9.) Le C. pén. hellène use de développements particuliers à cet égard, il prévoit expressément que le désistement peut émaner de la volonté, d'une impulsion de la conscience, de la pitié, de la crainte du châtement. » Cf. Alimena, *Ricerche, loc. cit.*, p. 545 et s. L'ancien code pénal sarde, art. 401, consacrait aussi la même solution (V. Cass. Turin, 8 février 1887. *Rivist. pén.* XXV, p. 448), mais on sait que le C. pén. toscan admettait la solution contraire. A quelle solution le nouveau législateur italien a-t-il entendu se ranger ? A la première, ce semble (V. art. 61 et Alimena, *Ricerche*, p. 551); cependant un arrêt de la Cour de Cass. de Rome, exige que le désistement émane d'un mouvement sincère de l'âme de l'agent « *un impulso sincero dell'animo dell'agente* » ce qui semble bien faire allusion au repentir. (V. Cass. Rome, 4 mai 1893, *Rivist. pén.* XXXVIII, p. 73). Cf. Champ-communal. *op. et loc. cit.*, p. 60, n° 2.

(6) On a nié parfois que l'intervention d'influences, de causes morales, la pitié, la crainte, puisse laisser une place quelconque au désistement volontaire de l'agent (V. Lacoïnta, *op. cit.* (Rev. crit., t. XXIII, 1863, p. 470). Nous avouons ne pas voir le pourquoi de cette distinction. L'appréciation de la part exacte revenant à la volonté peut se trouver plus difficile dans ces hypothèses que dans celles où se manifeste quelque obstacle purement physique, il n'est pas prouvé par là même qu'elle soit radicalement impossible. Nous rejetons du reste également la distinction proposée par le même auteur entre les influences réelles et les influences imaginaires. Que le fait qui va constituer le simple motif ou la cause même du désistement, existe bien en réalité, ou qu'il n'existe que dans la pensée de l'agent, son influence subsiste identique : elle peut avoir laissé place à une détermination volontaire, ou, au contraire, le coupable a pu considérer l'obstacle comme absolument insurmontable, auquel cas il n'y a plus désistement volontaire mais inachèvement de l'infraction sous l'empire

ces motifs divers d'action ont ou n'ont pas annihilé complètement la liberté de choix qu'avait l'agent, s'ils ont été la cause déterminante ou la simple circonstance occasionnelle de son désistement; en d'autres termes, s'il y a tentative simplement inachevée ou tentative véritablement abandonnée. Voilà le système beaucoup plus simple du législateur français. Il présente, lui aussi, des différences considérables avec celui que sur le terrain purement logique nous dégagions au début, mais est-il donc pour cela sérieusement critiquable? Est-ce que ces différences nous imposent de lui refuser notre adhésion? Mais pourquoi donc?

Evidemment, il n'est pas niable qu'un pareil système nous présente une consécration beaucoup moins parfaite des véritables exigences d'une justice stricte et rigoureuse, puisqu'il attribue au désistement volontaire une valeur uniforme alors qu'en fait cette valeur est essentiellement variable. Et nous ne pensons même pas qu'il suffise pour le justifier pleinement de mettre en lumière l'impossibilité où le juge serait, en fait, de dégager d'une façon précise et certaine les véritables motifs qui ont entraîné l'abandon du projet criminel. Que la tâche soit en effet et dans la plupart des cas extrêmement délicate, cela n'est pas contestable; mais on peut douter, ce nous semble, que, même limitée au seul caractère volontaire ou involontaire du désistement, l'appréciation du juge soit, dans la réalité, beaucoup moins difficile. Dans les deux hypothèses, en effet, n'est-ce pas toujours la même analyse psychologique qui s'impose, avec toutes ses difficultés et ses fatales imperfections? Pour dire si le désistement est l'œuvre de la libre détermination, du choix de son auteur, ne faut-il pas

d'une contrainte forcée. V. sur ces deux points les développements de Carrara, *Progr.*, § 384, p. 202 et s.

que le juge recherche les motifs qui, de part et d'autre, ont sollicité l'agent, qu'il en détermine la puissance, qu'il en scrute la nature? Evidemment tout cela se tient et le législateur qui a borné l'examen du juge au caractère volontaire ou involontaire du désistement n'a pu songer qu'il allégeait d'une difficulté considérable la tâche qu'il lui confiait (7).

Non, la raison vraie du système légal, elle est toute dans le caractère utilitaire, nécessaire de la solution qu'il consacre. Il ne s'agit pas de prétendre qu'en justice, même sociale, tous les désistements aient une valeur identique. Que le coupable s'arrête dans l'exécution plutôt par la considération de l'immoralité de son action que par la crainte des châtimens, la société certes ne saurait s'en désintéresser; ce n'est pas là chose négligeable pour elle que la réforme morale d'un individu. Mais ce qui lui importe certainement plus encore et avant tout, c'est que l'agent s'arrête, qu'il cesse de poursuivre la réalisation de son crime. La cause du désistement est chose importante, le désistement, en soi et abstraction faite de sa cause, est chose plus importante encore. Voilà ce que le

(7) Et c'est ce qui explique les appréciations si contradictoires dont certaines décisions de jurisprudence ont été parfois l'objet: tel l'arrêt de la Cour de Paris du 28 juillet 1848 (D. 49. 2. 166) refusant de reconnaître aucune influence au désistement de l'assassin qui s'arrête alors qu'il aperçoit deux canons de fusil que dirigent sur lui des amis de la victime. L'arrêt rendu contrairement aux conclusions du Ministère public a été vivement combattu. (V. Dalloz, *loc. cit.*, Bertauld, X^e leçon, p. 216, et en sens inverse, Laborde, *op. cit.*, p. 82.) — Au surplus, il est sans difficulté que le désistement ne peut avoir de valeur s'il n'est définitif et irrévocable. L'assassin, le voleur ne se désistent pas qui entendant ou croyant entendre un bruit insolite se dissimulent dans une pièce quelconque de la maison en attendant le moment de continuer l'exécution de leur forfait. Cf. Lacointa, *op. cit.*, p. 471.



législateur a vu, et voilà pourquoi il a ouvert toute grande la porte au désistement volontaire, lui reconnaissant toujours et par cela seul qu'il est volontaire une influence certaine : donnant, pour ainsi dire, une prime, non seulement au repentir de l'agent, mais encore à son intérêt (8).

134. — Et c'est le même motif évidemment qui l'a poussé à dire lui-même quelle serait l'influence exacte du désistement afin que la crainte chez le coupable de l'arbitraire du juge n'en vienne pas contrarier la réalisation. Et c'est encore pour le même motif que, poussant jusqu'au bout la clémence, il a promis au coupable qui se désiste une impunité radicale et complète. D'aucuns ont réclamé contre une semblable solution : cette absence totale et forcée de pénalité leur a paru la méconnaissance des satisfactions légitimement dues par le coupable à l'intérêt social. Cet intérêt a été lésé, disent-ils, la société a été troublée dans le présent et alarmée pour l'avenir, ce sont là des faits que rien ne saurait effacer. Le désistement atténue leur gravité, il ne peut la faire disparaître complètement. Si donc la peine peut et doit être elle aussi diminuée, il n'en reste pas moins qu'une certaine peine peut et doit quand même intervenir (9). Évidemment, sur le terrain des prin-

(8) Cf. Lacointa, *op. et loc. cit.*, pp. 469-471. Carrara, *Sul grado*, p. 50; Rauter, n° 404; Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 60; Ortolan et Desjardins, t. I, p. 448, n° 991; Garraud, *Traité*, t. I, p. 293; Laborde, n° 116; Haus, *Principes*, I, p. 345, n° 457; Nani, *Principi di giurisprudenza criminale*, p. 417; Roberti, *Corso completo di diritto penale*, I, n° 838; Zuppetta, *Corso di diritto comparato*, II, § 322.

(9) Cf. J. Clarus, *Sentent.*, lib. V. *Quest.* 60, n° 21; Böhmer, *Medit.*, in C. C. C., art. 178, § 43; *Elementa jurisprudentie criminalis*, sect. 2, § 24; Kemmerich, *Synopsis juris criminalis*, I, t. VIII, § 43; Tittmann, *Ueber die Wissenschaftliche Behandlung des peinlichen Rechts*, I, p. 271; Kleinschrod (qui se contente d'une admonition judiciaire), *Systematische Entwicklung der Grundlags-*

cipes purs, c'est-à-dire de la stricte justice sociale, l'argumentation procède bien et nous n'essaierons pas de contester l'exactitude du résultat auquel elle aboutit. Mais encore une fois ce n'est là qu'un côté de la pénalité. Il est bon de punir le mal réalisé, il est mieux d'en prévenir la réalisation. La peine, répétons-le, doit agir comme une contrainte, une coaction psychologique, or, plus la distance sera considérable entre la peine applicable au crime consommé et l'impunité promise au désistement volontaire, plus la force préventive de la menace sera puissante, plus facilement sera réalisé le but de la pénalité (10). Il est vrai que si nous en croyons les adversaires de cette opinion, c'est une erreur d'avoir foi dans l'efficacité préventive d'une répression ainsi organisée : faire du désistement volontaire un titre à l'impunité, rien de plus propre, assurent-ils, à pousser l'agent dans la voie criminelle ; n'y entrera-t-il pas d'autant plus facilement qu'il nourrira l'espoir, si quelque obstacle insurmontable surgit devant lui, d'échapper encore à toute peine par un désis-

verfassung und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, I, p. 94; Carmignani, *Elementa juris criminalis*, § 245; Geyer, *Del tentativo* (Riv. pen., *loc. cit.*); Barsanti, *Del pentimento nei reati e suoi effetti giuridici*.

(10) Le motif a entraîné la conviction de l'immense majorité des auteurs. Cf. Chauveau et Hélie, t. I, n° 247; Ortolan, t. I, n° 991; Garraud, t. I, n° 480; Rossi, t. II, ch. xxxii; Beccaria, XXXVII, § 41; Haus, *Principes*, I, p. 357, n° 472; de Simoni, *Dei delitti considerati nel solo affetto, ed attentati*, part. I, § 8; Pessina, *Elementi di diritto penale*, I, ch. v; Oliva, *Il tentativo* (Riv. pen. XVI, p. 5); Brissa, *Saggio d'una dottrina generale del reato*, § 244; Taranto, *Il tentativo punibile*, p. 404; Lucchini, *A proposito del pentimento nei reati* (Riv. pen. XXX, p. 477); Berner, *Lehrbuch*, § 106; Feuerbach, *Kritik des kleinschrod'schen Entwurfs*, II, p. 401; Mittermaier, *Contribuzione alla dottrina del conato a delinquere, dans les Scritti germanici di diritto penale*, t. I.

tement de pure forme mais habilement ménagé et dissimulé ? Mais quelle étrange supposition ! Quand le coupable s'engage ainsi dans la voie criminelle pense-t-on qu'il envisage souvent la possibilité d'un échec, n'est-il pas convaincu au contraire qu'il réussira et amènera la production totale des conséquences qu'il poursuit ? Evidemment, les prévisions qu'on lui prête sont en contradiction avec la réalité des faits et ce n'est point sur des inconvénients aussi problématiques, que se juge une institution : si cette institution est bonne en soi, les abus tout exceptionnels auxquels, dans certains cas extrêmes, elle peut donner naissance ne sauraient constituer un motif suffisant de ne la point consacrer. D'ailleurs, si l'hypothèse se réalise, la clairvoyance du juge ne lui permettra-t-elle pas de déjouer facilement la fraude et de démasquer sous l'apparence du désistement et même du repentir la conviction certaine de ne pouvoir aboutir à la satisfaction complète du dessein criminel, à la consommation de l'infraction ?

Au surplus, à cette impunité qui peut parfois sembler exagérée, un correctif existe, singulièrement puissant. C'est qu'en effet, si, par suite du désistement volontaire les actes accomplis cessent d'être incriminables à titre de tentative, ils n'échappent pas pour cela à toute pénalité. Le plus souvent ils constitueront déjà par eux seuls une autre infraction, de moindre gravité sans doute, mais par contre pleinement consommée. Celui qui aura frappé sa victime n'aura plus à rendre compte d'une tentative d'assassinat, mais il restera punissable pour coups et blessures. A la tentative d'infanticide pourra se substituer, le cas échéant, le délit d'abandon, d'exposition d'enfant. A la tentative de viol, le crime d'enlèvement, d'attentat à la pudeur. A coup sûr, la répression s'affaiblit dans toutes ces hypothèses, mais elle reste possible, n'est-ce pas l'essentiel ?

