20826

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

DE FURTIS

EN DROIT ROMAIN

DE LA TENTATIVE

EN DROIT FRANÇAIS

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
DE TOULOUSE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la faculté de droit de Toulouse le 7 août 1876

PAR M. B. LAZEU DE PEYRALADE

Avocat à la Cour d'appel.

TOULOUSE
IMPRIMERIE LOUIS & JEAN-MATTHIEU DOULADOURE
39, Rue Saint-Rome, 39.

1876

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

MM. DUFOUR ✲, doyen, *professeur de Droit commercial.*
MOLINIER ✲, *professeur de Droit criminel.*
BRESSOLLES ✲, *professeur de Code civil.*
MASSOL ✲, *professeur de Droit romain.*
GINOULHIAC, *professeur de Droit français, étudié dans ses origines féodales et coutumières.*
HUC, *professeur de Code civil.*
HUMBERT, *professeur de Droit romain, en congé.*
ROZY, *professeur de Droit administratif.*
POUBELLE, *professeur de Code civil.*
BONFILS, *professeur de Procédure civile.*
ARNAULT, *professeur d'Économie politique.*
DELOUME, agrégé, *chargé du cours de Droit des gens.*
LAURENS, agrégé, *chargé de cours.*
PAGET, agrégé.
CAMPISTRON, agrégé.

M. MOUSSU, Secrétaire, Agent comptable.

Président de la thèse : M. MOLINIER.

Suffragants.
MM. BRESSOLLES, ROZY, BONFILS, } *Professeurs.*
DELOUME, LAURENS, } *Agrégés.*

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat

A MON PÈRE, A MA MÈRE

A MA FAMILLE

A TOUS CEUX QUI M'ONT TÉMOIGNÉ INTÉRÊT ET AFFECTION

A MES AMIS

A MES MAITRES

DROIT ROMAIN

De Furtis.

Dig., lib. XLVII, tit. II.

INTRODUCTION.

Avant d'aborder, au point de vue du Droit, la législation romaine relative au vol, il n'est pas inutile de rechercher l'étymologie même du mot *furtum*. Les Proculiens et les Sabiniens étendent leurs discussions jusqu'à cette simple question de grammaire. Labéon donne aux mots *furtum* et au mot *furvo* synonyme de *nigro*, la même racine. Il tente de la justifier en rappelant que c'est, en effet, le plus souvent à la faveur de la nuit que se commettent les attentats à la propriété.

Sabinus et l'école qui porte son nom voient dans le mot *furtum* un dérivé de *fraus*. Sans doute, le vol est un

acte frauduleux, mais il n'est pas le seul mode de fraude.

Peut-être faut-il rejeter cette double étymologie et la chercher avec le jurisconsulte Paul dans la langue grecque. L'analogie, d'ailleurs, est incontestable entre φωρ et *fur*, φωρειν *ferre* φωρας et *fures*. Le témoignage très-important de l'auteur des *Nuits attiques* vient confirmer cette opinion.

Ce qui, plus qu'une controverse de commentateurs intéresse le jurisconsulte, c'est la double signification donnée au mot *furtum*, non-seulement par les auteurs spéciaux, mais encore par les poëtes, dont le langage est le plus pur. *Furtum* désigne aussi bien la chose volée que le fait délictueux.

Le mépris que professaient les Romains pour ce genre d'infraction explique autant que les législations antérieures la sévérité avec laquelle il était puni.

CHAPITRE PREMIER.

HISTORIQUE.

Dracon appliquait à tous les vols sans distinction la peine capitale. Solon réagissant, à son insu peut-être, contre cette législation sanglante, semble retirer au *furtum* le caractère du délit et ne plus le considérer que comme un fait dommageable donnant lieu à une répara-

tion pécuniaire. Aussi édicte-t-il la peine du double que nous retrouverons bientôt dans les lois de Rome. Cette excessive indulgence, succédant à une sévérité également excessive, atteste l'influence des idées grecques succédant à l'empire des législations égyptiennes, adoptées en cette matière par la belliqueuse Lacédémone.

Entre ces deux systèmes opposés, les Décemvirs appelés à donner des lois à Rome naissante acceptèrent de Dracon le principe du délit, de Solon le goût de la modération dans la sanction. Ils tinrent compte des éléments d'aggravation ou d'atténuation apportés par les circonstances au délit de vol, et graduèrent les pénalités en raison de la gravité plus ou moins considérable des faits.

CHAPITRE II

ÉLÉMENTS DU FURTUM.

Quels sont, d'après la définition du *furtum* donnée au § 3 de la loi I, tit. II, liv. XLVII au Dig., les éléments du délit de vol ?

Furtum est contractatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratiâ, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere. (Paul, loi 1, D., § 3, XLVII, 2.).

En prenant un à un les termes de la définition, nous trouvons comme le premier des éléments constitutifs du

délit de vol la *rei contractatio*. Si incontestable qu'il soit, ce point-là a été discuté au moyen d'arguments puisés dans un mot de la loi 6 (*eod tit.*). *Quamvis enim* sæpè *furtum contrectando fiat*, *tamen initio*, *id est faciendi furti tempore*, *constituere visum est*, *manifestus necne fur esset* (Paul, *ad Sab.*). L'objection consiste à dire : Puisque le vol a lieu souvent par la *contrectatio*, c'est qu'il peut dans certains cas être commis en l'absence de cet élément physique.

Diverses conciliations ont été présentées.

Nous n'acceptons ni celle qui consiste à restituer le texte en substituant *semper* à *sæpè*, ni celle qui prétend résoudre la difficulté en cherchant à établir que le passage cité vise le complice. Est-il bien exact de dire qu'à l'égard du complice, de celui qui d'une manière quelconque a coopéré au vol, *ope*, *consilio*, le *furtum* a eu lieu *sine contrectatione?* Ceci est ingénieux, mais ne résiste pas à l'examen. D'après le principe que nous fournit la définition de Paul, nous affirmons que pour qu'il y ait *furtum*, il faut qu'il y ait *contrectatio*. Sans doute, ce n'est pas le complice qui faisait le guet, par exemple, qui a accompli la *contrectatio*, c'est-à-dire la *main mise sur la chose*, mais pour que ce guetteur soit tenu, il est indispensable que l'auteur principal ait manié *contrectatione* l'objet soustrait. Que ce ne soit pas le complice qui ait enlevé l'objet, qu'importe? c'est cet enlèvement, cette *contrectatio* exécutée par un autre, l'auteur principal, dont le complice porte la peine. Il n'est légalement complice d'un vol et puni comme tel, que parce qu'il y a eu une *contrectatio*.

