

sible, qui ne sont punissables que si la loi les a érigés par eux-mêmes et exceptionnellement en délits spéciaux, dont la pénalité doit être inférieure encore à la précédente. — La menace est plus encore dans une classe à part.

Nous sommes, quand nous nous laissons aller à apprécier par instinct, par sentiment et non par raisonnement, ces hypothèses diverses, entre deux tendances contraires : l'une immatérielle, qui nous porte à nous attacher uniquement à l'intention, sans tenir compte des faits physiques; l'autre, matérielle, qui fait entrer ces faits physiques dans la balance. La première tendance n'appartient qu'à la justice absolue et n'est pas de ce monde; la seconde seule est en accord avec la nature et les bases fondamentales de la pénalité sociale.

Dans notre droit positif, il y a une différence à faire, eu égard à la tentative, entre les crimes, les délits de police correctionnelle et les contraventions de simple police.

En ce qui concerne les crimes, il est curieux de voir comment notre législateur, perdant la trace de ce qui avait lieu autrefois dans notre ancienne jurisprudence, a été conduit à généraliser ce qui n'était qu'une exception, qu'un excès de rigueur dans cette ancienne jurisprudence, et à assimiler la tentative du crime au crime consommé (C. pén., art. 2). — En effet, la règle de notre ancienne jurisprudence était que la tentative devait moins se punir que le crime consommé. Il n'y avait d'exception qu'à l'égard des crimes qualifiés atroces, ceux de lèse-majesté au premier chef, de parricide, d'empoisonnement, d'assassinat et d'incendie. — Le législateur de 1791, suivant en partie ces errements, continua à punir, dans le Code pénal de cette époque, la tentative d'assassinat et celle d'empoisonnement à l'égal du crime consommé; mais, comme il ne dit rien des autres, il s'ensuivit qu'elles restèrent toutes impunies. Pour combler cette lacune, une loi du 22 prairial an IV étendit à toutes les tentatives du crime la rigueur du Code pénal de 1791, concernant seulement celles d'assassinat ou d'empoisonnement; la disposition est passée de là, en termes à peu près identiques, dans l'article 2 de notre Code pénal actuel; et elle y a été maintenue lors de la révision de 1832, sauf une simplification de rédaction.

Il résulte des termes mêmes de cet article : — Qu'à l'égard des menaces, des résolutions arrêtées et concertées entre plusieurs, ainsi que des actes préparatoires, dont l'article ne parle pas, on reste sous l'empire des principes généraux du droit, ou des dispositions spéciales de la loi qui auraient frappé particulièrement quelqu'un de ces actes; — Que la tentative ne commence qu'au moment où il y a eu commencement d'exécution. Notre Code n'ayant point défini lui-même quel est le point où l'on pourra dire qu'il n'y a plus d'actes préparatoires, mais que l'exécution est commencée, c'est une appréciation de fait qui est laissée à la sagesse du jury ou du juge, suivant leurs attributions respectives, et sur laquelle il n'y a rien d'absolu à décider en droit; — Que la tentative suspendue par la volonté de son auteur n'est frappée d'aucune peine en qualité de tentative; elle ne le serait que si les actes déjà accomplis constituaient par eux-mêmes un délit achevé en soi, et seulement à raison de ce délit; — Enfin que la tentative qui n'a été suspendue ou dont l'effet n'a été manqué que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur est punie comme le crime même : expressions qui comprennent et placent sous un même niveau, avec le crime consommé,

tant la tentative inachevée que la tentative achevée, autrement dite crime manqué. — Ce système est en désaccord avec les principes rationnels du droit pénal, avec les traditions de notre ancienne jurisprudence, et avec les dispositions des Codes de pénalité des autres États. Il passe sans transition de l'impunité des actes préparatoires à la peine du crime même, dès les premiers actes d'exécution. — Le correctif pratique consiste dans l'usage que peut faire le juge de la latitude entre le *maximum* et le *minimum* de peine, si cette latitude lui est ouverte, ou dans la déclaration qu'il existe des circonstances atténuantes.