135. -- Ainsi donc, en reconnaissant au désistement volontaire une influence aussi considérable, en accordant au coupable qui abandonne sa tentative une impunité complète, le Code ne semble nullement avoir fait œuvre irrationnelle et dangereuse. On voit, en somme, combien il est difficile en ceci de juger *a priori* des mérites vrais des différents systèmes en présence. La vérité est ici que l'intérêt social s'analyse en deux besoins contradictoires : d'un côté, un besoin de justice qui appelle la répression, parce qu'après tout le désistement volontaire n'a pu effacer les faits accomplis ; de l'autre, un besoin d'impunité, parce qu'il faut encourager le coupable au désistement. Toute satisfaction donnée à l'un de ces besoins diminue d'autant la satisfaction due à l'autre. Que fera le législateur ? Il consultera le sentiment public, il verra auquel de ces deux besoins ce sentiment donne la préférence, dans quelle mesure il croit à l'efficacité de la promesse d'impunité et par suite dans quelle mesure il pense qu'il faille préférer cette impunité à la répression. Tout est là, aucune solution ne s'impose absolument, c'est une question de mesure, de conciliation entre deux solutions qui apparaissent *a priori* également désirables. La discussion pourrait s'éterniser sur ce point sans aucun profit (11). Il

(11) C'est la même difficulté, disons mieux, la même impossibilité de fournir une solution abstraite générale qui se retrouve dans la question de savoir quelle doit être l'influence de la *réparation* par l'agent des conséquences dommageables de son crime. Et c'est elle encore qui rend insoluble *a priori* la question toute voisine du retour des législations modernes au système des délits privés. Évidemment, tout cela suscite les véhémentes protestations de l'école italienne : « Un simple citoyen, dit Garofalo, devient ainsi l'arbitre de la fonction sociale, de la répression. C'est à lui de juger s'il est convenable de faire subir une peine à un violeur d'une loi sociale, s'il faut enfermer un délinquant ou le laisser libre. L'État lui demande : Vou-

nous suffit d'avoir posé le principe que le désistement volontaire doit entrer dans les prévisions non pas seulement du juge, mais du législateur, que son absence doit être une condition essentielle de la tentative telle que normalement la loi la déclare punissable.

Et ainsi nous avons résolu le premier des deux problèmes que soulève la recherche par nous entreprise de la notion de tentative; nous connaissons les éléments constitutifs de cette tentative, c'était la question de l'incrimination. Reste une seconde question à envisager : celle de la pénalité applicable.

lez-vous qu'on empêche cet escroc de profession de dévaliser d'autres personnes, ou bien souhaitez-vous qu'il fasse aux autres ce qu'il vous a fait à vous-mêmes ? Cela a quelque chose de tellement étrange qu'on peut se demander si nous n'allons pas en revenir à ces temps où la peine n'était que la vengeance de l'offensé ou de sa famille ! » Etrange, en effet, inadmissible même, si l'on veut, mais parce qu'on se place au seul point de vue de la répression. Que cette répression soit désirable, cela est certain ; mais la satisfaction de l'intérêt privé du particulier lésé, l'est aussi ; or, on ne voit pas pourquoi la peine elle-même ne servirait point à procurer cette satisfaction. Il y a deux intérêts en présence, lequel est le plus important ? Est-ce la peine ou l'absence de peine qui répondra le mieux au sentiment général ? Question de mesure, évidemment encore, et question d'espèce. V. sur la question, Demogue, *De la réparation civile des délits*, 2^e part., ch. III, p. 260.

SECTION II

LA PÉNALITÉ

136. — Les termes du problème sont simples à l'extrême et déjà nous les connaissons. De quelle peine doit être réprimée la tentative d'infraction ? Plus spécialement, car évidemment nous n'avons pas à envisager, ici, dans toute sa généralité, le problème de la pénalité, la tentative doit-elle être punie de la peine attachée par la loi au crime consommé lui-même, ou, au contraire, d'une peine moindre ?

Sur ce point, nous connaissons également les solutions du passé, il suffira de les rappeler brièvement (1). Le droit ancien, et le droit romain lui-même ne soupçonnent pas le problème dans les termes généraux où nous le posons aujourd'hui. Ce que la coutume ou la législation connaissent alors, ce sont des actes criminels isolés, distincts, des actes que l'on prévoit et que l'on réprime pour eux-mêmes et séparément, sans souci d'aucun rapport entre eux et les conséquences criminelles dont ils sont susceptibles d'amener la réalisation ultérieure. La peine dont ils sont frappés est tantôt identique à celle du crime consommé, tantôt elle est moindre, tantôt même d'une nature différente. Toutefois aux époques troublées, au Bas-Empire, par exemple, la nécessité se fait sentir d'une sévérité plus grande dans la répression, et c'est alors sur-

(1) V. *suprà*, nos 38, 51.

tout qu'apparaît plus fréquemment dans les textes, l'identité de peine entre certains actes de tentative et les conséquences effectivement dommageables auxquelles ces actes sont susceptibles de conduire. D'ailleurs, ces textes n'ont qu'une portée toute restreinte, spéciale à certains cas déterminés. Ils font cependant illusion aux glossateurs qui s'en inspirent et posent, en thèse tout au moins, le principe d'assimilation de la tentative au délit consommé.

D'une façon générale, le droit canonique défend la même solution, tandis que l'école lombarde soutient au contraire le principe d'atténuation. Entre les deux solutions opposées, la lutte s'engage et finalement aboutit à faire à chacune son domaine propre d'application : dans les crimes graves, la tentative est punie comme le crime consommé ; dans les crimes plus légers, d'une peine moindre. Le critérium, d'ailleurs, n'a pas de valeur absolue, puisque l'identité de peine n'est conservée, même dans les crimes atroces, qu'à l'égard de la tentative prochaine ; en tout cas, il est rendu vague et imprécis dans l'application par le principe général de l'Ancien droit : les peines sont arbitraires en ce royaume.

Le Code pénal de 1791 adopte des solutions autrement radicales. En haine de l'arbitraire, il ne réprime la tentative que dans deux hypothèses ; celle d'assassinat et celle d'empoisonnement. Mais comme il ne les punit qu'à partir du moment où l'Ancien droit les frappait de la peine entière du crime consommé, c'est cette solution qu'il se trouve naturellement conduit à consacrer. Et c'est encore le même principe d'identité que nous retrouvons dans les lois du 22 prairial an IV et du 25 frimaire an VIII. Le Code de 1810, art. 2, ne dit pas autre chose : « Toute tentative... sera considérée comme le crime même ». « Quand, disait Treilhard, l'exécution n'est suspendue que par des circonstances étrangères à sa volonté, le coupable a commis

le crime autant qu'il lui est possible, et les lois, même les plus anciennes, lui en ont fait porter la peine (2) ».

La solution s'est maintenue dans notre droit, et ce fut en vain que, lors de la révision de 1832, ses adversaires essayèrent d'y substituer le principe d'atténuation : les adoucissements apportés à cette époque dans la législation parurent amplement suffisants à leur donner satisfaction : « Qu'importe, en effet, répondit-on, que la loi égale dans tous les cas la tentative à l'exécution, quoique dans l'opinion commune la gravité d'un crime se mesure en partie aux résultats qu'il a produits, si l'admission des circonstances atténuantes permet au jury de tenir compte à l'accusé du bonheur qu'il a eu de ne pouvoir commettre son crime (3) ? »

137. — Il faut bien reconnaître cependant que la solution du droit français détonne fortement en présence de l'unanimité à peu près absolue avec laquelle les législations

(2) Réponse à un amendement proposé par Corvetto, Defermon et le comte Bérenger et tendant à une atténuation de peine en cas de tentative. V. séance du Conseil d'État du 4 octobre 1808, Loché, t. XXIX, p. 407. Cependant Treilhard ajoutait qu'il ne se refusait point à ce que dans les crimes les moins graves, la tentative ne fût punie qu'au minimum. Le Conseil d'État déclara alors en principe que la tentative ne serait assimilée au crime que dans les cas expressément déterminés par la loi. Mais la section chargée de la rédaction définitive ne consacra ce principe qu'à l'égard des délits correctionnels qu'elle n'incrimina pas d'une façon générale mais seulement dans les cas spécialement prévus. Cf. Chauveau et Hélie, t. I, p. 384.

(3) Et le rapporteur à la Chambre des Pairs : « Quelques personnes ont pensé que la tentative de crime ne devait être punie que de la peine inférieure à celle appliquée au crime même. Votre Commission n'a pas partagé cet avis. La perversité est la même dans les deux cas et les pouvoirs nouveaux accordés aux jurés leur donnent la possibilité d'établir les différences morales qui pourront se rencontrer entre le crime accompli et la simple tentative. » Cf. Chauveau et Hélie, t. I, p. 385.

étrangères ont consacré le principe opposé (4). Partout, en effet, ou à peu près, c'est le principe d'atténuation que nous trouvons inscrit dans la loi. Certaines législations s'en tiennent à édicter pour la tentative en général un abaissement de la pénalité (5). D'autres vont plus loin et dis-

(4) V. cependant, C. pén. finlandais (19 décembre 1889) ch. iv, § 1 : « Lorsque la tentative est déclarée punissable et qu'une peine spéciale n'est point édictée pour la tentative, la peine sera appliquée, conformément au texte de loi qui la détermine pour l'infraction consommée. » Le principe d'assimilation était également admis par l'ancien Code prussien (1837), art. 50, mais dans une mesure limitée. Le projet anglais de Stephen déclare, art. 50 : « Toute tentative, qu'il s'agisse d'une trahison (*treason*), d'un crime (*felony*), d'un délit (*misdemeanor*) est punie comme délit, seulement il ajoute : « à moins qu'une disposition expresse n'en décide autrement. Le projet de 1879 du reste consacre aussi le plus souvent, dans les cas où il punit la tentative, un adoucissement dans la pénalité. Cf. Champ-communal, *op. et. loc. cit.*, p. 112.

(5) V. en ce sens : C. pén. allemand, § 44 ; la peine de la tentative ne doit pas atteindre le maximum de celle qui est prononcée contre l'infraction, elle peut descendre au quart du minimum de cette même peine. Les trois peines fixes qu'organise la législation allemande, la mort, la maison de force et la forteresse à vie sont remplacées par un emprisonnement de trois à quinze ans. Le principe d'atténuation était inscrit déjà dans la plupart des anciennes législations de l'Allemagne (C. pén. saxon, art. 40, 41 ; C. pén. hessois, art. 68) ; — C. pén. hongrois, art. 66. Cf. Vuchetich, *Inst. jur. hungar.*, p. 135 : « Quo agens majus et gravius jus pro objecto suae læsionis posuit, eo « major debet esse pœna. Quo major aderat probabilitas delictum « consummandi, eo major debet esse pœna ; major pœna conatum « proximum, quam conatum remotum, seu delictum inchoatum ». Déjà un projet de C. pén., pour la Hongrie, rédigé en 1792, portait dans son art. 5 : « Distinctio etiam inter delicta consummata, et non « consummata fieri debet, in iis, quæ consummata non sunt, eo gra- « vior pœna dictabitur, quo proprios conatus ad consummationem « fuerit. Sic merus conatus mitiori pœna, quam delictum attentatum « aut inchoatum coercebitur ». — C. pén. belge, art. 52 ; C. pén. hollandais, art. 45 ; C. pén. danois, art. 46 ; Luxembourgeois, art. 52 ;

tingent expressément dans la tentative ces deux degrés d'exécution qu'à plusieurs reprises nous avons déjà signalés ; la tentative inachevée, et le délit ou crime manqué (6).

Les projets législatifs actuellement en élaboration sont également unanimes à rejeter toute assimilation de la

Loi pénale suédoise (V. par ex. ch. xix, sur l'incendie, § 9, ch. xx, sur le vol, § 9). Jg. *Statuts des Etats de New-York et de Georgie*, ch. xxi, § 3 ; le Code de la Louisiane, art. 47 : « He shall suffer one half « of the punishment to which he would have been sentenced if he « had comprehended the whole » ; C. crim. canadien, art. 528 à 532.

