

Le droit français n'admet donc aucune nuance, il tranche le nœud gordien au lieu de le dénouer. D'ailleurs, la tentative est quelquefois difficile à discerner du délit consommé qui ne produit pas ses effets, et quelques textes embrouillent ces deux situations. En cas d'empoisonnement, l'ingestion du poison n'est en réalité qu'une tentative, c'est la mort procurée ainsi qui est le crime consommé, le Code français en décide autrement ; l'ingestion du poison est le crime consommé lui-même ; la mort qui suit n'est qu'un effet ultérieur ; l'administration volontaire du contre-poison n'empêcherait donc pas la peine. Il en est de même pour le crime de fabrication de fausse monnaie, ce n'est qu'une tentative, en réalité, peut-être même un acte préparatoire, car on peut détruire la monnaie fausse, la mise en circulation est seule lésionnaire, cependant le Code français voit la consommation dans la fabrication même. Quant au crime impossible, livré à l'élaboration de la doctrine et de la jurisprudence, l'impossibilité peut tenir à l'objet ou aux moyens et dans le premier cas, elle est absolue ou relative. Il y a impossibilité absolue quand l'objet n'existe pas ou n'a pas la qualité essentielle pour procurer le délit, par exemple, le vol d'une chose qui est la propriété du voleur, le meurtre d'un enfant mort-né, l'avortement d'une femme qui n'est pas enceinte ; il y a impossibilité relative si l'objet existe réellement, mais non là où le coupable croyait le trouver, par exemple si l'on tire un coup de fusil dans une chambre où n'est pas la personne qui s'y tient habituellement, si on veut soustraire dans une poche ou dans un tronc vide. L'impossibilité porte sur les moyens employés quand le malfaiteur tire avec un fusil qui avait été déchargé à son insu, quand les substances n'étaient pas abortives, ni toxiques ; l'impossibilité des moyens est alors absolue, elle peut être relative quand le meurtrier tire et que les capsules ratent, ou qu'il tire à une trop grande distance. Certains auteurs pensent que le délit manqué n'assure l'impunité que quand l'impossibilité tient à l'objet,

ou que, tenant aux moyens, elle est absolue ; si elle est relative, la doctrine se rapproche de la jurisprudence qui déclare en tout cas punissable. Avant la promulgation du Code, la question de la punibilité de la tentative avait donné lieu à bien des fluctuations ; l'ancien droit la punissait, mais de peines moindres, excepté pour les crimes atroces, le parricide, l'assassinat, l'empoisonnement, où la peine était la même. Le Code de 1791 maintint cette règle pour les crimes atroces, mais laissa la tentative des autres impunie ; une loi de l'an IV punit toutes les tentatives de crimes. Le Code de 1810 décide de même, excepté en cas de faux témoignage et d'avortement. Tel est le bilan législatif.

Quels sont maintenant, au point de vue sociologique, les fractions de crimes ou de délits qu'on doit punir et de quelles peines ? La réponse est difficile et serait trop longue, nous ne devons poser ici que des principes, mais il faut le faire nettement. Deux éléments bien distincts existent dans le délit : l'intention et le fait délictueux ; ils sont quelquefois séparés, le plus souvent réunis, rarement ils se contredisent. En logique, l'infraction devrait être frappée dans son embryon, car ainsi on l'empêche de se développer davantage ; au point de vue pratique, cela serait utile aussi. Mais cependant cette idée à ce dernier point de vue rencontre une idée contraire ; il y a intérêt social à promettre au coupable une immunité totale s'il s'arrête en chemin, ce sera un des plus sûrs moyens de prévenir le crime. Comment faire alors ? D'autre part, la simple pensée, la simple résolution de l'infraction ne doit pas être punie quand rien ne la fait connaître ; mais, si elle s'exteriorise, si le coupable lui-même la déclare, elle peut être matière suffisante à une peine, il en sera de même de l'acte préparatoire, quoique la plupart des législations décident le contraire. A l'autre extrémité du développement du crime, on doit tenir compte des effets plus ou moins grands, quoique le degré de réussite n'ait pas dépendu de la volonté de l'auteur, car celui-ci s'exposait à

les causer. Enfin il ne faut pas oublier que la lésion n'est pas nécessaire pour constituer l'infraction, que le danger suffit et que ce danger existe dès que la résolution a été déclarée.

