

86995

REVUE CRITIQUE DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Vice-président de la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

L. WOŁOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Docteur en droit, Conseiller à la Cour impériale
de Paris.

ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION :

FAUSTIN HÉLIE
Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.

NICIAS GAILLARD
Président de chambre à la Cour de cassation.

DE VALROGER
Professeur de l'histoire du droit à la Faculté
de Paris.

COIN-DELISLE
Avocat
à la Cour impériale de Paris.

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

DELANGRE
Ministre de la Justice.

DE ROYER
Vice-président du Sénat.

ROULAND
Ministre de l'Instruction publique.

DEMOLOMBE
Doyen
de la Faculté de droit de Caen.

CH. GIRAUD
Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté
de droit de Paris.

ORTOLAN
Professeur de législation pénale comparée
à la Faculté de droit de Paris.

FL. MIGNERRE
au Conseil d'État, à la Cour de cassation
et au Ministère de l'Intérieur.

MOLINIER
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

E. LABOULAYE

KERNIGWARTER
Membre correspondant de l'Institut.

G. DUFOUR
Président de l'Ordre des avocats
au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Membre de l'Institut, Professeur au collège
de France.
Docteur en droit.

POUR LA PARTIE ÉTRANGÈRE

M. BERGSON
en droit, Correspondant de l'Académie de législation de Toulouse, ancien Co-Directeur de la Revue de droit français, étranger.

TOME XIX. — 11^{me} ANNÉE.

PARIS,
FILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,
Au coin de la rue Soufflot, 23.
1861

DE LA TENTATIVE,

Par Nicolas NICOLINI, ex-professeur de droit à l'Université royale
des études de Naples,
et ancien avocat général du roi près la Cour suprême de justice¹;

Traduit en français par M. Jules LACOURTA,
docteur en droit, substitut du procureur impérial près le tribunal
de première instance de Castres (Tarn).

A MON FILS JEAN-BAPTISTE NICOLINI, EXTRAIT DE MES LEÇONS.

SECTION I^{re}.

DEFINITIONS ET PRINCIPES.

1. En écoutant mes leçons sur la *Tentative* des infractions
et sur la *complicité*, vous me paraissez, mon fils bien-aimé,

¹ Ces pages, adressées par Nicolini à l'un de ses fils, appartiennent au tome second, n° 21, des *Questions de droit*, que ce savant napolitain a traitées dans ses *réquisitoires*, ses *discours* et ses *autres écrits judiciaires* (Naples, 1844, p. 215 à 289).

La théorie de la tentative touche aux principes les plus élevés du droit criminel et de la psychologie. Nicolini a écrit sur cette matière, en Italie, où elle a été particulièrement élaborée, le travail le plus complet que nous possédions. Son style, quelque en général plein de noblesse, peut donner lieu quelquefois au reproche de prolixité. Nous nous sommes efforcé de rendre aussi fidèlement que possible la pensée de l'auteur; et sans chercher, dans une traduction le plus souvent littérale, à substituer entièrement le caractère de notre langue à celui de la langue italienne, nous avons modifié les formes de style par trop disparates à nos yeux. Pour ne pas excéder les limites de cette publication, nous avons dû retrancher la plupart des notes, aussi développées que savantes, dont Nicolini a accompagné ce traité. — Nous n'adoptons pas assurément toutes les idées, pas même, d'une manière absolue, les principes fondamentaux de son système; loin de là: nous ne nous associons point à la vivacité des attaques qu'il dirige contre notre législation pénale; nous nous serions permis plus d'une fois d'émettre nos observations critiques, si nous ne nous proposions de les exposer bientôt dans un essai spécial sur la *Tentative*. Nicolini attache peut-être trop de prix à l'interprétation philologique. Dans l'étude de l'histoire, il donne souvent, ce semble, aux événements et aux lois un sens et une portée contestables. Mais on reconnaît dans cette œuvre, comme dans tous ses écrits, le résultat de la puissante rénovation accomplie dans la science par Gravina et

avoir impatiemment attendu la solution de certaines difficultés, tous les jours reproduites par quelque jurisconsulte, soit italien, soit français. Je désire que vous les résolviez vous-même, non-seulement en lisant mes écrits et en méditant tout ce que j'ai dit dans ma chaire, mais encore en remontant aux sources et aux autorités que j'ai citées, particulièrement en scrutant les origines et l'histoire de cette partie du droit. Je soutiens qu'il est contraire à la nature des choses et à la conscience universelle d'infliger la peine du méfait consommé à quelqu'un des actes qui l'ont précédé, et que, par conséquent, ce n'est ni juste ni politique; l'autorité de l'antique sagesse romaine s'y oppose; l'article 2 du Code pénal français n'est pas emprunté au véritable droit romain, comme le prétendent quelques écrivains, mais il provient d'une association inexacte, qui tend à comprendre un acte non consommé dans la phase criminelle où le méfait est passible de châtement. Je soutiens, enfin, que le véritable droit de l'antiquité est rétabli dans sa pureté par les articles 69, 70, 71, 72 et 73 de notre législation pénale actuelle, et que ces articles ont eu pour précurseur, comme ils peuvent avoir aujourd'hui pour les interpréter et les commenter, l'usage constant de la jurisprudence napolitaine ¹!

Vico; on y constate les distinctions, entrevues d'abord par Alciat, mieux indiquées par Beccaria, rendues lumineuses par les précisions de Romagnosi; sur quelques points, on est frappé d'une finesse d'aperçu qui rappelle Carmignani. L'illustre Napolitain ne néglige l'examen d'aucune des productions de cette école italienne, si éloquemment synthétisée, à la même époque, dans l'éclectisme de Rossi. Profondément imbu de tous les grands souvenirs de la littérature ancienne et moderne, Nicolini les invoque à l'appui de ses opinions, comme pour gagner à sa cause les génies bienfaisants qui ont honoré l'humanité. En un mot, s'il n'a pas le style net, rigoureux, éminemment juridique de Romagnosi, ni un spiritualisme aussi épuré que celui de Filangieri, auquel, nous le disons à regret, il semble préférer Bentham, on ne peut nier qu'il ne déploie partout une richesse d'érudition qui le place, à ce point de vue, au premier rang des criminalistes italiens. Dans la discussion psychologique et doctrinale, on discerne en lui un maître de la science, et alors même qu'on ne partage pas son sentiment, on est contraint de rendre hommage à l'ampleur peu commune de son enseignement. — Ce traité sur la *Tentative* n'étant pas compris au nombre des extraits traduits et publiés à Paris, en 1851, par M. Flotard, nous avons cru qu'un ouvrage d'un tel intérêt serait accueilli, en France, avec faveur. Les amis des études juridiques savent que Nicolini a été, il y a quelques années à peine, enlevé à la science. (Avis du traducteur.)

¹ ARTICLE 69. (*Méfait manqué.*) Quiconque, avec volonté de commettre

2. Il convient de commencer, ainsi que nous en avons l'habitude, par la définition de ces termes de droit, qui sont les mots propres pour désigner les points les plus saillants de l'action criminelle, depuis le premier mouvement de l'âme jusqu'à l'exécution entière du projet; mais il ne faut jamais perdre de vue la différence qui sépare le sens vulgaire de ces mots du sens qu'ils ont à l'école. Le sophisme existe là où une loi fait usage d'un mot dans une signification vulgaire, en lui attachant une sanction pénale, qui lui est conservée, sans changement aucun, lorsque ce mot est employé dans son sens philosophique. Le sophisme existe aussi lorsque le terme est marqué d'un sens philosophique étroit, et qu'en l'interprétant on l'étend au sens vulgaire. Dans quelques lois anciennes, par exemple, nous lisons : *on punit la conception, on punit la volonté, on punit la résolution*; mais on ne comprenait pas dans ces expressions, comme le pensent certains philosophes, le seul cours interne des mouvements de l'âme¹. De même, dans la vie ex-

un méfait, arrive à des actes tels d'exécution, qu'en ce qui dépend de lui il ne manque rien pour l'accomplir, — si ce méfait n'a point lieu par suite de circonstances fortuites et indépendantes de sa volonté, il est passible d'une peine d'un degré moindre que celle du méfait consommé, sauf les exceptions dans quelques cas particuliers prévus par la loi.

ART. 70. (*Méfait tenté.*) La tentative d'un méfait qui n'a pas eu lieu par des circonstances fortuites et indépendantes de la volonté du coupable, si elle s'est manifestée par des actes extérieurs très-proches de l'exécution, tels cependant qu'il reste encore à leur auteur quelque autre acte à faire pour arriver à la consommation de ce méfait, est passible d'une peine d'un ou de deux degrés moindres que celle du méfait consommé, sauf encore les exceptions en quelques cas particuliers prévus par la loi.

ART. 71. Les tentatives des délits et des contraventions ne sont imputables que dans les cas spécialement déterminés par la loi.

ART. 72. Dans les crimes manqués ou tentés, relativement auxquels cependant les actes d'exécution constituent par eux-mêmes un crime consommé, on comparera la peine de ce crime consommé et celle du crime tenté ou manqué, et l'on appliquera la plus forte.

ART. 73. Si le cours du crime a été interrompu par le repentir du coupable, alors celui-ci n'encourra que la peine des actes déjà exécutés, en tant qu'ils sont considérés comme crimes par la loi.

¹ Ici Nicolini a placé une note très-intéressante et très-développée sur chaque phase interne de la pensée criminelle. Il fait remarquer le *consiglio* (conception ou dessein), qui nous paraît représenter la part de l'*intelligence*; — puis, au sujet de la *volonté*, les cinq degrés de la *volontà* : *voglia* (envie), *desiderio* (désir), *intenzione* (intention), *proponimento* (projet), *impulsione all'atto esterno* (impulsion vers l'acte extérieur); enfin, quant à la *sensibi-*

terne, l'effort (*conato*) ne s'entend pas seulement de l'essai de surmonter l'obstacle, pas plus que la phrase, *on punit l'attentat* (*attentato*), ne s'entend de la seule démarche et du premier mouvement vers un effet (*effetto*). Mais si l'on n'y attache pas l'idée d'une consommation entière de l'acte, tout au moins on désigne la partie du fait qu'il a été dans le pouvoir de l'homme d'accomplir. Cette première irruption appartient tout entière à la cause intelligente, qui en a produit et exécuté le dessein ; le reste, cette impulsion donnée, suit la loi universelle qui dirige les forces actives des corps mis en mouvement.

3. Dans le langage vulgaire, qui fut toujours celui des anciens législateurs, les expressions juridiques de *conception*, de *volonté*, d'effort, d'attentat, d'effet, eurent donc des significations assez complexes, quoique graduées. La première de ces expressions se lie aux suivantes, et l'une retient toujours quelque chose de l'autre. Les philosophes les ont ramenées, avec leurs abstractions, à certaines idées plus précises : le *conatus* est devenu, à proprement parler, l'état d'effort (*stato di sforzo*), distinct dans l'esprit de l'homme de l'acte effectif, tandis que le langage vulgaire confond dans le *conatus* les premiers et en même temps les derniers mouvements d'un corps déjà poussé vers un point. *Vis in conatu*, la force dans l'effort, fut la puissance capable de se mouvoir, mais qui ne s'est pas encore mue. Les physiiciens néanmoins osent faire à ce sujet une supposition si abstraite, qu'ils considèrent toujours une série de mouvements incessants, mais infiniment petits, au point qu'ils ne sont pas sensibles pour l'homme. Cet effort, que quelques-uns appellent *force morte* (*forza morta*) et que les anciens appelaient *force en suspens* (*vis suspensa*), *force qui cesse d'agir* (*vis cessans*), la *force inactive* de Dante (*forza in cesso*), fut, par conséquent, dans la pensée de certains philosophes, non l'effet ni le commencement de l'effet, mais la cause prochaine de l'effet ; dans la pensée commune, au contraire, cette expression désigne tout le cours de l'action, tant qu'elle n'a pas atteint le terme. Pour chaque point de ce cours de l'action, en ce qui concerne la partie qu'on en a accomplie, la puissance s'est déjà réduite en acte ; mais pour la partie qui est encore à accomplir jusqu'à

lité, ces trois modifications successives de l'affetto : *desiderio* (désir), *perturbazione* (trouble), *passione* (passion). Cette note est une véritable étude psychologique.

(Note du traducteur.)

la fin, elle est tout entière dans l'état d'effort, et elle peut toujours être arrêtée et déviée. On ne doit donc pas blâmer l'exacte appréciation des anciens Romains, si tout point d'un tel cours, jusqu'au but extrême, était appelé *conatus* (effort) et *tentamentum* (tentative), ce qui dans notre langage est dit *tentativo*. Chacun de ces points indique aussi une *volonté réalisée* (*volontà attuata*); mais relativement à l'effet complet, c'est seulement *ausus*, je veux dire *si non perfectio, at conatus tamen atque adumbratio*¹. Par cela même, en effet, que l'*audere*, l'*ausus* est parvenu seulement à montrer et à faire comprendre l'acte poursuivi, il est certain que sa force n'était pas suffisante pour surmonter tous les obstacles possibles qui en empêchaient l'accomplissement. Il est absurde de dire que la *tentative* et l'*effet* indiquent la même chose et produisent le même dommage social. Dans la tentative il n'y a qu'une probabilité de danger et une crainte, pourvu que l'acte s'arrête, à peine le coup lancé par le coupable. Je sais que le coup seul, quand il a pour but l'*effet*, peut mériter une peine; mais cette peine ne peut jamais être la même que celle infligée à l'*effet*. Je sais aussi, quant aux faits extérieurs attribués à l'homme, que la nature des choses les lui rend imputables par la seule impulsion volontaire qui les produit; j'entends lorsque c'est avec force et d'une telle manière que ces faits, en suivant leurs lois physiques, sont conduits à aboutir nécessairement à l'effet dommageable. Si cet effet est l'effet voulu, l'homme est responsable pour avoir mis en action la connaissance du rapport qui existe entre l'instrument qu'il a employé et l'effet qu'il a voulu atteindre. Mais, si cet effet n'est pas advenu, il est clair ou que l'agent a voulu l'impossible, — ce qui le fait passer plutôt pour un sot que pour un coupable, — ou que la pensée génératrice de la volonté n'a pas su prévoir ces jeux du hasard et des circonstances extérieures qui exigeaient d'autres moyens et une autre direction de force. La *conception* de l'infraction s'appellerait alors mal à propos *consiglio*, et le mouvement aveugle serait inexactement dit *proposito e volontà*: pour les appeler ainsi, il est nécessaire que ces faits soient tellement efficaces et complets, que l'effet en jaillisse tout entier. Ce qui manque à l'effet par suite des causes qui agissent en dehors de

¹ Métaphore prise de la peinture. (Cic., *Or. ad Brutum*, 29.)

l'homme et qui font échouer son dessein, n'est-il pas dû peut-être, en partie, au défaut de l'esprit qui ne s'est pas préoccupé de prévenir ces causes, en saisissant un moment plus propice pour mieux assurer la réussite de ses moyens et pour donner une direction plus sûre à ses coups? La *volonté* de produire un *effet dommageable*, si elle n'a été manifestée que par ces seuls premiers actes extérieurs d'un commencement d'exécution, présente par conséquent, de sa nature, une perversité moindre et un danger moindre que la volonté qui a été préparée avec un soin si parfait et d'une manière si efficace qu'elle a atteint tout l'effet. Pour punir complètement la volonté, celle-ci doit donc être unie à l'effet lui-même. La *conscience universelle*, écho constant de la voix de la nature, ne peut entendre une punition *di consilio e volontà*, si l'on ne donne pas une telle signification à ces expressions. Quel cœur froid ne s'indignerait pas au supplice du malheureux qui verrait, plein de vie et de santé, parmi les spectateurs de ses tourments, celui contre lequel il aurait vainement dirigé ses coups, puisque ou sa main aurait manqué de fermeté, ou son esprit de prévoyance?