(6) V. C. pén. espagnol, art. 66 : « Les auteurs d'un délit manqué (*delitto frustrado*) sont punis d'une peine immédiatement inférieure en degré à celle prononcée par la loi contre le délit consommé » ; Art. 67 : « Les auteurs d'une tentative de délit (*tentativa*) sont punis d'une peine inférieure de deux degrés à celle prononcée par la loi contre le délit consommé » ; C. pén. portugais, art. 104-105 qui appliquent aux auteurs de la tentative la peine encourue par les auteurs du délit manqué en l'abaissant comme s'il existait des circonstances atténuantes. — C. pén. italien, art. 61 : « La tentative inachevée (*misfatto tentato*) est punie de la réclusion au moins pour dix ans, si la peine édictée relativement à ce délit est l'ergastolo et dans les autres cas de la peine établie quant au délit avec diminution de la moitié aux deux tiers » ; Art. 62 : « Le délit manqué (*misfatto mancato*) est puni de la réclusion pour vingt ans au moins si la peine édictée relativement à ce délit est l'ergastolo, et dans les autres cas de la peine établie quant au délit avec diminution d'un sixième à un tiers. » La distinction était faite déjà dans le Cod. napolitain de 1819 (art. 69-70) ; le Code sarde de 1839 (art. 96-97) et même dans le Code prussien promulgué en 1794 par Frédéric-Guillaume (les rédacteurs durent en emprunter l'idée à la *Genesi* de Romagnosi parue à la même époque. Cf. Carrara, *Progr.*, § 401, p. 211). On la retrouve encore en droit russe (art. 114-115), en droit norvégien (art. 4 et 5). Elle est admise dans d'assez nombreux cantons suisses : Neuchâtel, art. 53-57 ; Valais, art. 55-58 ; Tessin, art. 57 ; Fribourg, art. 37-40, etc., et dans nombre de contrées de l'Amérique espagnole : Colombie (art. 4-5) ; Uruguay (art. 43) ; Costa-Rica (art. 7) ; Nicaragua (art. 4). Cf. d'ailleurs l'étude d'Alimena et Stooss, *Die Grundzüge*, p. 212.

tentative et du crime consommé (7) et c'est aussi dans cette voie qu'est entrée la Commission de réforme de notre Code pénal. L'article 83 du projet s'exprime en effet de la façon suivante : « Si la peine prononcée par la loi est la mort, le coupable sera puni de l'emprisonnement perpétuel; si la peine prononcée par la loi est l'emprisonnement perpétuel, le coupable sera puni de l'emprisonnement de dix à vingt ans; si la peine prononcée par la loi est l'emprisonnement temporaire ou la détention, le maximum de la peine sera abaissé d'un tiers (8). » Le sens du mouvement est donc incontestable; comment l'expliquer, de quelles idées ce mouvement procède-t-il? L'école classique qui l'a provoqué et le soutient encore va nous le dire: Voici le raisonnement :

*
* *

138. — Tout d'abord, il est ici un fait évident, indéniable, d'où il faut partir : C'est que la conscience publique et générale, se refuse partout et toujours à punir la tentative à l'égal du crime pleinement consommé. Et ce n'est là du

(7) V. Projet espagnol, art. 20, 21; Projet autrichien, Cf. Heil, *op. et loc. cit.*, p. 336; Capitant (Rev. pénit., 1894, p. 632 et s.); Avant-projet suisse révisé, art. 17, § 1 : « La peine sera atténuée au cas de tentative ».

(8) Au surplus, même à l'heure actuelle, la peine de la tentative est quelquefois atténuée dans le Code pénal. Ainsi en est-il pour la tentative de contrainte ou de corruption de fonctionnaires, punie de simples peines correctionnelles et non plus criminelles si elle n'a pas eu d'effet. V. art. 179. Ainsi en est-il encore en matière d'avortement : la tentative de la part des praticiens n'est punie que de la réclusion, alors que la consommation l'est de travaux forcés. V. art. 347, §§ 1 et 3. Jg. également la gradation des peines applicables en matière de complot, art. 89, 91 : autant de dérogations au principe général de l'art. 2.

reste, qu'une application particulière du procédé général d'appréciation en matière de pénalité. Bien que réalisé dans des conditions identiques d'intention criminelle, le même acte n'a pas, aux yeux de tous, une valeur immuable, absolue. Celui-là qui a volé beaucoup est plus sévèrement jugé que cet autre qui a volé peu. Le vol qui réduit un individu, une famille à la misère, portât-il sur une valeur minime, soulève une indignation plus grande et appelle un châtimement plus sévère que cet autre, en soi considérable peut-être, mais qui n'a eu sur la fortune de sa victime, qu'une répercussion insignifiante (9). Le préjudice individuel apparaît comme un élément du préjudice social; sa gravité influe sur l'étendue, l'intensité du trouble causé au sein de la collectivité; son existence ou sa non existence ne sauraient être choses indifférentes.

La survenance d'un mal effectif, de conséquences dommageables, en un mot, la consommation de l'infraction sont choses qui ajoutent à la gravité de l'action criminelle. Jamais la tentative d'un vol, celle d'un assassinat ne seront mises sur le même pied que le vol, l'assassinat complètement effectués. Et pour exprimer cette pensée, la doctrine a multiplié les formules : « la conscience publique, distingue toujours le mal réparable du mal irréparable », « elle a moins d'horreur pour les mains non souillées de sang », « elle se refuse à faire monter également sur l'échafaud, l'assassin dont la victime git dans la tombe et celui dont la victime désignée, grâce à l'interruption de la tentative, se trouve peut-être au nombre des spectateurs de son supplice (10) ». Il n'est pas de jury, pas de tri-

(9) V. sur ce point les données intéressantes de la loi finlandaise (*Législat. pén. comp.*, t. I, p. 566).

(10) Cf. Rossi, *Traité*, liv. II, ch. xxxi, t. II, p. 321; Carrara, *Lezioni sul grado*, p. 8; de Molènes, *De l'humanité dans les lois*

bunal qui ne fasse état de cette différence, et ne se sente quelque indulgence pour l'auteur d'une simple tentative. Voilà le fait, il est de constatation journalière.

Et déjà comment donc, dit-on, n'en être point frappé, comment songer à le méconnaître ! Est-ce que, pour subsister, toute loi ne doit pas s'adapter aux mœurs existantes, concorder avec elles ? Est-ce qu'une institution juridique quelconque n'est pas inacceptable, impossible même, qui contredit les opinions, les convictions de ceux-là qu'elle est appelée à régir ? Evidemment oui. Or, la société ne cesse d'affirmer qu'elle se considère comme suffisamment sauvegardée contre l'auteur d'une simple tentative par l'application d'une peine atténuée ; le législateur n'a pas à prendre le contre-pied de cette affirmation sans cesse renouvelée. Car enfin de deux choses l'une. Ou bien, en inscrivant dans la loi l'assimilation de la tentative et du méfait consommé, le législateur entend établir un système de peines absolument fixes, contraindre le juge à prononcer toujours telle peine immuablement établie, et alors, l'expérience l'a souvent prouvé, à l'application d'un châtement que sa conscience réproouve comme dépassant les bornes d'une juste sévérité, le juge ne manquera pas de préférer l'acquittement pur et simple, même injustifié : à cet égard, la loi demeurera impuissante et sera dangereuse. Ou bien, et c'est évidemment le seul système possible à cette heure, le législateur entend toujours réserver au juge un certain pouvoir d'apprécia-

criminelles, part. II, ch. III, § 43, p. 550 ; Nicolini, *op. et loc. cit.*, p. 222 : « Quel cœur froid ne s'indignerait pas au supplice du malheureux qui verrait, plein de vie et de santé, parmi les spectateurs de ses tourments, celui contre lequel il aurait vainement dirigé ses coups, puisque, ou sa main aurait manqué de fermeté ou son esprit de prévoyance ! »

tion, c'est-à-dire d'atténuation, et alors le juge ne manquera jamais à déclarer l'existence de circonstances atténuantes, par cette raison qu'il n'y a ni préjudice ni victime : à cet égard, le principe posé dans la loi deviendra lettre morte, le législateur aura fait œuvre inutile. Danger d'acquittements injustes et compromettants par là même pour l'intérêt social, ou bien inutilité de la disposition légale, l'alternative est inéluctable, le principe d'assimilation se brise à ce double écueil.

Aussi bien ce principe fût-il parfois, en fait, susceptible d'application ; la conscience publique réclamât-elle dans certaines hypothèses de tentative l'application pleine et entière de la peine même due au crime consommé, que le législateur devrait encore réagir contre un entraînement purement passager et injustifiable dans la vérité juridique. Voilà bien, en effet, ce qu'il importe, nous dit-on, d'observer soigneusement. Ce principe d'atténuation pour la simple tentative n'est pas le fruit, la conséquence d'une indulgente bienveillance, d'un sentiment vague d'humanité, lui seul est vraiment conforme à la réalité juridique, aux données d'une saine et exacte justice sociale.

139. — Certes, si nous nous placions à un point de vue purement moral et absolu la réalisation des conséquences préjudiciables d'une action ne saurait en rien influencer sur la culpabilité de son auteur. La faute et par là même le trouble moral ne peuvent, en aucune façon, dépendre du résultat obtenu, mais uniquement de l'intention, de la perversité morale de l'agent. A cet égard et en principe, l'auteur d'une tentative ne nous apparaît mériter aucune indulgence. A résolutions criminelles également libres, certaines, irrévocables, correspond une égalité fatale de faute, de démerite et doit correspondre en conséquence, qu'il y ait tentative ou crime consommé, une égalité de châtement. C'est ici le triomphe du principe d'assimilation et il

ne s'agit point de le contester. Mais ce qu'il faut remarquer une fois de plus, c'est que la loi sociale n'a pas à se placer sur un semblable terrain.

Le trouble social ne prend point naissance par la seule formation d'une résolution criminelle entraînant réprobation pour le passé et alarme pour l'avenir. Point de répression possible encore si la volonté criminelle, passant à l'acte, n'a réalisé, en fait, un préjudice, tout au moins un danger. L'acte extérieur préjudiciable ou dangereux est l'un des facteurs constitutifs, essentiels du trouble social, il est par le fait même l'un des éléments de son étendue, de sa gravité. Pour mesurer la peine applicable à tel fait donné, le législateur n'a donc pas à rechercher seulement la gravité de la faute morale commise, de l'atteinte portée à la justice, l'intensité en un mot de la réprobation sociale, il ne saurait se contenter davantage d'apprécier le degré de crainte, d'alarme inspiré pour l'avenir par le criminel ; il doit encore envisager la *matérialité de l'acte*, c'est-à-dire le mal, le préjudice effectivement réalisé ; au cas de tentative, le danger matériel couru par la victime. C'est à l'aide de ces trois éléments qu'il doit graduer, hiérarchiser les infractions. Or, entre la tentative de tel crime et ce même crime totalement accompli, le classement, pour ainsi dire par ordre de matérialité, ne peut faire l'objet d'aucun doute. Le crime réalisé est un mal, un dommage, la tentative n'est qu'un danger or, jamais un danger couru, si grand soit-il, n'égale en gravité un mal effectivement souffert. On peut établir le compte de l'agent dans l'une et l'autre hypothèse, y eût-il identité absolue à tous autres égards, celui de l'auteur d'une tentative sera toujours inférieur, plus léger de tout le poids du résultat criminel non obtenu, car à ce résultat correspondait une augmentation de trouble social qui ne s'est point produite. La ten-

tative, en un mot, se présente à l'analyse comme un *être juridique moindre* elle n'appelle qu'une peine atténuée (11).

Et comme cette absence de résultat n'est pas une circonstance contingente et accessoire, mais parce qu'elle se retrouve, au contraire, dans toute tentative, comme un élément essentiel et constitutif, c'est à la loi elle-même à proclamer ce principe d'atténuation. Le législateur français s'est donc trompé en confiant aux juges ou aux jurés le soin de corriger s'il est besoin par une déclaration de circonstances atténuantes la rigueur de son système. Le but, la fonction des circonstances atténuantes est toute différente. Ce qu'elles visent c'est la qualité morale ou plutôt immorale de l'acte et c'est encore le danger qui pour l'avenir menace l'ordre social. Le législateur en effet, lorsqu'il punit telle action de telle peine déterminée se place pour ainsi dire en face d'un maximum de culpabilité. Or, il est de multiples circonstances qui souvent interviennent dans la perpétration d'un acte criminel et en diminuent le caractère immoral et alarmant. Et, par exemple, la perversité de l'agent, la crainte qu'il inspire ne sont pas à coup sûr identiques s'il s'est déterminé froidement, en toute maîtrise de soi ou s'il a subi un entraînement, s'il a manqué d'intelligence. Et de même, cette perversité, cette crainte sont bien différentes si le coupable manifeste un repentir sincère, fait tous ses efforts pour réparer le dommage survenu, ou au contraire, s'il regrette de n'avoir pas fait davantage. Il y a là des nuances infinies et partant insus-

(11) V. Champeommunal, *op. et loc. cit.*, p. 110. ; Nicolini, *op. cit.* (*Rev. crit.*, 1896, p. 224) : « De cette façon, écrit aussi Carrara, si nous imputons moins la tentative, ce n'est pas en vertu d'une atténuation indulgente, mais parce que nous trouvons une diminution dans la consommation et qu'il est naturel qu'une lacune dans les conditions d'un être produise une diminution dans sa valeur » (*Progr.* § 353-355, p. 183-184.)

ceptibles de toute détermination précise et préalable. C'est donc au juge et à lui seul à peser dans chaque espèce la valeur de ces circonstances, à dire quelle sera leur influence sur la peine applicable.