Tels sont les principes. Quelques-uns se heurtent et il est nécessaire de les concilier. Voici le point culminant. L'acte définitif, le crime consommé, doit seul être puni de la peine édictée pour ce crime ; et cette peine peut et doit varier suivant les effets plus ou moins désastreux, même involontaires, de l'acte ; que s'il y a réparation immédiate et spontanée, toute peine du crime peut être effacée, il ne reste que celle de l'acte antérieur qui serait frappé d'une peine spéciale. Ainsi un voleur s'introduit au moyen d'escalade, commet un vol, et quelques instants après restitue l'objet volé, il ne subira en aucune façon les peines du vol, ni du vol qualifié ni du vol simple, mais il encourra celle qui dans une législation à faire punirait le délit d'escalade, peine toute correctionnelle vis-à-vis de celle d'un vol criminel. Il en sera de même de celui qui se repent immédiatement avant le crime, c'est-à-dire qui se désiste spontanément de sa tentative, il sera exempt de la peine due au crime envisagé et n'aura à subir que celle due à l'acte préparatoire ou à quelque acte précédent, comme dans l'exemple ci-dessus, celle correctionnelle attachée à l'escalade à titre de délit distinct. Tel seraient le sort des actes qui entourent immédiatement l'infraction et leur punibilité.

Le fait même se divise en crime consommé, crime manqué, crime impossible, crime tenté. C'est le crime consommé qui doit seul être frappé de la peine entière fixée par la loi. Dans les autres l'élément matériel et définitif manque ; il y a un danger extrême, il n'y a pas de dommage. Cependant ils sont l'image du délit consommé et la pénalité sans être identique doit se régler sur celle du délit complet. Il s'agit, bien entendu, du délit tenté que l'auteur n'a pas arrêté spontanément avant sa pleine exécution. Le crime manqué

et le crime tenté ont la même perversité et le même danger, il n'y a pas à distinguer entre eux ; au contraire, le crime impossible présente une perversité pareille, mais un danger actuel nul ; il n'y a pas à faire d'ailleurs de distinction entre les diverses impossibilités, une telle distinction nous semble tout à fait subtile. Le crime manqué et le crime tenté seraient punis d'une peine dont le maximum serait de la moitié du maximum de la peine du crime consommé, et le crime impossible aurait pour maximum le quart. Il est vrai qu'en France, en matière correctionnelle, en raison de l'abaissement indéfini de la pénalité dans le cas de circonstances atténuantes, ces règles auraient en fait un effet nul, mais on verra dans un autre chapitre que nous fixons partout un minimum au-dessous duquel on ne saurait descendre ; les délits manqués, tentés ou impossibles seraient dans le même rapport de quotité pour leur minimum que pour leur maximum.

Les actes de criminalité antérieurs au délit lui-même, en remontant jusqu'à l'extériorisation de son concept mental, ne seraient plus frappés que de peines propres de plus en plus faibles. Les actes préparatoires seraient tous punis comme délits spéciaux, sans qu'il soit désormais utile de rechercher à quelle infraction pénale ils peuvent se rattacher. Ainsi le Code pénal punirait l'escalade quand même elle n'aurait servi à commettre aucun crime ; de même, l'effraction ; on réprime bien déjà la violation de domicile, sans se demander dans quel but le domicile a été violé ; de même, la fabrication ou la détention de faux poids, de fausses clefs, d'armes cachées. Il faudrait même punir l'acte préparatoire non seulement en lui-même, mais comme commencement lointain du crime visé, avec une certaine diminution de peine cependant, s'il était certain d'après les circonstances que le crime allait être commis, nous sommes sur ce point de l'avis de Garofalo, sauf qu'il demande alors l'application de la peine en son entier, ce que nous trouverions excessif. Il en serait ainsi, si l'on surprenait