4. Telle fut la signification de ces expressions dans les lois anciennes, dérivées de la nature des choses et de cette équité, à laquelle sert d'appui la conscience universelle. Cependant l'abus s'introduisit facilement dans l'intelligence de ces lois, particulièrement quand le pouvoir de les appliquer et de les interpréter fut confié à des hommes intéressés à prendre dans le sens des écoles des expressions employées dans un sens légal. En voulant par une vengeance furieuse punir la pensée de l'homme, ainsi que les premières manifestations de cette pensée, ils dissimulèrent leur cruauté derrière l'autorité du droit des anciens. Il arriva ainsi que lorsqu'ils dirent : *on punit la volonté ou l'effort*, ils entendirent *la volonté nue et l'effort nu*¹. C'est pour cela que le jurisconsulte Tryphoninus, né au temps de Marc-Aurèle, et qui, après avoir tremblé sous le meurtrier de Papinien, savoura la paix d'Alexandre-Sévère, voulut rappeler précisément le sens de ces mots *consilium* et *voluntas* : les anciens, fit-il remarquer, n'exprimaient point par ces termes la seule détermination interne de l'âme, c'est-

¹ *Eadem enim severitate voluntatem sceleris, qua effectum, puniri jura voluerunt.... ex eo tempore, quo hanc cogitationem subiit, propter cogitationem dignus est poena.* (Cod. IX, 8, L. 5 et 6, *Ad legem Juliam majestatis*.)

à-dire *si modo ejus mentis sit, ut occasione data id commissurus sit*, et pas davantage la forfanterie et la proposition faite à autrui, *non propositionem solam nec si id se facturum jactaverit*; il fit observer que par *consilium* ils entendaient souvent, après les impulsions d'une volonté déterminée, le passage réel à quelque acte d'exécution. Les anciens ajoutent même que l'appréciation complète devait résulter du fait accompli et non de conjectures incertaines : *qui ipso facto criminis initium mente deduxerit; ut qui nunquam alienam rem invito domino subtraxerit, nunquam alienam matremfamilias corruperit, si modo ejus mentis sit: ...tamen oportere eadem hæc crimina assumpto actu intelligi, ...cum aliquo actu intelligi constat*¹. Dans ce fragment, mon fils, je désire ardemment que vous vous arrêtiez sur ces mots, *assumpto actu* : ils montrent une partie du fait déjà consommée, dans le même sens que nous adoptons dans Celse, *assumpto cibo*, et dans Tacite, *assumpta uxore*, *assumptis armis*. C'était cette partie du fait déjà consommée, non la partie qui restait encore à accomplir, que l'on pouvait punir par des lois justes.

5. Que si un fait défendu par les lois est toujours quelque effet d'une action physique, un changement d'état causé par le mouvement, si tout mouvement, quelle que soit sa rapidité, est toujours divisible à l'infini dans l'espace qu'il parcourt, et si, dans cette division, tout degré auquel se rapporte l'acte dans son cours peut être considéré à part sans aller au delà, nous pouvons bien, en appréciant avec l'analyse actuelle le bon sens des anciens, distinguer le cours de toute action criminelle dans ses points les plus saillants; puis, en voyant par l'importance de la partie de ce cours combien elle est plus ou moins voisine du but, on peut proportionner la peine. Nous, ici, nous aimons à diviser ce cours de l'acte en cinq degrés, non que nous ne puissions le diviser en un plus grand nombre, mais pour ne pas nous perdre en une quantité de petites subdivisions, et parce que c'est ce nombre de degrés, et pas davantage, que semble reconnaître notre dernière loi. Ce sont les *actes préparatoires* (*apparecchio*), — *l'attentat proprement dit* (*attentato*), — *la tentative* (*tentativo*), — *l'effet manqué* (*effetto mancato*), — *l'acte consommé* (*consumazione*).

¹ Tryphoninus, L. 225, *De verb. sign.*, ff. (50, 16).

6. Les quatre premiers degrés sont compris dans le mot *effort*. Si vous trouvez le germe et le principe de ces distinctions dans l'ancien droit romain, en vain vous les chercheriez à l'aide de cette minutieuse analyse qui nous permet dans la loi de diviser et de subdiviser les choses. L'ancien droit était écrit pour des cas assez généraux, avec des paroles renfermant, non des significations particulières et précises, mais des groupes d'idées entièrement complexes. Les anciens Romains procédaient dans les jugements comme à la guerre : peu de principes, et voilà tout; le reste était abandonné à la sagesse civile des préteurs, à la fidélité et à l'expérience militaire des capitaines. Alors les subtilités du Grec Carnéade parurent dans les mœurs et au forum, semé d'écueils aux yeux de Caton l'Ancien; Cicéron lui-même n'aurait pas osé, plus d'un siècle après, exciter, quoiqu'il fût consul, le sourire des juges et du public, en rapportant les subtilités légales d'un Servius Sulpicius¹, s'il

¹ Cic., *Pro Murena*, cap. 7 et seq., — et Plut., *Vie de Caton d'Utique*. — Et de qui cependant n'est-elle pas connue, l'amitié dont Cicéron et Sulpicius s'honoraient à l'envi? (Cic., *Ep. fam.*, IV, 5; *De claris or.*, c. 40.) Dans sa neuvième philippique, on lit un magnifique et solennel éloge que Cicéron fit de Sulpicius. Ne mesurez pas, mon cher fils, ces très-grands hommes avec le pouce et la demi-canne de nous qui sommes si petits! (*Non misurate, mio caro figlio, quei grandissimi uomini, col modano e con la mezza-canna di noi picciolissimi!*) Cicéron fut contraire à Sulpicius et à Caton d'Utique dans la cause de Murena : il n'épargna point la plaisanterie pour faire rire les assistants aux dépens de ses deux adversaires. Dans chacune de ses phrases, néanmoins, transpire sa haute admiration pour leurs éminentes vertus. Jusqu'à la mort, ils se soutinrent toujours l'un l'autre et se conservèrent mutuellement la plus chaude amitié. Cicéron obtint qu'on élevât, aux frais du public, une statue de bronze à Sulpicius, et qu'on célébrât des jeux publics en son honneur; *Catonem cælo æquavit* en écrivant sa vie, quoique César, dont Caton avait été le constant ennemi, fût alors dictateur. César lui-même n'en conçut pas de ressentiment, mais seulement *rescripta oratione velut apud judices, respondit*. (Tacit., *Ann.*, IV, 34. — Plut., *Vie de César*.) Allez maintenant et laissez échapper une plaisanterie contre un de vos égaux ou contre un supérieur; manifestez avec un peu de force une opinion en littérature ou en droit contre quelqu'un qui prétende en savoir plus que vous; défendez une cause avec zèle : vous êtes perdu; toute amitié est finie; et nos Sulpicius, nos Catons, nos Césars sont assez bécots s'ils se contentent de ne plus vous regarder ou de ne pas vous appeler en duel. Vous donc, mon fils, quoique vous soyez né pour vivre parmi les gens d'honneur et de bien, vous devez néanmoins vous bien persuader que vous ne cohabitez pas avec ces âmes généreuses, mais que vous devez éviter les

n'avait pas été certain de trouver beaucoup de ses auditeurs encore profondément imbus des anciennes traditions. Les subtilités légales dans les jugements furent blâmées quelquefois par les prudents, en tant qu'elles avaient réduit les actions à des formules sacramentelles de paroles mystérieuses. La métaphysique, au contraire, mais la métaphysique italienne, mère de la jurisprudence interprétative du droit ancien, sans dévier jamais de l'équité naturelle et seulement en développant ces groupes d'idées dans leurs éléments, réussit toujours à approprier ce droit aux cas multiformes et aux besoins progressifs de la vie civile. Telle fut la noble tâche des préteurs et des jurisconsultes romains, dont nous trouvons, converties en lois dans la codification de Justinien, les définitions données dans le langage de la philosophie italienne. Une telle jurisprudence, non de formules, mais de droit équitable, non-seulement ne fut pas dédaignée, mais fut commentée et développée par Cicéron. Dans des temps de troubles civils et d'exceptions injustes dont Cicéron lui-même fut la victime, si les préteurs manquèrent à leurs devoirs, les jurisconsultes n'y manquèrent jamais. Si, d'un côté, les partis et les lois factieuses, avec leurs chicanes cruelles et rapaces, en faussant les principes, transformaient les exceptions en règles et rejetaient les règles, languissantes et obscurcies, au rang des exceptions, de l'autre les jurisconsultes, par une action lente, mais constante, ramenaient toutes les exceptions à leurs principes.

7. L'avantage des Pandectes de Justinien, relevé déjà avec sagacité politique par le secrétaire de Florence et envisagé, au contraire, avec tant d'impatience et de mépris par quelques esprits difficiles, consiste en ce que ce recueil n'est autre chose qu'une collection d'édits prétoriens, de consultations sur ces édits et sur les anciennes lois, suivant leurs dates et les faits des causes. Les maîtres purement théoriciens concentrent leur attention sur le texte de la loi et sur les origines historiques et

piques mesquines de notre temps : l'art de vivre consiste, ce qui est assez difficile, à ne pas en exciter les aiguillons, ou à les exciter le moins possible et à se faire pardonner le peu de vertu que l'on montre.

*Hoc opus, hoc studium parvi properemus et ampli,
Si patriæ volumus, si nobis vivere cari.*

(*Hon., Ep., 1, 3, 28.*)

philosophiques de ce texte, tandis que les juriconsultes et les magistrats, placés toujours en présence de ses applications et de leurs conséquences, par la nécessité de juger le droit dans le fait (*jus in causa*, *jus in facto positum*), doivent souvent étendre la loi à des besoins nouveaux et progressifs : ces besoins, ou ils ne sont pas aperçus par le législateur, ou ils sont plutôt entrevus dans des nuages que prévus particulièrement. Si, ému par la voix du forum, le législateur satisfait à ces nouveaux besoins par des explications et des réformes promptes, appropriées, le but de la jurisprudence est atteint. Mais si ce résultat n'est pas obtenu, la force des choses est toujours plus puissante que celle de l'homme, et la jurisprudence prend la place de la loi. Ainsi cela eut lieu après les lois décenvirales, collection de la plus ancienne jurisprudence romaine; de même après les codifications impériales; de même après la résurrection du droit romain; de même encore après les Codes nouveaux, aujourd'hui surtout que par le caractère particulier de notre siècle les besoins civils, spécialement dans les relations afférentes à l'industrie et au commerce, vont progressant si rapidement que souvent nous ne trouvons pas exprimés des textes qui en décident les questions. Justinien, dans sa collection de réponses, laissa un tableau stable, non-seulement des besoins civils, contrariés ou omis par des lois précédentes, mais aussi de l'œuvre de la pratique, en y pourvoyant sans sortir des principes de ses réponses. La métaphysique de ces juriconsultes romains tendit à spiritualiser la nature humaine, mais dans son ensemble, et à l'améliorer sans la bouleverser; caractère opposé à celui de la sophistique grecque, qui divisait et subtilisait tout, et contre laquelle, pour le malheur public, furent vains les efforts de Caton l'Ancien. Alors vint le règne des sophistes, et avec lui le règne des ambitieux, des violents, des perfides; la cité fut très-corrompue; les lois devinrent innombrables, les lois, qui furent dictées par les sophismes ou la violence plus fréquemment que par la nécessité de réprimer les méchants : issues parfois de la lutte des ordres, elles servirent ou à ravir d'illicites bonheurs ou à chasser du gouvernement les hommes les plus illustres. De là ni concorde, ni tradition, ni droit : les faits les plus coupables, non-seulement demeurèrent impunis, mais tinrent lieu de moyens pour arriver au pouvoir; les actes les plus honnêtes devinrent des

motifs d'exil ou de mort¹, ce qui ne pouvait certainement advenir sans bouleverser d'abord les principes.

8. Mais la Providence n'a jamais si complètement abandonné le genre humain qu'elle n'ait conservé, même au milieu des plus funestes désordres, le feu sacré de la raison parmi les hommes honnêtes. Lorsqu'ils ne peuvent, par suite de la malignité des événements, opérer le bien, ils l'enseignent à d'autres, afin que ceux-ci, plus aimés du ciel et revêtus d'un pouvoir qu'ils sont en mesure d'exercer, soient capables d'accomplir des actes vertueux². Les premiers, ces hommes honnêtes, enclins à bien penser et à bien dire, furent les jurisconsultes ; — les seconds, les protégés du ciel, capables de bien agir, furent les Antonins, c'est-à-dire Trajan, Antonin le Pieux, Marc-Aurèle et, après un certain intervalle de temps, Alexandre-Sévère. Dans les écrits que la codification de Justinien nous a transmis de ces bienfaiteurs de l'humanité, nous devons donc trouver les vrais principes et les règles exactes du droit ancien, expliqués par eux dans les termes du langage le plus précis et le plus philosophique ; les idées en sont développées souvent en plusieurs propositions, exprimées d'abord en un seul mot.

9. Alors, parmi ces jurisconsultes, le plus éminent sans contredit fut Domitius Ulpien³. Il nous reste encore des fragments de son livre III *Ad edictum*, dans lequel, au sujet de la matière que nous traitons, il donne un développement philosophique par lequel il distingue le *mouvement de l'âme* (*moto dell' animo*), la *tentative* et l'*effet*. L'un des fragments est dans la loi 18, ff., XLVIII, 19, *De pœnis*, et l'autre, dans la loi 1, ff., II, 2, *Quod quisque juris*, etc. Le premier est *cogitationis pœnam nemo patitur*, principe qui, nous l'avons déjà vu, fut adopté par son contemporain, Claudius Tryphoninus (§ 4). Quand le mot *cogitatio* est entendu philosophiquement, c'est une règle sans exception. Tant que la pensée n'est pas traduite en acte, tant qu'elle n'est manifestée par aucun fait extérieur, elle n'est jamais punissable par la justice humaine. Qu'il y ait même *consiglio* d'un esprit méchant qui triomphe de tous les scrupules de la conscience, qu'il y ait la *volonté* la plus entière et une *intention* ni indécise ni flottante, mais opiniâtrément

¹ Tacit., Ann., III, 27 et 28.

² Paroles du secrétaire de Florence.