Mais tout autre est justement la circonstance qui nous occupe ici. L'absence de tout dommage n'est pas dans la tentative un événement indépendant du fait incriminé, extérieur à lui; il est une condition *sine qua non* de son existence, une partie intégrante de la matérialité de l'acte, il rentre pleinement dans sa définition légale, car cette définition doit comprendre les éléments constants et invariables du fait incriminé. L'atténuation de pénalité au cas de tentative, à raison de la non réalisation du dommage voulu, ne saurait donc être laissée à l'appréciation libre et souveraine du juge : en déterminer la mesure n'est pas une question de fait, c'est une question de droit, un problème de législation (12). Ainsi donc atténuation légale et partant obligatoire pour le juge, voilà où conduit la considération du fait de tentative, pris en soi, dans sa nature, son essence même.

140. — Mais il y a plus, nous dit la doctrine classique, pénétrons, en effet, plus avant dans l'analyse de cet état de fait que nous présente la tentative et nous allons y trouver un puissant enseignement, la justification absolue et cette fois à un point de vue tout subjectif, du principe d'atténuation. Pourquoi donc en réalité, les actes accomplis par l'agent sont-ils de simples actes de tentative, pourquoi y a-t-il absence de tout résultat dommageable? Assurément c'est à raison d'une circonstance indépendante de

(12) V. sur cette argumentation notamment Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. I, n° 250, p. 393; Dalloz, *Répert.*, v° *Tent.*, n° 35; Trébutien, t. I, p. 386; Le Sellyer, *op. cit.*, t. I, p. 463; Ortolan et Desjardins, *op. cit.*, t. I, p. 467; Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 112.

la volonté de l'agent. Mais cependant pourquoi donc cette circonstance elle-même est-elle intervenue? N'est-ce pas dans l'immense majorité des cas que le lieu, le temps de l'exécution avaient été mal choisis, les moyens d'action mal préparés ou disposés? Si un tiers a pu intervenir en temps utile et sauver la victime, n'est-ce pas, au fond, à raison des hésitations trop prolongées du coupable? Si le coup par lui donné n'a pas été mortel, n'est-ce pas qu'au moment de frapper son courage a faibli et sa main a tremblé? Or, qu'est-ce que cela, sinon, par une imprévoyance de l'esprit, un manque de fermeté dans la résolution criminelle, l'indice, la preuve même que l'agent est après tout moins pervers, moins dangereux. Si la volonté avait été mieux assurée, plus résolue, si l'agent avait été aussi foncièrement coupable qu'il le paraissait au premier abord, le crime n'eût-il pas été pleinement réalisé? En dépit des apparences premières, un doute s'élève et l'absence dans l'exécution criminelle de tout mal effectif, plaide ainsi en faveur de l'existence, chez l'agent, d'une moralité relative. Eh bien, il faut tenir compte de ce doute, de cette moralité (13).

D'autant, après tout, que le doute, en présence d'une simple tentative, porte non seulement sur le degré de perversité morale de l'agent, sur la force de sa volonté criminelle, mais encore sur la persistance ultérieure de cette volonté. A coup sûr au moment où s'est produite la circonstance qui a suspendu l'exécution, cette volonté était encore ferme et bien déterminée, mais a-t-on la certitude qu'elle le fût restée jusqu'au bout si l'exécution avait pu se poursuivre? N'y a-t-il pas mille raisons de croire, qu'à tel ou tel moment, le coupable eût regretté d'avoir formé

(13) Cf. Nicolini, *op. et loc. cit.*, p. 221 et s., 22; Alimena, *Ricerca (Riv. pen.*, 1896, p. 535; Berner, *Lehrbuch.* § 134, p. 224.

un projet aussi criminel et qu'il eût renoncé à en poursuivre plus avant la réalisation ? Et cependant, pour punir la tentative à l'égal du crime consommé ne faudrait-il pas avoir la même certitude sur l'irrévocabilité, la persistance de la volonté criminelle sur l'absence de tout désistement volontaire (14) ?

Enfin, il est une dernière considération qui milite, affirme les classiques, en faveur du principe d'atténuation, c'est celle-là même dont nous avons reconnu la valeur, lorsqu'il s'est agi d'apprécier l'influence accordée par le législateur au désistement volontaire. A tout moment, il faut que le coupable ait intérêt à s'arrêter dans l'accomplissement de son crime, parce qu'il faut à tout prix éviter les conséquences dommageables non encore réalisées. Or, quoi de plus propre à pousser l'agent au désistement, à l'abandon de sa tentative, que de suspendre sur lui à tout moment de l'exécution, et pour le cas où il s'avancerait davantage dans la voie criminelle, la menace d'une pénalité plus considérable (15). — En résumé, nous dit la doctrine classique, punir la tentative à l'égal du crime consommé et laisser au juge le soin d'atténuer la peine s'il y a lieu ; c'est peut-être faire œuvre de justice absolue, ce n'est pas faire œuvre de justice humaine. C'est méconnaître l'intensité vraie du trouble social que l'on entend réprimer et dont le dommage produit est un élément constitutif, c'est imputer pour partie une culpabilité future dont il est impossible dès maintenant d'affirmer la survenance certaine ; enfin, c'est oublier la nécessité pratique qui s'impose d'intéresser à tout moment le coupable à suspendre l'exécution et à revenir au bien. Voilà pourquoi

(14) Cf. Rossi, *op. cit.*, t. II, p. 318 et s., Le Sellyer, t. II, p. 40 ; Haus, *Principes*, t. I, p. 359 ; Chauveau et Hélie, t. I, p. 391.

(15) Cf. Nicolini, *op. et loc. cit.*, p. 232 ; Chauveau et Hélie, t. I, p. 389 ; Carrara, *Progr.*, § 354, p. 183.

la tentative ne doit être frappée *légalement* que d'une peine inférieure à celle du crime consommé.

140 *bis*. — Voilà pourquoi aussi — et c'est là, nous le savons, la conséquence logique du système — le législateur doit marquer, autant que faire se peut, les différentes phases de l'exécution criminelle et déterminer lui-même pour chacune la quantité de peine applicable. La tâche n'est évidemment pas réalisable d'une façon absolue, mais elle l'est dans une certaine mesure. Deux grandes étapes apparaissent en effet, dans la tentative, très nettement caractérisées, suivant qu'au moment où se produit la circonstance fortuite qui arrête l'exécution, l'agent a ou n'a pas encore accompli tous les actes qu'il croyait nécessaires, mais suffisants à la production du résultat. *Tentative inachevée et crime manqué*, le législateur, puisqu'il le peut, doit prévoir les deux hypothèses. Il s'aperçoit alors que le crime manqué a une matérialité plus considérable que la simple tentative : plus rapprochés de la consommation, les faits qui le constituent rendent plus certaine l'intensité et la persistance de la volonté, de la capacité criminelle de l'agent, plus douteuse la survenance du désistement, ils appellent une pénalité plus sévère, susceptible d'arrêter le criminel sur lequel jusque-là aucune menace n'a produit d'effet. Mais, d'autre part, le crime manqué n'égale à aucun de tous ces points de vue la gravité du crime pleinement consommé ; la peine dont il doit être frappé constituera donc comme une *moyenne proportionnelle* entre celle du crime consommé et celle de la simple tentative (16).

(16) Cf. Ortolan et Desjardins, t. I, n° 992 et s., p. 449 et s. ; Boitard, n° 24 ; Molinier, p. 47 et s. ; Laborde, p. 77, n° 109 ; Garraud, t. I, p. 307 ; Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 109, 114 ; Carnignani, *Teoria delle leggi...* t. II, ch. xv ; Carrara, *Progr.* § 425, p. 222 ; Alimena, *Ricerche...* (*loc. cit.*, p. 585) ; Haus, *Observat. sur le proj. de C. pén. belge*, t. I, p. 64, n° 82 ; *Principes*, t. I, p. 359 ; Berner, *Lehrbuch*, § 144 ; Feuerbach, t. II, p. 307.

Telles sont et l'argumentation et la solution du système classique. Quelle en est donc la valeur?

*
* *

141. — Evidemment, tout ce système est en contradiction formelle avec les principes généraux d'où nous sommes partis et qui sont, à notre estime, les seuls vrais fondements de toute répression. A cet égard, et nous reviendrons du reste sur ce point, un tel système est pour nous complètement inacceptable. Mais dès l'abord, pour le combattre victorieusement, est-il donc nécessaire, indispensable de faire appel à ces principes premiers et fondamentaux de la pénalité. Est-ce que, envisagée en elle seule, abstraction faite de toute discussion d'ordre plus général, l'argumentation classique est de tous points satisfaisante, décisive? Il nous semble, au contraire, que la plupart des considérations qu'on invoque sont d'une insuffisance certaine.

Et, par exemple, que parfois, souvent même si l'on veut, les faits de tentative laissent planer quelque doute sur la fermeté, l'irrévocabilité de la résolution criminelle, cela peut être et nous l'avons reconnu nous-mêmes en traitant de la tentative irréalisable. Il est tel cas où l'erreur de l'agent sur le lieu, le temps, le moyen d'exécution est l'indice d'une volonté moins assurée, moins intelligente; l'indice par conséquent d'une perversité moindre, d'une activité moins redoutable; alors, évidemment, l'agent apparaît, pour reprendre les expressions, *plus sot que coupable*, c'est une *espèce de fou* qu'il faut plutôt soigner que punir. Mais, parce qu'il en est ainsi dans certains cas déterminés comment admettre qu'il en soit de même toujours et partout. Manifestement la conclusion n'est pas légitime et pour la raison justement, que d'autres hypo-

thèses peuvent se rencontrer où l'existence, l'intensité actuelles, la persistance ultérieure de la volonté criminelle soient choses absolument certaines, indéniables? Comment, voici un assassin qui, ayant résolu de tuer son ennemi et l'apercevant, sort un revolver de sa poche et fait feu, la victime est atteinte, elle tombe; l'assassin la croit morte et s'enfuit; mais voici qu'en réalité, cette victime n'était que blessée, par hasard un chirurgien passe et lui sauve la vie. Est-ce que, dans une hypothèse semblable, le moindre doute subsiste, soit sur l'existence chez l'agent d'une volonté présentement ferme et irrévocable, soit sur la persistance de cette même volonté?

Mais nous supposons que l'agent a exécuté tous les actes qu'il croyait suffisants à la production du résultat qu'il cherchait, il voulait tuer en tirant un coup de pistolet, et il a effectivement tiré ce coup de pistolet; en tant qu'elle relevait de sa volonté, de son activité propre, l'exécution est complète, subjectivement le crime n'est pas seulement tenté, il est consommé: où voit-on la moindre place pour le désistement volontaire? Et qu'on ne dise point que même dans cette hypothèse le désistement peut encore intervenir pour *faire manquer* les conséquences dommageables précédemment voulues par l'agent, car pour qu'un tel désistement apparaisse comme possible, encore faudrait-il que l'assassin ait un doute sur l'issue, la réussite de son action. Or nous supposons, au contraire — et la supposition n'a rien d'irréalisable — que cet assassin s'est enfui, convaincu d'avoir pleinement atteint le but qu'il se proposait. Ici, par conséquent, point d'incertitude sur l'existence, le degré, l'irrévocabilité de la résolution criminelle. Le législateur se met donc en contradiction avec les faits qui, en face de toute tentative, quelle qu'elle soit, présume cette incertitude et l'inscrit,

pour ainsi dire, à la décharge de l'agent comme une circonstance atténuante légale.

La vérité est, au contraire, qu'en dépit des affirmations de la doctrine classique, la volonté, chez l'auteur d'une simple tentative peut apparaître, en fait, de tous points identique à ce qu'elle fût apparue si le crime avait été pleinement consommé : aussi perverse, aussi dangereuse, aussi fermement déterminée et résolue à pousser jusqu'au bout l'exécution criminelle. Dès lors, s'il en est ainsi, ni la culpabilité, ni la *nocuité* de l'agent ne sont moindres dans le premier cas que dans le second. Dans l'un et dans l'autre l'intérêt social apparaît également compromis, appelant en conséquence une égale satisfaction. Il faut donc au juge possibilité pleine et entière d'assimiler les deux situations.