dans une maison habitée des voleurs de profession cachés et munis d'instruments. L'exemption de toute peine des actes préparatoires non prévus et punis séparément par la loi est certainement une grave erreur du législateur, causée par la prédominance excessive de l'élément objectif, du crime matériel et par l'oubli de l'élément de la criminalité ou du potentiel de crime révélé. Remontant au delà, on pourrait incriminer non seulement le complot, mais même la résolution du crime extériorisée par des actes ou des paroles ; est-ce qu'il n'en résulte pas une menace virtuelle très intense ? Le droit social s'étend sans aucun doute jusque-là. C'est ainsi que la répression, suivant pas à pas le crime depuis sa conception jusqu'à son entier accomplissement, l'arrêterait souvent dans sa marche, tantôt au nom du danger général et futur, tantôt au nom du danger actuel, tantôt à celui du dommage éprouvé ; car danger et dommage sont deux sources aussi légitimes d'incrimination.

Nous ne méconnaissions pas qu'une controverse sérieuse peut s'élever quand il s'agit du délit tenté, manqué et même impossible, et qu'on peut prétendre non seulement qu'il doit être puni, mais qu'il doit l'être autant que le délit consommé. Au premier abord même établir des peines différentes semble tenir trop exclusivement au point de vue objectif. Subjectivement, dans tous ces cas, le délit a été commis aussi complètement que possible, et il était, sauf le cas de tentative arrêtée volontairement, inutile d'aller au delà ; la culpabilité, la punibilité sont les mêmes, et par conséquent, la punition devrait être identique. Qu'importe que l'action ait eu ou non son effet ! On peut en donner et on en a souvent donné un exemple frappant. Dans le vol à la tire, le malfaiteur fouille dans la poche droite où il croit être sûr de trouver quelque argent ; or, le porte-monnaie était dans la poche gauche, il y a là ce qu'on appelle le délit impossible, la plupart des juristes l'absolvent. Ne doit-il pas être puni autant que le délit consommé ? Autrement on arrive à ce résultat :

le voleur qui ne se trompe pas et qui par hasard s'adresse à la poche fructueuse est puni ; celui qui se trompe ou par hasard s'adresse à la poche vide ne l'est pas du tout ou l'est beaucoup moins. Comment faire dépendre la criminalité et la punition d'un tel hasard ? Mais les objections les plus fortes viennent de l'école positive qui envisage non le crime en lui-même, mais le criminel, chez qui le crime n'est qu'un symptôme. Au point de vue symptomatique, que le crime soit consommé, tenté, manqué ou impossible, il a exactement la même signification et décèle le même état psychique chez le criminel ; au point de vue de cette pathologie spéciale qui appelle une psychiatrie particulière, il a le même sens pour le diagnostic criminaliste, appelle les mêmes remèdes, la même cure. Par là même, il décèle pour la Société les mêmes dangers, et s'il y a incurabilité, exige la même élimination. L'assassin qui a manqué son coup est tout aussi dangereux que celui qui a réussi.

Ces raisons sont puissantes ; la psychologie, la pathologie criminelle, la thérapeutique psychique, celle sociale sont d'accord pour établir l'assimilation. Néanmoins nous la répudions. Nous nous fondons en pratique et comme indice sur le sens intime ; toujours on répugnera à frapper aussi sévèrement le meurtrier qui a réussi et celui qui a échoué ; les deux sont punissables et les criminalistes qui veulent créer une immunité en faveur de l'un des deux ne sont pas moins contredits par le sentiment inné, mais les deux ne sauraient l'être au même degré ; la partie lésée n'éprouve pas la même colère, le même besoin d'être vengée ; la Société n'est pas non plus autant atteinte. Ceci nous conduit à la théorie : d'une part, on ne peut le nier, il n'y a pas eu lésion, il n'y a eu que danger très intense, or le danger ne peut jamais équivaloir à la lésion même, qu'il s'agisse de la Société ou de l'individu ; il y a urgence à écarter les deux, mais à des degrés inégaux. D'autre part, la réaction pénale causée par la sensation du danger couru n'est pas la même ni aussi forte que celle causée par

