

ÉTUDE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION COMPARÉE

SUR

LA TENTATIVE

PAR

J. CHAMPCOMMUNAL

DOCTEUR EN DROIT.

Extrait de la REVUE CRITIQUE DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE.

PARIS

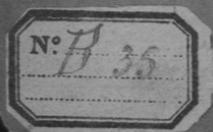
LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, IMPRIMEUR-ÉDITEUR,

Libraire du Conseil d'État et de la Société de législation comparée

24, RUE SOUFFLOT, 24.

—
1895



F8. F103
17487

ÉTUDE CRITIQUE
DE
LÉGISLATION COMPARÉE
SUR
LA TENTATIVE

PAR
J. CHAMPCOMMUNAL
DOCTEUR EN DROIT.



Extrait de la REVUE CRITIQUE DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE.

PARIS
LIBRAIRIE COTILLON
F. PICHON, SUCCESSEUR, IMPRIMEUR-ÉDITEUR,
Libraire du Conseil d'État et de la Société de législation comparée
24, RUE SOUFFLOT, 24.

—
1895

ÉTUDE CRITIQUE
DE LÉGISLATION COMPARÉE
SUR
LA TENTATIVE

tions, les apologies de crimes, les complots, les associations de malfaiteurs se trouvent réprimés, c'est en qualité d'actes alarmants pour la société. La loi cherche si peu à atteindre l'intention criminelle qu'elle prend le soin de les ériger en délits spéciaux.

Le domaine de la tentative ne commence donc qu'avec l'accomplissement d'actes extérieurs ; c'est à partir de ce moment seul qu'il convient de déterminer les événements qui en constituent les éléments essentiels, de rechercher les cas dans lesquels elle doit être réprimée, et d'indiquer la peine qu'elle comporte. Cette matière, qui est une des plus importantes du droit criminel, présente actuellement un intérêt tout particulier. La France, suivant l'exemple des autres nations, s'occupe de la réforme de son Code pénal, et la commission chargée de rédiger un projet vient d'en publier la partie générale. Comparer les dispositions qui seront soumises à l'approbation des Chambres avec celles qu'elles doivent remplacer et avec celles qui sont appliquées à l'étranger, constitue le meilleur moyen d'en découvrir les avantages et les imperfections. C'est donc le droit moderne qui va faire l'objet de notre étude ; toutefois il est indispensable de jeter un coup d'œil sur la formation historique de la théorie de la tentative. Cette méthode, qui a été trop négligée dans notre pays, offre une sérieuse importance : en droit pénal comme en droit civil, ce sont bien souvent les principes traditionnels qui se trouvent encore en vigueur.

CHAPITRE PREMIER. — *Esquisse historique.*

Le droit romain renferme-t-il un véritable corps de doctrine sur la tentative ? Tel est le problème qui, aux diverses phases de l'histoire, a divisé les érudits, et dont la controverse mérite d'être racontée. Mais avant, il faut rechercher la solution qu'il comporte en dehors de toute autorité, à l'aide des seuls documents.

Il n'est pas douteux que le législateur et les jurisconsultes de Rome ont dû nécessairement constater et décrire en fait nombre d'hypothèses que le droit moderne comprend dans la notion de la tentative. Il serait cependant téméraire de conclure de cette vérité

incontestable à l'existence d'une théorie légale en la matière; car les actes dont il est question ont pu se trouver frappés à titre de délits spéciaux au lieu de l'être par rapport à l'infraction consommée. Pour affirmer que la tentative existait au sens juridique du mot, il faudrait retrouver dans les textes les divers degrés qu'elle comporte déterminés *a priori* suivant des règles particulières; or rien ne justifie une telle conclusion.

En ce qui concerne les délits privés qui occupaient une si large place, l'hésitation n'est pas possible. Ayant pour origine la lésion d'un droit individuel et engendrant une action pénale qui, en dehors de l'action purement civile, tendait à frapper le coupable et à satisfaire la partie lésée moyennant une peine pécuniaire, ces délits supposaient un dommage causé, et par conséquent leur tentative demeurait impunie (1). La difficulté se trouve donc restreinte aux délits publics, qui seuls, à proprement parler, rentrent dans le domaine du droit criminel.

Si nous passons d'abord en revue les *crimina ordinaria*, nous trouvons plusieurs lois qui semblent réprimer la tentative à l'égal du crime consommé. Ainsi, la loi *Cornelia de sicariis* (2) punit de la même peine que le meurtre l'acte de l'agent qui, dans une intention homicide, sort avec des armes (3). De même, les faits qui tendent au parricide encourent le supplice qui lui est infligé (4). La règle contraire prévaut, il est vrai, pour le crime de concussion *repetundarum*; mais le système le plus rigoureux reparait pour le crime de violence que punit la loi *Julia de vi* (5), le *plagium* régi par la loi *Fabia* (6), le crime de brigue *ambitus*, et le faux réprimé par la loi *Cornelia de Falsis* (7).

(1) L. 1 § 2, D., *Quod quisque*, II, 2; L. 15, § 10 et § 17, D., *De injuriis* XLVII, 10. — Justinien, contrairement aux précédents, admit en cas de *furtum* une exception que rien ne justifiait, L. 20, C., *De furtis*; VI, 2; § 8, *Inst.*, IV, 1.

(2) L. 1, pr. et § 1, D. *Ad. leg. Corn. de Sic.*; XLVIII, 8. *Adde*: Paul, *Sent.*, V, 23, n^{os} 2 et 3; L. 7, C., *Ad. leg. Corn. de Sic.*, IX, 16.

(3) Conf. L. 5, C., *De episcop.*, I, 3.

(4) L. 1, D., *Ad. leg. Pomp.*, XLVIII, 9.

(5) L. 1, pr., 3 pr. et § 1, 4, 10 pr., D., *Ad. leg. Jul.* XLVIII, 6.

(6) Paul, *Sent.*, V, 30.

(7) Paul, *Sent.*, V, 25, Conf. IV, 7, n^{os} 1 et 2.

ÉTUDE CRITIQUE

DE LÉGISLATION COMPARÉE

SUR

LA TENTATIVE

INTRODUCTION.

Avant de commettre une infraction, l'agent suit une progression d'actes successifs. Il serait déraisonnable de vouloir parcourir les capricieuses évolutions de sa volonté perverse; que de distance entre la première idée d'une mauvaise action et sa réalisation effective! Bien souvent, le coupable hésite et recule en gravissant la pente escarpée qui mène au crime; car, le repentir chemine à ses côtés, toujours prêt à le retenir, s'il écoute un instant la voix de la conscience. La loi ne peut prévoir toutes les nuances et attacher à chacune d'elles une peine dont la gradation serait exactement correspondante à l'aggravation d'immoralité et au danger social; elle doit se borner à marquer les étapes importantes.

Les phénomènes du monde intérieur: pensée, projet, résolution, en les supposant constatés, échappent aux atteintes du pouvoir social; la morale seule est à même de les incriminer. Ce

principe, que les jurisconsultes romains avaient formulé (1), et que les textes du moyen âge reproduisent (2), a parfois été méconnu dans la pratique (3), mais la science juridique l'a toujours proclamé, et grâce à son heureuse influence, il a fini par triompher dans le droit positif (4). Si les menaces, les provoca-

(1) « Neminem qui malum facere voluit plecti æquum esse, disait Caton dans son discours pour les Rhodiens, nisi quod factum voluit fecerit. » Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, VII, 3. Cette pensée a été reproduite sous une forme plus concise par Ulpien. « Cogitationis pœnam nemo patitur. » L. 18, D., *De pœnis*, XLVIII, 19. En vain oppose-t-on des textes qui semblent faire dépendre le délit de la seule volonté criminelle. Voy. not., Paul, *Sent.*, V, 25, n° 3; L. 14, D., *Ad leg. Corn. de Sic.*, XLVIII, 8; L. 6 C., *De his qui ad eccles.*, 1, 12. Il suffit de répondre que ces textes parlent non de la simple volonté, mais de la volonté manifestée par des faits actifs, ainsi que le prouve l'ensemble des passages cités, ou qu'ils font allusion au principe subjectif de l'infraction qui, en droit romain, constituait l'élément essentiel. Divers autres textes du reste proclament formellement l'impunité des faits purement psychologiques : L. 5, D., *Ad S.-C. Turpill.*, XLVIII, 16. L. 1 § 1, D., *De furt.*, XLVII, 2; L. 225, D., *De verb. sign.*, L, 16; L. 21 § 7, C., *De verb. sign.*, VI, 38.

(2) Coutume de Touraine-Anjou, § 30; *Livre de Justice et Plet*, liv. 18, ch. XXIV : *De paines* § 2 et § 6; *Etablissements de Saint-Louis*, liv. I, ch. 40; *Livre des droiz et commandemens*, 350. Sur ces textes, voy. Viollet, *Etablissements de Saint-Louis*, t. 1^{er}, p. 235.

(3) C'est pour le crime de lèse-majesté que l'on aboutit aux pires excès. Paul, *Sent.*, V, 29, n°s 1 et 2; L. 7 § 3, 10, D., *Ad leg. Jul. Maj.*, XLVIII, 4; L. 3 et 5 pr. C., *eod. tit.*, IX, 8. Cette législation aurait pu servir à justifier la conduite de Denys-le-Tyran faisant mettre à mort un de ses sujets coupable d'avoir rêvé qu'il l'assassinait. Montesquieu, *Esprit des lois*, l. XII, ch. 11. Notre ancien droit se fonda sur les textes précités pour punir la simple intention du crime de lèse-majesté (Jousse, *Traité de justice criminelle*, t. III, part. IV, tit. XXVIII, n° 4; La Roche-Flavin, *Des parlements de France*, p. 866, n° 7). L'Angleterre suivit aussi les mêmes errements. Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises* (trad. Chompré) t. V, p. 322.

(4) Le Code pénal russe fait seule exception. Art. 110 : « 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. » Ce texte, malgré la restriction contenue dans les derniers mots et la sobriété avec laquelle le Code pénal russe punit la simple intention, prête aux plus vives critiques.

Ces règles fort simples, dans lesquelles se résument de longues controverses, avaient été de bonne heure esquissées par les glossateurs des vieilles écoles d'Italie ; étudiées avec plus de soin par leurs successeurs (1), elles ne tardèrent pas à gagner les autres pays où elles formèrent le droit commun. En Allemagne, elles passèrent dans l'ordonnance de Charles-Quint du 27 juillet 1532 que l'on désigne familièrement sous le nom de Caroline (2). En France, bien qu'elles n'aient pas fait l'objet d'une consécration législative (3), elles n'en triomphèrent pas moins dans la jurisprudence (4), qui les rangea au nombre des principes les plus certains du droit pénal.

Comment expliquer le succès aussi complet d'une théorie qui, saisissant l'infraction au moment où elle se manifeste par des actes extérieurs, et suivant avec soin son développement, cherche bien plus en réalité à atteindre la résolution criminelle qu'à réprimer l'acte accompli ? Ce spiritualisme contraste fort avec la rudesse des mœurs, et pourrait paraître assez étrange, si l'influence religieuse n'en donnait une facile explication. Dans les livres sacrés (5),

(1) Farinacius, *Praxis et theoricæ crim., pars quarta, de homicidiis*, quæst. 124; Julius Clarus, *Sententiæ*, liv. V, § fin., quæst. 92; Angelo Aretino, *De maleficiis, rubriq.*, *De pœn. reorum*, n° 5; Alberti del Gandino *Libellus super Maleficiis, rubriq.*, *De pœnis reorum*, n° 2; Menocchio, *De arbitriis judicis*, quæst. 11, casus 60.

(2) Art. 178, 119, 172 et 173. Sur ces textes voy. Baugmarten, *Die Lehre, vom Versuche der Verbrechen*, p. 99 et s.

(3) Quelques dispositions spéciales punissaient de la peine du crime consommé la tentative de meurtre commise, soit au moyen d'une arme quelconque, soit au moyen de poison ou « vénéficé ». *Ord. de Blois*, 1579, article 195; *Ord. crim.* de 1670, tit. 16, art. 4; *Edit* de 1682, art. 5. Voy. aussi, à titre de curiosité historique, un capitulaire de Charlemagne portant : « Qui hominem voluntarie occidere voluerit et perpetrare non potuerit homicida tamen habeatur » liv. 7, ch. 151.

(4) Tiraqueau, *De pœn. temp. remitt.*, p. 153; Etienne Pasquier, *Interprétation des Institutes de Justinien*, p. 779; Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, p. 13 n° 12, p. 130 n° 2, p. 187 n° 4, p. 191 n° 4; Jousse, *Traité de justice criminelle*, t. I, p. 15, n°s 22 et 23, t. II, p. 637, art. 5.