142. — Mais, dira-t-on, s'il faut admettre cette solution c'en est fait de l'influence préventive de la peine. Engagé dans la voie criminelle et n'ayant plus devant lui, à chaque stade qu'il franchira vers la consommation, la menace d'une pénalité toujours grandissante, le coupable ne manquera pas de faire tous ses efforts pour aboutir. Puisque, *ab initio*, il est passible du châtimeut infligé au crime consommé lui-même, que risque-t-il, à poursuivre jusqu'au bout l'exécution, à réaliser dans toute leur plénitude les conséquences dommageables par lui désirées ? — Ici encore, nous avouons n'être pas convaincu. Nous comprendrions, en effet, toute la puissance d'une telle gradation de pénalité dans une législation où la tentative, en dépit du désistement volontaire de l'agent, resterait pleinement punissable. Alors il est clair que l'assimilation entre la tentative et le crime consommé pourrait avoir pour résultat de pousser l'agent vers la consommation de son crime, en lui enlevant tout intérêt matériel de s'arrêter à mi-chemin. Encore si le principe d'atténuation était en cette

matière aussi fortement entrée dans la pratique judiciaire que le prétend la théorie classique, resterait-il au coupable la quasi-certitude d'obtenir, en renonçant à ses desseins, de larges circonstances atténuantes, ce qui serait bien fait pour l'inciter à l'abandon de sa tentative. Mais encore à quoi bon cette réserve ?

Est-il une seule législation qui n'accorde au désistement volontaire et cela d'une façon directe, principale, la plus large influence ? Ne voyons-nous pas qu'en général cette influence va même jusqu'à enlever toute criminalité aux faits de tentative, ce qui, après tout, nous l'avons vu, n'a rien d'irrationnel et d'inacceptable. Dès lors, le légitime désir, l'utilité, la nécessité même si l'on veut d'empêcher par tous moyens la consommation des infractions ne trouve-t-elle pas là sa pleine et entière satisfaction ? En présence de cette promesse ferme, légale, d'impunité, si le coupable veut bien s'arrêter dans l'exécution commencée, quelle influence vraiment sérieuse peut-il rester à l'accroissement de pénalité dont on nous parle ? A tout moment de l'action criminelle vous voulez menacer l'agent d'une peine plus forte s'il passe outre ; à quoi bon, puisque déjà vous lui promettez, s'il s'arrête, absolue complète. Ceci s'ajoute à cela, dira-t-on. Théoriquement c'est parfaitement vrai, mais dans la réalité des faits une pareille adjonction est absolument superflue. Celui-là qui reculera devant la crainte d'un châtimeut plus sévère, c'est celui-là aussi dont la volonté est hésitante, mal assurée, c'est celui-là chez lequel les sentiments nobles ont encore quelque empire, c'est celui-là en tout cas et bien certainement, que peut faire réfléchir et entraîner l'impunité promise au désistement volontaire.

En réalité, par conséquent, la menace d'une peine plus élevée n'ajoute rien à l'intensité du stimulant qui résulte pour le coupable de l'influence accordée par la loi à

l'abandon libre et volontaire de sa tentative. De la nécessité d'empêcher autant que faire se peut la survenance des conséquences dommageables de toute tentative, il n'y a donc rien à conclure, rien de vraiment probant et décisif en faveur d'une atténuation de pénalité légale et partant obligatoire pour le juge.

Et nous en dirons tout autant de cette faveur relative, de cette clémence que l'on constate dans l'opinion et la jurisprudence à l'égard des simples faits de tentative. Qu'é souvent, très souvent même magistrats ou jurés se refusent à punir cette tentative à l'égal du crime consommé, cela peut être et cela est, mais bien certainement, la solution n'a rien de nécessaire, d'inéluctable. Ici encore, l'observation n'est pas d'une exactitude parfaite, d'une valeur rigoureusement absolue, car non seulement l'esprit conçoit mais la pratique, les faits nous révèlent des hypothèses de simple tentative où la gravité, l'atrocité, atteint et dépasse de beaucoup celle de bien des crimes consommés. Et par exemple, si celui-là soulève l'indignation, l'horreur qui, voulant tuer son ennemi, fait feu sur lui et le tue du coup, pense-t-on que l'horreur, la répulsion publique soit moindre en présence d'un assassin qui, muni d'instruments trop faibles et à cause de cela même, se sera acharné sur sa victime, aura usé contre elle, sans arriver à la tuer, de multiples raffinements de cruauté? Est-ce qu'ici encore tout n'est pas question d'espèce, et dépendante des mille et une circonstances de chaque cause particulière (17)? Et dès lors, pourquoi donc présumer toujours la clémence du juge, pourquoi, dans tous les cas, n'en pas laisser ce juge, arbitre souverain? Qu'est-ce que cette réglementation abstraite, fondée sur des affirmations vraies pour

(17) V. quelques renseignements statistiques donnés par Ortolan, *op. cit.*, t. I, n° 4033, p. 471-473.

partie, mais qu'en maintes hypothèses les faits peuvent radicalement démentir? Qu'est-ce que cette règle fixe qui contraindra le juge à l'application d'une peine atténuée que sa conscience à lui, que l'opinion plus générale du public, estimeront parfois, à raison de telles ou telles circonstances particulièrement monstrueuses de l'exécution, absolument insuffisante et injuste?

143. — Au surplus, on admettra bien apparemment que le législateur ne soit point tenu de suivre aveuglément tout sentiment populaire quelconque, si certaine qu'en soit l'existence, si répétée qu'en soit l'affirmation. Pour s'imposer à lui, on admettra bien que ce sentiment doive être en conformité avec les principes rationnels, ceux de justice et ceux d'utilité. Or, ce fait d'opinion que l'on constate et sur lequel on prétend faire reposer toute la réglementation de la pénalité en matière de tentative, ce fait a-t-il donc une valeur réelle, est-il rationnellement justifiable?

M. Tarde en trouve la cause dans le *sentiment inconscient mais certain que nous avons tous de l'importance majeure qu'il faut accorder à l'accidentel, au fortuit dans les faits sociaux*. « Tout n'est qu'heur et malheur, dit-il. A « la base de tous nos droits de propriété ou autres, que « trouvons-nous? un accident qui a fait notre survie ou « notre succès. D'un accident dépend une victoire, d'où « dépend le sort d'un empire, d'où dépend dans une cer- « taine mesure la pente où la civilisation va couler. Si la « victoire est gagnée, le général vainqueur est couvert de « gloire, et, sans se demander ce qu'il entre de bonheur « dans son triomphe, chacun sent la convenance de le « louer en raison de sa chance même; tandis que le gé- « néral vaincu, malgré le génie déployé dans ses combi- « naisons avortées sans sa faute, rentre dans l'obscurité. « De la sorte, nous nous habituons au cours de la vie, à

« admettre que rien n'appartient aussi légitimement à un
 « homme que sa chance bonne ou mauvaise, et le lot de
 « récompenses ou de peines attachées à son numéro de
 « loterie. Eh bien, lorsque l'auteur d'une tentative d'as-
 « sassinat, empêché par une circonstance involontaire est
 « traduit devant les assises, c'est semble-t-il une bonne
 « fortune pour lui et non pas seulement pour sa victime
 « sauvée, que son fusil ait raté, que la mèche allumée de
 « sa main pour faire éclater la dynamite sous le passage
 « d'un train royal, se soit éteinte en route. Sa criminalité
 « a beau être la même que s'il eût accompli son projet, sa
 « bonne fortune est ou paraît être aux yeux de tous sa
 « propriété incontestable. On se dit vaguement, — en vertu
 « d'une symétrie constante, quoique inconsciente, injus-
 « tifiable, mais inextirpable, — que lui nier cette pro-
 « priété-là conduirait logiquement à nier aussi bien la
 « plupart des propriétés les mieux établies... (18) »

L'analyse est fine à coup sûr, et l'observation péné-
 trante, mais qu'en résulte-t-il donc ? Pas autre chose que
 la constatation, l'explication, si l'on veut, de cette indul-
 gence de l'opinion à l'égard des actes de tentative ; quant
 à sa justification, elle reste à faire. Parce que la foule
 couvre de lauriers le général victorieux et lui attribue
 tout le mérite d'un succès qu'un hasard heureux a peut-
 être plus que lui-même contribué à produire, parce qu'elle
 flétrit le général vaincu sans lui tenir compte des diffi-
 cultés insurmontables en face desquelles il s'est trouvé ;
 cela prouve-t-il que la foule fasse œuvre juste et raison-
 nable ? A ces affirmations, à ce jugement populaire, le
 gouvernement, lui, est-il donc fatalement enchaîné ? S'il
 est une appréciation plus éclairée, plus saine des hommes

(18) V. Tarde, *Positivisme et pénalité* (Archiv. d'anthrop., t. II, 1887, p. 37).

et des événements ne doit-il pas, au contraire, faire tous
 ses efforts pour la faire prévaloir ? Voudrait-on soutenir
 qu'il ne lui appartient pas de défendre et d'honorer le
 courage même malheureux ? Lui refusera-t-on, à l'inverse,
 le droit de blâmer une audace exagérée, une faute, une
 désobéissance qui, pour n'avoir produit, en fait, que
 d'heureux résultats, avait cependant neuf chances sur dix
 d'entraîner les pires malheurs ? Mais pourquoi donc ?

Eh bien, de même en la matière qui nous occupe.
 « L'opinion a beau constituer la principale force des lois
 pénales vraiment efficaces, convient M. Tarde lui-même,
 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 de s'y con-
 former » (19). Voilà la vérité : si la tendance de l'opinion
 est irrationnelle, ce n'est pas la loi qu'il faut mettre en
 accord avec elle, c'est au contraire, une loi, un jugement
 rationnels qu'il faut substituer à l'opinion commune (20).

Au surplus, dans cette sévérité de l'opinion pour le
 crime consommé, dans cette indulgence à l'égard des
 simples tentatives, n'y a-t-il pas autre chose qu'un secret
 instinct de l'importance de l'accidentel dans les faits so-
 ciaux ? N'y a-t-il pas, souvent aussi, une question de cer-
 titude ou de doute sur la fermeté, l'intensité de la résolu-
 tion criminelle, le caractère plus ou moins dangereux de
 l'agent ; la réalisation des conséquences dommageables de
 l'acte accompli révélant mieux que cet acte seul, cette ré-
 solution, ce caractère ? N'y a-t-il pas, ici encore, l'effet
 d'une sensation, d'une émotion en quelque sorte phy-
 sique ? Quand nous sommes en présence d'un crime con-
 sommé, l'horreur que nous cause le criminel ne s'augmen-

(19) V. Tarde, *op. et loc. cit.*, p. 49.

(20) V. Garofalo, *Criminologie*, part. 3, ch. 1, § 9, p. 349.

te-t-elle pas de toute la sympathie qui naît en nous pour la victime ? Si, au contraire, après une attaque inquiétante, aucune conséquence dommageable ne se réalise, n'éprouvons-nous pas une joie réelle à voir la victime sauvée, joie qui nous incline à la clémence et au pardon (21) ?

Mais cela encore, est-ce donc autre chose qu'une simple constatation ? Évidemment non ; de même qu'à l'égard de l'influence reconnue par l'opinion au pur hasard dans l'appréciation des faits sociaux, il faut savoir ce que vaut cette impression, car le législateur ne saurait être contraint de s'en faire l'interprète par cela seul qu'il la constate. Est-elle rationnelle et justifiée ; encore une fois, voilà la question.

144. — Or, il n'est qu'un moyen logique d'en admettre le bien fondé, c'est d'en revenir au concept objectif, et c'est bien là, en somme, sur le point spécial qui nous occupe comme sur beaucoup d'autres, c'est là qu'il faut chercher la véritable raison de décider de la doctrine classique. Des autres considérations qu'elle invoque, il n'en est pas une, nous venons de le voir, qui entraîne la conviction, pas une qui fasse toucher du doigt l'utilité, la nécessité d'une atténuation légale de la pénalité au cas de tentative. Mais nous avouons que celle-ci est décisive. Si, en effet, la répression sociale a pour cause directe, essentielle, non pas la manifestation par des faits extérieurs d'une résolution criminelle, mais bien l'existence intrinsèque de ces mêmes faits, leur matérialité ; le doute n'est pas possible. La tentative, par cela seul qu'elle est une tentative, n'égale jamais en gravité matérielle le crime consommé lui-même ; elle n'est pour la victime qu'une menace, elle ne contient qu'une chance de péril, le crime

(21) V. Garofalo, *op. cit.*, p. 346.

consommé, lui, est un dommage, un mal effectif ; par essence, la tentative est un être juridique moindre. Partir de ce point de vue et réclamer à son égard, toujours et dans toutes hypothèses, une pénalité atténuée, ce n'est pas bienveillance ; c'est justice rigoureuse et strictement logique.