Voici, de l'antinomie qui paraît exister entre la loi 1

et la loi 6, l'explication qui semble la plus naturelle et la plus juridique à la fois.

Tout d'abord, peut-on admettre que Paul, l'auteur des deux textes, se soit contredit d'une manière aussi formelle ?

Le laconisme de la phrase insérée au Digeste est la cause de l'erreur. En ces quelques mots, Paul n'a pas cherché, j'ajoute n'a pu chercher à résoudre la question de savoir si la *contrectatio* est oui ou non inhérente à l'existence du délit de vol. Il se demandait uniquement à quel moment il faut se placer pour savoir si le vol est ou non manifeste, *manifestus necne fur esset.*

Au moment où le voleur appréhende l'objet, le *furtun* commence, mais il continue tant que cet objet demeure entre les mains de celui qui l'a soustrait. C'est un délit successif. Aussi, voilà pourquoi l'auteur se demande si le *fur* est *manifestus* seulement lorsqu'il est surpris s'emparant de l'objet, ou s'il est *manifestus* encore quand plus tard on l'en trouve nanti.

Les adversaires de l'explication que nous venons de donner s'arment de la loi 27, § 3 (*eod. tit.*) : *Sed si quis non amovit hujusmodi instrumenta, sed interlevit, non tantum furti actio locum habet, verum etiam legis Aquiliæ, nam* rupisse *videtur qui corrupit.*

D'après eux, il y a ici un cas de vol sans *contrectatio.* Celui qui a détruit des tablettes, c'est l'hypothèse d'Ulpien, est tenu de l'action *furti* et de l'action de la loi Aquilia. Or, bien qu'il soit poursuivi comme voleur, on ne trouve point à sa charge le fait matériel de la *contrectatio.* Rien ne justifie cette étrange affirmation. Qu'est-ce que

la *contrectatio rei*, si ce n'est le maniement de l'objet ; et ici il y a plus que maniement, il y a destruction. On pourrait dire qu'il y a le maximum de la *contrectatio*. Le plus renferme le moins. S'il y a *furtum* par la simple *main mise*, le *furtum* est plus certain encore lorsque la destruction de la chose succède à l'appréhension.

Il est bien entendu que nous nous plaçons toujours dans l'hypothèse où, à l'élément matériel indispensable, la *contrectatio* vient se joindre l'élément moral non moins indispensable, l'intention coupable, l'*animus furandi*. Supprimez ce dernier élément, et le fait délictueux ne sera plus passible que des peines édictées par la loi Aquilia.

Etudions donc maintenant, après avoir établi la nécessité de la *contrectatio*, l'intention frauduleuse. Ainsi que nous l'avons avancé, faut-il que l'*animus furandi* existe pour constituer le délit ? Oui, et il n'est fait à ce principe qu'une seule objection tirée du texte suivant : « *Qui saccum habentem pecuniam subripit, furti etiam sacci nomine tenetur, quamvis non sit ei animus sacci subridiendi.* » (Pomp., loi 27, *eod. tit.*)

L'intention coupable n'est point nécessaire, dit-on, puisque celui qui a volé un sac d'argent est considéré comme voleur tant à l'égard du sac qu'à l'égard de l'argent, bien qu'il n'eût pas l'intention de s'approprier le sac.

On a voulu appliquer ce texte à une question à laquelle il est étranger, celle des éléments du *furtum*. Pomponius a voulu, dans la loi 27, donner une application du principe si connu : *Accessorium sequitur principale.*

Sur la définition du *furtum*, Cujas a exprimé l'opinion que les mots : *lucri faciendi gratia* constituaient, avec le mot *fraudulosa*, un véritable pléonasme.

Ni Justinien en ses Institutes (§ 1, *de oblig. quæ ex delicto*), ni Paul en ses Sentences ne reproduisent ces trois mots : *lucri faciendi gratia*, et cependant nous pensons qu'ils ne font pas double emploi avec l'adjectif *fraudulosa*. Ulpien, en effet, dans le texte de la loi 36 à notre titre, dit formellement : « Si quelqu'un a dérobé et caché une courtisane esclave, il n'y a pas ici de vol; la cause déterminante de l'action n'est pas la cupidité, c'est la débauche. »

Il est incontestable que cet exemple est bien celui d'une *contrectatio fraudulosa*, laquelle n'est pas l'élément d'un vol, parce que on n'y saurait découvrir le désir de se procurer un bénéfice.

Nous pouvons rappeler encore le texte déjà cité relatif à la destruction de tablettes. Si l'auteur du fait de destruction n'a pas agi avec l'intention de commettre le délit de vol, l'action *furti* doit être écartée. Il n'y a plus place que pour l'action *legis aquiliæ*.

Dans les deux cas précités, il y a *contrectatio fraudulosa*, mais dans un autre but que *lucri faciendi gratia*.

On peut citer des exemples dans lesquels au contraire il y a *contrectatio lucri faciendi gratia*, mais d'où l'élément frauduleux est exclu. Ainsi : *Recte dictum est, qui putavit se domini voluntatem re attingere, non esse furem. Quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id, sive vere putet? is ergo solus*

fur est, qui adtrectavit, quod invito domino se facere scivit. Celui qui enlève une chose pensant, à tort, que le maître lui a permis de la prendre, ne commet pas un vol.

C'est bien incontestablement la *contrectatio lucri faciendi gratia* que nous voyons ici, mais cette *contrectatio* n'est pas *fraudulosa.*

On peut donc affirmer que la signification des trois mots *lucri faciendi gratia* n'est pas enveloppée dans celle du mot *fraudulosa*, puisque, s'il est vrai que les deux éléments exprimés par ces deux locutions peuvent ne pas se rencontrer dans tous les cas, ainsi que nous avons essayé de l'établir à l'aide des textes, le contraire aussi peut avoir lieu.

A chacun de ces deux éléments, il fallait une place dans une définition exacte du *furtum.*

Bien loin qu'il se trouve des mots inutiles dans la définition du vol, il semble tout d'abord qu'elle est incomplète. — La lecture du § 58 aux Institutes, *de oblig. quæ ex delicto*, suggère cette pensée. Dans l'hypothèse où, à l'insu du voleur, le volé a donné son consentement à l'enlèvement de sa chose, il est certain que le *furtum* n'existe pas; mais justement à cause de cette hypothèse, la définition ne devrait-elle pas renfermer les mots *invito domino?* Cette opinion qui séduit à première vue doit être repoussée. Le mot *fraudulosa* renferme cette idée, car « *volenti non fit fraus nec injuria.* » Le consentement de la partie lésée est destructif de l'élément frauduleux.