Certaines exceptions à cette assimilation de la tentative du crime au crime consommé sont faites textuellement par le législateur à l'égard de quelques crimes particuliers (C. pén., art. 179, 361 et suiv., 365, 317).

Le crime impossible, d'une impossibilité radicale et absolue, suivant les lois mêmes de la nature, ne saurait rentrer dans les termes de l'article 3 de notre Code pénal; ainsi, même en notre droit positif, il reste à l'abri de toute peine.

En ce qui concerne les délits de police correctionnelle, les tentatives n'en sont punies, par notre droit pénal positif, que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi (C. pén., art. 3) : telles sont les tentatives d'évasion de détenus, celles des diverses espèces de vols, détournements d'objets saisis, ou escroqueries, et celles des coalitions de maîtres ou d'ouvriers en vue de faire baisser ou hausser injustement et abusivement les salaires (C. pén., art. 241, 243, 388, 400, 401, 405, 414 et 415, remaniés en 1864), celles des faits qui constituaient des crimes, d'après le Code de 1810, et qui sont des délits depuis la loi du 13 mai 1863.

Enfin, quant aux contraventions de simple police, en l'absence de toute disposition du Code pénal ou des lois spéciales, elles restent impunissables.

#### Attentat.

*Attentat* n'est autre chose que tentative, *attenter* autre chose que tenter. Dans notre ancienne jurisprudence, soit dans le texte des ordonnances, soit dans le langage des jurisconsultes, ces mots n'ont pas d'autre sens, et nos criminalistes français, au lieu de dire tentative, disent constamment d'un crime que le simple attentat y est ou n'y est pas punissable, recherchent quels sont les crimes où le simple attentat est punissable, comme le serait le crime consommé lui-même. — Or comme ces derniers crimes étaient ceux qualifiés d'atroces, savoir, les crimes de lèse-majesté au premier chef, de parricide, d'assassinat, d'empoisonnement, d'incendie, l'usage est venu d'entendre le mot d'attentat, dans la langue vulgaire, comme signifiant un grand crime, et de l'appliquer non-seulement à la tentative, mais même au crime consommé.

Dans le système du Code pénal de 1810, l'assimilation de la tentative au fait consommé étant devenue la règle générale pour tous les crimes, pour les moins graves comme pour ceux qui le sont le plus, ce qui avait lieu autrefois quant à l'attentat des crimes atroces s'est absorbé dans cette règle générale; et néanmoins les mots *attentat*, *attenter*, *attentatoire* nous sont restés, figurant dans le Code pénal en certaines dispositions, tantôt en leur acception véritable quoique à demi oubliée; tantôt en leur acception corrompue et sans caractère précis.

On en trouve des vestiges, venus précisément toujours de notre ancienne jurisprudence, en ce qui concerne, avant tout, les crimes correspondant aux anciens crimes de lèse-majesté au premier chef (C. pén., art. 86 et suiv.); — puis l'empoisonnement et l'incendie (C. pén., art. 301 et 434); — enfin, d'une manière moins marquée, l'assassinat (C. pén., art. 297); comme aussi dans ces expressions, *attentats à la liberté* ou *attentats aux mœurs* (C. pén., art. 114 et suiv.; 330 et suiv.).

Dans les cas où le mot figure dans sa véritable acception, comme ceux particulièrement où il s'agit de crimes correspondant aux anciens crimes de lèse-majesté au premier chef, substituez au mot attentat, partout où il se trouve dans nos articles de lois, celui de tentative, et appliquez les règles de la tentative, vous verrez à l'instant les équivoques disparaître et les principes généraux commander avec autorité les solutions.

FAITS CONSTITUTIFS DU DÉLIT; CIRCONSTANCES EMPORTANT AGGRAVATION,  
EXEMPTION DE PEINE OU ATTÉNUATION.