Mais nous savons justement qu'une telle conception est absolument inexacte ; nous savons qu'en matière de tentative plus qu'en aucune autre, — l'idée de danger objectif ne correspondant ici à aucune réalité saisissable, — la répression ne saurait avoir un semblable fondement. Rigoureusement parlant, ce n'est pas l'accomplissement matériel de telle ou telle action en soi dommageable ou dangereuse qui provoque et justifie la répression, c'est le fait d'avoir voulu cet accomplissement et d'en avoir manifesté au dehors la résolution d'une façon qui ne laisse aucun doute sur son existence, son irrévocabilité présente et future. La preuve acquise, de quelque façon que ce soit, d'une volonté criminelle fermement déterminée à pousser jusqu'au bout l'exécution de ses desseins, la société ne saurait attendre autre chose pour s'indigner et s'émouvoir.

Peu importe que les faits réalisés n'aient encore produit aucune des conséquences dommageables voulues par l'agent : la peine n'est plus un *vergeld*, elle n'a pas pour but de réparer les préjudices individuels, pas plus que de compenser, pour ainsi dire, la quantité de jouissances injustes que l'action criminelle a procurées à son auteur. Ce à quoi elle tend, c'est à la satisfaction de deux besoins purement sociaux. Un besoin de justice, d'abord ; à ce titre elle est une mesure d'expiation pour une faute commise, or la faute réside tout entière dans la seule existence de la résolution criminelle. Un besoin de conservation, ensuite ; à ce titre, elle est une mesure d'intimidation, destinée à rassurer la société justement alarmée pour

l'avenir par la présence en son sein d'une individualité perverse et dangereuse. Or, à cet égard encore, qu'importe le degré d'avancement du coupable vers la consommation de son crime ! Dès là que par une résolution criminelle manifestée au dehors certaine, irrévocable, l'agent s'est révélé capable de passer outre à la menace légale, le danger existe dans toute sa plénitude contre lequel il importe de sévir, il existe pour la victime, il existe pour la société ; il faut qu'immédiatement la menace se réalise et se réalise tout entière, car c'est elle tout entière qui a été méconnue, qui est démontrée vaine, impuissante.

Ainsi la peine ne saurait être envisagée comme la dette des faits eux-mêmes, elle est la dette d'une résolution criminelle, constitutive d'une double atteinte à la justice et à l'intérêt social. Là où cette double atteinte existe totale : la peine peut et doit intervenir totale, elle aussi, sans souci aucun de la matérialité des faits réalisés. Si le législateur doit attacher au meurtre une peine plus sévère qu'à de simples blessures, ce n'est pas à raison de la gravité matérielle plus considérable du meurtre, mais parce que cette gravité, ayant été désirée et voulue, est l'indice, chez son auteur, d'une perversité plus grande, d'une individualité plus dangereuse. Et c'est pour un motif analogue que peut à la rigueur se défendre la distinction par le législateur lui-même du meurtre ordinaire et de l'empoisonnement (22).

145. — Mais, à ces divers points de vue, quelle différence établir *a priori*, *abstraitement*, entre la tentative et le crime consommé ?

Est-ce que la culpabilité de l'agent, sa perversité morale au sens absolu ou relatif du mot serait moindre dans le premier cas que dans l'autre ? Mais pourquoi donc, si la

(22) V. *suprà*, n° 125.

résolution criminelle est également certaine, également intense ? Quant au danger pour l'avenir, en quoi serait-il, lui aussi, moins considérable ? Mais, au contraire, n'est-il pas tel cas donné où il semblerait préférable pour la tranquillité, la sécurité générale que l'agent ait réussi, puisque, sa vengeance satisfaite, il ne menacerait plus personne ? Et si nous envisageons ce danger, non plus chez le criminel lui-même, mais chez ses imitateurs possibles, en quoi voit-on que l'exemple soit moins pernicieux dans la tentative que dans le crime consommé ?

Mais comme le dit fort bien Garofalo, « il n'y aura là qu'une leçon profitable pour les autres brigands qui apprendront à agir avec plus de précaution, à mieux frapper et à s'assurer de la mort de leur victime. C'est ce qu'on a vu toujours dans de pareils cas. On renonce à un moyen qui n'a pas assez de chance de réussite ou qui peut amener la découverte du malfaiteur. L'expérience n'est pas perdue pour les disciples assistant au débat de la Cour d'assises. Bien loin de renoncer au métier, ils ne se tromperont plus comme leur maître » (23).

Ainsi donc, d'une façon générale, absolue, obligatoire, point de différence à établir entre la tentative et le crime consommé. L'absence de résultat dans un cas, la production effective des conséquences dommageables dans l'autre sont faits de nulle valeur qui ne sauraient influencer en rien sur la culpabilité, la criminalité sociale de l'agent. L'action quelle qu'elle soit ne vaut que par la volonté, le tempérament, l'individualité qui lui a donné naissance et dont

(23) V. Garofalo, *op. cit.*, p. 347, qui réfute ainsi victorieusement, à notre avis, l'affirmation contraire de M. Tarde : «... le péril (de la tendance criminelle) est double s'il y a eu exécution, puisqu'à l'habitude criminelle naissante s'ajoute l'exemple criminel naissant, l'un et l'autre à comprimer ». V. *Positivisme et pénalité* (*Arch. d'anthrop.*, t. II, p. 35-37).

elle est la manifestation externe. Celui-là qui a tué ne saurait être traité comme un meurtrier, s'il n'entendait faire à sa victime que de simples blessures (24) ; mais cet

(24) La Cour de cassation se trompait donc absolument avant 1832 lorsqu'elle punissait comme meurtrier celui qui, *sans intention de tuer*, avait volontairement fait des blessures, lesquelles avaient eu pour résultat la mort de sa victime. On sait, du reste, comment la jurisprudence avait été amenée à ce système. L'ancien art. 309 ne prévoyait que le fait de blessures, de coups, de violences ayant entraîné une maladie ou incapacité de travail de plus de vingt jours. Si le résultat des blessures avait été la mort, le texte n'était plus applicable : la jurisprudence en concluait que l'hypothèse rentrait dans l'incrimination du meurtre : c'était oublier l'élément subjectif du meurtre, l'intention de donner la mort. A notre avis, puisqu'il était de toute nécessité d'étendre un texte en dehors de ses strictes limites, c'était l'art. 309 et non l'art. 304 qu'il fallait appliquer, d'autant que la peine prononcée par l'art. 309 était la réclusion, d'une gravité apparemment suffisante à la répression de faits de cette nature. Quoi qu'il en soit, le législateur de 1832 a complété les dispositions légales en établissant pour le cas de blessures, de coups, de violences, toute une série de pénalités graduées : peine inférieure si les blessures n'ont entraîné qu'une maladie ou une incapacité de travail de moins de vingt jours, peine supérieure si cette maladie ou cette incapacité ont duré plus de vingt jours, peine plus sévère encore, sans toutefois égaler celle du meurtre, si les blessures faites sans intention de donner la mort, l'ont cependant occasionnée. Et de ces dispositions on n'a pas manqué de tirer argument en faveur du système classique. Le législateur, a-t-on dit, a dans tous les cas gradué la peine suivant la gravité matérielle des blessures faites par l'agent ; or, cette gravité est l'effet d'un simple hasard, et puisqu'un hasard malheureux peut ainsi aggraver la situation d'un accusé, pourquoi donc le hasard heureux qui a sauvé la victime ne pourrait-il pas améliorer cette même situation ? Mais l'argumentation est, à notre avis, sans portée et pour une double raison : la première, c'est que si la pensée du législateur était effectivement de mesurer la peine sur la matérialité des conséquences produites par les blessures, nous déclarerions les dispositions des art. 309 et s. aussi injustifiées que le principe d'atténuation en matière de tentative ; au point de vue subjectif où nous

autre qui ne lui cause que de simples blessures est coupable et dangereux à l'égal d'un meurtrier s'il voulait effectivement la tuer (25). Lui faire de cet événement, survenu par

nous plaçons, la même conclusion s'impose et nous l'acceptons pleinement. La seconde raison, c'est que nous ne croyons pas qu'en réalité telle ait été et telle puisse être la pensée du législateur. Ce qu'il a voulu punir différemment dans les articles précités, comme partout ailleurs, ce ne sont point des résultats matériels différents, mais des culpabilités différentes. L'agent est d'autant plus pervers et dangereux qu'il a voulu des blessures plus graves, voilà le point de vue. La blessure qui a occasionné la mort atteste chez l'agent une résolution de causer non pas la mort, mais un mal plus considérable, et c'est cette résolution signe d'une criminalité plus grande qui appelle une répression plus sévère. Voilà, ici encore, le pourquoi véritable des distinctions législatives : à l'apparence, c'est sur la matérialité du crime qu'est mesurée la peine applicable ; dans la réalité, c'est sur la culpabilité subjective de son auteur. Les dispositions des art. 309 et 311 ne sauraient donc en rien contredire notre manière de voir, et nous pouvons ajouter qu'envisagées à ce point de vue, elles ne sauraient même pas être législativement critiquées ; de telles prévisions rentrant pleinement, en attendant le triomphe des idées de l'école italienne, dans la fonction normale du législateur.

(25) Il est facile du reste, de compléter la formule. Puisque, toujours et partout, c'est à l'intention qu'il faut s'attacher, celui-là est coupable de tentative d'empoisonnement et non de meurtre ordinaire qui voulant et croyant administrer une substance *toxique* a fait prendre à sa victime une substance, susceptible de causer la mort, mais non toxique. Celui-là encore n'est coupable que d'une tentative de meurtre et non de parricide qui, voulant tuer un ennemi qui lui est étranger, a par erreur tué son père, et tout le monde en convient. Mais nous ajouterons, à l'inverse, que celui-là est coupable de tentative de parricide qui voulant tuer son père a blessé par mégarde une autre personne qui lui est étrangère. La doctrine classique rejette cette dernière solution, et dans cette hypothèse elle n'impute à l'agent qu'un meurtre simple. Le résultat matériellement réalisé lui apparaît ainsi comme la limite maxima de la répression possible. C'est toujours le concept objectif dont nous ne saurions, ici encore, accepter la conséquence. Celui-là qui a voulu tuer son père est coupable et dangereux à l'égal

hasard et contre son gré, un titre à une impunité même partielle; rien de plus contraire à l'idée de justice, et aussi rien de plus dangereux : qu'en résultera-t-il, en effet, sinon plus d'assurance pour le coupable dans la réalisation de ses desseins? Pourquoi hésiterait-il à faire tous ses efforts pour réussir, puisque, ou bien il réussira et verra satisfaites ses convoitises, ou bien il échouera et son échec même lui assurera l'indulgence certaine de ses juges. En face de ce double espoir, comment le criminel s'arrêterait-il à mi-chemin dans l'exécution?

En vérité, reconnaissons-le donc, c'est qu'ici tout est question de fait, relevant de l'appréciation souveraine du juge dans chaque espèce particulière. Or, puisque des hypothèses peuvent se présenter où l'auteur d'une simple tentative apparaisse aussi coupable, aussi dangereux que s'il avait complètement réalisé les conséquences criminelles par lui voulues; il faut, de toute nécessité, que le juge trouve dans la loi, la possibilité de prononcer contre lui, le cas

d'un parricide bien qu'il n'ait point réussi dans l'exécution de son dessein. Dès là qu'il a manifesté ce dessein en la forme d'un acte d'exécution, il est socialement punissable et punissable comme s'il avait abouti; la peine, toute la peine du parricide et non celle du meurtre simple lui est applicable. La seule objection qui puisse s'élever contre un pareil système se tirerait de ce qu'à l'égard du père tout meurtre pourrait être soit absolument, soit relativement impossible, irréalisable, mais l'objection n'en est pas une pour nous qui admettons la répression de toute tentative irréalisable, quelle qu'elle soit. Le premier projet de C. pén. suisse (art. 14) consacrait pleinement la solution; le juge en appréciant les faits accomplis devait tenir compte de l'erreur de l'agent sur les circonstances de l'exécution, autrement dit, s'attacher à la seule intention. Mais la disposition a soulevé une vive opposition qui a fini par triompher. L'art. 15 du second projet a répété la solution, mais en ajoutant qu'elle ne serait point appliquée *lorsqu'elle aurait pour résultat d'aggraver la situation de l'agent*. Nous doutons qu'en modifiant son œuvre première le législateur suisse l'ait améliorée.