³ *Quorum primus tunc Ulpianus fuit* (Lampridius, in vitâ Alexandri).

passionnée et fixée à son *projet*, tant qu'aucun acte extérieur ne tend à l'exécution du fait, l'intention demeure entièrement dans son caractère *d'esprit qui veut* (*animo volutare*), *d'esprit qui calcule* (*animo agitare*), *qui prend ses mesures* (*coagitare*), en un mot, de pensée (*o sia di cogitazione*). Cette disposition intime est certainement très-immorale, *mala mens*, *malus animus*; je dirai plus, elle est d'un grand danger pour la société qui nourrit dans son sein ce serpent, en apparence inerte et somnolent. On a donc raison d'y veiller et de lui enlever, à l'aide de la police préventive, le pouvoir de faire le mal. Mais tant que la sécurité sociale n'est pas troublée, l'esprit mauvais peut se repentir et déposer son venin : il y a déjà un gage d'espoir dans son inaction. Au contraire, avec quel moyen de certitude la justice pénale pourrait-elle rechercher les pensées? Recherche de mauvaise foi, inquisition odieuse! Lorsque la pensée peut être considérée comme manifestée par un geste ou par une parole, si ce geste ou cette parole ne sont pas punis par la loi comme crime par lui-même, le doute demeure toujours sur le point de savoir si la parole ou le geste n'ont pas exprimé plus que ce que l'esprit pensait ou différemment qu'il ne pensait. Le châtement donnerait toujours plus d'alarme que l'impunité, et le plus méchant, qui sait le mieux se déguiser, serait plus favorisé que celui qui a un caractère moins dissimulé et en apparence moins trompeur. La parole et le geste peuvent donc avertir l'administration, attentive à prévenir les méfaits; mais pour la justice pénale, si ces actes ne sont pas des méfaits par eux-mêmes, ils se confondent avec la pensée nue.

10. On ne peut considérer comme une objection l'opinion de Jules Paul, contemporain de Tryphonius et d'Ulpien : *consilium uniuscujusque, non factum puniendum est*¹. Il n'est pas exact que ce jurisconsulte (appelé avec Ulpien *coryphæi legum prudentum*, parce qu'ils voyaient dans les lois, non les paroles qui retentissent, mais l'esprit du législateur), il n'est pas vrai que Paul² ait pu vouloir dire que l'on devait punir le

¹ Paul, *Sent.*, V, 23, 3°.

² *Etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult : ita enim et Julius Paulus et Domitius Ulpianus, coryphæi legum prudentum, scribunt (et Cerebidius Scævola). L. 13, § 2, De excusationibus, Modestinus, ff. XXVII, 1.*

dessein sans fait. Trop différente des principes qu'il professait, cette opinion aurait été exorbitante : il voulait dire que l'on ne pouvait appliquer une punition à aucun fait sans rechercher la volonté et le dessein. Callistrate, qui sous Alexandre-Sévère a enseigné le droit, en même temps que ce dernier jurisconsulte qui l'avait même devancé sous le règne philosophique et bienveillant de Marc-Aurèle, n'a pas une autre opinion que celle exprimée par nous, lorsqu'il dit : *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus*¹. D'après cette règle, il faut, pour une appréciation complète, remonter vers l'intention ; mais le fait une fois accompli, le fait peut être le résultat du hasard ou de l'erreur. Pour que le fait soit criminel, pour qu'il soit un événement coupable, la volonté et le dessein doivent être mauvais. Le mouvement interne, la volonté nue, le seul dessein ne sont jamais imputables à personne : *leges in facta constituuntur*² ; mais le fait ne peut jamais être apprécié dans la mesure de l'imputabilité pénale sans que l'on pénètre la pensée, la volonté, le dessein de l'agent. *Non factum puniendum est, sed consilium; non exitus, sed voluntas spectatur* : ces sentences s'appliquent admirablement aux résultats et aux faits, non à ceux qui sont produits par la force brutale de l'homme, mais bien à ceux qui émanent de la volonté et du dessein. La peine peut donc atteindre seulement cette dernière catégorie de faits, et la crainte de la peine peut ainsi corriger une conscience coupable.

11. Les écrivains se demandent si Saturninus florissait à l'époque d'Antonin le Pieux ou de Marc-Aurèle, princes envoyés certainement l'un et l'autre par le ciel pour élever l'homme à toute sa dignité et pour ne donner d'autorité qu'à des jurisconsultes philosophes. Saturninus enseigna, avant Paul, Ulpien et Tryphoninus, que nous devons mesurer sous sept aspects toute imputation. L'un de ces aspects est l'événement ; mais cette mesure, dit-il, *spectetur ut a clementissimo quoquo facta*, c'est-à-dire non matériellement, mais avec les principes de l'équité et de cette clémence supérieure qui est toujours attentive à la cause du fait³. La pensée et la volonté

¹ L. 14, *Ad leg. Corn. de sicariis*, ff. XLVIII, 8.

² Tacit., *Ann.*, III, 69.

³ L. 16, § 8, *De penis*, ff. XLVIII, 19..... *septem modis : causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate et eventu.*

sans fait ne sont rien ; le fait, sans volonté de faire, est l'œuvre d'une machine et non d'un homme. *Non exitus, sed cogitatio in facto, assumpto scilicet actu*, forme l'objet de toute imputation. C'est absolument ce que disait Cicéron dans la Milonienne ; *Quid porro quærendum est? Factumne sit? At constat. A quo. At patet. Controversia nulla facti : juris est disceptatio ; causa quærenda est, non telum*¹.

12. Vous voyez ainsi, mon cher fils, qu'il n'y eut aucune exception au premier fragment du livre III *Ad edictum* d'Ulpien : *cogitationis pœnam nemo patitur*. Passons au second. Quand la loi prévoit

*Un' operation che merta pene*²,

elle ne peut donc jamais entendre le dessein nu, la volonté seule, la pensée (§ 10) ; de plus, pour commettre un méfait, pour si rapide qu'en soit l'exécution, il est toujours besoin d'un mouvement dans l'espace, et, par suite, d'une série plus ou moins longue d'actes et de mouvements tendant vers une fin (§ 5). Quel est dès lors dans cette série d'actes et de mouvements celui que la loi prévoit, alors qu'elle prévoit le méfait ? *Consummatam injuriam, non cœptam*, répond le jurisconsulte : *quid enim officit conatus, cum injuria nullum habuerit effectum*³ ? Et voici qu'après que les mouvements intérieurs de l'âme, *consiglio, volontà, desiderio*, renfermés dans le mot *pensée*, se sont développés en partant d'une idée complexe, les actes extérieurs se développent à leur tour, à l'exception de la consommation dernière du fait, dans le mot *conatus* (§ 3) : on donne à la consommation complète son terme propre *effectus*. Si la loi prévoit donc un fait qu'elle qualifie délit, elle le prévoit entier et parfait. *Aliud est crimen, aliud est conatus*, disait Alciat : *hic in itinere, illud in metâ est* (§ 2) ; *sed ubi jure pœna irrogatur, oportet perfectum fuisse crimen*.

13. Il est certain que non-seulement la volonté, mais le premier élan est dans le commencement du cours de l'action ; mais la loi, quand elle prévoit l'effet, ne peut entendre les pre-

¹ *Pro Milone*, c. 4, 6, 8.

² Un acte qui mérite des peines (Dante, *Purg.*, XVII, 104).

³ L. 1, § 2, *Quod quisque juris in alterum statuerit*, etc. — Ulpianus, ff. II, 2. — V. *supra*, § 9.

miers mouvements qui portent au fait. Il me semble même qu'il y a exagération à dire que *celui qui a commencé a fait moitié de l'œuvre* :

Dimidium facti qui cepit habet ¹.

Et il est plus qu'étrange de dire que ce commencement, même plus qu'à moitié du cours de l'action, soit égal à l'acte parfait : c'est *adumbratio, non perfectio* (§ 3).

Incipe : dimidium facti est coepisse : supersit
Dimidium : rursum hoc incipe, et efficies.

C'est pour cela que les grands hommes ont coutume de dire qu'ils n'ont rien fait quand il reste encore quelque chose à faire ². Dire ensuite que le commencement du fait est autant que le fait entier, ce n'est certainement pas exprimer la vérité réelle ; mais c'est peut-être user d'un *trope*, d'une *figure*, pour énoncer ce commencement sous une forme plus forte et plus nouvelle : changements, pour me servir des expressions du chanoine Bianchi, votre maître et mon savant collègue à l'Université des études, avantageux à la pensée qui est peu apte à produire par elle-même une vive impression. J'ajoute que ces modifications sont avantageuses aussi à la morale, parce qu'elles donnent l'habitude de faire abhorrer l'intention, ainsi que l'effort vers le crime, en les mettant au niveau du crime lui-même. Mais, en réalité, c'est toujours commettre une erreur que de comparer le premier élan au mouvement qui fait la moitié du chemin, que de confondre la cause et l'effet, la partie et le tout ; *métonymie, synecdoche, hyberbole*, figures propres au déclamateur, à l'orateur, au poète ; mais règle peu sûre pour le législateur qui prendrait ces termes à la lettre, comme représentant exactement la chose, et qui infligerait des peines réelles et physiques, à raison non de cette chose, mais du mode énergique et figuré qui l'exprimerait ³.

14. Elle n'est jamais vraie, considérée d'une manière absolue en elle-même, la proposition qui dit que l'auteur de l'effort,

¹ Hor., ep. 1, vers 40.

² Tasse, *Jér. del.*, I, 24. — On l'a dit aussi de César et de Napoléon.

³ Relisez notre discours d'ouverture de notre chaire (t. II des *Questions de droit* de Nicolini, de p. 3-22), V. § 20.

non suivi d'effet, n'a rien négligé pour réussir : il n'est pas juste de soutenir radicalement que le fait tout entier se serait produit, s'il ne s'était présenté certains obstacles indépendants du dessein et de la volonté de l'agent. Car, lorsque vous approfondirez toutes les circonstances de l'événement, vous trouverez toujours, comme nous vous en avons averti ci-dessus (§ 3), que le fait n'est pas advenu, soit parce que les moyens choisis n'étaient pas proportionnés à l'effet, soit parce que le lieu et le temps n'étaient pas bien calculés, soit parce que l'esprit n'était pas suffisamment résolu, ou que la main fut hésitante et mal assurée, ce qui souvent, si ce n'est pas preuve d'innocence, en approche notablement.

15. Je viens d'indiquer la raison intrinsèque, et les anciens ne l'entendirent pas autrement. Certainement

*Non fu sì santo, nè benigno Augusto,
Come la tuba de Virgilio suona :
L'aver avuto in poesia buon gusto
La proscrizione iniqua gli perdona¹.*

Cependant, jugeant une tentative de parricide, il se contenta de chasser le fils du toit paternel, *mollissimo pœnæ genere contentus in impulso in id scelus, in quo se, quod proximum esset ab innocentia, timide gessisset²*.

16. Que si nous examinons les raisons extrinsèques, parmi celles-ci est en première ligne le *dommage à la société*, comme mesure des méfaits : c'est cela même que disait Tacite, *utilitate publica rependitur³*. Le dommage peut-il être égal dans le danger de mort et dans la mort effective ? Si vous estimez l'effort au niveau du méfait consommé, celui qui par quelque accident a manqué son coup ne trouve dans la sévérité indistinctement uniforme de la loi aucun motif pour ne pas chercher de nouveau à commettre le coup ou pour ne pas attendre temps et lieu, afin d'accomplir son projet. Aussi Beccaria, voulant laisser à celui qui commence le fait quelque motif sensible de

¹ Il ne fut ni si saint ni si doux, Auguste, que la trompette de Virgile le proclame : pour avoir eu en poésie bon goût, la proscription inique celui-ci lui pardonne (mot à mot). Arioste, *Roll. furieux*, XXXV, 26.

² Sénèque, *De la clémence*, I, 5, in fine.

³ Tacit., *Ann.*, XIV, 44.

ne pas l'achever, se montre très-éloigné de toute peine qui égale le sort de la *tentative* et de l'*effet consommé*¹.

17. Ajoutez à tout cela que le hasard d'un résultat imparfaitement accompli, si ce résultat est à bonne fin, diminue toujours le crédit et la louange; si la fin est mauvaise, diminue l'infamie et l'horreur : ce qui vous montre une *conscience universelle*, qui croit même l'événement, en apparence fortuit, dépendant de la prévoyance humaine². Caton l'Ancien, cet homme, quoique d'un caractère âpre et sévère, aussi juste qu'Aristide, auquel le compare Plutarque, faisait allusion à cette *conscience*, alors qu'il défendit les Rhodiens de l'inculpation d'avoir tenté de secourir Persée contre les Romains³ : *Et quis tandem est nostrum, qui quod ad se attinet, æquum censeat, quemquam pœnas dare ob eam rem, quod arguatur male facere voluisse? Nemo opinor : nam ego quod ad me attinet, nolim*⁴. Ce sentiment et pas d'autre est le principe très-ancien de la conscience universelle, principe développé dans le second texte d'Ulpien (§ 12).

18. Mais, parmi les actes dont la série forme le cours de l'action proprement dite, il peut bien se faire que l'un d'eux soit par lui-même un méfait. Si l'action s'arrête à ce méfait, le punir n'est pas une exception à la règle, c'est suivre la règle même. Ainsi l'intention du faussaire n'est pas assurément de contrefaire pour son plaisir un testament; son but, l'accomplissement, la perfection de son inique projet est de s'approprier par le moyen du faux le bien d'autrui. Quand il a consommé le faux, il n'est pas encore parvenu au but vers lequel il se dirigeait. Mais la loi punit le *faux* comme *faux*. Il suffit donc qu'il consomme la falsification de manière que si *testamentum adulterinum non esset, verumtamen testamentum recte diceretur*, et il est coupable suivant la loi *Cornelia de falsis*⁵. Ceci est une réponse d'Africain, autre jurisconsulte du temps d'Antonin le Pieux. Mais si, le testament falsifié, on n'a pas encore consommé l'acte de le faire souscrire par le testateur ou d'y appo-

¹ Des délits et des peines, §§ 14 et 24.

² V. les arguments développés par Nicolini, dans son réquisitoire de 1817, sur la *Tentative* (Suppl. à la coll. des L., n° 1).

³ Tit.-Liv., XLV, 25.

⁴ Aulu-Gelle, *Noctes attice*, VIII, 3.

⁵ L. 6, pr., *De lege Corn. de falsis*, Africanus, ff. XLVIII, 10.

ser la fausse signature de celui-ci, c'est un effort vers le faux ; et alors revient en vigueur le second principe d'Ulpien : *quid officit conatus, cum injuria nullum habuerit effectum* (§ 12) ? Aussi Africain, suivant les antiques principes de Caton l'Ancien¹ et prévenant le développement qu'en a donné Ulpien, déclare dans ce cas l'effort impuni².

SECTION II.

EXCEPTIONS AU SECOND PRINCIPLE.