(5) Exode : ch. XXI, vers. 12, 18, 19, 2) et s. — Lévitique : ch. XXIV, vers. 17 et 21. — Nombres : ch. XXXV, vers. 16, 17, 18, 20, 21. — Deutéronome : ch. XIX, vers. 5, 11, 21. Cependant le verset 12 de l'Exode cité ci-dessus prête à controverse.

la peine dont le crime se trouve puni n'est encourue que par sa consommation effective; avant le terme final, le coupable ne semblait donc mériter qu'une peine plus douce en rapport avec la perversité dont il avait fait preuve (1). L'action des canonistes se manifeste encore plus visiblement, lorsqu'elle assure le triomphe de cette règle ignorée de l'antiquité que le désistement volontaire de l'agent constitue pour lui une cause d'impunité (2). Certains auteurs vont même jusqu'à soutenir qu'après la perpétration de l'acte délictueux le coupable échappe à toute répression, s'il lui est possible de réparer le préjudice causé (3).

Telles sont brièvement résumées, les principales idées qui s'étaient produites en cette matière dans l'ancien droit, et que la doctrine plaçait sous l'autorité de la législation romaine. Un jurisconsulte du XVI^e siècle, le hollandais Bynkerskoëk avait bien protesté contre cette interprétation des textes (4), mais son dissentiment était resté isolé. Le grand romaniste Cujas lui-même semble s'être rangé à l'opinion commune (5). Ce n'est qu'au XVIII^e siècle, en Italie, où le problème fut de nouveau débattu, et résolu contre la tradition. Depuis, la controverse n'a cessé d'être agitée entre les historiens qui ont recherché les origines romaines du droit

(1) Voy. le traité *De conatu* de Felino Sandei. C'est un des plus curieux monuments du droit criminel et canonique du moyen âge; contenu dans les *Opera Felini Sandei*, t. III, où il forme un appendice, il a été imprimé plusieurs fois séparément.

(2) Sidoine Apollinaire, évêque du V^e siècle, disait déjà en parlant d'un pécheur repentant: « Propter hanc ipsam pœnitudinis celeritatem non increpative sed consolatorie potius compellere curavimus: quia vicinaretur innocentiae festinata correctio. » liv. 6, c. 9.

(3) La loi 65, *De furtis*, XLVII, 2, formule cette règle: « Qui ea mente alienum quid contractavit, ut lucrifaceret, tametsi mutato consilio postea reddidit, fur est: nemo enim pœnitentia sua nocens esse desit. » Et cependant Godefroy ajoute comme commentaire: « Sed si statim eum pœniteat, videtur absolvendus. » — Cette manière de voir est rigoureusement conforme aux principes du droit canonique; Voy. not., C. 2. *Décret. Grég.* IX, *De raptoribus*, V, 17.

(4) *Observat.* III, 10, app. 1.

(5) *Observat.* VIII, 22; XV, 25.

Ces divers textes pourraient paraître décisifs, si on ne connaissait le procédé habituel dont usaient les rédacteurs des lois instituant des *judicia publica*. Ils énuméraient sous un seul titre, mais dans autant de *capita* ou chefs distincts, des actes d'une nature souvent très différente. Il s'agissait, en réalité, de délits spéciaux que l'opportunité de la répression et l'égalité du châtement faisaient seules réunir dans un même monument législatif. C'est ainsi que fut rédigée la loi *Cornelia de sicariis* qui peut être choisie comme type caractéristique. Elle punit d'abord le meurtre, puis l'incendie, puis un acte préparatoire du meurtre, *qui cum telo ambulat occidendi gratia*, puis l'acte du magistrat qui, dans une instance publique, s'efforce de déterminer un faux témoignage ou qui reçoit de l'argent pour condamner un innocent, etc. Mais si elle frappe ces faits d'une peine égale, elle ne les considère pas moins comme entièrement distincts les uns des autres; elle n'offre pas, comme base, la définition d'un crime pris pour type abstrait dont les espèces suivantes constitueraient des dégradations successives (1).

Si les *crimina ordinaria* ne fournissent pas de preuves décisives, peut-on en dire autant des *crimina extraordinaria*? La jurisprudence n'étant plus enchaînée par l'interprétation stricte de la loi n'a-t-elle pas dû logiquement être conduite à établir des règles générales? Constatons d'abord qu'elles ne se trouvent formulées dans aucun des textes qui nous sont parvenus (2); des décisions particulières variant suivant les circonstances (3),

(1) L'argument tiré d'un rescrit d'Adrien L. 1 § 3, D., *Ad. leg. Corn. de Sic.*, XLVIII, 8 et Paul, *Sent.*, V, 23, n^{os} 2 et 3, qui assimile au meurtrier celui qui blesse avec la volonté de tuer ne serait pas plus probant. Il s'agit d'une simple décision particulière survenue incidemment, ainsi que le prouve l'ensemble du texte.

(2) La L. 16, D., *De pœnis*, XLVIII, 19 ne fournit aucune objection. Elle se borne à exprimer cette idée fort simple que certaines lois répriment des actes achevés, d'autres, des paroles, comme les injures ou des faits éventuellement dangereux, comme les conjurations.

(3) Tantôt l'acte prévu est puni d'une peine moins forte que si le mal voulu avait été produit (Voy. not., L. 1 § 2, D., *De extraord. crim.*, XLVII, XI); tantôt il est puni de la même peine (L. 1, pr., D., *De extraord. crim.*, XLVII, XI); parfois aussi, il est réprimé comme injure (Paul, *Sent.*, V, 4, n^{os} 8 et 18; V, 12, n^o 6).

voilà tout ce qu'il est possible de trouver. Et comment admettre que des logiciens aussi renommés que les jurisconsultes romains aient laissé dans l'ombre, s'ils l'avaient connue, une théorie de cette importance? Il serait difficile d'expliquer ce mystère, quand on remarque le soin avec lequel ils expriment les principes qu'ils sont parvenus à faire triompher. Certes, le problème n'a pas dû leur échapper; la philosophie de l'antiquité s'en était préoccupée (1). Mais, une raison toute puissante devait décourager les efforts des jurisconsultes romains et les détourner de cette étude. Le despotisme impérial ne pouvait permettre d'édictier des règles qui auraient entravé son pouvoir dans une large mesure; il fallait laisser à l'arbitraire le champ libre.

Si les textes du droit romain ne contiennent aucune théorie juridique sur la tentative, l'interprétation des docteurs en créa une de toutes pièces dont voici les principales conclusions. La tentative est punissable en règle générale; mais la peine doit être proportionnée à la gravité des actes accomplis: de là, une distinction entre les actes les plus éloignés et les actes les plus voisins de l'infraction. L'acte éloigné, c'est le plus souvent l'acte préparatoire, c'est aussi parfois l'acte d'exécution qui n'est pas nettement caractérisé; il n'encourt qu'un faible châtement parce que *in actu remoto potest esse spes poenitendi*. L'acte prochain, c'est l'acte d'exécution qui présente un rapport étroit avec l'infraction; dans les crimes atroces, il se trouve réprimé à l'égal du crime même, dans les autres, au contraire, il n'est frappé que d'une peine inférieure *quod delictum attentatum habeatur pro consummato non est secundum rerum naturam atque veritatem sed ex fictione*.

(1) Platon, dans son *Traité des lois*, expliquait longuement que, pour déterminer la pénalité, il ne fallait envisager que le dessein criminel et le but poursuivi; en partant de ce principe, il plaçait donc sur la même ligne le crime tenté et le crime consommé. Toutefois en cas de meurtre « 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; par reconnaissance pour ce génie et afin de ne pas mettre opposition à son bienfait. » il consentait à faire grâce au coupable de la mort, le condamnant seulement à aller vivre dans quelque Etat voisin et lui laissant la jouissance de son bien le reste de ses jours. • Platon, *Œuvres complètes*, trad. Victor Cousin, t. VIII, p. 198.

Cette conception de la tentative, telle qu'elle résulte des données de la logique, est la seule que le droit positif puisse incriminer. Fondée sur l'utilité sociale, la loi pénale a pour but d'assurer l'ordre public en réprimant les faits qui y portent atteinte. L'acte préparatoire est trop éloigné de l'infraction qu'il peut servir à réaliser, son caractère trop effacé pour en être considéré comme le précurseur, et encourir un châtement à ce titre. Sans doute, l'achat soit d'une arme prohibée, soit d'une substance vénéneuse peut constituer la préparation d'un assassinat ou d'un empoisonnement, mais il peut tout aussi bien être indifférent. L'intention criminelle ne résulte nullement d'un acte semblable. Du reste, en eût-on la preuve certaine, que l'impunité devrait encore exister. Autre chose est la préparation d'un crime, autre chose sa perpétration. Avant de franchir cette dernière étape, l'agent hésite bien souvent, et la société a plus d'intérêt à pardonner pour arrêter le coupable qu'à punir pour le pousser à bout.

Sur ce point, le droit moderne a fini par se rallier au système le plus libéral; toutes les législations exigent pour l'existence de la tentative un commencement d'exécution (1). C'est là un progrès qui semble définitivement acquis. Seule, la jurisprudence anglaise qui, à défaut de loi écrite, est souveraine, manque de précision et sans se rattacher à un principe déterminé atteint parfois des actes simplement préparatoires (2). Telle est, dans l'Empire

(1) L'art. 2 du Code pénal français emprunté à la loi du 22 prairial an IV, portait: « Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution.... » La loi de révision du 28 avril 1832 a ainsi corrigé: « Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution... » Le texte nouveau est plus correct, car le commencement d'exécution, au lieu de suivre la tentative, la constitue; mais l'ancien texte faisait encore mieux ressortir que si des actes extérieurs étaient nécessaires, ils ne suffisaient pas à moins d'être des actes d'exécution (Lainé, *Traité de droit criminel*, n^{os} 144-147). Le code pénal belge du 8 juin 1867 a concilié les deux exigences: « Il y a tentative punissable, dit l'art. 51, lorsque la résolution de commettre un crime ou un délit a été manifestée par des actes d'exécution qui forment un commencement d'exécution de ce crime ou de ce délit... » En France, le projet de la commission de révision maintient la rédaction actuelle.

(2) Stephen, *The digest of the criminal law*, art. 49, p. 29 et les décisions

britannique, l'autorité de la tradition que ni le projet de codification de Sir Stephen (sect. 33), ni celui de la commission officielle (sect. 74) (1) ne reproduisent nettement la distinction qui existe dans les lois des autres Etats (2).

Bien qu'exclus de la notion de la tentative, certains actes préparatoires se trouvent cependant réprimés ; mais c'est alors ou comme délits spéciaux, complets en eux-même (3), ou comme faits de complicité (4). Cette règle ne comporte qu'une exception ; le complot, en vue de renverser le gouvernement, est en général puni du jour où il est formé (5). Le caractère de ce crime ne permettait pas d'attendre qu'il fût suivi d'un commencement d'exécution, car une tentative heureuse aurait rendu toute répression inutile.

La tentative représentant la phase intermédiaire qui s'étend entre la préparation de l'infraction et sa consommation effective, il importe d'en déterminer avec exactitude les deux points extrêmes. C'est, en effet, indiquer le temps pendant lequel s'appliquent les règles qui lui sont propres.

judiciaires rapportées à la page suiv. sous les nos 2, 3, 4, 5 de la rubrique : *Illustrations*.

(1) Le premier projet date de 1877 ; le second de 1879. Sur les résistances que rencontre la codification, voy. *Law Magazine and Review*, nov. 1878, p. 31 et August 1883, p. 467.

(2) Il résulte du rapport rédigé par la commission de 1879 qu'elle a eu l'intention de maintenir sur ce point le droit existant. *Report of the royal commission appointed to consider the law relating to indictable offences* (London, 1879) p. 19.

(3) Le code pénal du canton d'Unterwalden-le-Haut ou Obwalden, art. 19 et celui du canton de Schaffouse, art. 52 contiennent des règles qui ne se trouvent pas ailleurs et qui méritent d'être signalées. Après avoir déclaré que la tentative manifestée par de simples actes préparatoires n'est pas punissable, ils décident que dans ce cas le juge peut cependant soumettre l'agent à une surveillance de la police, selon le premier, si la sécurité l'exige, selon le second, si le crime dont l'acte incriminé constituait la préparation est puni d'une peine grave.

(4) Taranto, *Del tentativo punibile e sue relazioni colla complicita nei reati*, part. II, ch. 2.

(5) Le nouveau code pénal italien du 26 juin 1889 exige, contrairement aux autres codes, un acte ferme, c'est-à-dire une action agressive pour que le complot soit punissable. Art. 104.

pénal, et l'on peut dire que toutes les conjectures ont été hasardées (1).

Quelle que soit la vérité sur ce point, elle ne présente plus qu'un intérêt purement scientifique. Ce qu'il importe pratiquement de constater, c'est la formation d'une théorie d'ensemble. Certains jurisconsultes (2) persistent cependant à critiquer cette conception de la tentative : « C'est le cas particulier, le cas concret, dit M. Van Swinderen, 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 ces cas. » Si l'argument avait de la valeur, il conduirait à décider que le droit pénal tout entier doit rester un droit coutumier. Imaginez en effet n'importe quelle règle ? Il se présentera toujours des espèces qu'elle n'aura pas prévues et auxquelles elle s'adaptera difficilement. Mais, si la règle fixe présente certains inconvénients, elle les rachète largement par ses avantages. Dès lors, pourquoi admettre une exception relative à la tentative ? Aucune raison juridique ne peut la justifier. Bien au contraire, c'est en cette délicate matière qu'il importe le plus d'éviter les contradictions et les incertitudes en indiquant au juge sa ligne de conduite.