Pour qu'il y ait *furtum*, il faut que la chose soustraite

appartienne à autrui. Paul en ses Sentences (lib. II, tit. 31, 1), dit en effet : *Fur est qui dolo malo rem alienam contrectat.* Il est vrai que la définition du même jurisconsulte insérée au Digeste ne renferme point ces deux mots *rem alienam.* Ils étaient inutiles, car c'est un principe absolu que *suæ rei furtum nemo facere potest.*

Pourtant on a argumenté contre cette proposition en s'appuyant sur le § 10 aux Institutes : *Aliquando suæ rei furtum quisque committit, veluti si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit.* L'objection est sans valeur ; elle est le résultat d'une confusion facile à dissiper. Quand j'enlève des mains de mon créancier la chose que je lui avais donnée en gage, ce n'est pas de ma chose que je suis voleur, mais seulement de la possession de cette chose, alors même, comme le dit la loi 12 à notre titre, que le créancier gagiste n'a pas la chose *in bonis.*

Un cas plus frappant encore, c'est celui dans lequel le débiteur a vendu la chose même qu'il avait hypothéquée. Il y a *furtum.* Pourtant, ce n'est même pas un *furtum possessionis*, puisque le débiteur hypothécaire a conservé la possession de la chose. Ce n'est assurément pas l'enlèvement de la chose qui constitue le délit, puisqu'elle appartenait au voleur, ni la privation de la possession puisque l'hypothèque ne la lui avait pas fait perdre. Mais l'hypothèque constitue sur la chose qui en est l'objet un droit à l'égard du créancier, et il suffit que le débiteur l'en prive par la soustraction pour qu'il y ait *furtum possessionis.*

Dans cette tentative de démonstration, est-on plus

heureux en se servant des termes de la loi 1 au Code : *Servum fugitivum furtum sui facere?* Nous ne le pensons pas. Pareille erreur est le résultat d'une traduction non raisonnée du texte. Quelle analogie y a-t-il entre le cas du maître commettant le *furtum* de sa propre chose en l'enlevant au créancier gagiste, et le cas de l'esclave prenant la fuite au préjudice de son maître? Ce n'est pas le maître qui vole son esclave, c'est l'esclave qui se dérobe en s'enfuyant. L'esclave ne se vole pas lui-même à lui-même, par la raison qu'il ne s'appartient pas, tandis qu'au contraire il est, comme tout autre objet mobilier, la propriété de son maître. D'un autre côté, si l'esclave est susceptible d'appropriation comme une chose inanimée ou être inconscient, il est *doli capax*. Par sa fuite volontaire et frauduleuse, il prive son maître de la propriété de sa personne et des avantages que le maître en peut retirer ; il commet un délit. Ce raisonnement en rappelle un autre plus connu, celui dont on se sert en morale pour établir l'identité au point de vue de la culpabilité du suicide et de l'assassinat.

Le principe qu'il faut que la *res* soit *aliena* pour constituer un délit ne saurait être sérieusement contesté. Paul (*Sent.*, lib. II, tit. XXXI, 21) dénie l'action *furti* contre le commodant qui a soustrait la chose au commodataire. En voici la raison : *Rei autem nostræ furtum facere non possumus.* Il n'y aurait pas lieu de refuser l'action si le commodataire avait fait des dépenses pour la chose qui lui a été enlevée. Alors, en effet, il se trouverait dans la situation d'un créancier gagiste.

La nécessité de la coexistence des deux éléments,

l'un intentionnel *l'animus furandi*, l'intention coupable, l'autre purement matériel, la *contrectatio* n'est pas spéciale au vol, elle s'étend à tous les délits. Jusqu'ici nous nous sommes contentés de résoudre les diverses objections faites contre la nécessité de ces deux termes du délit de vol. Examinons-les rapidement l'un et l'autre.

SECTION I.

Elément matériel (contrectatio).

Aux textes déjà cités, il est facile d'en joindre d'autres en grand nombre ne laissant aucun doute sur le caractère de cette condition première du *furtum*. Dans toutes ces espèces, où d'après le Droit romain il y a *furtum*, l'analyse amène la découverte de la *contrectatio*. En son absence, tous les jurisconsultes, sans exception, retirent au fait délictueux la qualification de *furtum*.

Paul ne saurait être plus affirmatif lorsqu'il dit : *Furtum sive contractatione fierit non potest, nec animo furtum admittatur* (1). Le texte si connu du même jurisconsulte : *Sola cogitatio furti faciendi non facit furem;* celui d'Ulpien (l. 52, § 19, *eod. tit.*), *neque verbo, neque scriptura quis furtum facit, hoc enim jure utimur, ut furtum sine contractatione non fiat*, ne sont pas moins explicites.

(1) Loi 3, § 18. *Dig., de acquirenda vel amittenda possessione.*

Citons encore d'autres exemples :

« Celui qui est entré dans un appartement avec l'intention de voler et qui en sort sans rien emporter n'est pas tenu de l'action *furti*, car *nondum fur est.* » (Loi 27, § 7, *eod. tit.*).

« Celui qui indique son chemin à l'esclave fugitif ne commet pas un vol. » (Loi 62, *eod tit.*)

« Le dépositaire qui nie le dépôt qui lui a été confié ne commet pas un *furtum;* la simple négation ne constitue pas le vol, quoiqu'elle n'en soit pas très-éloignée. » (Loi 67, *eod. tit.*)

« Qu'il dénonce ou ne dénonce pas le voleur, celui qui a connaissance du vol n'est pas lui-même un voleur. » (Loi 48, § 1, *eod. tit.*)

On pourrait multiplier encore les citations, mais la nécessité de l'élément matériel nous paraît suraboudamment démontrée.

SECTION II.

Elément intentionnel (animus furandi).

C'est l'élément intentionnel, la volonté coupable qui donne au fait indifférent en lui-même de la *contrectatio* le caractère frauduleux constitutif de l'infraction. Il faut la coexistence de ces deux termes, le vouloir immoral, *l'animus furandi* joint au fait matériel de la main mise sur l'objet. Il faut en un mot que l'acte d'appréhension apparaisse comme frauduleux et emportant avec lui l'idée

d'un bénéfice à réaliser, *lucri faciendi gratia*. Pour s'exprimer plus clairement, il est nécessaire que l'acte physique de la *contrectatio* soit évidemment la conséquence d'un désir coupable réunissant le double caractère de la fraude et du gain à en retirer.