échéant, la peine même du crime consommé. *Assimilation légale de la tentative et du crime consommé, mais possibilité pour le juge d'atténuer la peine ainsi prononcée*; voilà donc la solution à laquelle nous aboutissons (26).

146. — Et, bien entendu, de toute cette argumentation, la solution découle générale, absolue, en ce sens que nous ne saurions admettre aucune distinction entre telle ou telle sorte de tentative. Nous rejetons donc, par conséquent, non seulement le système d'une *double atténuation*, moindre pour la tentative achevée ou délit manqué, plus considérable pour la tentative inachevée, système le plus adéquat au concept objectif et particulièrement triomphant dans les législations espagnole et italienne; mais nous rejetons tout autant *le système d'une atténuation limitée à la tentative inachevée, le délit manqué restant passible, en principe et également, de la peine du crime consommé*.

Quelques auteurs, cependant, ont cru pouvoir s'attacher à ce système intermédiaire. Ils ont aperçu, comme nous l'avons montré nous-même, qu'il était faux, en fait, qu'un doute subsistât toujours et dans tous les cas de tentative sur l'intensité, la persistance ultérieure de la volonté criminelle; ils ont découvert des hypothèses, où, tout au contraire, l'exécution étant complète de la part de l'agent, aucune place ne restait pour son désistement volontaire; des hypothèses, par conséquent, où frapper le coupable comme s'il avait abouti, ce n'était, pour reprendre les expressions, ni mettre à sa charge une violation incertaine de la défense légale, une culpabilité aléatoire, ni lui enlever tout intérêt matériel à renoncer à ses desseins. Ce

(26) V. en ce sens Filangieri, *Science de la législation*, trad. fr., liv. III, ch. XIII, t. II, p. 73; Thiry, *Cours de droit pénal*, 2^e éd., p. 46 et *Rapport*, dans *Bull. U. I. Dr. pén.*, t. VI, 1897, p. 303; Saleilles, *L'individualisation de la peine*, p. 201.

sont les hypothèses de crime manqué, ont dit les auteurs dont nous parlons, entre elles et celles de crime consommé, il n'est aucune différence de gravité, de valeur sociale, aucune différence ne se comprendrait donc dans leur répression. Mais tout autre est la situation que nous présente la simple tentative inachevée : là, en effet, plus de certitude sur la fermeté de la volonté criminelle, le désistement volontaire reste possible, la culpabilité en suspens, une atténuation de pénalité s'impose (27).

Nous avouons n'être pas convaincu. Et, tout d'abord, si nous nous plaçons sur le terrain du droit positif, il n'est pas douteux que, même en supposant l'argumentation probante, l'assimilation de tout crime manqué au crime consommé reste une conclusion beaucoup trop absolue ; et pour la raison que, suivant le législateur positif, le délit manqué lui-même laisse place au désistement volontaire (28). En vain l'agent a-t-il accompli tous les actes qu'il estimait suffisants à la production du résultat criminel ; en vain, par exemple, a-t-il fait feu et blessé mortellement sa victime ; s'il se porte à son secours et lui sauve la vie, sa tentative n'est point punissable. Or, il est maintes hypothèses semblables où l'exécution, quoique incomplète au regard de l'agent, n'en laisse pas moins libre accès au désistement du coupable et par là même, laisse subsister un doute réel sur l'irrévocabilité de sa résolution : là encore, par conséquent, même en supposant l'argumentation fondée, ce n'est pas le principe d'assimilation qui doit reprendre tout son empire.

Au surplus, c'est le raisonnement lui-même dont la logique nous échappe, car, enfin, dans la conception classique et objective à laquelle se rattachent les partisans de

(27) Cf. Chauveau et Hélie, *Traité*, t. I, pp. 397-400, nos 252-253 ; Trébutien, t. I, p. 384 ; Bertauld, pp. 496-497 ; Villey, *Précis*, p. 97.

(28) V. *suprà*, n° 102, not. 70.

ce système intermédiaire, ce qui compte avant tout, ce qui détermine et mesure la répression légale, ce n'est pas la culpabilité subjective de l'agent, mais la matérialité du fait. Or, pour attester une résolution aussi fermement déterminée, aussi perverse, aussi dangereuse, le crime manqué n'en a pas moins une gravité matérielle inférieure à celle du crime consommé ; il est, lui aussi, une absence de résultat, ce qui emporte diminution dans l'émotion publique, et le trouble social causés, il n'appelle donc qu'une répression atténuée. — Non point, répondent les auteurs, l'absence de toute conséquence dommageable est un fait de pur hasard qui ne peut modifier en rien la criminalité intrinsèque des actes accomplis ; quant à l'émotion publique, c'est une simple *impression*, une *sensation irrationnelle* à laquelle le législateur ne saurait faire accueil.

Mais alors, s'il en est ainsi, si la matérialité du fait est en elle-même sans valeur à l'égard du crime manqué, pourquoi en serait-il différemment à l'égard de la simple tentative inachevée ? Ce sont là deux phases infiniment voisines dans l'exécution criminelle ; dans l'une et dans l'autre la volonté peut apparaître aussi ferme, aussi résolue, le désistement volontaire aussi invraisemblable. Ainsi de deux choses l'une : ou la peine doit se mesurer, conformément au concept objectif, sur la gravité matérielle des faits réalisés, et alors c'est le système d'une double atténuation légale de pénalité qui s'impose, ou bien, au contraire, cette gravité matérielle n'est pas autre chose qu'un élément d'appréciation de la culpabilité, du caractère pervers et dangereux de l'agent, et alors c'est, pour toute tentative, au système d'une appréciation judiciaire qu'il faut en revenir (29). Nous ne croyons pas que les

(29) Il est à peine besoin de dire que nous ne saurions admettre

partisans de ce système, mixte en quelque sorte, puissent échapper au dilemme et par là même au reproche de contradiction. Encore une fois, assimilation légale, atténuation purement facultative pour le juge, voilà la solution vraie.

147. — Non pas évidemment qu'il s'agisse de laisser le juge maître souverain de prononcer telle peine quelconque que bon lui semblera : la nécessité de mesurer la peine sur l'exacte culpabilité de l'agent ou sur le degré de danger qui en dérive pour la société au sein de laquelle il vit, ne saurait aller jamais jusqu'à la consécration d'un tel arbitraire. En dépit des affirmations de l'école italienne, le premier devoir du législateur est encore, pour chacune des infractions qu'il édicte, de déterminer un maximum de pénalité que le juge ne saurait dépasser. Il y va de la liberté individuelle, abandonnée sans cela au caprice ou à l'intérêt des juges peut-être malveillants ou passionnés. Il y va aussi de la satisfaction de ce sentiment public, qui attribuant à chacun des biens individuels ou sociaux une valeur donnée et abstraite, différencie et hiérarchise pour ainsi dire les actes attentatoires à ces biens, les estime plus ou moins graves, parce que plus ou moins injustes ou compromettants pour la sécurité, la vie du corps social, et entend qu'ils soient réprimés d'une peine proportionnée. C'est le

davantage le principe d'une atténuation légale de pénalité pour le cas de *tentative irréalisable*. C'est là, pour nous, comme on sait, une tentative ordinaire purement et simplement ; ici donc, par conséquent, la détermination de la criminalité des faits et, par suite, de la nature et du quantum de la répression à intervenir relève de l'appréciation du juge : dans telle hypothèse l'insuffisance des moyens employés sera pour le juge l'attestation d'une culpabilité atténuée, d'une nature moins dangereuse ; cette insuffisance pourra même contenir en elle la preuve de l'insanité d'esprit de l'agent. V. *suprà*, n° 127. Mais, à l'inverse, il n'y a pas de raison pour que le maximum de la répression ne soit dans telle autre hypothèse absolument juste et nécessaire.

sentiment d'une certaine proportion à garder entre la peine et le délit, indice de faute et de danger, sentiment que l'on critiquera si l'on veut, mais dont il est impossible au législateur de ne pas tenir compte parce qu'il est ancré au plus profond de la conscience publique et que toute institution pour être efficace et subsister doit prendre là ses racines, son inspiration.

A ce sentiment le législateur ne saurait manquer de donner satisfaction, et c'est pourquoi il lui appartient, à lui, s'en faisant l'interprète, d'envisager le crime comme une entité, comme un être purement juridique et abstrait ayant une valeur générale, absolue, uniformément déterminée. Mais une telle appréciation lui est rigoureusement réservée et le juge se tromperait qui entendrait procéder d'un point de vue analogue. Ce n'est pas le crime, en effet, qui doit surtout attirer les regards du juge, c'est le criminel, l'être réel, source psychologique du mal réalisé, c'est la perversité de ce criminel, sa nature, ses tendances, son tempérament qu'il s'agit avant tout, pour lui, d'envisager parce que ce sont elles qui permettront de découvrir la peine exacte en nature et en quantité qui doit être appliquée. En posant telles ou telles limites à l'arbitraire du juge, le législateur satisfait à l'idée sociale de sanction qui s'attache à la peine ; au juge de faire remplir à cette peine sa seconde fonction, sa fonction préventive, à lui de voir dans la pénalité, non pas un mal pour un mal, mais un mal pour un bien ; à lui, oubliant presque, s'il est nécessaire, le fait passé, de sauver l'avenir et pour cela d'*individualiser* la peine, c'est-à-dire de l'adapter au criminel, de telle façon qu'elle produise son maximum d'effet possible, amendement, intimidation, élimination. C'est déjà dans une certaine mesure la science pénale d'aujourd'hui ; il y a lieu de penser que ce sera plus encore la

science pénale de demain (30). Or, pour en revenir à notre matière, le principe d'atténuation forcée au cas de tentative, en enlevant au juge une large part de ses pouvoirs, va directement à l'encontre de cette idée, disons mieux, de ce besoin urgent qui s'appelle l'individualisation pénale et ceci, pour nous, achève de le condamner.

Au contraire, le principe d'assimilation satisfait pleinement et dans la mesure légitime à ce besoin, il est conforme aux véritables fondements de la répression; d'autre part, nous les avons, il n'entrave en rien le repentir, le désistement volontaire de l'agent; enfin, il ne heurte nullement la conscience publique, puisque l'assimilation n'est jamais imposée, mais toujours et simplement proposée à la souveraine appréciation du juge. La preuve est faite, ce nous semble, l'article 2 n'est pas une *erreur législative* mais l'expression rigoureuse de la vérité juridique: la tentative doit être légalement considérée comme le crime même.

148. — Au surplus, de toute cette conception découle une solution complémentaire évidente, elle concerne les *actes préparatoires*. La loi, nous l'avons établi, ne peut les incriminer d'une façon générale comme elle incrimine tout commencement d'exécution, mais elle peut les prévoir et les réprimer à titre de crimes ou de délits distincts, isolés, par eux-mêmes complets. Eh bien, dans ces hypothèses de quelle peine le législateur doit-il les frapper? Évidemment, pour toutes les raisons que nous venons d'invoquer à l'égard de la tentative, de la peine même du crime consommé dont ces actes étaient la préparation. Que le procédé ne soit pas applicable en toutes hypothèses, cela est certain, parce qu'il est tels actes, par nature préparatoires, dont l'accomplissement ne correspond dans la pensée de leur auteur à aucun but précis, nettement

(30) V. Saleilles, *L'individualisation de la peine*, spéc., p. 9 et s.

déterminé: telle, par exemple, l'association de malfaiteurs, acte qui n'est certainement point un but en soi, mais une préparation en vue d'un résultat subséquent; acte aussi certainement réalisé dans un dessein criminel mais dont le but reste vague, flottant, subordonné aux circonstances futures. Là, sans nul doute, le législateur est contraint, pour assurer la répression, de prendre en considération beaucoup plutôt l'acte lui-même que ses conséquences possibles, ou du moins, s'il envisage ces conséquences ce ne peut être que d'une façon très générale, très imprécise; son appréciation est forcément empirique, en quelque sorte abstraite.

Mais remarquons qu'il n'en sera nullement toujours ainsi et que parfois, souvent même, la détermination de l'effet dommageable voulu et préparé sera parfaitement possible. Eh bien, alors, nous n'en faisons point doute, c'est au principe d'assimilation qu'il faut en revenir. Et c'est, du reste, ce que le législateur lui-même a fait dans maintes hypothèses; celles, par exemple, où, punissant la *vente* de produits frelatés (31), il a par la même disposition incriminé et puni de la même peine la *mise en vente* (*commencement d'exécution*) et la *fabrication*, altération, falsification (*acte préparatoire*). De telles dispositions devraient soulever les critiques de l'école classique, à l'égal de l'article 2. Pour nous, au contraire, il est clair qu'elles sont pleinement rationnelles et c'est pourquoi nous considérons que le législateur ferait œuvre juste et utile, en s'inspirant en ceci, dans toute la mesure du possible, du principe d'assimilation.