CHAPITRE II. — *Des éléments constitutifs de la tentative.*

Si la résolution criminelle est à l'abri de toute atteinte tant

(1) Voy. l'intéressante étude de M. Humbert dans le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1862, p. 406 et suiv. Voy. aussi : Cropp, *De præceptis juris romani circa puniendum conatum delinquere*; Wachter, *Lerbuch des Römischen deutschen Strafrechts*, p. 138 et suiv.; Rein, *Das criminal recht der Römer*, p. 123; Cohn, *Zur Lehre vom versuchten und unvollen deten Verbrechen* (Il existe un résumé fort bien fait de cet ouvrage en italien : Brugi, *La teoria del conato e l'influsso dei romanisti a proposito della recente opera dell. dott. Cohn*, *Archivio giuridico*, t. XXV, p. 439). — Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, t. II, p. 305; Majno, *La tradizione romane nel diritto penale* dans *Rivista penale*, t. V, p. 265; Carrara, *Studi sull delitto perfetto*, p. 53; Nicolini, *Questioni di diritto*, vol. I, sez. II, et trad. fr., *Revue critique*, 1861, p. 217; etc.

(2) R. E. John, *Entwurf*, p. 202, Van Swinderen, *Esquisse du droit pénal dans les Pays-Bas et l'étranger*, t. I, p. 206.

qu'elle ne sort pas de la sphère de la pensée, il n'en est plus de même lorsqu'elle se manifeste par des actes extérieurs. Devenant susceptible de troubler les rapports sociaux, elle devient aussi susceptible d'être réprimée par la loi pénale. De cette constatation, résulte-t-il que tous les faits qui se produisent depuis la première manifestation apparente de l'infraction jusqu'à sa consommation effective doivent être considérés comme tentative, et punis à ce titre? A s'en tenir à la tradition, la réponse serait affirmative. Mais la science moderne, en analysant la nature de la tentative et en remontant au fondement juridique du droit de punir, a été amenée à abandonner ce système. Distinguant avec beaucoup de raison les actes externes en deux grandes classes : les actes préparatoires et les actes d'exécution, elle affranchit les premiers de toute peine, et réserve ses rigueurs pour les seconds.

Qu'est-ce que la tentative? Comme son nom l'indique (1), c'est le fait de prendre part aux événements qui servent à réaliser l'infraction. Dans toute action criminelle, il y a un acte ou une série d'actes qui seuls tendent vers le but que l'agent a en vue. Tout ce qui précède présente avec elle un rapport plus ou moins étroit, mais ce n'est pas là ce qui la caractérise; elle peut avoir lieu sans ces précédents ou avec d'autres précédents. Il faut donc la dégager des actes qui ne sont pas intimement liés avec elle, qui n'en forment pas une partie intégrante : ce sont les actes préparatoires. Ils sont achevés et le crime n'est pas commencé. La tentative se prépare; légalement elle n'existe pas encore. Elle prend naissance avec le premier acte d'exécution, et s'avance de plus en plus à mesure que l'agent approche du terme final.

(1) Il dérive du mot latin : *tentare*, s'efforcer, fréquentatif de *tenere*; il indique un effort vers un but déterminé (Littré, *Dict.*, v° *Tenter*). C'est aussi de là que vient le mot : attentat, qui dans notre ancien droit était synonyme de tentative. Depuis, il a pris une signification de plus en plus restreinte et ne s'applique qu'aux grands crimes tentés ou consommés, les seuls dans lesquels autrefois la tentative était punie comme le crime même et dans lesquels elle paraissait se confondre avec lui. Le Code pénal emploie ce mot tantôt dans sa signification originaire comme synonyme de tentative (art. 86, 87, 88, 91, 301), tantôt dans sa signification dérivée pour désigner certains crimes. — Le Code pénal hollandais (art. 79) a pris soin de dire que tentative et attentat sont des expressions synonymes.

En quoi consiste le commencement d'exécution qui rend la tentative punissable? Tel est le premier point à étudier. Assurément, il n'est pas indispensable, pour que la répression soit encourue, que le fait précis constituant l'infraction se trouve consommé, par exemple, que le voleur ait mis la main sur l'objet qu'il se propose de soustraire (1), que le meurtrier ait porté le premier coup (2). De même, la culpabilité de l'incendiaire qui dispose les matières inflammables près d'un four qu'il sait devoir être chauffé avant peu est indiscutable, bien qu'il n'y ait pas mis lui-même le feu (3). La tentative ne consiste pas seulement dans le commencement d'exécution de l'acte qui constitue le crime, mais dans le commencement d'exécution du crime par des actes distincts (4) qui en sont plus que la préparation. Il y a là une nuance d'autant plus délicate à préciser que les législations positives ne fournissent aucun criterium. Faut-il en conclure qu'il s'agit d'une pure question de fait à résoudre suivant les circonstances? Une confusion est à éviter. Sans doute, il est impossible *a priori* d'énumérer les actes préparatoires; le droit criminel comme toute science philosophique, se trouve en présence de l'activité humaine et de son incommensurable variété. Mais, tout autre est le point de savoir s'il n'existe pas en cette matière une règle juridique que le juge est tenu de respecter à peine de nullité; de là, un double problème. La distinction des actes préparatoires et des actes d'exécution constitue-t-elle une question de

(1) Le voleur, par exemple, qui est surpris en train de forcer le meuble dans lequel se trouve la somme ou l'objet qu'il veut soustraire se rend coupable sans contestation possible d'une tentative punissable.

(2) Paris. 28 juillet 1848 (D. 1849, 2, 166) et la note.

(3) Cass, 20 juillet 1861 (S. 1861, 1, 1020).

(4) Ces actes ne sont pas forcément des actes matériels. Des paroles, peuvent devenir des éléments de tentative, lorsqu'elles ne sont plus de simples manifestations de la résolution criminelle, mais lorsqu'elles constituent des moyens pour la réaliser. Ainsi, des menaces proférées dans le but de contraindre un fonctionnaire ou officier public, des promesses ou des offres verbales pour le corrompre caractérisent la tentative de contrainte ou de corruption. *Journal du ministère public*, 1890, p. 130; Liège 26 juin 1872, 26 juillet 1874 (arrêts cités par Haus, *Principes généraux de droit pénal belge*, n° 447, note 1). Pour plus de détails sur cette question, Brusa, *Della tentata subornazione* (*Rivista penale*, vol. XXXVII, p. 105).

droit ? En cas de réponse affirmative, quelle solution comporte-t-elle ?

En ce qui concerne la première difficulté, nulle part elle n'a été étudiée avec plus de soin qu'en France. Comme dans les autres pays où il existe une cour de cassation chargée d'examiner la régularité des décisions rendues, elle y présente un puissant intérêt : il s'agit de savoir si le contrôle de la juridiction suprême peut s'exercer. A cet égard, la controverse est vive, et la cour de cassation a modifié par trois fois sa jurisprudence. Après avoir essayé d'éviter de se prononcer (1), elle finit par admettre le pourvoi en déclarant qu'il s'agissait bien d'une question de droit (2). Puis, opérant un brusque revirement, elle consacra, à de fréquentes reprises (3), le système contraire. Enfin, elle est revenue à sa première solution (4) et la doctrine est à peu près unanime à l'encourager dans cette voie. Si la matérialité des actes dépend, en effet, de l'appréciation souveraine des juges du fait, il en est autrement des conséquences légales qu'ils comportent (5). La Cour de cassation n'a pas le droit, dans le cas où une juridiction se refuse à reconnaître dans l'acte incriminé un commencement d'exécution, d'ouvrir le dossier, et de rechercher si la déclaration est exacte ; mais, dès qu'un acte est tenu pour

(1) 27 août 1812 (S. chr.) ; 18 mars 1813 (S. chr.).

(2) 29 octobre 1813 (S. 1814, 1, 23).

(3) 11 juin 1818 (*Bull. cr.*, n° 772) ; 29 avril 1824 (S. chr.), 23 septembre 1825 (S. 1826, 1, 232) ; 4 octobre 1827 (S. 1828, 1, 120) ; 10 décembre 1842 (*Bull. crim.*, n° 323) ; 26 décembre 1846 (S. 1847, 1, 282).

(4) 14 octobre 1854 (S. 54, 1, 125) ; 20 juillet 1861, (S. 1861, 1, 1020) ; 1^{er} mai 1879 (S. 1880, 1, 233) ; 12 avril 1877 (S. 1877, 1, 329) ; 2 juillet 1886 (P. 1887, 1, 1188).

(5) Le jury est cependant appréciateur souverain des faits qui lui sont soumis et son verdict n'admet aucun contrôle. Dans la pratique, les jurés sont interrogés sur le point de savoir si l'acte incriminé constitue l'exécution de tel crime. Pour obéir à la règle qui défend de poser une question de droit au jury, il suffirait de lui demander si l'accusé a perpétré l'acte dans le but déterminé. La cour d'assises aurait alors à qualifier le fait dont l'accusé a été déclaré coupable et à dire s'il constitue un commencement d'exécution. Quant à la cour de cassation, en rapprochant le verdict du jury et l'arrêt de la cour d'assises, elle déciderait si la qualification donnée aux faits déclarés constants est exacte.

constant, il lui appartient de vérifier le caractère qui lui est attribué. A ce moment, la difficulté ne se trouve plus circonscrite dans les limites du fait, elle entre dans le domaine du droit. En vain prétendrait-on que la loi, en ne définissant pas les actes qui constituent le commencement d'exécution, s'en est désintéressée. Cette objection serait facile à réfuter. Ce n'est pas le seul cas où la loi garde le silence. Ainsi, l'art. 300 C. pén. définit l'infanticide le *meurtre d'un enfant nouveau-né* ; mais il n'indique pas à quelles conditions un enfant doit être tenu pour nouveau-né. Cependant il n'a jamais été admis que ce point échappât au contrôle de la Cour suprême. Pourquoi la solution changerait-elle à propos de la matière qui nous occupe ? Aucune raison juridique ne pourrait justifier une pareille différence entre deux situations absolument analogues.

Si la distinction des actes préparatoires et des actes d'exécution constitue une question de droit, comment la résoudre ? A quel signe les reconnaître les uns des autres ? Personne ne se dissimule la difficulté de formuler un criterium certain. A notre avis, la réunion des deux conditions suivantes est indispensable : il faut 1° que l'acte commis présente un rapport direct et immédiat avec l'infraction que l'agent a en vue, 2° que ce rapport résulte de l'acte lui-même.

Bien que les auteurs et les arrêts emploient parfois des termes équivoques, la première condition semble universellement admise. L'embarras parfois très grand dans la pratique est d'en constater la réalisation. Une foule de circonstances peuvent créer l'incertitude. Suivant la manière dont le crime est accompli, le même acte peut aussi présenter un caractère différent. Ainsi, le fait de jeter du poison dans les aliments de la personne dont on complotte la mort n'est en réalité qu'un acte préparatoire analogue au fait de charger l'arme destinée au meurtre (1). Mais, qu'un domestique voulant tuer son maître, verse la substance vénéneuse dans une boisson qu'il lui destine et la place à l'endroit où celui-ci a l'habitude de la prendre chaque soir, l'acte

(1) *Contra*, Cass. 29 juillet 1861 (D. 1861, 1, 405) ; Cass. 17 décembre 1874 (S. 1875, 1, 385).

constitue bien un commencement d'exécution (1). En d'autres termes, pour que la tentative soit légalement caractérisée, il est nécessaire que l'agent n'ait plus rien à faire pour déterminer l'absorption.

La seconde condition que nous exigeons : le rapport de causalité résultant de l'acte lui-même, est loin d'être aussi facilement acceptée. L'opinion la plus générale s'attache à la connaissance que l'on peut acquérir *extrinsecus* du projet criminel. Un exemple d'une importance pratique considérable va préciser la controverse, et en montrer l'intérêt. Un individu est surpris dans une habitation où il vient de s'introduire avec escalade et effraction ; quel crime poursuivait-il ? Au premier abord, il est impossible de le dire. Peut-être avait-il formé le dessein de voler ; peut-être celui de tuer ; peut-être même, si une femme est couchée dans la maison, voulait-il la violer ? On peut, suivant les circonstances, se trouver en présence d'un voleur, d'un assassin ou d'un séducteur. Les actes commis ne sont pas décisifs ; d'après nous, ils ne peuvent donc être incriminés comme tentative (2). Assurément il y a eu bris de clôture et violation de domicile, qui seront punis des peines que prononce la législation compétente, et les magistrats à raison des circonstances auront le devoir de se montrer particulièrement sévères ; mais les faits dont il s'agit n'encourront aucune peine par corrélation avec l'infraction qu'ils pouvaient servir à réaliser. Si l'on tient compte, au contraire, de l'intention de l'agent, les actes accomplis se précisent par la révélation du but poursuivi et rentrent dans la notion de la tentative (3). Ce système

(1) Rossi, *Traité de droit pénal*, t. II, p. 145.