On entend par faits constitutifs les faits qui forment les conditions, les éléments indispensables pour l'existence même du délit, ceux dont le délit est en quelque sorte bâti ou construit (de *condere*, fonder, construire).

On entend par circonstance les faits qui, le délit existant, se placent, se groupent alentour (de *circum-stare*), en qualité de faits accessoires (de *ad-cedere*, mot qui contient une idée analogue), et en forment des modalités.

On dit aussi quelquefois *circonstances constitutives*, lorsque le délit étant formé d'éléments complexes, l'un de ces éléments est considéré logiquement comme le fait principal, et les autres comme des faits accessoires, quoique la réunion de tous soit indispensable pour l'existence du délit : c'est ainsi que dans le délit, de la part d'un mari, d'entretenir une concubine dans la maison conjugale (C. pén., art. 331), cette circonstance que l'entretien a eu lieu dans la maison conjugale, étant nécessaire, suivant notre loi pénale, pour l'existence même du délit, sera appelée circonstance constitutive.

Ceci entendu et un délit étant donné, il est possible que les circonstances accessoires qui s'y rencontrent opèrent ou une aggravation du délit, ou une atténuation, ou une exemption totale de peine, ou bien une transformation du délit en un autre, ou bien une addition de délit. Dans quels cas l'un ou l'autre de ces effets sera-t-il produit? La solution dépend surtout d'une appréciation exacte des conditions d'existence, c'est-à-dire des faits ou éléments constitutifs de chaque délit.

*Faits constitutifs.*

La règle pratique générale, pour bien discerner ces faits, sera celle-ci : reportez-vous à la définition donnée par la loi du délit en question, étudiez, analysez avec soin cette définition, et faites en sortir tout ce qui est condition *sine quâ non* de l'existence du délit : ce sont là les faits ou les éléments constitutifs.

Il n'est guère possible qu'il y ait lieu à confusion entre les faits constitutifs et les circonstances emportant atténuation ou exemption de peine; mais cette confusion est de nature à se présenter quelquefois

entre les faits constitutifs et les circonstances aggravantes. Il faut mettre la plus grande attention à s'en garantir et à distinguer soigneusement dans chaque délit ce qui est constitutif et ce qui n'est qu'aggravant. — Les crimes à l'égard desquels cette étude peut être plus particulièrement recommandée sont ceux de l'assassinat, du parricide, de l'infanticide, de l'empoisonnement et de l'incendie.

La grande utilité pratique de cette distinction se réfère, indépendamment des effets de pénalité, qui sont si différents, aux règles de la procédure pénale, et notamment à la position des questions devant le jury.

*Circonstances aggravantes.*

Parmi les circonstances aggravantes, il en est qui sont de nature à influencer sur la culpabilité absolue : elles doivent faire l'objet d'une disposition expresse du législateur, — d'autres seulement sur la culpabilité individuelle : elles sont forcément abandonnées à l'appréciation du juge. — Les premières sont les seules qui soient qualifiées, à proprement parler, dans notre droit positif, de *circonstances aggravantes*; l'effet aggravant en doit toujours être appuyé sur un texte de loi. — Il ne peut être tenu compte des secondes, dans notre pratique judiciaire, qu'à l'aide de la latitude entre le *minimum* et le *maximum*.

Les circonstances aggravantes déterminées par la loi peuvent être générales, c'est-à-dire de nature à se produire dans tous les délits ou du moins dans un certain ensemble de délits, et les autres, spéciales, c'est-à-dire exclusivement propres à certains délits en particulier. — Nous ne voyons dans notre Code pénal que deux circonstances aggravantes rentrant dans la première de ces deux catégories, savoir : la récidive (C. pén., art. 56 et suiv.), et la qualité de fonctionnaire ou officier public dans les cas de l'article 198 du Code pénal. — Toutes les autres sont spéciales.

L'effet des circonstances aggravantes est quelquefois tel, qu'il fait passer la contravention de simple police dans la classe des délits de police correctionnelle, ou le délit de police correctionnelle dans la classe des crimes. Les exemples de ce dernier changement sont nombreux; le type le plus marqué en est dans ce qu'on appelle les vols qualifiés.