Quelques textes nous serviront à confirmer ce principe et à le rendre plus clair encore par des espèces. D'abord, le § 7 déjà cité de la loi 46 à notre titre. D'après ce passage, quand j'enlève une chose avec la croyance que j'ai l'autorisation du maître, alors même que cette croyance est inexacte, je ne suis pas coupable de vol. Pour être coupable, il faudrait savoir que le maître ne consent pas à l'enlèvement.

Nous lisons aux §§ 6 et 7, loi 43 à notre titre : « Celui-là ne commet point de vol qui s'empare d'une chose croyant que le maître l'a abandonnée ; même s'il ne pense pas qu'elle ait été abandonnée, mais qu'il l'ait prise pour la rendre à son propriétaire, sans intention de se l'approprier, il n'est pas soumis à l'action *furti*. »

Enfin, la loi 83 nous apprend que celui qui, comme héritier, prend possession des biens d'une personnne vivante la croyant morte, ne commet pas un vol.

Dans ces trois hypothèses successives, nous sommes en présence soit d'erreurs involontaires, soit d'intentions inattaquables au point de vue de la plus étroite moralité, mais on en peut trouver d'autres où le vol n'existe pas, bien que la pensée déterminante de l'agent ait été mauvaise. Une intention mauvaise en général ne suffit pas, il faut l'intention particulière de commettre un *furtum*.

Nous ne répèterons point le texte dans lequel Ulpien,

s'occupant de l'hypothèse du vol d'une esclave prostituée, conclut à la non-existence du vol, parce que le but de l'enlèvement est non pas le *furtum*, *sed libido*. Mais nous ajouterons la fin de ce passage dans lequel l'auteur fournit une espèce nouvelle. Un homme, *libidinis causa*, ouvre la maison d'une courtisane, des voleurs en profitent, pénètrent dans la maison et y commettent des vols; celui qui a ouvert la porte n'est point tenu de l'action *furti*.

Au contraire, si la femme enlevée dans le but de satisfaire les passions n'est pas une courtisane, c'est l'action de vol qui appartiendra au maître; si la femme a été cachée, ce sera l'action de la loi Favia. (Loi 82, *h. t.*)

Pothier signale très-justement la différence des deux espèces. Dans le cas où la femme enlevée est une courtisane, il y a présomption que l'enlèvement est le fait de désirs débauchés; dans le cas où la femme ne se livre pas à la prostitution, c'est la présomption contraire qui domine. Celui qui allèguerait même avec raison son libertinage ne devrait pas être écouté et soumis malgré tout à l'action *furti*.

On oppose à cette décision, un peu arbitraire peut-être, un fragment de Paul qui donne à notre théorie le démenti le plus formel. *Qui meretricem libidinis causa rapuit et celavit, eum quoque furti actioni teneri placuit.* (*Sent.*, lib. II, tit. XXXI, 12.) On tourne la difficulté en rectifiant le texte et en lisant : *Qui non meretricem.* On ajoute qu'il est certain que le même jurisconsulte, dans la loi 53 (*eod. tit.*), donne une décision absolument con-

forme à celle d'Ulpien que nous avons rapportée. En effet, Paul décide que celui qui, *injuriæ causa*, a brisé une porte, n'est pas responsable du vol que d'autres auraient commis grâce à cette circonstance, *car il faut tenir compte de l'intention de l'agent.*

Il paraît donc que ce n'est point sans raison que, pour concilier les deux passages, on fait dans le premier l'addition d'un mot.

Enfin, rappelons le texte relatif à la destruction des tablettes. C'est la consécration la plus formelle du principe que nous soutenons.

L'animus lucri faciendi doit donc se rencontrer toujours dans les cas de vol. Il fait la criminalité de l'acte. Il n'y a pas lieu de se préoccuper de savoir si c'est dans son intérêt personnel ou dans l'intérêt d'autrui que le voleur a commis le délit. Assurément, celui qui dérobe un objet dans le but de le donner gratuitement à un autre est un voleur punissable de toutes les peines attachées au vol. La loi 54, § 1 (*eod. tit.*), va plus loin, trop loin peut-être dans cette voie. Elle décide que le commodataire qui prête à un tiers l'objet qui lui a été prêté à lui-même commet un *furtum.* Ici, cependant, le commodataire, bien loin qu'il réalise un bénéfice, se prive d'une chose, il diminue sinon son patrimoine, du moins le nombre des objets dont il peut retirer une utilité quelconque. Le motif invoqué par Gaius à l'appui de cette décision est curieux. Il voit un bénéfice dans la reconnaissance que s'attire le voleur par sa libéralité. *Species enim lucri est ex alieno largiri.*

Quand le voleur se trompe sur la qualité ou la valeur

des objets soustraits, il n'en est pas moins coupable et soumis à toutes les obligations et pénalités résultant du délit. Il ne saurait bénéficier de ce que croyant s'emparer d'un bijou en or, il n'en a pris qu'un en cuivre. (*Ulp.*)

De même, que le voleur sache ou non quel est le propriétaire de l'objet qu'il dérobe, le *furtum* n'en est pas moins incontestable. (*Id.*)

Pomponius, dans la loi 46, § 8, à notre titre, aborde et résout une question délicate. Celui qui soustrait un objet ignorant le consentement du maître est-il passible des peines du *furtum?* Il est vrai que, étant donné le consentement du propriétaire ou du possesseur, la criminalité ne saurait exister. Mais dans l'espèce, le voleur n'ayant pas eu connaissance de ce consentement, il est exact de dire que ce consentement n'a pas existé pour lui. Le caractère frauduleux du larcin et le désir de réaliser un bénéfice ne sont pas douteux. Donc, il faut soutenir que le *furtum* a été commis. La solution est conforme à la logique des principes. Toutefois, le législateur des Institutes n'a pas cru devoir l'accepter. Il y déroge en s'écartant des règles incontestables desquelles Pomponius déduisait sa solution. Voici l'hypothèse de Justinien : *Unde illud quæsitum est, cum Titius servum Mævii sollicitaverit, ut quasdam res domino subriperet et ad eum perferret, et servus id ad Mævium pertulerit, Mævius dum vult Titium in ipso delicto deprehendere, permisit servo quasdam res ad eum perferre, utrum furti an servi corrupti judicio teneatur Titius an neutro?* (§ 8.)