19. Le premier principe d'Ulpien (§ 9) est absolu et ne peut être sujet à aucune exception. Il est trop élevé le Juge des pensées et des désirs de l'homme pour que la législation des mortels se hasarde à les punir. Le péril que l'on craint du méfait consommé peut être néanmoins si grave, l'alarme qu'en éveille l'effort si générale et si vive, que l'on doit, contre la raison de la règle, fixer quelque exception qui punisse la tentative. Dans ce cas, si la tentative est un méfait, elle doit être punie plus sévèrement qu'elle ne le serait si elle n'était qu'effort et commencement d'un plus grand méfait ; et si par elle-même elle n'est pas un méfait, il convient qu'elle soit transformée en délit, à cause de la fin vers laquelle elle tend. C'est là le motif de l'exception à la règle³. Aussi toute exception est définie par Paul *quod contra tenorem rationis, propter aliquam necessitatem vel utilitatem, auctoritate constituentium introductum est*⁴ ; et toujours toute exception *habet aliquid ex iniquo*,

¹ Aulu-Gelle rapporte (*Noct. atticæ*, XIII, 17) comment Caton avait rendu populaire son principe, en le réduisant à ce proverbe : *inter os et offam multa intervenire possunt*, — proverbe qui, plus tard, ne s'indiqua que par le seul commencement de phrase *inter os et offam*. Pétrarque a traduit ainsi cette maxime :

Fra la spiga e la man qual muro è mezzo!

(*Partie I*, son. 42.)

Et Arioste :

Temo di qualche impedimento spesso

Che tra il frutto e la man non gli sia mezzo.

(*Roll. fur.*, VII, 25.)

² L. 6, pr., *De lege Cornelia de falsis*, ff. XLVIII, 10.

³ Grotius, *De jure belli et pacis*, l. II, ch. 20, § 34.

⁴ L. 16, *De legibus*, etc., ff. I, 3. — L. 141, pr., et 162, *De reg. jur. ant.*, ff. I, 17.

*quod contra singulos utilitate publicâ rependitur*¹. Ainsi donc, pour que quelque exception au second principe d'Ulpien soit juste (§ 12), 1° la publique nécessité ou utilité en doit être manifeste; — 2° le cas doit en être expressément prévu par le législateur; — 3° quand le cas en est déjà fixé, on ne doit pas se permettre d'appliquer l'exception à des cas non exprimés ou à quelque conséquence que ce soit des cas exprimés².

20. Or, pour deux méfaits seulement, je trouve exprimée chez les anciens Romains l'exception à la règle de Caton l'Ancien et d'Ulpien : *lèse-majesté et crimes militaires*. Puis vint le troisième méfait, *l'homicide*, et le quatrième, *le vol domestique*. En dehors de ces quatre cas et des circonstances particulières, relatives à la tentative de ces crimes, on s'attacha dans les lois à la teneur de la règle. Mais cette opinion, mon bien cher fils, a contre elle trois grands noms, Cujas, Antoine Mathei, Gravina, et après eux les compilateurs, ainsi que les commentateurs du Code pénal français. Une analyse attentive et minutieuse des lois sur lesquelles se fonde cette opinion est donc d'autant plus nécessaire.

21. *Première exception. — Lèse-majesté.* — C'est la plus ancienne exception à la règle de Caton l'Ancien et d'Ulpien (§§ 12 et 17). Mais il n'y a pas titre de méfait qui ait été plus étendu que celui-ci, depuis Cornelius Sylla jusqu'à Arcadius et Honorius³. Au commencement *caus nocturnos agitare*, *hostes arcessere*, *civem hosti tradere*⁴ étaient les seuls crimes de majesté. Puis, sous le quatrième consulat de Marius, on ajouta à ces chefs de majesté les violences et les séditions dans la ville⁵, et peu après l'excitation à faire prendre aux alliés les armes contre Rome⁶. Mais Gravina fait observer judicieusement que ces deux lois furent plutôt des applications des lois décenvirales que des lois nouvelles de majesté⁷. Vint ensuite la loi

¹ Tacit., Ann., XIV, 44.

² L. 14, *De legibus*, etc., Paul, ff. I, 3. — LL. 141 et 162, *De reg. jur.*, etc., Paul, ff. L, 17.

³ V. Filangieri, *Science de la lég.*, I, III, p. 2, ch. 45.

⁴ Loi décenvirale, année de Rome 303. — L. 3, *Ad leg. Jul. majest.*, Marcellus, ff. XLVIII, 4.

⁵ Loi *Apuleia*, année 651.

⁶ Loi *Varia*, année 662.

⁷ Gravina, *Orig.*, III, c. 85, *De leg. Corn. et Jul. maj.*

Cornelia, promulguée par le dictateur Sylla¹, qui donna aux crimes de majesté une épouvantable extension, et dès lors tout tomba dans la confusion et dans l'oubli des principes.

22. Quand les crimes de majesté étaient restreints à ceux qui bouleversent directement la constitution de l'Etat, chacun voyait que la nature de ces crimes est telle qu'en attendre l'entière consommation, ce serait attendre la ruine de la chose publique. L'exception à la règle fut donc suggérée par la nature des choses, et l'effort sans l'effet, bien que manifesté seulement par des actes voisins de l'exécution, était puni comme le méfait consommé. Caton le Jeune, soutenant contre César que, *more majorum*, le dernier supplice était dû aux complices de Catilina², s'exprima en ces termes : « Ce mode suprême de châtimement est moins de droit civil que de droit politique. Nous ne devons pas aujourd'hui décider froidement quelle peine répond à la prise des armes contre la patrie : le sujet par lui-même exige qu'on délibère comment on peut prévenir le danger plutôt que sur la manière d'en punir les auteurs ; car il est bien vrai que vous ne poursuivez les autres méfaits que lorsqu'ils sont consommés ; mais quant à ce crime, si vous ne prenez vos mesures que pour qu'il n'arrivât pas à l'effet, vous imploreriez ensuite vainement la justice : la ville prise, il ne reste plus rien aux vaincus³. »

23. Ces paroles, *cætera tum persequare, ubi facta sunt ; hoc nisi provideris ne accidat, ubi evenit, frustra judicia implores*, montrent évidemment que dans les autres crimes les anciens ne permettaient la poursuite judiciaire que lorsque le fait était advenu, et que dans ce méfait seul on punissait l'effort comme le méfait consommé, et cela *contra tenorem rationis, contra rationem juris, propter publicam utilitatem*⁴. D'où l'on voit clairement quelle était la règle et quelle était l'exception dans la pensée de Caton le Jeune et du sénat romain.

24. Cela est si vrai que César qui, en cette circonstance, parla dans le sénat contre Caton⁵, n'attaqua pas de front cette

¹ Année 672.

² Année 690, selon Godefroy et selon Middleton et autres ; 691 selon de Brosses.

³ Sallust., *De bello Catilin.*, c. 52.

⁴ Selon les lois 14 et 16, *De legibus*, ff., mentionnées plus haut, au § 19.

⁵ Sallust., *De bello Catilin.*, 51.

opinion de son contradicteur, mais rappela avec beaucoup d'habileté le discours que Caton l'Ancien avait prononcé, plus d'un siècle auparavant, en faveur des Rhodiens¹. Je crois néanmoins que les affranchis de ce temps et tous les Clodiens, qui appelaient Cicéron tyran et Caton le Jeune imbécile, firent de ce discours de Caton l'Ancien leur cheval de bataille (*il lor cavallo di battaglia*). Ils soutinrent qu'on ne pouvait admettre d'exception à la maxime générale, rappelée par ce dernier, à savoir qu'on ne peut infliger aucune peine à un fait, si ce fait n'est pas consommé. C'est pourquoi Tiron, l'affranchi de Cicéron, distinguant toutefois l'exception de la règle, publia un écrit contre cette défense en faveur des Rhodiens, *tantum non dignum M. Catone fuerit, quod delictorum non perpetrato- rum voluntates non censuerit puniendas*². Mais chacun sait que cette fluctuation d'opinions vers les extrêmes est commune à tous les temps de séditions et de tumultes civils. Caton l'Ancien n'aurait point pardonné à ceux qui auraient conspiré contre la patrie, par cela seul qu'ils auraient été arrêtés dans le cours de leur action inique par la fermeté et la vigilance d'un consul; et Caton le Jeune, ce seul crime excepté, n'aurait jamais soutenu d'autre exception au principe général de son illustre bisaïeul.

25. *Seconde exception. — Crimes militaires.* — La sévérité de la discipline militaire rendit invincibles les légions romaines. De là, comme lois d'exceptions, nous trouvons dans les historiens et dans les fragments des lois anciennes de très-sévères dispositions pour tout effort, soit de se soustraire au service militaire³, soit de s'insurger contre les chefs, soit de tuer ses compagnons d'armes ou de se donner à soi-même la mort. L'apparence même d'apathie et la lenteur à porter secours aux siens étaient frappées de la peine capitale⁴. Ainsi ces deux seules exceptions, l'une pour les crimes vrais de majesté, l'autre pour les crimes militaires, ont été anciennement apportées à la règle qui punit, non l'effort, mais l'effet : celles-là seules sont justifiées par la véritable nécessité de l'État.

¹ An 585 de Rome. V. plus haut, § 17.

² Aulu-Gelle, *Noct. att.*, VII, 2.

³ L. 4, §§ 10 et 11, *De re militari*, Arrius Menander, ff. XLIX, 16.

⁴ L. 6, *eodem*, tit., Arr. Men. — L. 38, § 12, *De pœnis*, Paulus, ff. XLVIII, 19.

26. *Troisième exception. — Homicides.* — Les époques de guerres intestines et de troubles civils donnent naissance aux plus étranges écarts des règles du droit. *Silent leges inter arma*; ce furent des temps semblables qui amenèrent une troisième exception au second principe d'Ulpian (§ 12). La loi décemvirale prohibait le port d'armes dans la ville¹ et déclarait que le meurtre d'un citoyen était le meurtre d'un *père*, d'un participant à la souveraineté; de là était *parricide* le meurtre volontaire de tout citoyen. Ceci était le crime capital par antonomasie: *capital esto et parricida esto* furent synonymes². Cependant un tel crime n'était pas de majesté: que si quelqu'un, porteur d'armes, s'était exposé à être surpris en embuscade, attendant sa victime, d'après la règle de Caton l'Ancien et d'Ulpian, il n'aurait eu que la peine de port d'armes dans la ville. Cela ne pouvait satisfaire Cornelius Sylla dans des temps de résolutions sanguinaires et de bouleversements politiques: aussi par la loi *Cornelia de sicariis et veneficiis*³ qui *cum telo ambulaverit hominis necandi causa, sicut is qui hominem occiderit, pœna coercetur*⁴; et aussi qui *venenum necandi hominis causa fecerit, vel vendiderit, vel habuerit*⁵. Le port d'armes et le poison furent le fondement de la présomption; mais cela ne suffisait pas; il fallait encore le projet de tuer: la preuve en était laissée aux règles communes de conviction.

27. Cependant chacun voit que l'application à l'effort de la peine du crime consommé est une si grande exception à la règle, ou fut *un droit si particulier* aux seuls homicides, qu'on eut besoin d'une loi expresse, confiée à un magistrat spécial, comme l'était le préteur questeur *de sicariis*⁶. Le préteur questeur *de majestate* avait un pouvoir bien plus étendu: aussi sur lui ne pouvait se modeler le questeur *de sicariis*; là, l'effort s'étendait à tous les cas; ici, seulement à l'individu qui *cum telo ambulaverit*. Ce fait permanent déterminait la compétence, à l'abri de laquelle la question entraînait dans l'investigation du point de savoir si l'on portait les armes pour tuer un homme.

¹ Gravina, *Orig.*, III, c. 91, *Ad legem Plautiam*.

² Gravina, *Orig.*, III, c. 62, *De parricidio*.

³ An 672, selon Godefroy.

⁴ L. 7, *Ad legem Corn. de sic.*, c. 9, 16.

⁵ L. 3, *Ad leg. Corn. de sic.*, etc., Marcellus, ff. XLVIII, 8.

⁶ L. 2, § 32, *De orig. juris*, etc., Pomponius, ff. 1, 2.

Mais, de leur côté, les magistrats des autres questions perpétuelles *de peculatu, de ambitu, de falso*, ne se risquaient pas alors à punir les efforts tentés vers l'accomplissement de ces crimes; l'exception exprimée ne pouvait se transporter à un cas non exprimé.

28. Bien plus, Sylla étant mort, la haine contre l'auteur de la loi la fit tomber en désuétude. Cicéron en effet, dans la Milonienne¹, pour mettre dans l'intérêt de sa cause Pompée qu'il croyait hostile, rappelle avec beaucoup d'art que Clodius précédemment avait envoyé un esclave armé d'un glaive pour le tuer dans le temple de Castor. L'esclave fut surpris et avoua le crime. *Insidiator erat in foro collocatus atque in vestibulo ipso senatus : nisi vero quia perfecta res non est, non fuit punienda.* Malgré l'exception particulière de Sylla, elle triompha par conséquent, au péril de la vie, même de Pompée, la règle antique mentionnée par Caton l'Ancien. C'est alors que le contemporain et le panégyriste de Marius, dans son emphase oratoire, ne daigne même pas se souvenir de la loi de Sylla, *qui cum telo ambulaverit hominis occidendi causa*, mais se lance dans la sentence générale, répétée par tant de voix aujourd'hui, *quasi exitus rerum, non hominum consilia vindicentur.* Mais d'un mouvement oratoire par lequel on cherche, non à réintégrer le jugement de la tentative contre Pompée, mais à charger de la haine publique celui qui venait d'être absous, pouvons-nous argumenter que le principe de l'antique législation ne fut pas, *nil officit conatus cum injuria nullum habuerit effectum?* On ajoute que Cicéron fut exilé pour avoir puni la tentative d'un crime de majesté comme méfait consommé, bien qu'il l'eût fait par décision du sénat (§ 22). Il était donc de son intérêt, comme de l'intérêt de la cause qu'il soutenait, de généraliser et de réduire en principe ce que son affranchi prétendait pour le défendre (§ 24).

29. La loi *Cornelia de sicariis* comprenait aussi le parricide. Peut-être, dans l'année même que Cicéron prononça son fameux discours pour Milon, Pompée publia-t-il l'ampliation de la loi *Cornelia* avec la loi *De parricidiis*. En cela aussi il voulut faire une exception à la règle, et punir l'effort comme le méfait con-

¹ Prononcée sous le troisième consulat de Pompée, dans l'an 721, environ trente années après la loi.

sommé. Mais quelle espèce d'effort? La seule absorption du poison, quoique non suivie d'effet¹. Cependant Sylla avait déjà assimilé pour toute personne l'absorption du poison à l'empoisonnement consommé. Mais il s'agissait d'un droit singulier et d'une exception à la règle; et comme il se faisait une nouvelle loi contre les parricides, quoique Sylla en eût aussi parlé (§ 27), on pouvait douter, l'exception étant établie *contra rationem juris*, si celle-ci pouvait résulter d'une ancienne loi et s'appliquer sous l'empire d'une loi nouvelle. Aussi Pompée renouvela-t-il l'exception, ce qu'il n'aurait pas fait si la sentence *non exitus rerum, sed hominum consilia vindicantur*, eût été la règle des jugements criminels. Cela est si vrai qu'un fils qui avec le fer, et non point avec le poison, attenta aux jours de son père, sans consommer son crime, fut traité par Auguste comme nous l'avons vu précédemment (§ 15).

30. La dernière addition aux lois relatives à la sûreté personnelle ou aux crimes sanglants fut la tentative d'avortement, addition tellement de droit singulier et d'exception, qu'on connaît l'exagération inouïe de condamner aux mines ou à l'exil ceux-là même *qui dolo non faciant*, et ce qui est plus encore, bien que *eo mulier aut homo non perierit*².