Quelquefois l'effet aggravant n'est attaché qu'à la réunion d'un certain nombre plus ou moins grand de circonstances diverses. Les exemples les plus marqués que nous en offre notre Code pénal se trouvent encore en ce qui concerne les vols qualifiés.

*Excuses.*

Les circonstances produisant atténuation du délit sont, comme les circonstances aggravantes, de nature à influencer ou sur la culpabilité absolue, elles doivent alors faire l'objet d'une disposition expresse du législateur; ou seulement sur la culpabilité individuelle, celles-ci sont abandonnées forcément à l'appréciation du juge. — Dans le langage technique de notre droit pénal français, nous nommons les premières *excuses*, et nous gardons pour les secondes le nom de circonstances atténuantes.

Quelle que soit leur origine première, les deux expressions accuser et excuser (*ad-cusare*, *ex-cusare*), accusation et excuse (*ad-cusatio*, *ex-cusatio*), ont indubitablement une source commune, et se présentent,

quant à l'idée, comme l'inverse l'une de l'autre. Si accuser c'est mettre en cause, excuser c'est mettre hors de cause. — Cependant, dans le langage ordinaire et aussi dans celui de notre droit pénal français, le mot d'excuse emporte l'idée d'une certaine culpabilité qui reste, mais qu'on veut bien, par quelque considération particulière, pardonner, mettre en oubli, ou du moins qui est fort mitigée.

L'article 65 de notre Code pénal pose en règle absolue que « nul crime ou délit ne peut être excusé ni la peine mitigée que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse ». — Parmi les excuses définies par notre loi pénale, il en est qui emportent exemption totale de peine, et que nous appellerons en conséquence excuses *absolutoires*; d'autres qui emportent seulement atténuation de peine, et qui se nommeront excuses *atténuantes*. — Ce serait une grave erreur que de confondre les excuses même absolutoires avec les causes de non-culpabilité, savoir : la démence, la contrainte, la légitime défense, et l'ordre ou l'autorisation de la loi. Dans ces divers cas, l'accusé est non coupable; dans les cas d'excuse absolutoire, au contraire, il est coupable, mais la loi, par des motifs exceptionnels, par exemple parce que le délit aura été commis contre certains parents, comme en cas de vol (Cod. pén., art. 380), ou en faveur de certains parents, comme en cas de recel de coupable (C. pén., art. 248), ou parce que le mal aura été réparé dans un certain délai (C. pén., art. 247, 357), ou parce qu'il y aura eu certaines révélations (C. pén., art. 103, 138, 144, 213, 284, 285, 288), ou par des motifs analogues, ordonne qu'il ne soit prononcé contre lui aucune peine. — Cette distinction est de grave conséquence en notre pratique criminelle, tant pour le fond que pour la forme, et particulièrement en ce qui concerne les questions à poser au jury.

Quant à l'étendue d'application que peuvent avoir les excuses, il y en a de générales pour tous les délits ou du moins pour un certain ensemble de délits. Deux seulement, dans notre droit positif, ont ce caractère : celle tirée de la minorité de seize ans, lorsqu'il est reconnu que le mineur a agi avec discernement (C. pén., art. 67 et 69), et celle tirée de la provocation par des violences graves, ou des autres offenses énumérées dans notre loi (C. pén., art. 321, 322 et 324). Toutes les autres excuses sont spéciales pour tel ou tel délit en particulier.

Quant aux motifs sur lesquels elles sont fondées, les unes le sont sur des motifs de justice; la culpabilité étant moindre; — les autres sur des motifs d'utilité sociale, le législateur ayant jugé plus utile pour la société que la peine fût adoucie ou même remise en totalité, que si elle était appliquée rigoureusement. — Les premiers de ces motifs appartiennent plus particulièrement à des faits antérieurs au délit ou concomitants; les seconds à des faits postérieurs.