Titius engage l'esclave de Mævius à dérober à son

maître certains objets et à les lui apporter. L'esclave prévient Mævius. Celui-ci, afin de prendre Titius *in ipso delicto*, permet à l'esclave de suivre le conseil qui lui a été donné. Titius est-il soumis à l'action *furti* ou à l'action *servi corrupti*, ou échappe-t-il à l'une et à l'autre ?

Justinien rappelle sur ce point les *altercationes antiquorum prudentium*, et repoussant toute subtilité, il décide que les deux actions seront applicables. Bien que l'esclave non *deterior factus sit* n'ait pas été corrompu par le conseil qu'il a reçu, il importe d'en poursuivre l'auteur, parce qu'il pourrait faire des tentatives pareilles sur d'autres esclaves qui peut-être se montreraient plus dociles que celui de Mævius.

En ce qui concerne l'action de vol, on ne comprend guère comment Justinien peut arriver par le raisonnement à en légitimer l'application. Tout à l'heure, en discutant le texte de Pomponius, nous avançions qu'il y a lieu à l'action de vol, parce que, bien que le consentement ait été donné, il est considéré comme n'existant pas à l'égard du voleur qui n'en a pas eu connaissance. L'hypothèse ici est différente. L'esclave a connu le consentement de son maître. La culpabilité n'existant pas pour l'auteur principal ne saurait non plus exister pour le complice. Vainement on objecterait que Titius a eu l'*animus furandi et lucri captandi*. La *contrectatio* exécutée par l'esclave n'a pas été *fraudulosa*. Dès-lors, au lieu de donner les deux actions, il fallait les dénier toutes deux. L'objection de certains jurisconsultes qui accordent l'action *furti* sous le prétexte que le consentement du maître est non pas réel mais simulé, n'a pas de

valeur. La loi ne peut rechercher et ne recherche pas en effet quel est le motif déterminant du consentement. Il a été donné, cela suffit. Cette adhésion de la volonté est indivisible.

L'ignorance où est le maître du vol dont il a été victime est-elle censée équivalente à son consentement ? Le texte suivant très-catégorique d'Ulpien répond négativement à notre question (1) :

Vetare autem dominum accipimus, etiam eum qui ignorat, hoc est eum qui non consentit.

Donner une réponse contraire, ce serait établir la plus injuste des présomptions.

L'application que le jurisconsulte Labéon fait, à la matière qui nous occupe, du proverbe auquel on a donné depuis la forme populaire : « Qui ne dit rien consent, » doit être également rejetée. Comment accepter que le silence de la partie lésée mette le voleur à l'abri de l'action *furti ?* Telle n'est point l'opinion de Paul, qui critique justement cette sentence de Labéon, et va dans la négation jusqu'à étendre l'empire de l'action *furti* à celui qui, connaissant le vol, garde le silence par crainte révérentielle. Ainsi, un patron vole son affranchi qui ne dévoile point ce délit ; le silence que le respect inspire à la victime du vol ne lui fait pas perdre ses droits à l'exercice de l'action *furti*. Il faudra résoudre la difficulté d'une manière analogue toutes les fois que le volé aura été empêché, soit par l'effet de la crainte révérentielle, soit par toute autre cause de s'opposer au vol commis à son préjudice.

(1) Loi 48, § 3 (h. t.)

Si général que soit le principe que nous rapportons, il est l'objet d'une restriction que nous trouvons au Dig., l. 14, § 12, du titre *Quod metus causâ*. La crainte révérentielle, quand elle n'a pour conséquence qu'une attitude toute passive de la part du volé, le silence, ne met pas obstacle à l'exercice de l'action *furti*. Si, au lieu d'une attitude purement passive, la victime va jusqu'à abandonner la *res furtiva*, jusqu'à s'en dessaisir, ce dessaisissement est un consentement véritable; il en produit tous les effets. Or, nous savons que le consentement est destructif de toute criminalité.

Si quis nihil in persona sua mentitus est, sed verbis fraudem adhibuit, fallax est, magis quam furtum facit. (L. 43, § 3, *eod. tit.*)

Le cas visé par notre texte est celui où le consentement donné par le propriétaire à l'enlèvement de sa chose est le résultat de manœuvres frauduleuses. Plusieurs hypothèses se présentent. Et d'abord, si j'arrive à faire consentir Titus propriétaire d'un cheval à le laisser emmener par son ami Mævius et qu'en réalité ce ne soit pas Mævius, mais tout autre dont je connais le dessein, et qui s'approprie le cheval, il y a incontestablement *furtum*. Que si, au contraire, par des moyens frauduleux comme dans l'espèce précédente, j'arrache le consentement à Titius en faveur de Mævius et que ce soit bien Mævius qui prenne le cheval, nul doute que le délit n'existe pas (1). En effet, il y a eu consentement. En

(1) Le délit n'existe pas quand dans l'usage que Mævius a fait du cheval il a dépassé les intentions du propriétaire. — Cette circonstance est nécessaire pour faire comprendre l'espèce.

d'autres termes, et d'une façon plus générale, l'existence ou la non-existence du délit dépend de la question de savoir s'il y a eu oui ou non erreur sur la personne, puisque l'erreur détruirait le consentement. *Nam huic non tibi volebam dare, adeoque invito me contractas.* (L. 43, *eod. tit.*)

La même loi 43 nous fournit des exemples. Celui-là est voleur qui usurpe la qualité de créancier, et comme tel se fait remettre par le débiteur des fonds qui ne lui étaient pas dus.

La loi 43, § 1, la loi 44 et la loi 86, § 6 au *Dig.*, s'occupent du *falsus procurator*. Prenons le texte d'Ulpius. Le principe est posé dans les premiers mots : *Falsus procurator furtum quidem facere videtur.*

A cette affirmation, Neratius fait des restrictions. *Sed Neratius videndum esse ait, an hæc sententia cum distinctione vera sit; ut si hac mente ei dederit nummos debitor, ut eos creditori perferret, procurator autem eos intercipiat, vera sit : nam et manent nummi debitoris, cum procurator eos non ejus nomine accepit, cujus eos debitor fieri vult : et invito domino eos contractando, sine dubio furtum facit ; quod si ita det debitor, ut nummi procuratoris fiant, nullo modo eum furtum facere ait, voluntate domini eos accipiendo.*

Neratius soumet le texte d'Ulpien à une distinction. Ou le débiteur a cru payer au créancier lui-même, c'est-à-dire a eu l'intention de rendre propriétaire des écus celui entre les mains duquel il les livrait; ou le débiteur a cru payer entre les mains d'un mandataire, c'est-à-dire qu'il a opéré le paiement entre les mains de ce

mandataire pour que celui-ci, à son tour, versât les espèces dans le coffre du créancier et le rendît propriétaire.