31. *Quatrième exception. — Fuite de l'esclave.* — Tout ce qui regardait les esclaves était de sa nature un *droit singulier*, un droit exceptionnel. Il n'est donc pas étonnant qu'un esclave, qui se cachait dans quelque lieu secret de la maison, dans l'intention de fuir, fût dès ce moment considéré comme fugitif³.

32. *Exceptions nouvelles.* — Voilà donc jusqu'aux Antonins les quatre crimes au sujet desquels l'effort était puni à l'égal du méfait consommé, les deux premiers seuls dans les temps les plus anciens de la république, les deux autres par des lois postérieures. Oâlius voulait y ajouter le vol de quelque mesure de grain ou d'huile enlevée d'un grenier ou d'une barrique; il soutenait que l'effort devait être assimilé, d'une manière absolue, au vol du tout. Mais Ulpien le reprend : *verum est in tantum eos furti actione teneri quantum abstulerunt*⁴. Dans la suite, ces exceptions s'élevèrent à un nombre tel, qu'elles détruisirent

¹ L. 1, § ult., *De lege Pompeia de parricidiis*, Marcellianus, ff. XLVIII, 9.

² L. 38, § 5, *De pœnis*, Paulus, ff. XLVIII, 19.

³ L. 17, § 4, *De edict. edict.*, Ulpianus, ff. XXI, 1.

⁴ L. 21, pr., *De furtis*, ff. XLVII, 2.

la règle. Cependant Justinien, en prévoyant le cas de la corruption de l'esclave pour l'enlever à son maître, dit solennellement : *secundum juris regulas furtum quidem non est commissum*¹. Quelle est cette règle de droit dont il parle ici, sinon celle de Caton l'Ancien, et d'Ulpien dans la loi 1^{re}, ff., *Quod quisque juris*?

33. Je n'ai pas compris parmi les cas d'exception jusqu'aux Antonins la tentative d'adultère, rappelée par Paul² et punie *extra ordinem*, *propter voluntatem perniciosæ libidinis*; car j'entends parler des seuls cas dans lesquels la tentative était punie exceptionnellement de la peine même du méfait consommé. Si la tentative d'adultère était punie *extra ordinem*, cela veut dire qu'on la regardait, non point comme si l'acte eût été consommé, mais qu'on la plaçait un peu au-dessus du simple attentat à la pudeur, et ce dernier attentat, ainsi que le dit Paul lui-même, n'était puni que comme injure³.

34. Je ne dis pas que, suivant les règles judiciaires du temps des Antonins, les autres méfaits tentés furent toujours impunis, ou punis seulement si la partie de l'action consommée était par elle-même délit. Je dis que la tentative, à l'exception de ces quatre cas, n'était jamais punie comme le méfait consommé. Mais les magistrats romains n'étaient pas liés, comme nous le sommes, par l'article 200 de la loi organique, qui défend de prononcer des peines autres que celles déterminées par les lois et dans les seuls cas qu'elles ont elles-mêmes établis. Leur mandat était *urbem nostram fidei tuæ committimus*⁴; *cures malis hominibus provinciam purgare*⁵; *magnum imperium habes post principem*⁶; ils jugeaient ensuite chaque action suivant les circonstances (§ 6). Il est vrai qu'ils ne pouvaient appliquer aux cas non exprimés les peines ordinaires; mais ils leur appliquaient, suivant leur conscience, des peines extraordinaires, en agissant *extra ordinem*⁷. Ainsi à toute tentative

¹ L. 20, *De furtis et de servo corrupto*, C. 6, 2.

² L. 1, pr., *De extraord. crim.*, ff. XLVII, 11.

³ L. 10, *De inj. et fam. lib.*, ff. XLVII, 10.

⁴ L. 1, § 4, *De off. præf. urb.*, Ulpianus, ff. I, 12.

⁵ L. 3, *De off. præsidis*, Paulus, ff. I, 18.

⁶ L. 8, *De off. procons.*, Ulpianus, ff. I, 16.

⁷ LL. 11 et 13, *De penis*, Marcianus et Ulpianus, ff. XLVIII, 19. Nicolini fait ici un rapprochement avec le système actuel des circonstances atténuantes.

de méfait, si les actes extérieurs manifestés paraissaient dangereux pour la paix publique et pour la sûreté individuelle, ils pouvaient appliquer des peines extraordinaires dans toute la latitude de l'échelle pénale, mais toujours en deçà de la peine ordinaire. C'est ce que dit Claudius Saturninus : *puniuntur consilia, ut conjurationes et latronum conscientia; quosque alios suadendo juvisse sceleris est instar*¹.

35. Ces observations résolvent toutes les difficultés que présentent les érudits. Quintilien, quand il dit *insidiatus civi, etsi non effecerit scelus, pœnas tamen legibus solvit*, fait évidemment allusion à la seule loi *Cornelia de sicariis*². Et quand Sénèque dit *omnia scelera, etiam ante effectum operis, quantum culpe satis est, perfecta esse*, il parle au déclamateur d'école³; car son style est enfié, même dans les œuvres philosophiques; rien ne peut être plus hyperbolique que d'appeler parfait ce qui n'est pas commencé (§ 13). Cependant nous avons vu qu'en rapportant le jugement d'Auguste, il emploie un langage plus exact (§ 15): Apulée⁴ et Maxime Tirus⁵, écrivains du temps d'Antonin le Pieux, ne rédigeaient point des ouvrages de législation; l'enflure et le style prétentieux, particulièrement du premier, apparaissent à chaque mot. *Omnibus bonis in rebus, dit-il, conatus in laude, casus in eventu est; et contra in maleficiis etiam cogitata scelera adhuc vindicantur, cruenta mente, pura manu*. Ne voyez-vous pas une hyperbole dans cet esprit sanglant, bien plus tout dégoûtant d'un sang dont on n'a pas encore versé une goutte? Mais aucun auteur ne dit qu'on punissait toujours l'effort de la même peine que le méfait consommé. Le punir *extra ordinem*, c'était néanmoins le punir de quelque manière.

36. Il semble donc hors de doute que dans l'ancien droit romain elle ne passa jamais comme règle générale l'étrange sentence que l'effort doive être puni comme le méfait consommé, et que ne pas le punir ainsi soit une exception. Quand donc arriva-t-il qu'on tomba dans une si énorme subversion de principes, et que le commencement d'une action, appelé

¹ L. 16, pr., *De pœnis*, ff. XLVIII, 19.

² *Declam.*, 274.

³ *Declam.*, 1, et dans le livre *Quod in sapient. non cadit injur.*, ch. 7.

⁴ *Florid.*, 2.

⁵ *Dissert.*, 2.

par une enflure oratoire *opera perfecta* (§ 35), fut effectivement cra tel dans la réalité? Cela vint de sophistes grecs de Constantinople :

*Accipe nunc Danaum insidias, et crimine ab uno
Disce omnes.*

37. Papinien ayant été mis à mort par Caracalla, puis Ulpien, sous les yeux mêmes de Sévère, par les prétoriens, les jurisconsultes et l'école de la raison commencèrent à disparaître. Au IV^e siècle de la nouvelle ère, nous trouvons des sophistes, mais point de philosophe ou de jurisconsulte digne de ce nom. De là des lois cruelles, des séditions, la décadence de l'empire et le bouleversement des ordres. Vinrent Arcadius et Honorius; et, en 393, Rufin fut préfet du prétoire. Cet homme, aussi ambitieux qu'il se montra plus tard cruel, recherchait alors, sous le masque hypocrite de la piété, la faveur du peuple comme moyen d'atteindre une plus haute position. Il provoqua donc et se fit adresser à lui-même la loi jamais assez vantée, relative aux détracteurs du prince ¹, loi que l'Euripide italien mit en ces termes dans la bouche de Titus :

*E che perciò? se il move
Leggerezza, nol curo;
Se follia, lo compiangio;
Se ragion, gli son grato, e se in lui sono
Impeti di malizia, io gli perdono ².*

Qui aurait cru que ces deux empereurs, quatre ans après, dussent être les auteurs de la loi *Quisquis*, qui punissait de mort et de confiscation l'acte le plus indifférent, tout geste non-seulement contre eux, mais contre leurs ministres (*pars enim corporis nostri sunt*)? — De cette loi qui proclama que tout effort, même dans le sens de premier élan, était par les anciennes lois puni comme méfait consommé? — De cette loi qui enveloppa indistinctement dans le même sens tous les

¹ L. un., *Si quis imperatori maledixerit*, C. 9, 7.

² Et pourquoi donc? s'il est poussé par la légèreté, je n'en ai pas souci; si, par la folie, je le plains; si, par la raison, je lui suis reconnaissant, et si en lui sont des mouvements de malice, je lui pardonne (mot à mot); Métastase, *Clémence de Titus*, acte I, sc. 8.

complices du coupable et qui étendit la peine aux fils et à la postérité, à la postérité innocente?

38. Ce fut l'époque des séditions intérieures, des révoltes dans les armées, des invasions de barbares, de l'élévation aux premières magistratures d'hommes perfides et avarés, souillés du sang de leurs prédécesseurs, puis eux-mêmes victimes à leur tour de jugements atroces, exécutés par des gens d'une ambition pire encore que la leur¹. Les deux empereurs étaient faibles d'esprit, saisis d'épouvante et peu d'accord entre eux; Rufin était devenu véritable empereur de fait; et quoique beau-père de l'un d'eux, haï de tous à cause de sa profonde et cupide scélératesse, il fut bientôt mis à mort par suite d'une conjuration militaire, sous les yeux de son gendre; son cadavre fut abandonné aux fureurs et aux outrages de la plus vile plèbe². C'est au milieu de ces troubles que fut signée par des souverains faibles et atterrés, en 397, cette loi *Quisquis*³, proposée à ces empereurs par d'injustes et sanguinaires ministres; à la même époque fut signée cette autre loi qui punissait de mort les publicains convaincus d'avoir exigé des impositions publiques au delà du tarif indiqué par la loi⁴; alors aussi fut promulguée cette troisième loi, punissant également de mort les ambitieux qui cherchaient par de mauvais moyens à renverser de leurs sièges les ministres et les magistrats en fonctions. Du reste, peu avant ce temps, il avait été établi que, même sans les conditions de la loi *Cornelia de sicariis*, la tentative de meurtre d'un enfant nouveau-né serait punie de mort⁵; ensuite on avait encore renchéri de rigueur sur la loi de Paul, déjà mentionnée, contre ceux qui attentaient à la fidélité conjugale: ils furent punis de mort comme coupables d'adultère consommé⁶.

¹ Muratori, *Ann.*, années 393 et s.

² Gibbon, *Hist. de la déc. et de la ruine de l'emp. rom.*, ch. 29.

³ L. 5, *Ad leg. Jul. majest.*, loi, comme nous l'avons observé, de 397, C. 9, 8.

⁴ Muratori, année 397.

⁵ L. 8, *Ad leg. Cornel. de sicariis*, Valent., Valens et Gratien, C. 9, 16, en 374.

⁶ L. 5, *De episcopis et clericis*, Jovinian. (et non Valens, comme le dit Nicolini), C. 1, 3. — Quant à la loi qui punissait de mort, dit Nicolini, ceux qui voulaient renverser les ministres, c'est d'après lui la loi 1, *Ad leg. Jul. de amb.*, C. Theod. IX, 26. — Au Code de Justinien, la même loi ne porte que la peine de la déportation.

39. Ainsi par les deux lois *De majestate* et *De ambitu*, rédigées avec un esprit de sophisme évident, je ne saurais dire, mon fils, si ce fut par ignorance ou par férocité que l'ancienne règle de Caton l'Ancien se transforma en exception, et que l'exception, introduite pour les seuls vrais crimes de majesté, se changea en règle; avec une telle règle, comme si elle avait été très-ancienne, on chercha à donner une couleur d'honnêteté à la rigueur jusque-là inouïe des conséquences de la loi de majesté. Voilà pourquoi nous trouvons comme fondement de la loi *Quisquis* la sentence : *eadem enim severitate voluntatem sceleris, qua effectum, puniri jura voluerunt*; et dans la loi relative à la brigue nous lisons : *Neque aliud inter captum ambitum atque perfectum esse; cum pari sorte leges scelus quam sceleris puniat voluntatem* (§§ 4 et suiv.).

40. Les auteurs et les conseillers de ces lois, et parmi eux Stilicon, si flatté par Ausone, tombèrent, comme il arrive toujours, l'un après l'autre, sous la hache même qu'ils avaient affilée. Mais la foule des pédants du palais et la foule des pédants académiciens applaudirent à ces dispositions législatives. Maurus Servius, grammairien, ami de Macrobe, écrivit en ces temps son fameux commentaire de Virgile et de ce vers :

Ausi omnes immane nefas, ausoque potiti ¹.

Sans observer que l'*ausoque potiti* indiquait les méfaits déjà consommés et sans reconnaître que ce vers renferme le tableau des plus célèbres scélérats, arrivés au terme de leur perversité (*vendidit hic auro patriam, hic fixit leges pretio atque refixit, hic thalamum invasit natæ*), Maurus Servius se contente de l'approbation du ministre dont il attendait le pain et s'exprime en ces termes : *Dicit Virgilius secundum morem romanum, in quo non tantum exitus punitur, sed etiam voluntas*. Ainsi fut calomniée, six siècles après le discours de Caton l'Ancien ², la sagesse de l'antique droit; elle fut calomniée à force de chicanes, c'est-à-dire de ces syllogismes vides de sens, œuvre de sophiste et à l'aide desquels, après avoir enlevé quelque chose à la règle pour une exception nécessaire, puis une autre

¹ *Æn.*, VI, 624.

² Discours prononcé an 585 de Rome, c'est-à-dire 564 ans avant la loi *Quisquis*.

pour une exception moins nécessaire, puis quelque chose encore, on arriva finalement à rien, et l'exception devint la règle, la règle l'exception¹; c'est un moyen par lequel *ab evidentibus veris, ad ea quæ evidentibus falsa sunt, disputatio perducitur*². C'est à quoi se portèrent avec une grande ardeur ceux qui voulaient introduire quelque apparence de clémence dans la nécessité du pardon ou de l'impunité pour des tentatives qui vraiment n'existaient pas; ils aimèrent à paraître agir ainsi comme par une douce exception, afin par là d'obtenir un éloge de mansuétude, d'autant plus désiré qu'il était moins mérité.