(2) Carnot, *Commentaire sur le Code pénal*, t. I, p. 17 ; Lacointa, *Revue critique*, 1863, p. 446 ; Chauveau, Faustin-Hélie, *Théorie du Code pénal*, n° 256 ; Laborde, *Cours de droit criminel*, n° 104 ; Molinier et Vidal, *Traité de droit pénal*, t. II, p. 59.

(3) Bertauld, *Cours de droit pénal*, p. 213 ; Ortolan et Desjardins, *Éléments de droit pénal*, t. I, n° 1013 et suiv. ; Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, n° 450. — Suivant d'autres auteurs, l'escalade et l'effraction ne pourraient être considérées que comme tentative du vol. Blanche et Dutruc, *Études pratiques*, n° 1013 ; Garraud, *Traité de droit pénal*, t. I, p. 287. En ce sens, Cass. 1^{er} mai 1879 (S. 1880, 1, 233) et la note ; Cass. 29 décembre 1879 (S. 1880, 1, 366) ; Limoges, 13 novembre 1884

est une réminiscence de l'ancien droit ; il porte avec évidence l'empreinte de la tradition. Fort logique à une époque où la loi pénale cherchait à atteindre la volonté criminelle aussi bien que le fait matériel, il devient inacceptable aujourd'hui, car il se trouve en contradiction avec la conception moderne du droit de punir.

S'il est embarrassant de déterminer avec exactitude le point initial de la tentative, la difficulté n'est pas moins grande en ce qui concerne le point extrême. A cet égard, il faut établir une distinction. Parfois la loi pénale punit un fait déterminé dont l'accomplissement seul constitue l'infraction, quelles que soient ses conséquences. Le plus souvent, au contraire, elle fait dépendre la peine de la réalisation du mal projeté. Les infractions de cette nature ne sont donc consommées que par le résultat final (1). Cette distinction qui existe dans presque toutes les législations ne se justifie pas au point de vue rationnel. Logiquement, chaque infraction devrait être définie par le mal qui en réalité la caractérise (2). Tant que cette réforme ne sera pas opérée, l'étendue de la tentative se trouvera plus ou moins restreinte suivant le caractère juridique de l'infraction.

(*Gazette du Palais*, 1885, 1, 45) ; Cass. 16 juillet 1885 (S. 1887, 1, 95). Cette opinion intermédiaire se fonde sur ce que l'escalade et l'effraction constituent des circonstances aggravantes du vol. Mais la raison invoquée ne nous semble nullement décisive. L'escalade et l'effraction d'une maison close sont les préliminaires forcés de toute infraction, lorsque l'agent est à l'extérieur. De ce que certains faits peuvent accidentellement accompagner le vol et augmenter la pénalité, il n'en résulte pas qu'ils doivent être considérés comme un commencement d'exécution. La qualité de domestique est bien aussi une cause d'aggravation ; personne cependant ne cherche à en conclure que le vol est commencé du jour où le domestique entre au service de la personne qu'il se propose de dévaliser.

(1) Cette distinction entre les infractions que l'on appelle parfois infractions *formelles* et infractions *matérielles* a été mise en lumière par des jurisconsultes italiens : Carrara, *Lezioni sul grado nella forza del delitto*, § 91, p. 97 ; Tolomei, *Diritto e procedura penale*, t. I, p. 286.

(2) Ortolan et Desjardins, *op. cit.*, n° 956 et s. — Le C. p. russe donne une bonne définition du crime consommé : « Le crime est réputé perpétré, porte l'art. 10, lorsque le coupable a accompli l'acte dommageable qu'il avait projeté ou lorsqu'il résulte de ses actes quelque autre mal. »

La loi pénale tient-elle compte des conséquences de l'acte commis? La tentative peut se présenter sous deux formes différentes : elle peut être, suivant les termes consacrés, achevée ou inachevée. Elle est inachevée, lorsque l'agent n'a pu mener à leur fin les actes d'exécution : par exemple, le meurtrier couche en joue sa victime, lorsqu'un tiers le désarme. La tentative est achevée, quand l'exécution étant complète, le résultat voulu n'a cependant pas été atteint : ainsi, le meurtrier tire, mais le coup dévie. Ce dernier cas se désigne plus fréquemment sous le nom de délit manqué.

La loi pénale réprime-t-elle l'acte commis indépendamment de ses conséquences? La première forme de la tentative est seule possible ; le délit manqué se trouve alors juridiquement consommé.

En présence d'un pareil état de choses, il devient de la dernière importance de préciser le moment où l'infraction est accomplie. Pour y parvenir, il faut rechercher non pas si l'agent a atteint le but qu'il avait en vue, mais si le fait renferme les éléments constitutifs du délit, tels qu'ils se trouvent précisés par la définition qu'en donne la loi pénale. Suivant les pays, la solution peut changer. Ainsi, en France, l'absorption d'une substance vénéneuse suffit à constituer l'empoisonnement (1). Dans les législations les plus récentes, l'empoisonnement rentre dans l'homicide dont il devient une des formes particulières (2) ; la mort de la victime en est donc une condition essentielle.

Des développements précédents, il résulte que le crime manqué n'est qu'une variété de la tentative (3). En cas de silence du

(1) L'art. 300 définit l'empoisonnement : « Tout attentat à la vie d'une personne. » Le C. pén. de 1791, 2^e part., tit. II, sect. I, art. 12, disait au contraire : « L'homicide commis volontairement par poison sera qualifié de crime d'empoisonnement. »

(2) Quelques-unes le déclarent expressément. C. pén. belge, art. 397. C. pén. italien, art. 365 ; la plupart ne font pas mention de l'empoisonnement.

(3) La distinction est même parfois fort difficile à établir. Voici une difficulté qui s'est présentée récemment dans la jurisprudence italienne. La personne contre laquelle est dirigée une escroquerie, voulant prendre le

législateur, les règles qu'elle comporte, doivent recevoir leur application normale. C'est ce qui a lieu dans quelques états (1) : c'est ce qui aurait eu lieu en France, si le Conseil d'Etat, sur les observations de la commission du corps législatif, n'avait pris le soin de mentionner les deux formes de la tentative (2) auxquelles s'appliquent du reste les mêmes principes (3). Plusieurs Codes récents distinguent au contraire très nettement le crime manqué de la tentative inachevée (4). Ce procédé est préférable, non seulement au point de vue de la définition, mais surtout, ainsi que nous le verrons, au point de vue de la pénalité ; il faut regretter que la commission de révision du Code pénal français ne l'ait pas adopté, et que son projet reproduise simplement, à cet égard, le texte existant.

Quel que soit le degré de l'exécution, tant que l'infraction n'est pas consommée, le désistement de l'agent est pour lui une cause d'impunité (5). La société a plus d'intérêt à pardonner

le coupable sur le fait, semble acquiescer à sa demande, et dépose, à l'endroit convenu, non l'objet demandé, mais une chose sans valeur ; le délit manqué se trouve-t-il caractérisé? L'affirmative a été adoptée : Cass., 10 novembre 1893 (*Rivista penale*, vol. XXXIX, p. 39). La négative nous semble cependant plus juridique ; l'objet de l'infraction faisant défaut, les manœuvres frauduleuses peuvent seules être incriminées et ne constituent par conséquent qu'une simple tentative (Conf. la longue note sous l'arrêt précité et les autorités qui y sont mentionnées).

(1) Notamment, en Hongrie, art. 65-67 ; en Allemagne, art. 43-46 ; en Hollande, art. 45-46.

(2) Locré, t. XXX, p. 447 et p. 462.

(3) *Sic*, C. pén. belge, art. 51 ; C. pén. luxembourgeois, art. 51, et un grand nombre de C. pén. suisses.

(4) C. pén. espagnol, art. 3 et le projet de révision, art. 20-21 ; C. pén. russe, art. 114-115 ; C. pén. portugais, art. 11-12 ; C. pén. norvégien, 1-5 ; C. pén. italien, 61-62 ; C. pén. des cantons du Valais, art. 54 ; du Tessin, art. 54 ; de Fribourg, art. 36 ; de Lucerne, art. 29-30 ; de Schaffouse, art. 46-47 ; des Grisons, art. 25 ; de Neuchâtel, art. 53-57. L'avant-projet de code pénal pour la Suisse entière ne distingue pas le crime manqué de la simple tentative. Voy. l'exposé des motifs, rédigé par mission du Conseil fédéral par Carl Stoops, traduit par mission du Département de la justice par Alfred Gauthier (sept. 1893).

(5) Quelques auteurs (voy. notamm. Laborde, *op. cit.*, p. 110) soutiennent

pour prévenir le mal à faire qu'à punir le mal déjà fait (1). L'utilité de cette règle est telle qu'elle se trouve admise dans tous les pays, sauf en Angleterre (2). Le Code pénal français, dont la formule est reproduite par divers autres codes (3), ne punit la tentative que *si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur* (4). Les législations (5) qui traitent séparément du crime manqué et de la simple tentative mettent dans un cas comme dans l'autre cette condition au châtement du coupable (6).

Le désistement peut résulter du repentir; mais il peut aussi provenir d'une autre cause. Pour exempter l'agent de toute peine, faut-il rechercher les motifs de sa conduite? Il existe deux systèmes opposés. L'un ne tient compte que du désistement inspiré par le repentir; l'autre en admet toujours la validité. Ces solutions, conçues dans des termes trop absolus, doivent être écartées. Ce qui caractérise le désistement, c'est d'être un acte volontaire. Il n'est pas nécessaire que l'agent agisse spontanément; ce serait ajouter une condition que la loi n'exige pas. Il

que le délit manqué ne comporte pas de désistement volontaire. C'est la conséquence de cette idée fautive que le délit manqué constitue une espèce spéciale, tandis qu'il n'est, ainsi que nous l'avons démontré, qu'une variété de la tentative.

(1) Il a été dit cependant qu'il y avait lieu de punir mais d'une peine moindre. Carmignani, *Juris criminalis elementa*, § 245, note 4, t. 1^{er} p. 69; Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, t. II, p. 243.

(2) Stephen, *op. cit.* art. 49, § 4. — Les projets de codification n'améliorent pas le droit existant.

(3) Voy. note 3 de la page précédente.

(4) Cette condition est même si rigoureusement exigée qu'à peine de nullité elle doit être constatée dans les décisions judiciaires, et qu'en Cour d'assises, elle doit faire l'objet d'une question spéciale au jury. Cass. 28 août 1845 (D. 1845, 4, 125); 1^{er} septembre 1853 (S. 1854, 1, 76); 4 avril 1872 (S. 1873, 1, 46); 22 décembre 1882 (*Bull. crim.*, n° 287).

(5) Voy. note 4 de la page précédente.

(6) Il va de soi que si, indépendamment de l'infraction projetée, l'acte accompli constitue un délit, il se trouve réprimé à ce titre. Quelques législations le disent expressément. C. pén. hongrois, art. 68; C. pén. portugais, art. 12; C. pén. russe, art. 114; C. pén. de Finlande, ch. IV, § 2, al. 2.

suffit qu'il ait la liberté morale de renoncer à son projet criminel (1). Celui qui au moment de frapper retient son bras subitement touché par les supplications de la victime ou épouvanté par les conséquences du forfait qu'il va commettre n'est pas punissable, car, s'il l'avait voulu, il aurait pu achever son crime. Au contraire, encourt les sévérités de la loi l'assassin qui, surpris à viser la personne qu'il se propose de tuer, se trouve lui-même couché en joue par des hommes qui lui intiment l'ordre de relever son arme. S'il renonce à tirer, c'est contraint et forcé pour éviter la mort dont il est menacé (2). Dans certains cas, l'appréciation peut devenir fort délicate; elle sera résolue par les juges du fait, mais, comme pour la distinction des actes préparatoires, la Cour de cassation, dans les pays où existe cette haute juridiction, aura un droit de contrôle à exercer.