la lésion subie; s'il s'agit d'un danger involontaire, fortuit de toutes parts, d'un accident, il ne saurait frapper l'esprit, comme l'accident lui-même; il est même parfois à peine ressenti, lorsqu'il est subit, on n'en a presque pas éprouvé d'émotion. Il en est de même en cas de danger résultant d'un acte volontaire. Une personne est couchée en joue, elle ne le sait pas, le coup part dans sa direction, elle sent qu'elle a été visée, mais au même moment qu'elle est hors de péril si elle peut se mettre immédiatement à l'abri, la réaction devient faible. Or, la peine n'est ou ne peut être que la cristallisation de la réaction pénale. L'objection est plus forte de la part de ceux qui considèrent le criminel et non le crime, car la tentative décèle la même anomalie criminelle que le crime consommé. Dans la rigueur des principes, l'école déterministe poursuivrait bien le criminel avant le crime; mais suivant nous, cette prédominance de l'élément subjectif ne doit pas être exclusive; l'élément objectif doit s'y joindre et la peine ne doit pas être considérée seulement relativement au criminel, mais aussi relativement à la victime, même hors du crime; or à ce point de vue le simple danger ne peut jamais être adéquat au dommage accompli.

Une autre distinction a été faite par plusieurs auteurs, notamment par Garofalo. Ce dernier est d'avis, en vertu du principe que c'est la criminalité seule et non le crime qui doit être considérée et que cette criminalité est aussi forte lorsque le crime a été seulement tenté, que la tentative doit être punie comme le crime lui-même. Cependant il sent bien que cette application rigoureuse répugne décidément dans certains cas; par exemple, s'il y a eu absence de possibilité de dommage, si l'on a voulu empoisonner avec une substance non toxique. Il distingue donc entre l'impossibilité absolue et l'impossibilité relative, et exonère de toutes peines dans le premier cas; cette restriction ruine le système, car celui qui a cru pouvoir empoisonner avec une substance non toxique et l'a voulu a autant de criminalité

que celui qui a employé une substance toxique; cette distinction fait revivre la condition objective qu'on voulait supprimer, et dès lors, si l'on veut poursuivre la tentative comme le crime lui-même, ce ne peut plus être en vertu de l'élément subjectif, seul survivant, de la criminalité seule, mais seulement pour d'autres motifs étrangers au système et qui rentrent dans ceux que nous avons déjà discutés. Au contraire, s'il n'avait pas fait cette exception illogique, son système aurait très bien pu être soutenu, mais cependant se heurterait toujours au sens intime qui se refuse à assimiler certaines tentatives au crime, parce que le dommage est un élément objectif qu'on ne saurait éliminer. D'ailleurs, l'exonération complète de celui qui a employé un moyen impossible ne répugne pas moins au sens intime de la justice. Garofalo exige pour que la tentative soit punie, que l'acte, s'il n'est pas nocif, ait pu être dangereux; c'est retourner à la nécessité de l'élément objectif, le danger, comme la nuisance étant un élément matériel, moins grave que cette nuisance même, mais externe et extra-psychique. Suivant nous, le crime est punissable du moment que son idée s'extériorise et entre en action, tant au point de vue de la réaction pénale qu'à celui de la défense sociale, mais il doit être puni progressivement et fractionnairement à mesure qu'il se réalise progressivement lui-même et par fraction. Au point de vue utilitaire d'ailleurs, il importe d'intéresser le criminel à s'arrêter en chemin, mais cependant il importe aussi de ne le laisser impuni à aucune étape. C'est pour cela que nous sommes d'avis de punir dans les cas que nous avons énumérés plus haut, même les simples actes préparatoires.