Notre Code pénal, après la définition, dans les articles 321 et 322, de l'excuse tirée de la provocation par coups ou violences graves envers les personnes ou de l'escalade ou effraction pendant le jour, porte, article suivant : « Le parricide n'est jamais excusable » (art. 323). — Cette disposition ne doit pas être prise néanmoins dans un sens absolu; elle n'est applicable, en définitive, qu'aux excuses dont il est question aux deux articles qui la précèdent; le législateur n'a pas eu en vue les autres sortes d'excuses; ainsi, par exemple, le bénéfice de la minorité de seize ans devrait certainement être étendu même à ce crime.

#### *Circonstances atténuantes.*

Il s'agit ici des circonstances en dehors des prévisions abstraites du législateur, de nature à influer seulement sur la culpabilité individuelle, abandonnées en conséquence, nécessairement à l'appréciation du juge, et qui doivent avoir pour effet de faire atténuer la peine. — Notre droit pénal offre un premier moyen de tenir compte, dans la pratique, de ces circonstances individuelles : c'est la latitude du *maximum* au *minimum*, dans les cas où une pareille latitude est ouverte au juge. — Mais d'une part, il y a beaucoup de cas où cette latitude n'existe pas; tels sont notamment tous ceux où il s'agit de crimes emportant peine de mort ou peine perpétuelle, précisément ceux dans lesquels l'esprit de justice se trouvera le plus porté à reculer devant la grandeur du châtiement s'il est impossible d'y prendre en considération les variations de la culpabilité individuelle. — D'autre part, le *minimum* peut être insuffisant lui-même pour cette considération. — Le second moyen offert par notre droit positif, c'est la déclaration qu'il existe des circonstances atténuantes au profit individuellement de telle ou telle personne déclarée coupable, et l'abaissement de peine qui doit ou qui peut en résulter.

Cette institution des circonstances atténuantes a son germe dans plusieurs lois antérieures au Code pénal de 1810; ce Code ne l'avait admise qu'à l'égard des délits de police correctionnelle, et avec restriction même dans ce cas; elle a été généralisée lors de la révision de 1832, et étendue à nos trois catégories d'infractions : les crimes, les délits et les contraventions (C. pén., art. 463 et 483; C. inst. crim., art. 341). — Son application a lieu, en fait de crimes, à tous ceux prévus tant par le Code pénal que par des lois particulières en dehors du Code (à l'exception des crimes spéciaux de l'armée de terre ou de mer, où l'application en est réglée, pour certains cas seulement, par les Codes de justice militaire, de 1857 et de 1858); mais en fait de délits de police correctionnelle ou de contraventions de simple police, seulement à ceux prévus par le Code pénal, à moins que la loi particulière ne porte elle-même la disposition expresse que le bénéfice des circonstances atténuantes pourra y être appliqué.

Indépendamment de la nécessité de tenir compte des nuances variées de la culpabilité individuelle, ce qui est la destination véritable et scientifique de l'institution des circonstances atténuantes, une autre destination y a été donnée encore textuellement dans l'exposé des motifs et dans tout le cours de la discussion, par le législateur de 1832 : on y a vu, à cette époque, un moyen offert au jury et au juge de corriger les rigueurs de notre loi pénale qui paraîtraient excessives, une sorte de remède général aux imperfections qui pouvaient se trouver dans notre droit pénal positif, mais que notre législateur n'avait pas le temps de rectifier.

#### CORPS DU DÉLIT.

Le mot de corps emporte l'idée d'une substance ou objet physique, d'un tout formé par la réunion de diverses parties matérielles liées entre elles plus ou moins étroitement. — Ainsi en est-il du corps du délit; le corps du délit n'est autre chose que l'ensemble des éléments physiques, des éléments matériels dont se compose le délit. — De

même qu'il n'y a pas d'homme sans ces deux éléments, le corps et le moral, de même il n'y a pas de délit sans des éléments physiques et des éléments moraux : ce sont les premiers, dans tout leur ensemble, qui se nomment corps du délit.