Le désistement est le signe caractéristique de la tentative; il cesse donc avec la consommation de l'infraction. Cette règle qui, au premier abord, semble d'une logique parfaite n'est pas sans entraîner des résultats peu satisfaisants. Ainsi, un individu commet un vol; puis, avant qu'il soit découvert, remet l'objet dont il s'est emparé. Il n'en a pas moins accompli le délit complet et les juges qui, en l'absence d'une disposition spéciale de la loi,

(1) En Italie la question est particulièrement difficile à résoudre. Avant l'unification de la législation pénale, les deux codes qui se partageaient l'influence contenaient des règles différentes. Le Code pénal toscan (art. 48-51) exigeait la spontanéité; le Code pénal sarde (art. 101) admettait le repentir simplement volontaire (Cass. Turin, 8 février 1887, *Rivista pena'e*, vol. XXV, p. 448). A quel système le législateur allait-il se rallier? Des travaux préparatoires, il résulte bien qu'il entendit adopter le système le plus libéral; mais il eut le tort de ne pas le déclarer formellement. Dans un arrêt du 4 mai 1893 (*Rivista penale*, vol. XXXVIII, p. 73) qui prête aux plus vives critiques (voy. les notes sous l'arrêt précité) la Cour de cassation de Rome, qui, en vertu de la loi du 6 décembre 1888, connaît seule des affaires pénales a profité de ce silence pour exiger un mouvement sincère de l'âme de l'agent « *un impulso sincero dell'animo dell'agente.* »

(2) Paris, 28 juillet 1848 (D. 1849, 2, 166). — De même pour le joueur qui jette les cartes, lorsqu'il s'aperçoit que sa tricherie est découverte. Cass. 8 mars 1884, *Gazette du Palais*, 1884, 1, 675.

argueraient de cette circonstance pour ne pas le condamner, commettraient une erreur juridique (1). Et cependant la répression est-elle équitable? Oui, d'après la justice absolue, car il ne suffit pas que l'agent répare l'acte dont il est l'auteur pour faire disparaître sa culpabilité. Mais raisonner ainsi, c'est oublier que la théorie de la justice absolue n'est pas et ne peut pas être celle des sociétés. Le même argument conduirait du reste à décider que le désistement survenu pendant la période de la tentative ne doit pas profiter au coupable. L'objection devient d'autant plus pressante que la distinction entre le crime manqué et le crime consommé est souvent arbitraire. Pourquoi l'empoisonneur, par exemple, qui administre à temps un antidote ne serait-il pas aussi bien traité que le meurtrier qui, par ses soins, préserve de la mort l'homme qu'il a blessé? Du moment que l'agent a réparé sa faute et que personne n'en souffre, il doit être absous. C'est la théorie du repentir actif, qui avait été entrevue par quelques anciens criminalistes, et qui a été oubliée dans la plupart des lois modernes. Le droit italien lui-même, si audacieux pourtant dans ses innovations, n'en fait pas mention, et le projet de révision du Code pénal français la passe sous silence. Quelques codes cependant, entre autres celui de l'empire allemand (2), la consacrent dans des termes à peu près identiques : « *La tentative n'est pas punissable, est-il dit dans son art. 46, si, à une époque où elle n'était pas encore découverte, l'agent a, par un fait contraire, détourné les conséquences de son action criminelle.* » Une règle analogue serait bien facile à introduire dans notre législation ; elle cadrerait fort heureusement avec ses dispositions générales (3). L'équité se trouverait ainsi combinée avec l'intérêt même de la société.

(1) Cass. 10 juin 1842 (*Bull. crim.*, n° 146). — Cour de Bruxelles, 26 août 1874 (arrêt cité par Haus, t. I, n° 422).

(2) Art. 46. Voy. aussi C. pén. de Hongrie, art. 67; C. pén. de Danemark, art. 44; C. pén. de Neuchâtel du 12 février 1891, art. 55; C. pén. de Finlande du 19 décembre 1889, ch. IV, § 2.

(3) Notamment la loi du 26 mars 1891 qui permet aux juges de différer l'exécution de la peine encourue pour une première infraction. Ceux qui beaucoup moins coupables ont réparé les conséquences préjudiciables de

Jusqu'ici nous avons examiné les cas où l'agent n'est pas arrivé à ses fins, soit parce qu'il y avait renoncé volontairement, soit parce qu'un obstacle imprévu avait rendu ses efforts inutiles. Il peut arriver aussi que l'action se produise dans des circonstances telles qu'elle soit condamnée à un échec certain. Ce cas ressemble à la tentative achevée ou délit manqué en ce sens que le but n'a pas été atteint, bien que tout ait été mis en œuvre pour cela; il se rapproche de la tentative inachevée ou suspendue, si l'on suppose des actes interrompus pendant l'exécution. Mais, il existe une différence primordiale: le but visé se trouve placé en dehors du pouvoir de l'agent. C'est le délit impossible, qui donne lieu à une des plus délicates controverses du droit criminel, et en même temps des plus graves, puisqu'il s'agit de savoir si l'acte accompli comporte une répression.

En soumettant à l'analyse les diverses hypothèses qui sont de nature à se présenter, on remarque que l'impossibilité réelle ou apparente de commettre une infraction peut provenir, soit de l'objet de cette infraction, soit des moyens employés, et que, dans un cas comme dans l'autre, elle peut être soit absolue et radicale, soit relative et individuelle.

L'impossibilité, qui tient à l'objet de l'infraction, est absolue quand cet objet n'existe pas ou quand il manque d'une qualité essentielle à son existence. Tel est le cas où le délinquant tire un coup de feu sur une personne déjà morte; tel encore celui où des manœuvres abortives sont pratiquées sur une femme qui n'est pas enceinte. L'impossibilité est relative, lorsque l'objet existe réellement, mais qu'il n'existe pas ou n'existe plus où l'agent croyait le trouver. Diverses espèces qui, en France, se sont présentées dans la pratique, en fournissent des exemples saisissants. Un individu décharge son arme dans une chambre où se tient habituellement la personne visée; mais par hasard elle se trouvait absente au moment de l'attentat. Un malfaiteur essaie de s'emparer de l'argent qu'il supposait trouver dans le tronc d'une

l'acte qu'ils ont commis ne subiraient pas le déshonneur d'une condamnation. — La théorie du repentir actif elle-même n'est pas absolument étrangère à notre droit. Dans certains cas, l'agent qui répare le préjudice causé bénéficie d'une excuse absolutoire : C. p. art. 247 et 357.

église; or, contrairement à ses prévisions, le tronc était vide. Un pickpocket plonge sa main dans la poche d'un vêtement qui ne contenait aucun objet.

L'impossibilité qui résulte des moyens est absolue, lorsque par eux-mêmes ils ne permettent pas d'atteindre le but projeté. Ainsi, le fusil, dont se sert l'agent, a été déchargé à son insu; une substance inoffensive a été substituée au poison destiné à la victime. L'impossibilité est relative, quand les moyens suffisent, s'ils étaient mis en œuvre avec habileté. L'exemple le plus frappant est celui-ci: l'agent ne sait pas se servir de l'arme qu'il emploie; sans danger entre ses mains, elle peut devenir nuisible dans d'autres plus expérimentées.

Voilà les principales causes d'impossibilité; quelles sont celles qui s'opposent à l'application des règles de la tentative? Plaçons-nous d'abord en l'absence de toute disposition spéciale; c'est la situation qui existe le plus souvent.

Lorsque l'infraction manque d'objet ou lorsque cet objet n'a pas la qualité essentielle à son existence, aucun doute ne saurait exister. L'impossibilité est alors d'une si grande évidence que toute peine apparaît comme manifestement inapplicable.

L'impossibilité qui résulte des moyens, lorsqu'ils sont intrinsèquement inefficaces, comporte évidemment la même solution. L'acte accompli, bien que tendant à l'accomplissement de l'infraction, ne constitue pas ce commencement d'exécution que les législations positives exigent pour punir la tentative. Aussi un arrêt de la Cour d'Agen, qui avait admis la solution contraire (1), fait-il l'objet de vives critiques.

L'impossibilité absolue n'est pas compatible avec la notion juridique de la tentative; il reste à rechercher, s'il en est de même de l'impossibilité relative.

Une opinion fort répandue se prononce pour la négative aussi bien lorsque cette impossibilité porte sur l'objet même de l'infraction que lorsqu'elle est simplement relative aux moyens. Telle est en France la solution de la Cour de cassation; d'après ses arrêts, le meurtrier qui tire dans une chambre où il croyait trouver sa

(1) Agen, 8 décembre 1849 (S. 1852, 2, 66).

victime (1); le malfaiteur qui force le tronc vide d'une église (2), ou qui fouille un habit sans y rien trouver (3), commettent des actes qu'atteint la loi pénale. Tel est aussi le système qui a prévalu dans la jurisprudence belge (4) et qui a été adopté par le tribunal supérieur de l'empire allemand (5).

Malgré les autorités sur lesquelles peut s'appuyer cette distinction, elle nous semble mal fondée. Quelle que soit la cause de l'impossibilité, il est toujours vrai de dire: l'infraction ne peut être exécutée; on ne peut pas plus commencer qu'achever ce qui est impossible; par conséquent la tentative ne se trouve pas légalement caractérisée, et ne tombe pas sous le coup des articles qui la répriment. Pour qu'une peine soit encourue, il faut que l'entreprise ne dépasse pas les limites de l'activité humaine. Ce criterium, qui est celui de la jurisprudence anglaise (6), a été adopté en France par de nombreux auteurs (7), et consacré à plusieurs

(1) Cass. 12 avril 1877 (D. 1878, 1, 33). — La Cour de Chambéry avait refusé de voir dans ce fait une tentative de meurtre par son arrêt du 20 janvier 1877 (*cod. loc.*). La Cour de Montpellier s'était également prononcée dans le même sens: arrêt du 26 février 1852 (S. 1852, 2, 464).

(2) Cass. 4 novembre 1876 (D. 1878, 1, 33). — Bourguignon, *Codes criminels*, t. III, p. 10, cite un arrêt de cour d'appel qui considère le vol comme n'étant pas punissable dans ce cas.

(3) Cass. 5 janvier 1895 cassant Paris, 19 octobre 1894.

(4) Liège, 24 juillet 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 421) et la note. — Haus., *op. cit.*, t. I, n° 459 et suiv.; Nypels, *Le Code pénal belge interprété*, t. I, p. 88 et suiv.

(5) 24 mai 1880 (*Rivista penale*, vol. XIV, p. 202); 10 juin 1880 (*cod. loc.*, vol. XV, p. 243). Conf., 8 janvier 1874 (*cod. loc.*, vol. I, p. 361). — Sur cette jurisprudence, voy. en sens divers: Hugo Meyer, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, p. 216 et suiv.; Cohn, *op. cit.*, p. 440 et suiv.; Liszt, *Das fehlgeschlagene Delikt und die Cohn's Versuchteorie* dans le *Zeitschrift*, p. 103; Buri, *Versuch und Causalität* dans le *Gerichtsaal*, B. 32; Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 104.

(6) Stephen, *op. cit.*, art. 49 § 3, p. 29. — En cas d'empoisonnement et d'avortement, voy. de très intéressants développements sur les matières qui sont de nature à occasionner des troubles physiologiques dans Taylor, *Traité de médecine légale* (trad. D^r Coutagne), p. 57 et suiv., p. 610 et suiv.

(7) Lefort, *De la tentative des crimes impossibles* dans la *Revue générale du droit*, 1878, p. 8; Bertauld, *op. cit.*, n° 202-209; Blanche et Dutruc, *op. cit.*, n° 8; Lainé, *op. cit.*, n° 172; Garraud, *op. cit.*, t. I, p. 363;

reprises par les Cours d'appel (1), malgré la doctrine contraire de la Cour de cassation (2). Tout récemment, la Cour d'appel de Paris vient de renvoyer des fins de la prévention un pickpocket qui avait été surpris en train de visiter la poche d'un passant, sous prétexte que cette poche était vide. Une espèce identique s'était déjà présentée devant les juges de la Grande-Bretagne, et avait reçu la même solution (3); elle a, du reste, déterminé un mouvement d'opinion que nous aurons bientôt l'occasion de signaler.

Plusieurs législations instruites par l'expérience ont compris la nécessité de prévoir et de régler la difficulté; mais il existe entre elles de profondes divergences. C'est ainsi qu'en Norvège, le Code pénal déclare la tentative punissable, pourvu que l'objet de l'infraction existe, sans tenir compte de l'obstacle qui empêche l'exécution (4). Telle est aussi la règle dont la Commission anglaise de 1879 avait proposé l'adoption au Parlement (5), contrairement au projet antérieur de Sir Stephen (6): il semblait nécessaire de mettre fin aux errements de la jurisprudence qu'une décision récente faisait considérer comme dangereux (7). Parfois la formule varie; l'impossibilité qui tient aux moyens se trouve seule incriminée directement. Le projet du nouveau Code

Laborde, *op. cit.*, n° 117. — Conf. Molinier et Vidal, *op. cit.*, p. 79; Villey, *Du délit impossible dans la France judiciaire*, t. II, p. 185. — MM. Ortolan et Desjardins défendent énergiquement le système de la Cour de cassation, *op. cit.* t. I, n°s 1001 et suiv.

(1-2) Voy. les espèces précédemment rapportées.

(3) Collin's case (L. and C., 471).

(4) Voy. Van Swinderen, *op. cit.*, p. 192.