41. Je ne m'étonne donc point de Servius, ni de Stilicon, ni d'Arcadius et d'Honorius. Une meilleure législation ne pouvait sortir de ces temps et de ces passions. Je m'étonne de Cujas qui, dans une matière si grave et de conséquences si périlleuses, laisse de côté le style philologique et philosophique d'interprétation en lequel il est maître, et qui, Français suivant l'école française, met en faisceau, sans distinguer les temps ni la raison diverse des lois, Arcadius et Honorius, Paul et Ulpien, Justinien et Valens, Servius et Quintilien, Maxime Tirus et Sénèque; — de Cujas qui, se résumant, forme une règle de leurs opinions variées et de ce qui *contrà rationem juris propter aliquam utilitatem introductum fuit*; — de Cujas qui de la sentence d'Ulpien, consignée dans la loi 1^{re}, ff. *Quod quisque juris* (§ 12), née *ex re et ratione*, fait une exception³. Mais il se dément ensuite, en disant que ce qu'il appelle règle n'a de valeur que dans les méfaits graves; dans les moindres il avoue qu'elle serait inique. Quel est le caractère du *gius singolare*, ou bien de l'exception, si ce n'est précisément d'être une nécessité publique? En quelques cas, en effet, on place dans la balance de l'utilité civile l'extraordinaire, laissé en dehors des principes de l'équité (*non æquum, iniquum*), pour faire contre-poids par une plus forte sanction à ce qui, en dehors de l'ordinaire, pourrait en rompre l'équilibre, *ex iniquo quod uti-*

¹ *Caudæque pilos ut equinæ
Paulatim vello, et demo unum, demo etiam unum,
Dum cadat elusus ratione ruentis acervi
Qui, etc., etc.*
(Hor., *Epist.*, II, 1, 45.)

² L. 65, *De divers. reg. juris*, Ulpien, ff. L, 17.

³ *Observ.*, VIII, 22; XV, 25.

litate publica rependitur (§ 19, *in fine*). Aussi une telle sanction ne peut jamais être générale, et serait inique si elle frappait toute tentative. Au contraire, en morale, pour qui entend la voix de la conscience et de la religion, il est un sentiment très-général et très-profond, qui reconnaît une gradation bien marquée d'imputabilité, à partir du *désir* ou concupiscence intérieure, môme du péché, à partir, dis-je, du premier mouvement de l'être, alors qu'il est à peine conçu ou naissant, jusqu'au *péché consommé*¹. Une telle progression est donc la règle, le *gius universale*, le principe. La morale civile, dont le dépôt est dans les lois positives, ne peut être qu'une dérivation de la morale universelle et religieuse, qui, en étant la source vive, peut seule en fixer et en démontrer vraies les règles ; seule elle peut indiquer et circonscrire la raison d'utilité publique qui y apporte une exception.

42. Antoine Mathei copie Cujas², et Gravina, notre Gravina, le copie également³. Cependant ils soutiennent tous deux qu'excepté dans les cas exprimés la peine de la tentative doit toujours être extraordinaire et plus douce. Si donc ce qu'ils appellent règle *non est producenda ad consequentias*, cela prouve que c'est *contra rationem juris* ; c'est pourquoi ils auraient dû conclure que c'était, non une règle, mais une exception.

SECTION III.

ÉCOLE ITALIENNE APRÈS LA DOMINATION DES BARBARES.

43. La véritable école italienne, et particulièrement la napolitaine, fut bien autre après la domination des Barbares. Déjà, depuis le commencement du XIII^e siècle, nos pères, sous le règne de Frédéric, avaient adouci l'exception de Sylla, relative aux homicides⁴, et s'ils confirmèrent en partie, suivant une loi de Roger, l'exception de Sylla, en ce qui concernait les empoisonnements⁵, ils distinguèrent toujours, relativement à

¹ I. *Unusquisque vero tentatur à concupiscentia sua abstractus et illectus* ; II. *Deinde concupiscentia, cum conceperit, parit peccatum* ; III. *Peccatum vero, cum consummatum fuerit, general mortem*. — Tel est l'enseignement de notre religion sacro-sainte. — (Saint Jacques, *Épître Cath.*, I, 14 et 15 ;

² Mathei, *De criminibus*, prol., c. 1, n^{os} 5 et 8.

³ Gravina, *Orig.*, III, c. 85, *De leg. Corn. et Jul. majestatis*.

⁴ *Const. asperitatem*, l. 22.

⁵ *Const. mala et nova medicamenta*, III, 70.

ce dernier crime, les peines suivant l'effet¹. A l'opposé, tandis qu'ici, dans les commencements du XV^e siècle, un empereur flamand donnait aux tentatives d'homicide à coups de fusil la peine des homicides consommés², Alciat enseignait de Bologne à toute l'Italie une théorie contraire, comme nous l'avons déjà noté ci-dessus (§ 12). La règle de ne punir jamais la tentative comme méfait consommé était si fixe, que l'Espagnol Granvela en fit mention dans une de ses pragmatiques, en 1578, et établit une exception pour les homicides par mandat : il les punit de mort, quoique seulement tentés, lorsqu'il y a eu blessure³. Mais cette sévérité tomba bientôt en désuétude. Julius Clarus atteste pour toute l'Italie : *de consuetudine generali lex Cornelia de sicariis et omnes aliæ punientes affectum sunt sublata*. Notre royale chambre de Sainte-Claire, prospérant sous le souffle bienfaisant de l'immortel Charles de Bourbon, se forma une loi de ce système. En 1786, lors de la publication, en Toscane, du Code pénal du grand Pierre-Léopold, on vit disparaître toute sorte d'exception quant à la tentative, en ce qui concerne les crimes de majesté⁴. Dans cette loi d'or, qui méritait d'être mieux suivie par tous les nouveaux Codes de l'Europe, on voit expressément exécuter *les maximes établies dans les temps le moins heureux de l'empire romain ou dans les troubles de l'anarchie du Bas-Empire*, et ces maximes y sont appelées *raffinements de cruauté de temps pervers, qu'on ne peut tolérer dans aucune société bien réglée*⁵. Ce Code de Toscane fut reçu partout comme l'expression de la conscience universelle en Italie, spécialement pour avoir confirmé les règles de la jurisprudence que nous avons précédemment établie⁶.

44. Dans le même temps, en France, par les articles 12 et 15 du Code pénal du 6 octobre 1791, l'ancienne jurisprudence française fut modérée sur ces principes, et seulement par exception *les tentatives d'assassinat et d'empoisonnement* furent punies comme le méfait consommé. Mais les désordres civils

¹ *Const. amatoria pocula*.

² Pragm., I, *De ictu scoppietæ*.

³ Pragm., I, *De assassinio*, promulguée par ce vice-roi.

⁴ Art. 62, Cod. de Léop.

⁵ V. préamb. et art. 52, Code de Léopold.

⁶ Note très-détaillée de Nicolini sur la législation et la jurisprudence criminelle en général, et sur la jurisprudence napolitaine en particulier.

s'étant alors accrus outre mesure, plus encore qu'au temps d'Arcadius et d'Honorius, une loi du 22 prairial an IV reproduisit l'entière doctrine de Cujas (§ 41), et pour règle générale déclara : *toute tentative de crime, manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, quand elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté de son auteur, sera punie comme le crime même.* Les rédacteurs de notre loi pénale du 20 mai 1808, quoiqu'ils la dictassent sous la domination française, restèrent néanmoins attachés à notre ancienne jurisprudence et punirent la tentative d'un à deux degrés de moins que le méfait consommé. Tout en excluant de cette règle l'action dans laquelle l'effet a été suspendu par le repentir du coupable, ils restreignirent même, en ce cas, l'imputabilité à ces seuls actes consommés, qui sont par eux-mêmes contenus dans un méfait. Pour sortir de ces règles, ils en exigèrent une dérogation expresse¹.

45. Le Code pénal de France, publié en 1810, établit, au contraire, avec plus de force le principe du jurisconsulte toulousain et de la loi du 22 prairial an IV². Rien de plus sec, de plus rapide, de plus léger que le raisonnement sur lequel on fonde cette disposition dans les motifs et les rapports qui accompagnent le Code : on y parle de cela comme d'une *vérité primordiale, qui, sans être démontrée, est connue d'elle-même*³. Et ce Code, qui n'était pas à nous, nous fut donné en 1812⁴.

46. Qu'on imagine l'effet que produisit parmi ceux qui avaient été élevés à une autre école, une disposition si nouvelle. J'ai recueilli, dans les vingt-deux premiers *numéros du Supplément à la collection des lois*, les arrêts les plus remarquables de la Cour suprême, presque tous rendus sur mes conclu-

¹ Art. 15, 16, 17, 18 C. pén. de 1808.

² Art. 2 Code pén. franç. — On ajouta dans cet article, à la phrase de la loi du 22 prairial, *si la tentative a été suspendue*, celle-ci : *ou n'a manqué son effet*, pour rendre plus sensible que *la tentative simple, l'effet manqué, l'effet consommé* sont *unum et idem*. Puis la phrase *par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté*, se scinda en disant : *par des circonstances fortuites ou indépendantes*, ce qui en rend l'intelligence plus difficile. Aux paroles *sera punie comme le crime même*, on en substitua d'autres : *est considérée comme le crime même*.

³ Dante, *Par.*, II, 44.

⁴ Décret du 23 avril 1812, qui met en application le Code pénal de France pour le 1^{er} juillet de cette année.

sions, de 1813 à 1817; ces décisions, rapprochées des commentaires et des arrêts de France sur l'article 2 du Code pénal, montrent que nous étions bien autre chose que *imitatores, servum pecus*; la même semence par la différence du terrain produisit ici une jurisprudence douce, tandis que très-rigide, particulièrement sous l'empire, fut celle de France. Bien plus, en France même, la conscience universelle y résista tellement que, par suite du danger de voir punir la tentative comme le crime consommé, les jurés prononçaient le plus souvent : *non, l'accusé n'est pas coupable*. Des hommes illustres faisaient, dans leurs écrits et à la tribune, sentir fortement l'exagération de la loi et les maux qui en dérivent. Mais telle est la ténacité d'un préjugé, même chez les nations les plus cultivées, qu'on ne put obtenir autre chose, en 1824 (*Nicolini aurait dû dire : en 1832*), que la faculté pour les jurés, dans toute la matière qui leur était soumise, d'ajouter à la déclaration de culpabilité cette autre : *en faveur d'un, de plusieurs accusés reconnus coupables, il existe des circonstances atténuantes*. On établit qu'on pouvait atténuer dans ce cas la peine écrite. Ce droit eut depuis une application fréquente au sujet de la *tentative*, et la nécessité de modérer la loi sur ce point fut principalement ce qui en fut la cause. Mais cette admission des circonstances atténuantes est toujours facultative, jamais obligatoire, et par là une option étant donnée à des juges de fait (§ 34), l'incertitude et l'inégalité des peines arbitraires, bien qu'en des limites déterminées, s'y reproduisirent chaque jour.

SECTION IV.

DERNIÈRE LOI DU ROYAUME.

47. Cependant au milieu des discussions en Cour suprême sur cet article 2, on formait le projet de nouvelles lois pénales¹. Tout le monde convenait que cet article 2 ne devait point en faire partie. On se demanda seulement s'il était préférable d'adopter le système anglais, qui ne reconnaît de tentative punissable que dans les cas exprimés par la loi, ou de revenir à

¹ Décrets du 21 mai 1814 et du 2 août 1815, qui instituèrent les commissions chargées du projet du nouveau Code napolitain, qui fut ensuite publié en 1819. Nicolini fut le rapporteur du projet des deux premiers livres des lois pénales et des deux premiers livres de procédure criminelle.

notre Code du 20 mai 1808, en un mot de n'avoir qu'une loi générale ou de distinguer celle-ci en plusieurs (§ 44). Elle parut lumineuse l'idée de Romagnosi, qui distingue le méfait manqué en deux degrés, *la tentative proprement dite* et *l'effet manqué*¹; on se plut à restreindre cette distinction générale aux crimes seuls et à y parler expressément de *repentir*, comme d'une considération à laquelle la morale tant religieuse que sociale tient si fortement. On conserva donc du Code pénal français que la tentative des délits et des contraventions doit être impunie, hors des cas d'expresse et spéciale exception; on garda également la disposition de la loi du 20 mai 1808, que la tentative étant suspendue par le repentir du coupable, on ne peut lui imputer que les actes déjà consommés, pourvu qu'ils aient de par la loi qualité de méfait. On alla ainsi du projet intérieur de l'esprit jusqu'à l'effet entier qui y correspond; et bien qu'on pût y reconnaître une série, une chaîne plus ou moins prolongée de beaucoup d'actes, tant intérieurs qu'extérieurs, dont l'effet est le dernier anneau et le complément, on n'en considéra que les points les plus saillants, qui dans cette série peuvent se distinguer en cinq degrés : — I. l'état de la volonté, où l'on change d'avis, où l'on délibère, avant que la résolution ne se manifeste par aucun acte extérieur; — II. la volonté qui se manifeste par les préparatifs de l'exécution et qui s'arrête pour une cause quelconque; — III. la volonté qui va jusqu'aux actes les plus voisins de l'exécution, lorsque ces actes ne sont pas de nature à produire inmanquablement l'effet, et que le défaut de résultat n'est occasionné ni par le repentir de l'agent ni par des circonstances fortuites, indépendantes de lui; — IV. la volonté qui agit jusqu'à tout ce qui devrait produire inévitablement l'effet, mais quand des circonstances rendent vaines, malgré l'agent, une résolution si efficace; — V. la pleine consommation de la volonté. De cette gradation naquirent les articles 69 à 73 des nouvelles lois pénales.

48. De la sorte, après s'être convaincu que tant qu'on ne sort pas du premier de ces degrés il n'y a pas lieu à une peine, on posa la règle générale, le principe universel d'application chez nous de toute loi criminelle, à savoir que toute peine

¹ Romagn., *Élém. de droit pénal*, part. IV, liv. I, ch. 4.

établie ne doit être infligée qu'à des méfaits consommés. *Quid enim officit conatus, si injuria nullum habuerit effectum* (§ 12)? Celui qui consomme matériellement le méfait en est dit *auteur principal* ou simplement *auteur*. Toutes les fois que la loi se sert de ces mots *méfait commis*, elle veut dire *effet plein, effet accompli, méfait consommé*.

49. Mais l'acte extérieur, qui déjà tend à un méfait, bien que par suite d'empêchements il ne parvienne pas à toucher le but déterminé dans l'esprit, non-seulement montre la perversité de celui qui le produit, mais encore trouble fortement les âmes, et il en résulte pour celui qui s'est trouvé exposé, non moins que pour toute la société, du danger et de l'épouvante. On ne peut donc le laisser entièrement impuni. Cette perversité et cette alarme sont plus ou moins grandes suivant le terme vers lequel est dirigé ce mouvement extérieur, aussi la peine infligée à l'accomplissement coupable de ce dessein doit être régulatrice de la peine des actes qui ont précédé cet accomplissement, le châtiment devant être diminué en raison inverse de la proximité de l'effet; car pour si rapide que puisse être une action criminelle, nous avons déjà fait observer (§§ 5 et 47) qu'elle est toujours un mouvement qui commence au coupable et qui va jusqu'à l'instant où il frappe l'objet qu'il a choisi pour but. Ce mouvement peut être représenté, d'une manière abstraite, par la parabole que décrit dans l'espace une pierre lancée à l'aide d'une fronde ¹.