Tout délit, même ceux dont l'action est la plus fugitive, même ceux qui consistent dans une inaction, ont, au moins au moment où ils se commettent, des éléments physiques, un corps de délit. — Après le délit commis, il ne reste que des fractions, que des vestiges plus ou moins importants du corps du délit. Ces vestiges sont plus ou moins significatifs, plus ou moins probants comme témoignage de l'existence du délit. — Quelquefois, par une figure de langage, en prenant la partie pour le tout, on les nomme aussi corps du délit. Mais ils n'en sont pas le tout, ils n'en sont que des parties.

Quant à dire avec quelques-uns, que le corps du délit n'est autre chose que l'existence même du délit, c'est comme si l'on disait que le corps de l'homme n'est autre chose que l'existence de l'homme. On passe de l'idée physique à l'idée métaphysique; il n'y a plus là qu'une occasion d'obscurité et de confusion.

Quel que soit le moyen de preuve par lequel le corps du délit puisse être constaté, cela ne fait rien à sa propre nature. Qu'il le soit par des preuves physiques, c'est-à-dire par le témoignage des sens en face des éléments ou des vestiges matériels eux-mêmes, ou par des preuves métaphysiques, le corps du délit ne change pas. Ces deux sortes de preuves sont d'ailleurs l'une et l'autre admissibles.

Il est question du corps du délit en l'article 11 de notre Code pénal français, à propos de la confiscation spéciale : le mot est pris dans cet article en un sens restreint, comme désignant certains objets qui font partie du corps du délit quoiqu'ils n'en soient pas le tout. — Il en est question encore dans l'article 32 du Code d'instruction criminelle à propos des règles de procédure ayant pour but de le constater : ici le mot doit être entendu dans toute son extension, pour l'ensemble de tous les éléments physiques du délit, ou du moins pour tout ce qui pourra encore en être saisi et constaté.



## TITRE IV

### PLURALITÉ DE DÉLITS

#### PLURALITÉ D'AGENTS OU DE PATIENTS DU DÉLIT

1142. Jusqu'ici nous avons traité de l'hypothèse la plus simple : celle d'un seul délit, d'un seul agent et d'un seul patient du délit. Nous pouvons maintenant compliquer les données du problème. Il peut se faire, en effet, qu'il y ait pluralité de délits, pluralité d'agents, pluralité de patients du délit : quelles devront être alors les solutions du droit pénal?

1143. Afin de marcher toujours graduellement, même en ces sortes de complications, nous commencerons par celle qui offre le moins d'éléments composés : pluralité de délits à la charge d'un seul agent.

Celle-ci se présente elle-même de deux manières : — ou bien l'agent s'est rendu coupable de ces délits cumulés avant d'avoir été encore atteint d'aucune condamnation ; — ou bien c'est après une condamnation irrévocablement prononcée contre lui pour un premier délit que l'agent en a commis un nouveau. — On donne communément au premier cas, dans le langage des jurisconsultes, le nom de concours de délits (*concursum delictorum*) ou *réitération* (ce dernier mot est usité techniquement dans les Codes italiens) : nous nous servons, quant à nous, de celui de *cumul de délits*. Le second cas porte le nom, généralement consacré, de *récidive*.

## CHAPITRE I

### DU CUMUL DE DÉLITS, OU RÉITÉRATION

#### 1<sup>o</sup> *Suivant la science rationnelle.*

1144. Qu'on veuille bien considérer que, dans l'hypothèse dont il s'agit ici, l'agent ayant commis les délits qu'il a cumulés avant d'avoir été condamné pour aucun, tous sont encore à punir. C'est là le trait distinctif de la situation; c'est de là que nous tirerons, par la seule déduction logique, les règles qui doivent y dominer. — Le problème pénal est de savoir quelle peine on fera subir au coupable pour lui faire expier tous ces délits. Nous dirions volontiers, pour plus de précision : *cumul de délits à punir*.