La solution trouverait l'une de ses plus saillantes applications à l'égard de l'*escalade* et de l'*effraction*. Ce sont là des faits, nous l'avons pensé du moins, qui, rationnelle-

(31) V. *supra*, n° 103, text. et not.

ment, ne rentrent pas dans la notion du commencement d'exécution constitutif de la tentative punissable, ce sont des actes préparatoires relevant d'une incrimination spéciale, *sui generis* (32); mais rien ne nous paraît plus légitime, le but de leur auteur étant déterminé, de les punir à l'égal du crime consommé lui-même dont ils étaient la préparation. Mais alors, dira-t-on, autant les faire rentrer dans la notion de la tentative elle-même! Pratiquement, en effet, à la condition que le législateur veuille bien s'en expliquer d'une façon précise et formelle, on ne saurait y voir d'autre inconvénient; mais il n'en reste pas moins certain que le procédé est moins scientifique et susceptible de jeter la confusion et l'incertitude dans la détermination des faits constitutifs du commencement d'exécution. Dù la complexité apparente de la loi susciter l'étonnement du profane, nous ne voyons pas pourquoi le législateur ne s'astreindrait point toujours à une méthode rigoureuse et à une correction parfaite de langage: il y va de la clarté des idées.

Déjà nous connaissions les éléments constitutifs de la tentative punissable. Nous venons de déterminer sa pénalité légale; c'est toute la notion de la tentative qui, par là même, nous est connue. A résumer les conclusions auxquelles nous avons abouti et à dégager la formule générale définitive de l'incrimination en cette matière, quelques lignes suffiront.

(32) V. *suprà*, n° 92.

CONCLUSION

149. — Le législateur ne peut attendre, pour réprimer les actions contraires à l'ordre social, qu'elles aient produit leur plein et entier effet, la nécessité s'impose à lui d'en prévenir le résultat par une répression anticipée; mais quelle est alors l'étendue de ses droits, de ses pouvoirs: voilà le problème que nous voulions examiner. Et d'abord une première conception s'est offerte à nous, la *conception classique*. La loi pénale, nous ont dit ses partisans, ne saurait atteindre les intentions même manifestées et certaines des individus; seuls, les faits dommageables ou tout au moins dangereux relèvent de son empire. Le premier acte légalement punissable dans une action criminelle quelconque, c'est celui-là qui commence l'exécution objective du crime voulu, celui-là qui contient, au moins en puissance, une attaque matérielle, effective du droit que l'agent entendait méconnaître, c'est l'*acte objectivement dangereux*. Tout fait antérieur, même dirigé vers le crime, peut constituer une faute morale, mais non un trouble social légalement punissable. Et ainsi en est-il également de tout fait qui, pour avoir l'apparence extérieure d'une attaque effective au droit, ne contient pas en soi la puissance de produire le résultat voulu. Une tentative irréalisable est une simple manifestation d'intention, ce n'est pas un *acte exécutif*. Enfin la répression se mesurant sur la gravité matérielle des faits réalisés, la tentative n'appelle pas la peine entière attachée au crime

consommé, mais une peine moindre. Voilà le concept classique de la tentative.

Mais une semblable conception aboutit à des conséquences pratiques injustes et manifestement contraires à l'utilité sociale, elle ne peut être conforme aux principes. Et, en effet, une étude des fondements véritables de la répression la condamne absolument. Rationnellement, ce qui trouble la société, ce n'est pas l'existence en soi d'un dommage ou d'un danger objectif, c'est la manifestation par les faits d'une volonté criminelle certaine et fermement déterminée, d'une individualité qui a pris parti contre la justice et la loi. L'acte quelconque qui révèle cette volonté, cette individualité, appelle donc la répression, et il l'appelle quelque éloigné qu'il soit des conséquences matérielles et dommageables, de la consommation du crime voulu ; et il l'appelle encore quelle que soit son impuissance intrinsèque à produire ces conséquences, à amener cette consommation. Enfin, puisque la répression doit se mesurer sur la faute subjective commise ou sur le caractère dangereux de l'agent, l'une et l'autre révélée par la résolution criminelle ; puisque aussi cette résolution n'est point en principe différente dans la tentative et dans le crime consommé, c'est la même peine qu'il faut appliquer à l'un et à l'autre. C'est là une seconde conception *purement rationnelle et logique* de la tentative punissable.

Malheureusement cette conception n'est pour partie qu'un idéal, elle n'est pas en tous points réalisable pratiquement. Sa consécration totale, serait, en effet, compromettante au premier chef pour la sécurité, la liberté des individus. Il n'est pas acceptable d'autoriser le juge à punir *tout fait quelconque* où il trouvera la preuve d'une résolution certaine, irrévocable de violer la loi, pas plus qu'il n'est acceptable de lui laisser un pouvoir absolu

dans la détermination de la peine à appliquer. De même que le législateur peut et doit fixer un maximum de pénalité que jamais le juge ne pourra dépasser, de même il lui appartient, et c'est un devoir pour lui, de délimiter exactement le champ des incriminations qu'il édicte, de préciser, de définir les faits qu'il entend réprimer. Nul délit, nulle peine sans texte, voilà la règle. L'école italienne qui la condamne ouvre la porte toute grande à l'arbitraire et instaure un nouveau régime des suspects ; quiconque a souci de la liberté individuelle se gardera de semblables exagérations. Que la loi pénale soit une contrainte, une menace pour les malfaiteurs, rien de mieux assurément, mais il faut aussi qu'elle soit une garantie, une sauvegarde pour les honnêtes gens.

Toujours, par conséquent, le législateur doit dire, lui-même, quels faits il incrimine ; en la matière qui nous occupe, il dira quelle partie de l'action criminelle antérieure à la consommation il entend réprimer, il définira la tentative ; et c'est ce qu'ont compris et fait toutes les législations, lorsqu'elles ont placé l'acte initial de la tentative punissable dans le *commencement d'exécution*. Ainsi une barrière est mise aux recherches du juge, puisque l'intention, quelque certaine qu'elle soit, est sans effet pénal, tant qu'elle ne s'est point révélée dans certains faits spécialement et matériellement précisés. Seulement, la liberté, étant ainsi sauvegardée, le droit à la répression reprend tout son empire ; peu importe, par conséquent, l'efficacité ou l'inefficacité de l'attaque, toute tentative irréalisable est punissable, parce qu'elle manifeste tout autant qu'une autre la résolution criminelle qui l'a produite. Et puisque c'est cette résolution qui justifie et mesure la répression, la tentative doit être punie, en principe et sauf appréciation du juge, à l'égal du crime consommé lui-même. Tel

est, en fin de compte, le *concept législatif et pratique* de la tentative.

C'est, comme on voit, un concept subjectif, mais un *concept subjectif mitigé, limité*, et limité à un double point de vue : quant à la peine applicable, par la fixation d'une *pénalité maxima*, celle du crime consommé, que le juge ne pourra dépasser ; quant à l'incrimination, par la détermination d'une *certaine phase matérielle, objective de l'action criminelle* en dehors de laquelle le juge n'a pas à rechercher l'intention de l'agent, cette intention restant alors légalement sans valeur aucune. Voilà le système, il est à notre estime pleinement satisfaisant, c'est donc lui et lui seul, croyons-nous, qu'il appartient au législateur de consacrer.

Cette consécration s'impose, d'ailleurs, d'autant mieux qu'un tel système ne dépend en rien, nous le savons, des principes généraux et philosophiques éternellement controversés sur le fondement du droit social de punir. En ceci, comme en bien d'autres matières apparemment, spiritualistes et déterministes (nous ne parlons évidemment ni des théocrates ni des lombrosiens intransigeants) peuvent laisser là leur querelle. Nous l'avons montré en maintes occasions : que l'on considère la répression comme une œuvre de justice ou comme une œuvre d'utilité, que la peine soit une mesure d'expiation pour une faute librement commise ou bien un simple moyen de défense sociale, de préservation présente et future contre des volontés, des individualités, des tempéraments fatalement pervers et antisociaux, les solutions ne sont point différentes auxquelles il faut aboutir. Comment donc la doctrine classique s'en est-elle aussi radicalement écartée ? Étrange contraste, s'écrient avec raison les déterministes, « voilà que... les idéalistes du droit criminel en sont venus à le matérialiser, en réalité, pendant que notre utilitarisme,

en reconduisant l'examen du législateur sur le criminel plutôt que sur le crime et en donnant ainsi une valeur bien plus grande au côté intentionnel, relève et ennoblit cette science »(1). Chose étrange, en effet, mais aussi solutions inexactes et dangereuses que celles de la doctrine, auxquelles le législateur ne saurait légitimement faire accueil.

Aussi bien, si nous envisageons notre loi positive française, constatons-nous qu'elle ne consacre aucune de ces solutions, mais qu'elle s'attache, tout au contraire, aux solutions opposées que sur le terrain rationnel et législatif nous avons défendues. L'article 2 assimile la tentative au crime consommé et, quoi qu'on en ait dit, il ne prend aucun souci de l'efficacité ou de l'impuissance intrinsèque des faits accomplis, la tentative irréalisable est pour lui une tentative ordinaire, toujours et partout punissable. Sur l'un et l'autre point, aucune solution ne serait plus exacte, plus conforme à la vérité juridique. Le législateur qui revisera notre Code pénal se gardera donc bien, comme on le lui propose, de prévoir spécialement dans la loi future, certaines hypothèses de délit impossible. Si l'on entend par là élargir les limites de la répression actuellement possible, on fait erreur et l'œuvre est inutile, car dès maintenant, la loi atteint en ceci son champ maximum d'application, il suffit de la bien comprendre ; s'il s'agit, au contraire, d'une limitation, de distinctions à établir, alors l'œuvre devient insuffisante et dangereuse, car ce n'est pas telle ou telle catégorie de tentatives, mais toute tentative irréalisable qui doit tomber sous le coup de la loi pénale.

Et le législateur futur se gardera tout autant de substituer, comme l'a fait déjà la Commission de réforme, au principe d'assimilation inscrit dans l'article 2, celui d'une

(1) Garofalo, *Criminologie*, p. 333.

atténuation de pénalité légale et partant obligatoire pour le juge, principe d'atténuation injustifiable, fruit de considérations purement abstraites, impuissant à satisfaire pleinement les exigences de la justice et de l'utilité sociales.

Non, un seul point attirera l'attention du législateur futur, c'est la notion de l'acte initial de la tentative, du commencement d'exécution. Dans la pensée du législateur de 1810, l'expression, nous l'avons dit, se réfère à un certain nombre de faits matériels précis, à des hypothèses spécialement déterminées. Nous avons montré toute l'insuffisance du procédé. En ceci, une définition, une notion plus générale s'impose, en attendant le jour où le législateur, considérant la seule puissance des mots comme suffisant à la garantie de la liberté, renoncera à toute conception personnelle du commencement d'exécution et s'en remettra à la doctrine, à la jurisprudence du soin de dégager entre toutes la conception la plus conforme tout à la fois aux données scientifiques et aux besoins, aux nécessités pratiques. Aussi bien, dès maintenant, auteurs et arrêts usent-ils donc d'un autre procédé? Pour déterminer les faits de tentative, en présence de l'imprécision de la définition légale, ont-ils d'autre souci que celui de faire œuvre logique, rationnelle, scientifique? Eh bien, n'en doutons point, le texte légal qui autorise une interprétation aussi large, aussi libérale est sur ce point encore singulièrement voisin de la perfection. A tous égards, nous sommes en présence d'une législation pleinement satisfaisante; que le législateur de demain se garde bien d'y porter atteinte.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	VI-XXVII
CHAPITRE I. — <i>Les concepts rationnels</i>	4
Section I. — Théorie objective.	4
Section II. — Théorie subjective	24
CHAPITRE II. — <i>Les données historiques</i>	46
Section I. — Le droit romain	46
Section II. — L'Ancien droit.	59
Section III. — Le Droit intermédiaire et le Code pénal.	84
CHAPITRE III. — <i>La notion législative de la tentative punissable</i>	85
Section I. — L'incrimination; éléments constitutifs de la tentative punissable	85
§ 1. — L'intention criminelle	86
§ 2. — Le commencement d'exécution.	126
§ 3. — La possibilité du résultat	234
§ 4. — L'absence de désistement volontaire.	299
Section II. — La pénalité	319
CONCLUSION	357

Le Mans — Association ouvrière (HETROE, GUENET et cie), 5, rue du Porc-Epic