50. Tant que la force de l'homme est en suspens, *vis in conatu* (§ 3), il peut y avoir pensée, délibération, volonté de

¹ *Signata cita loca tangere funda*, Tibul., *Ad Messalam*, IV, 1, v. 97. — Ce n'est pas assurément la fronde agitée qui touche le but; mais une expression si vive sert à montrer le rapport intime entre le principe moteur et sa fin, malgré la série des mouvements intermédiaires, dont le premier, par le jet de la pierre, monte aussitôt au second; le second, s'élevant au comble, produit le troisième; le troisième, retombant avec force sur l'arc opposé, engendre le quatrième, et le quatrième, obéissant à l'impulsion reçue et à la loi de la pesanteur, frappe la cible. Ainsi la phrase *puniuntur consilia* supprime toute cette série de mouvements, pour rendre plus sensible le rapport entre la première cause et le dernier effet; mais ces mouvements n'y sont pas moins réels que ceux qui se sous-entendent dans le *signatum locum cita tangere funda*. L'*ausus* et l'*auso potiri* sont toujours deux choses essentiellement distinctes. Le *proposito* qui rend repréhensibles l'un et l'autre, par la nature des choses, ne peut toutefois, par cela seul, les rendre égaux.

faire; mais il n'y a pas action ni commencement d'action. La volonté de faire est le ressort puissant, la vraie force motrice des actions imputables (§ 10); mais, non manifestée par des actes extérieurs et demeurant à l'état de pensée nue et intérieure, elle n'est justiciable que de Dieu. Ce principe, qui est dans notre Code le *cogitationis pœnam nemo patitur* d'Ulpien, avec toute son extension (§ 9), n'est sujet à aucune exception.

51. Aussitôt que l'homme manifeste la pensée ou par les paroles ou par l'écriture, ou en réunissant à lui d'autres personnes pour une fin coupable, ou en préparant des moyens et des instruments propres à nuire, voilà qu'il prend la pierre pour la lancer : déjà son *vis in conatu* de l'état d'effort commence à passer à l'état d'action. Mais lancera-t-il effectivement la pierre? la lancera-t-il dans la direction convenable pour frapper l'objet? la lancera-t-il avec la force proportionnée à sa fin? S'il vient à être empêché en ce moment, le peu qu'il a fait est d'un résultat si incertain qu'on ne doit pas l'estimer plus que la pensée nue. C'est pourquoi la loi absout ces premiers actes extérieurs; si elle en punit quelques-uns, elle le fait parce qu'elle les considère comme coupables en eux-mêmes; elle leur donne une qualification propre et jamais celle de la fin plus coupable vers laquelle ils peuvent tendre. Ainsi, par exemple, elle punit la menace comme menace ¹, — l'écrit et le discours séditieux comme écrit et discours séditieux ², — l'injure comme injure ³, — la falsification et le port d'armes prohibées comme falsification et port d'armes prohibées ⁴, — la falsification particulière des coins et des machines propres à faire la monnaie comme telle et non autrement ⁵. Les réunions armées dans le but de parcourir la campagne pour commettre des méfaits, réunions qui étaient autrefois punies de mort par les pragmatiques ⁶, les assemblées illégales ⁷, la correspondance avec les ennemis de l'État ⁸, sont tous des actes qui peuvent

¹ Art. 161 L. pén.

² Art. 140, 141, 142 *id.*

³ Art. 365 et s.; 462, n° 5, *id.*

⁴ Art. 148 et s. *id.*

⁵ Art. 268 *id.*

⁶ Pragm., XXX, *De exulibus*; art. 154 L. pén.

⁷ Art. 305 *id.*

⁸ Art. 113 et 114 *id.*

tendre à un résultat tantôt plus grave, tantôt plus léger : aussi serait-il injuste d'en présumer toujours la fin la plus coupable et plus injuste encore de les punir comme si ce but avait été atteint. Cependant comme de tels préparatifs, qui peuvent être communs à plusieurs méfaits, séparent déjà un ou plusieurs citoyens de l'intérêt général de l'État ¹, la loi fait de ces préparatifs autant de délits par eux-mêmes. Dans les cas particuliers où elle ne le fait pas expressément, la menace n'est qu'une vaine jactance; la préparation seule des moyens, une folle dépense de forces; l'union même et le concert de plusieurs personnes peuvent être un objet de police préventive, non de punition. Toutefois dans les crimes de majesté proprement dits, mais seulement dans ces crimes, si l'on en restreint la dénomination, comme fait notre Code, à ceux qu'aucun écrivain raisonnable n'a jamais contestés, on punit les *préparatifs efficaces* et la *conspiration* de la même peine que le méfait consommé, lorsque pourtant les moyens d'agir sont concertés entre deux ou plusieurs individus ².

52. Mais que l'on dirige contre quelqu'un le fusil, ou qu'on dégaîne ou qu'on menace d'un couteau la poitrine d'un autre, ou bien qu'agitant circulairement la fronde dans laquelle la pierre est disposée, l'homme se mette dans l'attitude de la lancer, voilà, après le dessein intérieur, le second acte extérieur; nous l'appelons *attentat*. Je ne pourrais mieux faire ressortir à vos yeux la différence entre le premier degré d'action extérieure

¹ V. notre proc. pén., le § 542 de la première partie, à la note, où nous avons distingué ces périlleuses ségrégations des citoyens de l'intérêt de l'État, en cinq degrés, indiqués par ces mots : *pars, secta, secessio, factio, seditio*.

² Art. 109, 110, 111, 112, 125 L. pén. On doit toujours distinguer la *préparation* et la *tentative*. Se munir d'échelles, d'armes, de rossignols à crocheter (les serrures (*Grimaldelli*)), ce peut être l'acte préparatoire d'un vol; mais cet acte n'arrive point encore à proximité du crime. Telle est la contrefaçon de l'ordonnance d'un médecin pour se procurer du poison et le mêler à une boisson; c'est la préparation, et non un acte proche de l'empoisonnement. Ce n'est point davantage un acte proche de l'homicide, que de charger un fusil et de se mettre en embuscade près du chemin où doit passer l'ennemi. On punit alors ces actes pour eux-mêmes, si la loi les prévoit comme délits particuliers; mais ils ne sont pas punissables comme vols, ni comme empoisonnements, ni comme homicides.

et le deuxième, c'est-à-dire entre le *préparatif* simple et l'*attentat*, qu'en vous citant ces vers du Dante :

*E quale il cicognin che leva l'ala
Per voglia di volare, e non s'attenta
D'abbandonar lo nido, e giù la cala*¹.

Si quelqu'un prend attitude, se tient sur ses ailes et encore ne se hasarde pas, voilà le *préparatif*. L'attentat vient immédiatement après, lorsque commence un acte déjà proche de l'exécution²; car si toute l'action puise son mouvement dans la pensée, cela ne fait pas que la pensée soit jamais par elle seule un motif d'imputation (§ 50), jusqu'à tant que l'homme s'occupe du *préparatif* des moyens; aussi la pensée, animée pour une œuvre efficace d'une passion croissante, si l'on n'en a encore donné aucune forme à l'effet, peut être dite en délibération; c'est pourquoi tout ce qui se fait en ces limites, y compris l'*être sur ses ailes pour frapper*, tout est préparation, tout rentre dans la règle que d'une peine humaine n'est point passible la pensée (§ 9). Tandis que dans le cours de toute action humaine, en général, le *préparatif* des moyens est un degré après la pensée (§ 47), lorsque nous considérons le cours des actes extérieurs constitutifs d'un fait pénal, le *préparatif* est le premier anneau; mais, comme il est peu éloigné de la pensée et beaucoup de l'effet, on ne le dit jamais dans la loi *acte proche de l'exécution*, tant il est facile que malgré le *préparatif* une exécution quelconque n'arrive point! Le passage de cet anneau au second, c'est-à-dire d'*être sur ses ailes* à *abandonner le nid* et à s'élancer, est-ce que nous voyons dans les crimes sanglants, quand on saisit l'arme, que l'on poursuit, que l'on est à chaque instant sur le point de frapper : c'est ce que les Latins appelaient *primus ausus*; c'est le premier *acte proche de l'exécution*; ce n'est plus préparatif, mais attentat :

*Ardens
Insequitur, jamjamque manu tenet*³.

¹ Tel que le petit de la cigogne qui soulève ses ailes, excité par le désir de voler et n'ose pas (ne se hasarde pas à) quitter le nid, et les abaisse (mot à mot). *Purg.*, XXV, 10. — *Star sull' ale* est la même chose que *star sul punto di muoversi*; ce n'est pas seulement être préparé à se mouvoir.

Stavano per ferir quivi sull' ale.

(*ARIOST.*, *Roll. fur.*, XXVI, 4.)

² Art. 124 L. pén.

³ *Virg.*, *Æn.*, II, 53.

Néanmoins ces seconds actes externes, la loi ne les punit point en règle générale, excepté dans les cas où elle les prévoit par des dispositions spéciales comme méfaits. Tels sont, par exemple, les cas des articles 124 et 335 de nos lois pénales, c'est-à-dire ceux qui seraient crimes de majesté proprement dits et ceux qui offensent la pudeur publique. Mais le voleur qui crie seulement : *arrête, arrête*, — l'empoisonneur qui seulement s'avance pour présenter le brouvage mortel, — l'homicide qui dégainé le poignard ou seulement saisit le fusil, — le faussaire qui est déjà en attitude d'effacer un nom pour lui en substituer un autre, — le prisonnier qui prend une lime pour briser la chaîne qui le retient, — tous ceux-là n'ont commis jusqu'à ce point que des *attentats*; ces actes, bien qu'on les dise voisins de l'exécution, ne sont pourtant punissables que si le mode et les moyens en sont punis par la loi comme méfaits; car il ne sort point encore du *simple attentat*, bien qu'il soit sur le point d'en sortir, celui qui lève seulement le fer

E segna dove

*Crede meglio fermar l'aspra percossa*¹.

53. Mais ces mots *actes proches de l'exécution* signifient aussi anneaux et degrés plus ou moins proches soit de leur principe ou de la pensée, soit de leur fin ou de l'événement déterminé dans la pensée. Après le premier qui est l'*attentat*, les suivants vont se liant d'abord à égale distance du commencement et de la fin, ensuite plus rapprochés de la fin. L'action en ces deux degrés n'est plus d'un résultat éloigné ni aussi incertain : c'est toutefois *ausus*, mais assez avancé vers l'événement; et toujours au propre caractère du degré on joint celui de la fin vers laquelle l'action tend. Aussi n'appelle-t-on plus cette phase, par exemple, menace, association de malfaiteurs, blessure ou coup, mais incendie tenté ou manqué, vol tenté ou manqué, homicide tenté ou manqué.

54. Ainsi la tentative peut être imaginée au milieu de la ligne

¹ Et marque où il croit préférable de porter le rude coup (mot à mot). Nous faisons usage volontiers de la phrase philosophique du Dante : *Più al principio loro, e men vicine.....*, plus ou moins voisines de leur principe. — *Par.*, I, 110.

parabolique à laquelle nous avons comparé le cours d'une action criminelle (§ 49). Il y a tentative, lorsque, avec la volonté de commettre l'action, l'agent est arrivé aux actes extérieurs voisins de l'exécution, et que cependant cette exécution n'a pas lieu, non-seulement par des circonstances fortuites, indépendantes de sa volonté, mais aussi parce qu'il est resté encore en son pouvoir quelque autre chose à faire pour y arriver. L'acte doit donc être non-seulement *inhærens mediis ad finem tendentibus*, mais de plus *conjunctus extremis suis ac fine*; et le coupable doit se trouver encore en état de redoubler l'usage de ces moyens et de les rendre plus efficaces. La *tentative* diffère en ceci de l'*attentat* : dans l'*attentat* il suffit seulement du commencement d'un acte proche de l'exécution; dans la tentative, cet acte doit être accompli, et non pas en voie de l'être; l'*attentat* est une *tentative* de tentative. Il y a *tentative* si, par exemple, le voleur a déjà ouvert le secrétaire et se trouve au moment de s'emparer de l'argent; si l'empoisonneur a approché des lèvres de sa victime le poison; si l'homicide a déjà dirigé sur quelqu'un son bras armé d'un poignard; si le faussaire a, avec la mine de plomb ou avec le ponce, retracé la signature qui commence, à l'aide de l'encre, à prendre la forme de la véritable; si la lime du prisonnier a rompu une partie des fers. Faire tournoyer une fronde dans le dessein de la décharger, c'est *attentat*, et le frondeur ne commet qu'un *attentat* si dans ce mouvement la pierre tombe à ses pieds. Mais lorsqu'il l'aura déchargée vers un but certain, quand même elle serait arrivée au point culminant de sa parabole, qu'elle soit par une main puissante qu'il ne prévoit pas, mais qu'il pouvait prévoir, repoussée en arrière, c'est *tentative*. La *tentative* proprement dite est punie, dans les crimes, à un ou deux degrés au-dessous du crime consommé. La peine dans les homicides a un adoucissement plus grand, afin qu'il soit de l'intérêt du coupable de s'abstenir de coups plus terribles¹. Dans les vols tentés avec violence contre les personnes, la peine est entière comme dans les vols consommés²; c'est une des plus graves exceptions au principe d'Ulpien (§ 12), qui prédomine ensuite pleinement dans les *délits* et dans les *contraventions*, méfaits au sujet des-

¹ Art. 354 et 355 L. pén.

² Art. 451 *id.*

quels la *tentative* n'est punie que dans les cas expressément déterminés par la loi ¹.

55. Mais voilà qu'avec la volonté de commettre le crime, on pousse jusqu'à des actes si voisins de l'exécution, que le coupable a déjà fait son suprême effort et qu'il ne reste plus rien à faire de son côté pour que l'effet, pris pour but, ne soit entièrement produit; néanmoins l'agent n'a pas obtenu plein succès, par des circonstances absolument fortuites et indépendantes de lui; alors nous sommes déjà à la descente de la parabole: on peut en prévoir l'effet très-proche et quasi-certain; c'est le *crime manqué*. Il est tel si le voleur a déjà pris en main l'argent ou autre chose, et se tient prêt à l'emporter; si la substance vénéneuse a été avalée; si le plomb meurtrier est parti du fusil homicide vers un but déterminé; si le prisonnier a rompu toutes ses chaînes de fer et est arrêté à l'improviste par la force publique ou quelque autre accident ². Que si le vol *tenté* avec violence contre les personnes est puni toujours comme le vol consommé (§ 54, *in fine*), à plus forte raison doit l'être le vol *manqué*: les homicides *manqués* sont passibles d'une peine de deux ou trois degrés plus douce que les homicides *consommés*; les autres crimes, d'un seul degré; exceptions toutes plus ou moins fortes à la seconde règle d'Ulpian. Sous l'empire de cette règle demeurent les *délits manqués* et les *contraventions manquées*, sauf lorsqu'une loi expresse en soustrait quelque cas qu'elle transporte dans l'exception.

56. La préparation des moyens ou le fait d'*être sur ses ailes*, l'approche avec les moyens, la presque exécution du crime, la mise en œuvre de tout le pouvoir qu'on possède, quatre degrés dont les trois derniers, voisin de l'exécution, sont renfermés dans l'expression *ausus*, et si l'on y ajoute la réussite dans l'effet, *ausoque potiri*, ce sont cinq mouvements progressifs dont la *somme* est la perfection de l'acte, *summatum opus*, *consummatio*. D'où le terme *crime consommé* ³, dernière limite du

¹ Art. 71 L. pén.

² Note très-développée et vraiment intéressante de Nicolini sur le *faux tenté*, le *faux manqué* et le *faux consommé*.