(5) Sect. 74, al. 2: « Quiconque croyant qu'un certain état de fait existe commet ou omet un acte dont l'accomplissement ou dont l'omission constituerait une tentative, si cet état de fait existait, se rend coupable d'une tentative punissable, quoique le méfait soit impossible à réaliser de la manière voulue. »

(6) Sect. 33: « N'est pas punissable la tentative d'un délit qui se manifeste par des actes de tous points impuissants à consommer le délit. »

(7) C'est la décision rendue dans l'affaire Collin qui a décidé la Commission à rompre avec le système de la jurisprudence. *Report of the royal commission appointed to consider the law relating to indictable offences* (London, 1879), p. 19.

pénal espagnol est rédigé en ce sens (1). Le Code pénal russe assimile aussi « l'innocuité des moyens » au « cas fortuit » mais il prend soin d'exempter du châtement celui qui « à raison de son entière inintelligence ou superstition n'a employé que des moyens manifestement inoffensifs tels que les sortilèges et les incantations (2) ». Enfin, dans certains pays, toute impossibilité, quelle qu'en soit la cause, empêche la répression. Le Code pénal italien du 26 juin 1889 n'a fait que confirmer la jurisprudence (3) et la doctrine (4) antérieures en consacrant ce principe (5). Le projet de Code pénal autrichien, qui l'adopte, réalise au contraire une véritable innovation: ses rédacteurs ont, en effet, manifesté leur intention formelle de rompre avec les doctrines allemandes (6).

Bien des systèmes, on le voit, sont en présence, et chacun d'eux compte en sa faveur de puissantes autorités. Aussi, tout

(1) L'art. 21 déclare, en effet, la tentative punissable « 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. »

(2) L'art. 115, qui édicte la règle, ajoute pourtant que l'agent sera puni suivant l'art. 111, pour intention criminelle. Cette dernière disposition est absolument spéciale au droit russe, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer.

(3) Cass. Turin, 14 juillet 1870 (*Annali*, vol. IV, 2, 224); Cass., Florence, 3 juillet 1880 (*Rivista penale*, vol. XIII, p. 277); Cass., Naples, 3 janvier 1881 (*Rivista penale*, vol. XIV, p. 232); Cass., Rome, 10 janvier 1881 (*Legge*, 1881, p. 637); Cass., Rome, 12 novembre 1886 (*Rivista penale*, vol. XXV, p. 95); Cass., Turin, 7 mars 1889 (*Rivista penale*, vol. XXX, p. 35).

(4) Carmignani, *Elementa juris criminalis*, § 231; Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, § 664, part. IV, tit. II, ch. II; Carrara, *Programma part. gén.*, p. 186; Geyer, *Del tentativo* dans la *Rivista penale*, vol. XIV, p. 369; Taranto, *op. cit.* part. I, ch. 3. — Un auteur, qui appartient à l'école positiviste, a cependant combattu cette manière de voir avec talent, mais sans succès: Garofalo, *Il tentativo criminoso con mezzi inidonei*, (Turin, 1882).

(5) Art. 61. — Conf. Cass., 4 mai 1893 (*Rivista penale*, vol. XXXVIII, p. 74).

(6) Heil, *Sul progetto di codice penale austriaco* (*Rivista penale*, vol. XXXV, p. 336).

esprit réfléchi doit-il éprouver une sérieuse hésitation pour se prononcer. C'est en cherchant à concilier les principes juridiques avec les nécessités sociales qu'il est permis d'espérer la meilleure solution.

Chaque infraction comprend certains éléments essentiels, et à leur défaut, elle disparaît totalement. S'emparer d'un objet dont on a la propriété, administrer une substance abortive à une femme qui n'est pas enceinte ne constituent pas des actes punissables, puisque le vol et l'avortement n'existent pas dans de semblables conditions. Pour qu'ils le devinssent, il faudrait les ériger en délits spéciaux. Lorsque l'infraction se trouve légalement caractérisée, il peut arriver que l'action, à raison des circonstances, se trouve condamnée à un échec certain. C'est alors que se pose la question de savoir si une répression devient nécessaire? Bien que le délit impossible ne rentre pas dans la notion juridique de la tentative, et qu'une erreur ait seule créé la confusion, il semble cependant qu'il comporte le même traitement. En vain, dirait-on qu'il ne cause aucun mal? Nous répondrions qu'il produit un trouble social trop considérable pour rester impuni. C'est du reste cette simple considération qui fait punir la tentative, car il n'en résulte presque jamais un préjudice. Différentes au point de vue juridique, les deux situations se ressemblent singulièrement dans leurs effets et vont même jusqu'à se confondre. Comment admettre que l'assassin, arrêté avant de tirer, au moment où il couche en joue sa victime, évite le châtement si l'arme, dont il se sert, a été déchargée à son insu, et qu'il l'encourt dans le cas contraire? N'est-il pas étrange qu'un pickpocket échappe aux poursuites parce qu'il plonge sa main dans la poche gauche du vêtement qui est vide, tandis qu'il aurait été sévèrement puni s'il avait accompli le même geste dans la poche droite qui contient un foulard ou un autre objet? Ces exemples, qu'il serait bien facile de multiplier, prouvent que toute distinction aurait deux résultats également nuisibles : froisser le sentiment du public, qui comprend difficilement les subtilités juridiques et qui est peu enclin à en admirer les beautés (1); augmenter l'audace pourtant

(1) Pour s'en convaincre, il suffit de parcourir les journaux de tout genre

si grande! des malfaiteurs, en leur assurant une nouvelle chance d'impunité.

Dans les limites que nous venons de déterminer, la loi pénale peut donc, par une disposition spéciale, incriminer les cas d'impossibilité, soit lorsqu'ils tiennent à l'objet de l'infraction, soit lorsqu'ils tiennent aux moyens. Toutefois, elle agit sagement en admettant une exception à l'égard des actes qui, comme les pratiques de sorcellerie, sont manifestement inoffensifs, et ne portent aucune atteinte sérieuse à l'ordre public.

La pénalité ainsi prononcée n'a pas pour but d'atteindre les mauvais sentiments, ou, si l'on préfère, les mauvais instincts de l'agent, mais bien de punir un acte considéré comme dangereux en lui-même. C'est donc toujours le fait accompli qui se trouve réprimé, non l'intention perverse, la volonté criminelle; ce qui a été, non ce qui aurait pu être.

Tel est exposé, aux divers points de vue, le grave problème du délit impossible, qui complète la théorie de la tentative. Il faut regretter que la commission chargée de rédiger un projet de révision du Code pénal français n'ait pas cru devoir consacrer un article à une aussi importante matière. (1). Cet oubli sera certainement réparé lorsque la discussion viendra devant les Chambres.

CHAPITRE III. — *Des cas dans lesquels la tentative est punissable.*

De ce que la tentative représente l'effort de l'agent vers un but déterminé, il résulte qu'elle ne peut exister dans les cas où le législateur prononce une peine sans tenir compte de la volonté coupable, sur la simple constatation d'un fait (2). La tentative

qui ont rapporté et critiqué l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 octobre 1894.

(1) L'avant-projet de Code pénal suisse ne contient aucune disposition relative à l'impossibilité. L'exposé des motifs prétend que ce silence a pour but de ne pas heurter les idées contradictoires qui existent à cet égard dans la Confédération. La raison est loin d'être bonne. C'est précisément, à cause des divergences, qu'un texte précis serait indispensable pour mettre fin à toute discussion.

(2) Quelques législations mentionnent expressément l'élément intentionnel

d'une infraction non intentionnelle constitue une impossibilité juridique. Comment concevoir, par exemple, qu'un individu essaie de commettre un meurtre par imprudence? L'énoncé seul d'une semblable proposition en révèle le non sens.

La tentative supposant un élément intentionnel, on s'est demandé si elle cesse d'être punissable, lorsque l'agent agit sous l'empire de la colère. Cet état d'âme n'exclut-il pas toute réflexion et tout calcul, et n'en résulte-t-il pas que les faits de violence doivent, à ce point de vue, être assimilés aux faits d'imprudence?

Cette opinion a rencontré de nombreux partisans parmi les jurisconsultes italiens (1). A leur avis, la notion de la tentative suppose que l'agent a le temps pour délibérer et le calme pour calculer les conséquences de son action. Psychologiquement, à une personne dominée par une violente passion, il est impossible d'attribuer la volonté de produire un résultat différent de celui qu'elle atteint. La distinction entre l'acte accompli comme moyen et l'effet voulu comme terme implique un raisonnement incompatible avec la colère. L'homme irrité frappe pour frapper; il ne songe pas à donner la mort à son adversaire, ou si cette pensée lui vient à l'esprit, elle ne lui apparaît pas comme un but qu'il veut directement et nécessairement atteindre. L'acte accompli doit donc seul servir de mesure à la pénalité.

Il est à cette argumentation une réponse victorieuse. Quand l'homme irrité tue, on lui impute un homicide volontaire et non un homicide par imprudence dont le châtement est bien différent. On reconnaît donc que la surexcitation passagère qui le domine ne détruit pas en lui la volonté criminelle. Mais, si on admet

qui résulte du reste de la nature même des choses; C. pén. allemand, art. 43; C. pén. belge, art. 51; C. pén. des Pays-Bas, art. 45; C. pén. russe, art. 6-7.

(1) Nani, *Principi di giurisprudenza criminale*, § 108; Carmignani, *Elementa juris criminalis*, lib. 1, § 231; Puccioni, *Saggio di diritto penale*, lib. 1, tit. 7, p. 82; Giuliani, *Istituzioni di diritto criminale*, lib. 1, cap. 5, § 1; Carrara, *Sezioni sul grado nella forza del delitto*, p. 16 et suiv. — Voy. aussi Mittermaier, dans les *Scritti germanici di diritto criminale*, vol. I, p. 113, § 4.

l'existence de cette volonté quand l'acte accompli produit son effet, pourquoi décider autrement quand il le manque? Aucune raison juridique ne peut justifier une pareille distinction. En vain, dit-on, que l'événement final détermine avec plus de certitude l'intention de l'agent. C'est là commettre une confusion évidente. Si le coupable agit sous l'empire d'une force quelconque à laquelle il ne peut résister, il n'est pas plus responsable de la consommation du crime que de sa tentative (1).

Parfois la nature de l'infraction, telle que la définit la loi pénale, exclut l'idée de la tentative. Ainsi, c'est une règle fort répandue dans le droit moderne que le faux témoignage doit, pour être punissable, avoir influé directement sur le jugement (2). Une peine n'est donc encourue qu'au moment où il devient irrévocable. Or, de deux choses l'une: ou les débats sont encore ouverts et alors la déposition peut se compléter, ou les débats sont clos et alors il n'y a plus simple tentative, mais crime consommé. En sens inverse la tentative peut se trouver exclue parce que la consommation du délit se confond avec elle: tel est le cas de l'attentat à la pudeur (3). Un seul fait, un seul geste suffit à le constituer; il n'existe aucune distinction entre les diverses phases de son exécution.

L'infraction n'a pas toujours pour objet une action; elle peut aussi avoir pour objet une inaction. Dans ce dernier cas, est-elle susceptible de tentative? La question ne comporte pas de réponse absolue. Si le devoir imposé consiste dans un acte à faire à une époque marquée ou dans un délai donné, l'inaction reste licite tant que le terme n'est pas expiré, et après, elle constitue un délit complet. De même, si le devoir de faire est continu, l'infraction existe du jour où l'agent a eu la liberté de le remplir. Mais la solution change, quand il s'agit d'un de ces crimes — comme le

(1) Taranto, *op. cit.*, part. II, ch. 3. — *Relazione ministeriale sul Progetto di nuovo Codice penale (Rivista penale*, vol. XXVII, p. 233).

(2) Chauveau, Faustin-Hélie, *op. cit.*, t. IV, p. 560 et suiv. — Le Code pén. belge consacre ce système, art. 215. Conf. *Législation criminelle de la Belgique*, t. II, p. 223 et suiv. — *Sic*, C. pén. hongrois, art. 225; C. pén. italien, art. 216.

(3) Garraud, *op. cit.*, t. IV, p. 472.

meurtre et ses différentes variétés, notamment l'infanticide — qui comportent l'accomplissement d'un certain mal qui peut provenir soit de certains actes, soit de certaines négligence. La tentative en est caractérisée, lorsque l'intention coupable résulte clairement des circonstances, et que la violation du devoir exigible, sans avoir produit un résultat complet, a eu des conséquences nuisibles, telles que des lésions corporelles ou des maladies plus ou moins graves. La résolution de commettre le crime, qui ne se trouve pas encore consommé, a été cependant manifestée par des actes extérieurs qui en forment le commencement d'exécution.

Lorsque la tentative est juridiquement possible, faut-il en conclure qu'elle doit être incriminée en règle générale ? Il existe, à cet égard, trois systèmes bien différents qui se trouvent représentés dans le droit positif.

D'après quelques rares législations, la tentative doit, pour tomber sous le coup de la loi pénale, être prévue par une disposition spéciale (1). Ce système présente les plus graves inconvénients, non-seulement à cause des redites incessantes qu'il nécessite, mais surtout à cause des oublis auxquels il peut donner lieu ; aussi compte-t-il peu de partisans. La véritable lutte s'engage entre les deux autres systèmes.