Suivant l'intention qu'a eue le débiteur en comptant les espèces, il a ou n'a pas rendu propriétaire l'*accipiens*. S'il a voulu rendre le *falsus procurator* propriétaire, celui-ci l'est devenu en effet et le *furtum* existe; s'il n'a pas voulu le rendre propriétaire, le *falsus procurator* ne l'est pas devenu, et alors le *furtum* n'existe pas.

Tel est sur le double élément constitutif du délit de vol le résumé succinct des textes principaux.

CHAPITRE III.

DES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ EN MATIÈRE DE *FURTUM*.

Saisir matériellement la chose volée, être animé d'une intention coupable et du désir du lucre, telle est la triple condition déjà étudiée du délit de vol. La conséquence naturelle de ceci, c'est qu'on n'est pas responsable si on n'est pas *doli capax*.

Ceux qui sont, suivant les termes du Code civil, dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, sont-ils susceptibles de commettre un vol? Il me semble qu'*à priori* on ne peut répondre non. Peut-être serait-il plus juste de raisonner par analogie. Puisque, contrairement à ce qui a lieu dans notre législation, la validité

de l'acte fait par l'insensé est subordonnée à la question de savoir s'il était ou non dans un intervalle lucide quand il l'a consenti, de même avant de décider s'il est ou non responsable criminellement, faudrait-il s'assurer de sa lucidité ou de sa folie au moment de la perpétration du délit.

L'infans et celui qui, quoique ayant franchi l'enfance, est encore dans *l'ætas infantiæ proxima* sont irresponsables, ainsi que le dit Ulpien dans la loi 23 (*eod. tit.*).

Dans la période de son âge plus proche de la puberté que de *l'infantia*, l'impubère devient *doli capax*, et par conséquent le même délit l'expose aux mêmes sanctions que le pubère.

Le créancier qui enlève à son débiteur la chose qui lui est due commet-il un *furtum?* Il faut distinguer deux hypothèses.

Je suppose d'abord qu'en échange de la chose qui lui est due le créancier doive remettre au possesseur soit une autre chose, soit de l'argent. Il n'est pas douteux qu'il y ait vol, puisque, en s'emparant de la chose au mépris des conventions, le créancier a frustré le débiteur de la *res* et de ce qu'il devait recevoir en retour. La situation de ce créancier voleur est celle d'un débiteur qui soustrairait à son créancier la chose que celui-ci a reçue en gage. L'hypothèse devient plus claire encore si on l'applique à l'acheteur qui n'ayant pas encore payé son prix a laissé entre les mains du vendeur et sous sa garde la chose achetée. Que cet acheteur dérobe cette chose, il commet un vol, puisque *venditor enim quasi pignus eam rem retinere potest, quam vendidit.* Même décision toutes

les fois qu'il existe à l'égard du débiteur à l'encontre du créancier un droit de rétention. Ainsi, par exemple, un commodataire a fait pour la chose prêtée des dépenses. Ces dépenses lui donnent sur l'objet un droit de rétention. Il ne le rendra que contre le remboursement de la somme dépensée. Si le commodant, en ces conditions, soustrait la chose, c'est bien un vol dont il se rend coupable: *Quasi pignoris loco ea res fuit.*

Je suppose maintenant que le créancier a déjà livré à son débiteur le prix de la vente ou la chose qu'il devait en contre-échange: il n'y a point de vol pas plus que dans le cas où le créancier ne devrait rien en échange de la chose restée *apud debitorem.*

CHAPITRE IV.

SECTION I.

Quelles choses peuvent être volées?

Dans le droit primitif de Rome, on admettait que le vol pouvait s'appliquer aux immeubles. Toutefois, dès le temps de Gaius on n'admettait plus le vol des immeubles. « *Abolita est enim quorumdam veterum sententia existimantium etiam fundi, locive furtum fieri* (1). — Dès cette époque, on le voit, le vol ne peut avoir pour objet que des meubles.

(1) Inst., § 7, *De Usucap.*

Il ne faudrait pourtant pas exagérer la portée de ce principe. Certainement, celui qui détacherait, *furandi animo*, une statue de la façade de ma maison et l'emporterait serait un voleur, car il a mobilisé en le détachant l'objet du larcin. (Lois 25 et 57, *h. t.*)

Une controverse s'était élevée entre plusieurs jurisconsultes sur le point de savoir si celui qui dérobe une partie d'un objet doit être considéré comme en ayant volé la totalité ou seulement la partie qu'il a emportée. La question serait oiseuse dans notre Droit ; elle avait son importance dans la législation romaine, où les peines applicables au vol étaient pécuniaires.

Les Proculiens Ofilius et Trebatius, sans s'attacher à la quantité ni à la nature des choses soustraites, enseignaient que dans tous les cas le voleur doit être puni comme ayant dérobé la totalité de la chose. Ils partaient de ce principe que celui qui vole une fraction d'une chose l'eût prise tout entière si les circonstances le lui eussent permis. Il y a bien là quelque chose d'hypothétique, mais cette raison est encore excellente à côté de la suivante : « *Qui tetigit aurem alicujus, totum illum tetigisse videtur.* » Elle est spirituelle, ingénieuse certainement, mais nullement juridique.

Il vaut mieux adopter la distinction très pratique au moyen de laquelle Sabinus résolvait la difficulté. Nous la trouvons dans les lois 21 et 22 à notre titre. Si le voleur se trouvant en présence d'un meuble que pour un motif quelconque il ne pouvait emporter en entier l'a fracturé et a volé quelques-uns des objets qu'il renfermait, alors même qu'il aurait pu se les approprier tous, il ne doit répondre que de ceux qu'il a soustraits en réalité.

Supposons au contraire que le voleur qui pouvait emporter tout le meuble se soit contenté, après l'avoir fracturé, d'y prendre seulement quelques-unes des choses qui y étaient renfermées : il est dans la même situation juridique que s'il l'avait volé tout entier.