³ Ce mot *consommé* ne vient pas de *consumere*, mais de *consummare*, comme si l'on disait *summa* de tous les actes qui constituent le crime depuis la pensée jusqu'à l'exécution. D'où les Italiens, pour exprimer le *dessin* que l'on conduit à *effet*, disent *dessein* qui se revêt d'un corps, même

cours d'une action volontaire, défendue par la loi. Ce cours n'est pas autre que la marche naturelle de toute action humaine volontaire, qu'elle soit vertueuse ou indifférente. En Dieu seul l'acte et l'effet plein sont la même chose : *fiat et factum est*¹. Mais l'homme ne procède que par degrés, de telle sorte que, même dans les actions les plus rapides, entre le commencement et la fin, court toujours une ligne qui se divise naturellement en parties : la première partie devient le moyen nécessaire pour arriver à la seconde; la première, renfermée dans la seconde, donne le moyen de s'avancer à la troisième; et de même à la quatrième; et de là à la somme de tous ces moyens. L'action extérieure arrêtée à son premier degré, vous n'avez que le *préparatif*; au second, l'*attentat*; au troisième, la *tentative*; au quatrième, l'*effet manqué*; l'action arrivée au dernier degré produit le crime *consommé*. Dans tous les cas, il y a trois conditions communes aux trois degrés intermédiaires que la loi appelle *actes proches de l'exécution*. La première est que l'objet que l'on essaye d'atteindre soit actuel et présent; c'est là ce qui les distingue du *préparatif*, qui peut avoir lieu longtemps avant et loin de l'objet auquel il tend. La seconde condition est que pour ces trois degrés, par le mouvement, l'effet soit possible, de telle sorte qu'on puisse dire du coupable *et ausus et potuit*². Que s'il n'y a pas d'argent dans le secrétaire qu'on force, s'il n'y a pas de poison dans le breuvage qu'on prépare, si personne ne se trouve près de l'arbre sur lequel on dirige le coup pour atteindre l'ennemi, l'illusion de l'agent et son espoir pervers manquent de l'objet du crime; et de même qu'il ne pourrait y avoir *crime consommé*, de même il ne pourrait exister jamais ni *attentat*, ni *crime tenté*, ni *crime manqué*, mais il pourrait y avoir seulement vain *préparatif*. L'imputabilité de l'*attentat*, de la *tentative* et de l'*effet manqué* consiste en ce que le rapport entre l'intention, les moyens et l'événement a été volontairement mis en action par le coupable,

de chair, *dessein qui s'incarne....., e incarnò il mio disegno*. Ariost., *Roll. fur.*, I, 58.

¹ Genèse, I, 3, 6, 7, 9, 11. — Longin fait observer combien le langage divin donne ici un plus saisissant exemple du sublime que le *nutu tremefecit Olympum* de Jupiter Virgilien ou que le *dixerat et dicto citius tumida æquora placat* de Neptune Virgilien.

² Virg., *Æn.*, IX, 428. — D'*ausus*, en y ajoutant le mot *fraus*, on fit le *fraudem frausus* de Plante, *Asinaria*, II, 2, v. 20.

de telle sorte que si les moyens ne peuvent pas produire l'effet voulu, l'imputabilité de leur emploi s'évanouit, à moins qu'ils ne soient par eux-mêmes criminels; la possibilité de l'événement doit dépendre de la réalité, et non de la fantaisie de l'agent, défigurée par une passion coupable. — Enfin la troisième condition nécessaire pour qu'il y ait ou *attentat*, ou *tentative*, ou *effet manqué*, c'est l'intention de produire l'effet : la culpabilité réside dans le fait de vouloir la *fin* et de la vouloir avec le propos délibéré qu'exigent les *crimes consommés*¹. Si les moyens ne sont pas criminels en eux-mêmes, ou qu'ils ne produisent pas l'effet, bien que propres à le produire, les moyens ne sont que souillés par l'intention coupable. S'ils sont criminels, ils peuvent présenter une double cause d'imputabilité, provenant et de leur caractère de faits défendus et de la fin vers laquelle ils sont dirigés².

57. Résumant ces considérations dans la comparaison du frondeur qui fait décrire une parabole à sa pierre (§ 49), nous dirons que cette parabole a une moitié de son arc du côté de l'agent, tandis que l'autre moitié va du côté du but. Dans la première moitié sont le point de départ, c'est-à-dire le *préparatif* et l'impulsion qui engendre le second degré, l'*attentat*; la *tentative* est au sommet, non sans quelque extension des deux côtés, comme l'ont toutes les choses morales. Aussitôt que la parabole *ad eventum festinat*³ et qu'elle penche vers sa fin, si en cette descente elle est arrêtée, elle produit le *crime manqué* : le point extrême est celui de la *consommation* du fait. Un mathématicien pourrait réduire à un calcul précis ces degrés de mouvement; et peut-être cette analogie inspira-t-elle au grand Alighieri l'idée de faire un *traité des délits et des peines* au moyen de *cônes* et de *sections coniques* dont l'une d'elles est la parabole⁴.

58. De fait un de ces *cônes*, dans la *Divine comédie*, est celui du *repentir* (*pentimento*). Notre législateur n'en a pas oublié la valeur. *Si le cours du crime*, dit-il, *a été interrompu par suite du repentir du coupable, il ne sera alors possible de lui appli-*

¹ Note de Nicolini sur le *crime contre la pudeur, tenté, manqué et consommé*.

² Hor., *De arte*, v. 148.

³ V. le traité de Nicolini, *Des analyses et des synthèses*, §§ 20, 30, 31, 102.

⁴ V. Dante, *Purg.* (*il cono de pentiti*), I, 95, 136; III, 120; IX, 128.

quer que la peine relative aux actes déjà accomplis, tout autant qu'ils aient reçu de la loi la qualification de méfaits¹. Au contraire, lorsque le cours du crime a été interrompu, non par suite de repentir, mais par des circonstances fortuites, indépendantes du coupable, si l'acte qui en est l'expression est en lui-même prévu par la loi comme infraction (§ 56), on compare la peine qu'il aurait pour lui seul avec celle qui lui revient comme tentative ou effet manqué, et on lui attribue alors la plus sévère des deux.

59. Voilà, mon cher fils, toute l'histoire, et avec elle les principes de notre législation relativement à la tentative ou aux degrés progressifs du cours d'une action criminelle, *conamur tenues grandia*. J'ai appelé votre attention sur l'antique sagesse romaine, conforme à la conscience universelle dans le principe de Caton l'Ancien (§ 17); je vous ai indiqué les seules exceptions dictées par la vraie et constante utilité de l'État (§§ 21 à 25) : les sophistes grecs commencèrent à troubler dans Rome la pureté sévère de la législation morale, fondée sur la conscience (§ 6); on lui substitua cette turbulente insolence que les factieux osèrent appeler morale; avec elle advinrent les guerres intestines et le bouleversement des ordres (§ 7); alors, d'un côté, on multiplia les exceptions (§ 26), et, de l'autre, on exagéra la règle, tout en avilissant et réprouvant les plus justes exceptions (§ 24) : dérèglement de chaque côté et *exorbitances extrêmes* (*esorbitanze estreme*), suivant que l'on voulait favoriser ce parti ou celui-là. Arrivèrent des temps meilleurs : les jurisconsultes, et seulement les jurisconsultes, rallumèrent le feu sacré de la science, qui remit en honneur les anciennes règles du droit et les exprima par les deux formules que nous a laissées Ulpien (§§ 9 et 12); leur règne fut court comme celui des bons princes. Lorsque, ensuite le siège de l'empire fut transféré à Bysance, les sophistes grecs l'envahirent; et tandis que cette école cherchait par d'étranges hérésies à bouleverser les principes de notre religion sacro-sainte, elle ruinait de fond en comble, par des hérésies légales, les fondements de la raison civile : ainsi les exceptions devinrent règle, et la règle exception (§§ 36 à 39). Justinien chercha à y porter remède en réu-

¹ Art. 73 L. pén. — Toute la théorie du repentir a été exposée par nous au traité X du volume IV de nos *Questions de droit*.

nissant en corps de lois les fragments des juriconsultes; mais la barbarie du Nord, qui supplanta la majesté latine, replaça bientôt, au milieu des subtilités cruelles de la jurisprudence féodale, les choses au point où elles étaient arrivées sous les plus funestes dominations qui l'avaient précédée (§ 40). L'Italie seule, et particulièrement la justice napolitaine, dans une si grande confusion d'idées désordonnées, sut soutenir les principes et y rattacher les lois (§§ 43 et 46); ainsi les règles se relevèrent et furent définitivement reconnues dans les articles 69 et suivants de nos lois pénales. Vous voyez de la sorte, en tout son ancien lustre, la maxime de droit que lorsqu'une action volontaire est frappée d'une peine par les lois, cette peine ne s'inflige qu'à la somme de tous les actes jusqu'à l'exécution, c'est-à-dire, non à tel élément de l'action ou à tel autre, mais à l'action consommée : c'est le principe de Pierre-Léopold (§ 43). Le châtimement du crime tenté ou manqué est donc, à proprement parler, une exception qui ne concerne que les crimes; les délits et les contraventions demeurent sous l'empire de la règle. C'est pourquoi les articles 69 et 70 de nos lois pénales doivent toujours être regardés comme articles de rigueur, bien que par la diminution d'un ou de deux degrés dans les peines, qui descendent même de trois dans les homicides, ils soient très-modérés en comparaison de l'article 2 du Code pénal français (§ 45). Ces articles doivent, par conséquent, être restrictivement entendus et ne peuvent jamais recevoir une interprétation extensive (§ 19). Que dirons-nous des cas très-rare dans lesquels l'utilité publique a conduit, même chez nous, à punir la *tentative* ou l'*effet manqué* comme le *crime consommé*?

60. Mais, quand on regarde les trois degrés proches de l'exécution d'un méfait et même le *préparatif*, on ne voit que la mise en mouvement et l'impulsion données par une même main. Adjoignez à l'agent principal plusieurs *coagents* et *coparticipants*. L'un de ceux-ci peut intervenir au premier degré, et non les autres; un second peut intervenir à quelqu'un des actes qui suivent, et non aux premiers; un troisième peut venir à l'improviste au dernier, sans avoir eu part aux précédents. Voilà comment la théorie de la *complicité* se coordonne naturellement à celle de la *tentative*. Vous remarquerez constamment que lorsque sont rendues plus âpres par le législateur les dis-

positions sur la tentative, la loi sur la complicité s'aigrit par contre-coup. Ainsi firent Arcadius et Honorius, quand ils étendirent tellement la dénomination de crimes de majesté¹; ainsi fit Justinien, quand il approuva la loi de Valens qui punissait comme crime consommé la tentative de crimes contre la pudeur²; ainsi a fait aussi le Code pénal français. Bien plus, ce Code va encore au delà puisque, après avoir puni les simples tentatives de crime comme crimes consommés, il punit indistinctement, à l'égal des auteurs principaux, les complices non-seulement des crimes, mais encore des délits et des contraventions³.

61. Mais si j'entrais dans toutes les particularités de ces rapports, je serais entraîné trop loin de mon premier dessein. Il me semble vous l'avoir indiqué suffisamment. A vous de le féconder par vos méditations. Je vous dirai volontiers seulement ce que Cicéron disait à son fils : « Je vous ai donné, lui » rappelait-il, des maîtres et des livres excellents : *tamen ut* » *ipse semper cum Græcis*, et je dirai *cum Latinis, nostra con-* » *junxi, neque id in philosophia solum, sed etiam in judiciis et*

¹ L. 5, § 6, *Ad leg. Jul. majest.*, C. 9, 8.

² L. 54, §§ *Pœnas autem et cæteras autem*, — *De episcopis et clericis*, C. 1, 3. V. plus haut, § 38, *in fine*.

³ Art. 59 et 60 du Code pénal français. V. notre traité de la *Complicité*, coordonné avec celui de la *Tentative*, dans le n° 22 du vol. IV de nos *Questions de droit*. (Nicolini parle ici inexactement des contraventions, au sujet desquelles la complicité n'est punie que dans le seul cas du § 8 de l'article 479 de notre Code pénal français.) — Le Code pénal de Parme (1820) ne reconnaît pas le *méfait manqué* : *manqué* ou *tenté*, le méfait, comme dans la loi napolitaine de 1808, y est atteint de la même sanction pénale, qui, dans l'article 79 de ce Code, est d'un degré moindre que celle applicable au *méfait consommé*. Mais le Code pénal sarde, ajoute Nicolini, publié vingt ans après le nôtre, en 1839, a adopté notre loi elle-même, en distinguant la tentative de l'effet manqué dans ses articles 102 et 103. La *complicité* y est coordonnée à ces articles, en ce qui concerne la *tentative*. La France, comme nous l'avons déjà fait observer (§ 46), continue Nicolini, a aussi reconnu la nécessité de remédier à la trop grande sévérité, non moins de l'article 2 de son Code pénal que des autres dures sanctions dont il abonde : de là est venue la loi générale de 1824, rendue plus complète en 1832 par l'article 463 joint au Code pénal ; mais les publicistes et les jurisconsultes français n'ont pas manqué de relever les défauts de cette loi, et ils auraient même désiré qu'on eût rédigé en loi ce que disaient dans son ouvrage, avec tant de philosophie et d'éloquence, le professeur Rossi, à propos de la *tentative*. Ce qu'il dit est conforme au droit pénal napolitain.

« *in dicendi exercitatione feci, idem tibi censeo faciundum.*
 « *Quamobrem magno opere te hortor, fili mi, ut hæc nostra*
 « *studiose legas. De rebus ipsis utere tuo judicio : nihil enim*
 « *impedio*¹. »

NICOLAS NICOLINI.

DROIT ADMINISTRATIF.

DE LA SUSPENSION DES TRAITEMENTS ECCLÉSIASTIQUES OU CIVILS
 PAR MESURE ADMINISTRATIVE.

Par M. REVERCHON, avocat à la Cour impériale,
 ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation,
 ancien maître des requêtes.

I. Dans sa séance du 31 mai dernier, le Sénat a délibéré sur une pétition relative à la circulaire récente par laquelle M. le garde des sceaux a invité les procureurs généraux à exercer, le cas échéant, contre les ministres des cultes, les poursuites prévues par les articles 201 à 208 du Code pénal. Nous n'avons pas, on le pressent d'avance, l'intention de discuter l'objet principal et direct de cette pétition. D'une part, au point de vue légal, ce n'était pas bien sérieusement que les pétitionnaires présentaient ces dispositions du Code pénal comme ayant été abrogées par désuétude. D'autre part, au point de vue législatif, les pénalités spéciales auxquelles sont soumis les ministres des cultes s'expliquent par le danger spécial qu'entraînerait, si jamais la France devait revoir ce triste spectacle, la transformation de la chaire sacrée en une tribune ou un instrument de sédition ; elles peuvent d'ailleurs être considérées comme correspondant aux avantages particuliers que les ministres des cultes tiennent de certaines autres lois. Enfin la question, non plus légale ni législative, mais politique de savoir si la publication de la circulaire que nous venons de rappeler a constitué un acte de bonne et sage administration, ne pouvait guère être utilement débattue devant le Sénat ; en aucun cas, d'ailleurs, il ne nous conviendrait de l'aborder ici.

¹ Cic., *De officiis*, I, 2.