De la combinaison des art. 2 et 3 du C. pén. français, il résulte que la tentative des crimes comporte un châtement sauf exception ; que celle des délits n'est réprimée que dans les cas déterminés (2),

(1) C'est ainsi que procède le Code pénal suédois. Le récent Code pénal de Finlande déclare expressément que les règles générales qu'il édicte ne sont applicables que « lorsque la tentative est déclarée punissable par la loi », ch. IV, § 1.

(2) Toutes les fois que la tentative des délits est punissable, elle doit réunir les conditions exigées pour la tentative des crimes c'est-à-dire : 1° être manifestée par un commencement d'exécution ; 2° n'avoir été suspendue ou n'avoir manqué son effet que par une cause indépendante de la volonté de son auteur. L'art. 3 se réfère évidemment à l'art. 2, qui donne la définition générale de la tentative punissable ; ce qui le prouve, c'est que la loi du 25 frimaire an VIII, origine de l'art. 3 C. p., définissait, dans son art. 17, la tentative des délits de la même manière que la tentative des crimes. La jurisprudence n'admet cependant pas cette solution ; d'après elle, il suffit que le

et que celle des contraventions jouit toujours de l'impunité. Ce mode d'incrimination est encore le plus répandu : on le retrouve en vigueur dans la plupart des pays qui ont conservé les principes fondamentaux du droit français et dans quelques uns de ceux qui subissent l'influence du droit allemand (1).

Diverses lois pénales, dont le nombre tend à augmenter, procèdent d'une tout autre manière. Repoussant la division tripartite des infractions, et rangeant dans la même classe les crimes et les délits, elles leur appliquent un traitement analogue et déclarent, par conséquent, que leur tentative est punissable à moins d'une exception formelle (2).

Avant d'examiner la valeur des deux systèmes en présence, il faut d'abord constater qu'un point se trouve placé hors de toute contestation : la tentative des contraventions échappe aux poursuites (3). Outre que la loi ne se préoccupe pas de l'intention criminelle pour punir de semblables faits, ils présentent si peu de gravité que ce serait dépasser toute limite raisonnable que de les réprimer avant leur consommation effective (4).

jugement ou l'arrêt reconnaisse le prévenu coupable de tentative de délit, cette déclaration proclamant implicitement l'existence des circonstances constitutives de la tentative. Voy. not. ; Cass. 1^{er} juillet 1880 (S. 1881, 4, 237). — Le projet de la commission a pris le soin de lever tous les doutes en disant dans l'art. 83 qui contient la définition de la tentative : « Toute tentative de crime ou de délit.... » — C'est ainsi que procèdent la plupart des législations qui, après avoir suivi le C. p. français de 1810, ont jugé nécessaire de le réviser.

(1) C. pén. belge, art. 53 ; C. pén. luxembourgeois, art. 53 ; C. pén. allemand, art. 43 ; C. pén. hongrois, art. 65 ; C. pén. portugais, art. 12 et de nombreux Codes suisses parmi lesquels il faut citer au premier rang celui de Genève, art. 5. Conf. C. pén. russe art. 2 combiné avec art. 114 et 115.

(2) C. pén. espagnol, art. 3 et projet de révision, art. 20 et 21 ; C. pén. hollandais, art. 45 et 78 ; C. pén. italien, art. 61-62 ; quelques C. pén. suisses parmi les plus récents.

(3) Quelques Codes le disent expressément, C. pén. hongrois des contraventions, art. 26 ; C. pén. hollandais, art. 46 ; projet C. pén. espagnol, art. 19.

(4) Marciano, *Inammissibilità del tentativo nelle contravvenzioni (Critica forense*, fasc. II, p. 45).

Sans entrer dans une discussion générale sur le point de savoir si la distinction des crimes et des délits se justifie ou si elle doit être écartée comme surannée, nous nous bornerons à rechercher les motifs qu'il peut y avoir de distinguer entre eux au point de vue de la tentative. Lors de la confection du Code pénal français, deux explications différentes furent données à l'Empereur qui interrogeait les conseillers d'Etat (1). Plus récemment, l'Exposé des motifs du nouveau Code pénal belge les a reproduites en des termes analogues (2). D'abord, la tentative d'un crime serait plus facile à constater que celle d'un délit. Cette raison est loin d'être satisfaisante. Les crimes et les délits ne sont pas profondément séparés les uns des autres; le même fait, le vol, par exemple, avec une circonstance de plus ou de moins, passe d'une classe à l'autre. La seconde raison invoquée est meilleure. C'est que les délits présentant souvent peu de gravité, le besoin de rassurer la société ne se fait pas sentir aussi impérieusement, et qu'il est d'une bonne politique de ne pas trop multiplier les peines. Ce qui prouve que telle est bien la portée de la règle, c'est que toutes les fois que la tentative de délit est de nature à troubler l'ordre public, elle devient punissable.

La divergence, qui existe entre les législations positives, est moins considérable qu'elle le paraît. Grâce aux exceptions admises dans un sens ou dans l'autre, ce sont en général les faits de même nature qui tombent sous le coup de la loi pénale. Le système du droit français semble cependant plus équitable et le projet de la commission qui le maintient (3) ne mérite que des éloges.

Ce serait dépasser les limites d'une étude générale comme celle-ci que d'énumérer les délits dont la tentative est punie. Qu'il nous suffise de dire que toute disposition répressive doit faire l'objet d'une interprétation restrictive, et ne peut, sous prétexte d'analogie, être étendue d'un cas à un autre. Cette règle

(1) Loqué, t. XXIX, p. 103.

(2) Haus, *Exposé des motifs, Législation criminelle de la Belgique*, t. II p. 204.

(3) Art. 84. « Les tentatives de délits ne sont punissables que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi. »

comporte la plus grande rigueur (1). Aussi, lorsque le législateur fait descendre une infraction du rang des crimes au rang des délits, doit-il prendre le soin d'édicter une disposition spéciale. Tel a été en France le procédé de la loi du 13 mai 1863 qui a correctionnalisé un certain nombre de crimes (2). Sans cette précaution, l'impunité existerait même dans le cas où le fait illicite aurait été commis avant la révision, tout adoucissement profitant au coupable. C'est ce que la jurisprudence belge a constaté pour la tentative d'escroquerie (3), qui, d'après le nouveau Code, ne donne plus lieu à aucune poursuite (4).

Il est bien peu de crimes qui ne soient réprimés du jour où leur existence se manifeste par un commencement d'exécution. L'avortement est à cet égard le plus caractéristique; dans le droit de plusieurs États, il comporte des règles spéciales. En France, la mauvaise rédaction de l'art. 317, C. pén., occasionne une vive controverse. D'après la Cour de cassation, la tentative d'avortement commise par la femme ne comporte aucun châtement; elle devient au contraire punissable, lorsqu'elle est l'œuvre d'une autre personne, qu'il s'agisse ou non d'un praticien, que la femme prête son concours ou qu'elle le refuse (5). Cette solution, dont l'exactitude est vivement contestée par la doctrine (6), n'était pas celle de la Cour de cassation belge; d'après sa jurisprudence, la tentative d'avortement ne tombait jamais sous le coup de la loi (7).

(1) En voici un exemple remarquable. Les lois du 2 août 1875, art. 19 et du 9 décembre 1884, art. 8, punissent les tentatives de corruption des électeurs. La Cour de cassation a décidé avec beaucoup de raison que ces textes visant les élections législatives n'étaient pas applicables en cas d'élections départementales ou communales; Cass. 9 avril 1881 (S. 1881, 1, 277).

(2) Conf. loi du 25 frimaire, an VIII, art. 17.

(3) Haus, *op. cit.*, n° 479.

(4) Art. 496. Conf. Pirmez, *Rapport à la Chambre, Législation criminelle de la Belgique*, t. III, p. 553.

(5) Cass. 26 juillet et 1^{er} décembre 1860 (*Bull. cr.* nos 175 et 269), 3 mars 1864 (D. 1864, 1, 406); 22 septembre 1881 (S. 1883, 1, 329).

(6) Voy. notamment de Vasson, *Tentative d'avortement, Revue critique*, 1859, p. 179.

(7) 21 décembre 1847 (*Pasicriste*, 1848, 1, 85).

Le nouveau Code a fait disparaître les anciennes difficultés, malheureusement pour en substituer de nouvelles (1); car, en présence des remaniements dont les textes ont été l'objet de la part du Sénat (2), il est difficile de dire si le législateur a entendu se rallier au projet de la commission (3), qui était fort remarquable, et qui s'impose, si l'on ne veut pas faire rentrer cette matière dans le droit commun. La tentative d'avortement commise par la femme n'est pas punie. Émane-t-elle d'une autre personne ? Il faut établir une distinction. Si les manœuvres abortives ont été accomplies avec le consentement de la femme, aucune poursuite n'est possible, même s'il s'agit d'un homme de l'art; dans le cas contraire, l'attentat se trouve réprimé, mais seulement s'il se présente sous la forme d'un crime manqué. Vouloir atteindre la tentative inachevée, ce serait renouveler les constatations scandaleuses que le législateur cherche à éviter en soumettant l'avortement à un régime particulier.

CHAPITRE IV. — *De la peine applicable à la tentative.*

L'école positiviste qui, pendant un certain temps, a obtenu un succès si considérable, supprime toute difficulté en cette matière. Physiologiquement constitué pour le mal, le délinquant doit être réduit à l'impuissance, dès qu'un signe apparent révèle la perversité de sa nature. Ce serait compromettre la protection sociale que

(1) Art. 348, 350, 351.

(2) Pour l'historique, *Législation criminelle de la Belgique*, t. III, p. 8, 32, 128, 166.

(3) En faveur de l'affirmative, Haus, *op. cit.*, t. I, n° 481; Limelette, *Revue de droit criminel*, t. I, p. 58; t. II, p. 74. — M. Nypels, *Code pénal belge interprété*, t. II, p. 82, soutient au contraire que du nouvel arrangement des textes, il résulte que la tentative d'avortement de la part des hommes de l'art est punissable, même si la femme y consent, même si l'exécution simplement commencée est interrompue par une circonstance fortuite. La jurisprudence est en ces sens : Trib. Charleroi, 14 juillet 1881 (*Pasicrisie*, 1882, 3, 18); Liège, 15 juillet 1882 (*Pasicrisie*, 1882, 2, 350); Bruxelles, 9 février 1882 (*Pasicrisie*, 1882, 2, 123); Cass. 18 juin 1883 (*Pasicrisie*, 1883, 1, 281).

d'établir des distinctions, au point de vue de la pénalité, entre les diverses phases de l'infraction (1).

A moins de vouloir faire triompher une idée préconçue, le raisonnement montre vite l'erreur d'une semblable théorie (2). Sans doute, il peut arriver qu'un individu agisse sous l'impulsion d'instincts qui le dominent : la justice se trouve alors en présence d'un malade qu'elle n'a pas à punir ; mais c'est là un fait exceptionnel qui ne doit pas être érigé en règle générale. De ce que les criminels sont parfois des aliénés, il n'en résulte nullement que tel soit leur caractère ordinaire. L'homme, dans l'état normal, est pleinement responsable de ses actes, et le droit de punir repose sur les notions fondamentales de liberté morale, de mérite et de démerite. Conformément au but qu'elle poursuit, la loi pénale demeure renfermée dans ces deux limites : la justice et l'utilité. Pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile, telle doit être la formule de toute disposition répressive. Pour faire l'application de ces principes à la tentative, il faut examiner successivement les divers degrés qu'elle comporte et rechercher la pénalité qui leur est applicable.

La tentative inachevée, qui n'a été suspendue que par des causes indépendantes de la volonté, doit être punie ; mais doit-elle l'être au même titre que l'infraction consommée ? Rationnellement l'assimilation est impossible (3). Outre que le préjudice causé est loin d'être aussi considérable, la culpabilité abstraite se trouve aussi atténuée dans une sensible mesure. L'agent n'a pas encore parcouru tous les échelons de l'infraction. Il a été arrêté en route par une cause indépendante, il est vrai, de sa volonté ; mais qui peut affirmer, si cette cause ne s'était pas produite, qu'il n'aurait

(1) Garofalo, *Criminologie* (trad. fr.), part. III, ch. 1, § IV; Tarde, *Philosophie pénale*, ch. VII, § V, n° 11. Conf. Lombroso, *Tropo presto* (Turin, 1889), p. 16.

(2) Voy. la réfutation générale de la doctrine positiviste dans Vidal, *Principes fondamentaux de la pénalité selon les systèmes les plus modernes*.

(3) Filangieri, *Science législative* (trad. fr.), liv. III, ch. XIII, t. II, p. 73, a soutenu avec beaucoup d'insistance que la tentative devait être punie de la même peine que l'infraction consommée ; mais, malgré l'autorité de ce grand jurisconsulte, son opinion est restée isolée.

pas reculé au dernier moment devant la perpétration du forfait? Il reste une possibilité pour le repentir, et cette possibilité, trop faible pour entraîner l'absolution du coupable, suffit cependant pour constituer une cause d'atténuation. L'intérêt de la société, qui, en droit criminel, prime tout autre considération, commande du reste cette solution. Mesurer la pénalité sur le développement de l'infraction, c'est encore le meilleur moyen de prévenir les crimes. Les châtimens gradués sont comme des barrières qui s'élèvent incessamment devant les pas du coupable : il a affronté le premier, mais un plus terrible le menace ; ses craintes augmentent toujours et peuvent devenir assez puissantes pour le détourner de la voie dans laquelle il s'est engagée.