Où il n'y a pas de possession, il ne saurait y avoir de vol, dit Scévola, car le vol est la soustraction frauduleuse de la possession.

Ainsi, point de vol possible en ce qui concerne les choses sans maître, et tout d'abord les *res nullius* dont on devient propriétaire par le simple fait de l'occupation.

Les conséquences de ce principe sont importantes relativement à l'hérédité jacente. Les biens qui en font partie ne sont pas susceptibles de vol. En effet, les droits de l'héritier qui n'a pas fait adition n'ont pas pris naissance, et l'on ne peut pas dire que l'hérédité elle-même est propriétaire des diverses parties qui la composent. Se trouvant donc sans maître, elle ne peut pas être volée. « *Rei hereditariæ antequam ab herede possideaur, furtum fieri non potest.* » (Paul, *Sent.*, liv. II, tit. 31, 11).

Quels que fussent les défauts de ce principe dans la pratique, malgré l'immoralité de ses résultats, car le premier venu pouvait sans crainte s'emparer des choses héréditaires, il demeura longtemps inattaqué. Par l'usucapion d'un an, une personne absolument étrangère à l'hérédité devenait propriétaire *erga omnes* de ce qu'elle s'était approprié sans droit dans les biens d'une hérédité vacante.

Peu à peu cependant la jurisprudence remédia à cet

état de choses exorbitant, en entourant de conditions l'usucapion sans titre et sans bonne foi donnée par les lois anciennes Adrien permit à l'héritier de revendiquer malgré l'usucapion. Marc-Aurèle enfin fit cesser cet abus en établissant contre celui qui s'est emparé indûment d'un objet de l'hérédité une poursuite extraordinaire, connue sous le nom de *Crimen expilatæ hereditatis.*

C'est ainsi que pour ne point violer dans ses conséquences un principe de droit, au lieu d'appeler *furtum* ce qui est bien un vol, on préféra le désigner différemment. Les rédacteurs des recueils Justinianécus n'ont pas été plus audacieux que leurs devanciers. Dans les lois nouvelles, il existe bien une sanction contre celui qui vole une succession, mais les auteurs ont bien soin d'indiquer la différence entre le *crimen expilatæ hereditatis* et le *furtum.* « *Rei hereditariæ, nondum possessæ non fit furtum.* »

Si le défunt avait donné en gage ou prêté l'objet soustrait avant l'adition de l'héritier, le créancier gagiste, le commodataire, l'usufruitier, quand la chose a été donnée en usufruit, disposent de l'action *furti* contre le voleur. L'héritier en dispose comme eux dans ce cas, parce que la possession du commodataire, du créancier gagiste ou de l'usufruitier qui avait commencé du vivant du propriétaire continue après sa mort, et ainsi l'hérédité possède par leur entremise. C'est ce qu'expliquent les lois 68, 69 et 70 au Digeste (*eod. tit.*).

Voici l'hypothèse inverse :

« *Si res commodata est, et is cui commodata est, decesserit, quamvis hereditati furtum fieri non possit, et*

ideo nec heres ejus, cui commodata est, possit agere, tamen commodator poterit furti agere. Idemque et in re pignorata vel in re locata, licet enim hereditati furti actio non adquiratur, tamen alii, cujus interest, adquiritur. (Ulp., l. XIV, *h. t.*).

Si une chose a été prêtée et que celui à qui elle a été prêtée soit décédé, bien qu'on ne puisse commettre un vol à l'égard d'une succession vacante et que par conséquent l'héritier ne puisse intenter l'action *furti*, cependant cette action compète au commodant; si, au lieu d'être prêtée, la chose a été donnée en gage ou louée, la même décision s'appliquera au créancier gagiste ou au bailleur. C'est au nom de leur intérêt, *cujus interest*, que l'action leur est donnée, intérêt incontestable.

La condition nécessaire pour qu'une chose puisse devenir *furtiva*, c'est qu'elle soit *in commercio*, c'est à dire susceptible de propriété ou de possession privée. Toutefois ce principe n'est pas sans exception. Qu'une femme *in manu* ou un *judicatus*, c'est-à-dire un homme devenu l'esclave d'un autre par suite d'une décision judiciaire, soient l'objet d'un vol, l'action *furti* compète au mari et au maître, d'après Gaius. La même solution s'applique au cas où un fils de famille a été enlevé. Il semble cependant que l'enlèvement d'un homme libre, fait évidemment punissable comme violence, ne soit pas un vol. Il faut bien reconnaître, malgré tout, que ce fait était apprécié ainsi, puisque le même Gaius donne formellement dans ce cas l'action *furti* au *pater familias*.

Nous ne pensons pas que cette action *furti* donnée dans l'hypothèse indiquée par Gaius soit exclusive des-

autres pénalités édictées par la loi *Favia*, à l'encontre de ceux qui se rendent coupables, soit de détourner, soit de recéler ou de séquestrer des personnes libres, sans qu'il y ait lieu de distinguer si elles sont soumises à la puissance d'autrui ou bien *patres familiâs*. Ces divers crimes prévus par la loi Favia étaient désignés sous le nom de *plagium*. L'auteur pouvait être poursuivi par action publique et condamné aux mines.

Il n'est pas douteux que l'esclave, mis par les lois et la civilisation antiques au rang des choses mobilières, pût être l'objet d'un vol. Quelques-uns des textes que nous avons eu l'occasion de citer nous ont montré les diverses formes de ce genre de larcin. C'est au maître qu'il appartenait d'intenter l'action *furti*.

CHAPITRE V.

DES DIVERSES ESPÈCES DE *FURTUM*.

Nous allons dire un mot de chacune des trois espèces de *Furtum :* le *furtum rei*, le *furtum possessionis* et le *furtum usus*.

SECTION I.

Du furtum rei.

C'est le plus simple des *furtum*. Il a lieu lorsqu'une personne s'empare d'un objet dans le double but de se

l'approprier frauduleusement et d'en retirer un bénéfice, *lucri faciendi causâ.*

SECTION II.

Du furtum usûs.

Quand j'engage une chose pour sûreté de ma dette entre les mains de mon créancier, c'est uniquement à ce titre de sûreté que mon créancier doit la conserver. Si ce créancier gagiste au lieu de conserver simplement la chose s'en sert même suivant sa destination, il commet à mon égard l'espèce de vol appelé *furtum usûs.* Notons d'abord qu'il faut que cet usage de la chose soit accompagné de l'*animus furandi*, de l'intention coupable sans laquelle il n'y a pas de délit possible. Notons encore que ce qui vient d'être dit du créancier gagiste s'applique aux mandataires, commodataires, dépositaires, séquestres, usufruitiers, etc., etc.., à tous ceux, en un mot, qui ont un droit sur une chose dont la propriété est à un autre.