Que décider si la tentative se trouve achevée et que, par une circonstance fortuite, l'effet voulu n'ait pas été atteint? Le crime manqué encourt-il le châtimement même prononcé contre l'infraction? De puissantes raisons semblent militer en faveur de l'affirmative. L'agent n'a-t-il pas fait tout ce qui était en pouvoir? N'a-t-il pas mené les actes d'exécution jusqu'au bout? Le rôle qui lui incombeait est terminé ; il n'a plus rien à y ajouter. Sa culpabilité se trouve donc bien établie, et le hasard, qui seul a déjoué les prévisions, ne saurait en diminuer la portée (1).

Cette argumentation, bien que séduisante, n'est que spécieuse. Si la culpabilité de l'agent est complète, la raison tirée du résultat de l'acte commis subsiste toujours. Le délit se trouve bien subjectivement consommé par rapport au délinquant, mais non objectivement par rapport à la victime, à la société et au mal qui constitue la fin de l'entreprise. Le préjudice social et le préjudice privé sont moindres ; celui-ci peut même être nul. Or, une législation qui ne fonde pas la pénalité sur la moralité seule des actions humaines, mais qui en considère les conséquences, doit tenir compte de l'échec du projet criminel.

Trop souvent dans l'appréciation de cette importante question, on se laisse conduire par le sentiment et on se trouve ainsi pris entre deux tendances contraires : tendance d'une part à juger les actes en eux-mêmes, tendance d'autre part à prendre en considé-

(1) Voy. le développement de ces idées par Lacointa, *Revue critique*, 1863, p. 456 et suiv.

ration leurs résultats. L'opinion publique traduit très fidèlement ces oscillations de la conscience. Le plus souvent, elle se refuse à admettre qu'un châtimement égal frappe le crime manqué et le crime consommé. Mais parfois, dans les cas graves, en présence de détails émouvants, elle se montre inconséquente avec elle-même, et le coupable dont les efforts n'ont pas abouti ne lui semble pas digne de pitié. Les nuances de fait qui influent dans l'application de la peine, ne peuvent pourtant modifier la règle générale que la raison seule doit déterminer.

Faisons le compte de l'agent suivant les règles les plus rigoureuses de l'incrimination. Nous lui imputerons, comme en étant l'auteur, la cause efficiente, tous les actes accomplis pour arriver à la réalisation du crime ; dans ce compte, figureront les derniers actes extérieurs qui manquent dans la tentative inachevée. Il sera donc plus chargé que dans l'espèce précédente, mais il le sera moins cependant que si l'infraction avait été consommée. Il est impossible, en effet, de le rendre responsable du mal qui n'a pas été causé. Persistera-t-on à dire qu'il a fait tout ce qui dépendait de lui et que les circonstances seules en ont disposé autrement? Ce raisonnement, que nous avons déjà eu l'occasion de combattre, est toujours mauvais ; car toujours il déplace la question en considérant comme réalisés des actes qui ne le sont pas. C'est toujours punir la résolution pour le fait, c'est toujours s'abstraire de la réalité des événements pour se lancer dans le domaine des hypothèses.

Ainsi au point de vue rationnel, la pénalité doit varier suivant que le délit est consommé, tenté ou manqué. Au délit consommé, doit seul s'appliquer la peine prononcée par la loi. Le délit manqué doit être puni d'une peine moindre que le délit consommé, mais plus forte que le délit simplement tenté. La pénalité parcourt donc avec l'agent les divers degrés de l'infraction et augmente à mesure que le terme final approche. Elle se trouve établie, conformément au fondement du droit de punir, en raison directe du danger social et en raison inverse de la probabilité du désistement.

Tels sont les principes juridiques ; recherchons maintenant comment ils sont appliqués par les législations positives.

Le Code pénal français, sauf de très rares exceptions (1), n'établit aucune différence entre les deux formes de la tentative et la consommation de l'infraction. Sur ce point, il a donc rompu avec la tradition et se trouve même en désaccord avec un grand nombre de ses dispositions qui graduent le châtement suivant les résultats de l'acte criminel. C'est en perdant les traces de ce qui avait lieu autrefois que le législateur a été conduit à un pareil système. L'ancienne jurisprudence avait admis, contrairement à la règle générale, que pour les crimes atroces la tentative était punie de la même peine que le crime achevé. Le Code pénal de 1791 laissait impunies toutes les tentatives, sauf celles d'empoisonnement et d'assassinat; comme les crimes qu'elles précédaient, rentraient dans la classe des crimes atroces, elles leur furent assimilées. L'expérience ne tarda guère à démontrer qu'il y avait un danger social à laisser les autres tentatives impunies, et une loi du 22 prairial an IV vint combler la lacune en donnant simplement une portée générale à la disposition qui ne concernait que les deux infractions les plus graves (2). Ainsi se trouva consacré le principe de l'égalité, et malgré l'opposition de quelques membres du Conseil d'Etat (3), il passa dans l'art. 2 du C. pén. de 1810. En 1832, lors de la révision, un abaissement de la pénalité fut bien proposé (4), mais la réforme n'aboutit pas, parce que les adoucissements introduits dans la législation parurent la rendre inutile.

Il résulte du système en vigueur dans notre pays que la justice passe sans transition de l'impunité des actes préparatoires à la

(1) Elles sont relatives à la corruption des fonctionnaires, art. 179, § 1 et § 2; au complot, art. 89 et 91, à l'avortement. D'après la jurisprudence, la tentative du crime d'avortement de la part des praticiens est frappée de la peine de la réclusion, art. 317, § 1, tandis que sa consommation est punie des travaux forcés, art. 317, § 3.

(2) Elle fut complétée elle-même par la loi du 25 frimaire an VIII (art. 17), qui punit la tentative d'un certain nombre de délits.

(3) Corvetto, Defermon et le comte Bérenger, *Procès verbaux du Conseil d'Etat*, séance du 4 octobre 1808 (Loché, t. XXIX, p. 103 et 105).

(4) La Cour de Rennes, dans ses *Observations* sur le Code pénal, avait déjà dit que « la consommation réelle du crime laisse bien loin derrière elle toute l'atrocité imaginable des tentatives ».

peine même du crime. Le correctif pratique consiste dans la faculté laissée au juge de se mouvoir entre un maximum et un minimum, ou de déclarer des circonstances atténuantes. Assurément il faut bien recourir à l'un ou l'autre de ces tempéraments, puisque ce sont les seuls qui permettent d'obvier aux imperfections de la loi, mais il n'en existe pas moins une grave lacune dans le Code pénal. S'il est nécessaire d'accorder aux juges du fait une certaine latitude pour réparer l'injuste mais nécessaire nivellement de toute disposition répressive, il appartient au législateur de poser les principes, d'établir les incriminations et de graduer les peines. Agir autrement est de sa part une véritable abdication, nuisible au premier chef, puisque la règle de droit au lieu d'être fixe dépend de la variété des appréciations particulières.

A l'étranger, il est bien rare de retrouver l'assimilation de la tentative au crime manqué (1). Le droit anglais lui-même se montre plus libéral que le droit français : s'il punit d'une peine égale la tentative et la consommation des infractions ordinaires, il admet, en général, un adoucissement pour la tentative des infractions les plus graves (2). La plupart des législations se prononcent expressément en faveur d'un abaissement de la pénalité (3); plusieurs même, rédigées conformément aux

(1) Le Code pénal de Finlande du 19 décembre 1889, décide cependant que « 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 ». Ch. IV, § 1.

(2) Stephen, *op. cit.*, art. 50, résume les décisions particulières dans la règle suivante : Toute tentative qu'il s'agisse d'une trahison (*treason*), d'un crime (*felony*), d'un délit (*misdemeanor*) est punie comme délit (*misdemeanor*), à moins qu'une disposition expresse n'en décide autrement. Le projet de codification de 1879 ne pose aucune règle générale relativement à la pénalité, mais dans les cas où il réprime la tentative, il consacre le plus souvent un adoucissement. — Le droit pénal suédois qui ne punit aussi la tentative que dans les cas expressément déterminés, diminue presque toujours le châtement, tant que l'infraction n'est pas consommée.

(3) C. pén. de Belgique, art. 52; de Luxembourg, art. 52; d'Allemagne, art. 44; de Hongrie, art. 66; de Danemark, art. 46; des Pays-Bas, art. 45; et tous ceux de la Suisse. L'avant projet du Code fédéral suisse se prononce formellement en ce sens : art. 15 et 38. Le projet de Code pénal autrichien

données de la science rationnelle, distinguent entre les divers degrés de la tentative. Dans ce groupe, rentrent : le Code pénal espagnol (1), le Code pénal russe (2), le Code pénal portugais (3), le Code pénal norvégien (4), le Code pénal italien (5) et plusieurs Codes suisses, parmi lesquels il faut citer au premier rang, le Code de Neuchâtel (6).

admet aussi le principe d'atténuation des peines en matière de tentative. Heil, *op. et loc. cit.*, p. 336.

(1) Art. 66 : « Les auteurs du délit manqué 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 sont punis d'une peine inférieure de deux degrés à celle prononcée par la loi contre le délit consommé. » — Le projet de révision de 1884-1885 est remarquable en ce qu'il distingue dans les mêmes articles le délit manqué de la tentative inachevée et les auteurs principaux des complices. — Art. 91 : « Les auteurs du délit manqué ou les complices du délit consommé seront punis d'une peine inférieure de un à trois degrés à celle portée contre les auteurs du délit consommé. » Art. 92 : « Les auteurs de la tentative ou les complices du délit manqué seront punis d'une peine inférieure de quatre à six degrés à celle portée contre l'auteur du délit consommé. » Art. 93 : « Les complices d'une tentative seront punis d'une peine inférieure de six à neuf degrés à celle qui est portée pour le délit ».

(2) L'art. 114 déclare que « la tentative est punie, suivant qu'elle est plus ou moins rapprochée de la perpétration complète, d'une peine inférieure de deux, trois ou quatre degrés à la peine fixée pour le crime consommé », et l'art. 115, s'occupant du crime manqué, ajoute que « le prévenu est passible d'une peine inférieure de un, deux ou trois degrés, suivant les circonstances, à la peine fixée pour le crime consommé ».

(3) L'art. 104 prononce l'abaissement de la peine pour le délit manqué, et l'art. 105 ajoute : « on applique aux auteurs de la tentative la peine encourue par les auteurs du délit manqué en l'abaissant comme s'il existait des circonstances atténuantes ».

(4) Les art. 4 et 5 graduent le châtement suivant le degré de l'exécution.

(5) D'après l'art. 61, la tentative inachevée est punie « de la réclusion au moins pour 10 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 ». D'après l'art. 62, le délit manqué est puni « de la réclusion pour 20 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 ».

(6) Art. 53-57. Conf. C. pén. du Valais, art. 55-57-58 ; du Tessin, art. 57

L'isolement presque complet du droit français cessera dans un avenir prochain ; la commission de révision s'est ralliée dans son projet au système dominant ; voici le texte dont elle propose l'adoption : « 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 sera abaissé d'un tiers. »

Le texte ne distingue pas le délit manqué de la tentative inachevée ; à notre avis, c'est une grave erreur. La gradation établie conviendrait parfaitement au délit manqué ; quant à la tentative inachevée, il suffirait, dans le cas où le châtement est une peine perpétuelle, de l'abaisser de deux degrés (1) et, dans le cas contraire, de la faire bénéficier d'une diminution proportionnelle plus considérable, par exemple, la moitié ou les deux tiers au lieu d'un tiers (2). C'est là une modification que le législateur ferait bien d'introduire dans le projet qui lui sera soumis. En cette matière, comme en tout autre, la France doit être à la tête du progrès et de la civilisation.

§ 1 et 2 ; de Fribourg, art. 37-39-40 ; de Lucerne, art. 29-30 ; de Schaffouse, art. 46 47 ; des Grisons, art. 25.

(1) La peine de mort serait remplacée par l'emprisonnement de 10 à 20 ans, et l'emprisonnement perpétuel par l'emprisonnement de 5 à 10 ans.

(2) La gradation des peines entre la tentative et le délit manqué est donc fort simple à établir, et on reste surpris que le règlement de cette question ait embarrassé les rédacteurs du Code pénal belge au point de leur faire abandonner une distinction qu'ils jugeaient bonne en elle-même. Voy. Haus, *op. cit.*, n° 474.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Introduction.....	5
Chapitre I. — Esquisse historique.....	7
Chapitre II. — Des éléments constitutifs de la tentative.....	13
Chapitre III. — Des cas dans lesquels la tentative est punissable...	33
Chapitre IV. — De la peine applicable à la tentative.....	40