Justement à cause de la facilité que leur situation juridique donne à la catégorie de personnes que nous venons d'indiquer, la loi ancienne leur réserve toutes ses sévérités ainsi que l'attestent les deux fragments suivants, l'un de Valère-Maxime et l'autre d'Aulu-Gelle :

« *Quidam furti damnatus est, quod equo cujus ususilli, usque ad Ariciam commodatus fuerat, ulteriore hujus municipii clivo esset* (V.-M.). »

« *Scævola verba hæc posuit : quod cui servandum datum est si id usus est, sive quod utendum accepit, ad aliam rem atque accepit usus est, furti se obligavit.* »

L'élément nécessaire à l'existence du vol ne se rencontrerait pas, si l'intention du propriétaire en ce qui concerne l'usage de sa chose n'avait pas été clairement exprimée, de telle sorte que celui qui abuse de la chose ne peut avoir conscience qu'il agit contre l'intention du propriétaire.

On ne comprend la *contrectatio fraudulosa rei alienæ invito domino*, que lorsque l'intention du propriétaire a été manifestée.

Nous croyons inutile de rapporter les textes relatifs à chacune des personnes dont nous avons parlé, usufruitiers, dépositaires, etc., etc.

SECTION III.

Furtum possessionis.

S'emparer d'une chose avec le dessein *lucri faciendi* de la possession de cette chose, c'est-à-dire d'en retirer les avantages qu'elle peut procurer, c'est commettre le *furtum possessionis*. Comme il est certain que la possession ne se trouve pas toujours là où est la propriété, on conçoit la possibilité de voir un *furtum* de ce genre commis par le propriétaire non possesseur. Cette hypothèse est celle de ce passage des Institutes : *Aliquando suæ rei furtum quisque committit.*

Parcourons quelques textes :

« *Dominus qui rem subripuit, in quâ ususfructus alienus est, furti usufructuario tenetur* (Paul, loi 4). »

« *Set* (et) *si res pignori data sit creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis ejus res non sit. Quinimo non solùm adversus extraneum dabimus, verùm et contra ipsum quoque dominum furti actionem*, etc., etc. (Ulp., loi 22). »

« *Si is qui rem pignori dedit vendiderit eam, quamvis dominus sit, furtum facit*, etc. (Paul, LXVI). »

D'après ces textes, le nu-propriétaire qui dérobe la chose usufructuaire, le débiteur gagiste qui reprend frauduleusement la chose engagée ou qui la vend sont tenus de l'action *furti.*

Si la chose au lieu d'être engagée était hypothéquée, le résultat serait le même.

Celui qui soustrait à une personne qui la possède de bonne foi une chose dont lui, voleur, est propriétaire, commet un *furtum.* La possession de bonne foi a donné au possesseur sur la chose un droit dont la privation, même de la part du *dominus,* légitime contre lui l'usage de l'action *furti.*

Si l'objet de cette possession de bonne foi est un esclave, dit Gaius, et qu'après l'avoir repris, je l'aie caché, la décision est la même.

En principe, quand le commodant enlève de chez le commodataire la chose prêtée, il ne saurait y avoir délit, puisque *commodator suum recipit.* Ce principe ne s'étend pas au cas où le commodataire a fait des dépenses pour l'entretien et la conservation de la *res commodata.* Il

acquiert alors un droit de rétention dont la privation devient contre le *dominus* un motif suffisant à l'exercice de l'action *furti*.

Faut-il penser avec Sabinus, dont Aulu-Gelle nous rapporte l'opinion, que le colon qui vend le fond de terre qu'il possède par la volonté du *dominus* commet un *furtum?* Certainement, il y a là un acte très grave d'infidélité; mais pour adopter le système de Sabinus il faudrait en accepter la base, c'est-à-dire la possibilité du *furtum* à l'égard des immeubles. Or, nous avons vu que cette théorie fut bientôt rejetée. Dès lors, point de *furtum possessionis*.

CHAPITRE VI.

DE LA *RES FURTIVA:*

Il semble que les Romains aient reporté sur l'objet volé une partie du mépris, de la réprobation dont ils accablaient le vol, *servile vitium*. La loi des XII Tables avait créé à l'égard de la *res furtiva* une sorte de proscription. Elle était pour ainsi dire mise hors du commerce, en même temps que hors la loi. La possession de bonne foi base de l'usucapion qui conduisait à la propriété ne produit plus d'effet à l'égard de la chose volée. Tant que l'objet dérobé n'est pas revenu aux mains du légitime propriétaire, le vice que le vol lui a imprimé aux yeux de la loi ne saurait être purgé.

Il ne peut être possédé de bonne foi, ni par conséquent susceptible d'être usucapé.

Le retour de la chose *apud dominum* est la condition absolue de la remise de cette même chose dans le droit commun. On se tromperait cependant, en refusant à ce principe une raisonnable extension. Certains actes peuvent être considérés comme l'équivalent de la reprise de la chose par le propriétaire. Ainsi, le vice est purgé lorsque le possesseur a reçu du propriétaire, du *verus dominus*, l'ordre de la livrer à un tiers, encore lorsque le propriétaire a vendu la chose au voleur, enfin quand dans une instance en revendication, le propriétaire a reçu la *litis æstimatio*, la valeur de la chose soustraite. « *Quamvis res furtiva, nisi ad dominum redierit, usucapi non possit, tamen si eo nomine lis æstimata fuerit, vel furi dominus eam vendiderit, non interpellari jam usucapionis jus dicendum est.* » (Paul, loi 84.)

Une difficulté s'élève sur cette loi 84, qui exige formellement l'usucapion après la vente faite au voleur par le propriétaire. Pour comprendre cette véritable anomalie, il faut remonter plus loin que le droit de Justinien dans lequel on ne saurait en trouver de raison. L'ancien droit donne la clef de ce problême. Servius Tullius dans un but exclusivement politique, afin de maintenir exactes les divisions qu'il avait établies entre les citoyens en prenant pour base le chiffre de leur fortune, avait divisé les choses en *mancipi* et *nec mancipi*. Dans la première catégorie était rangé tout ce qui avait rapport à l'agriculture, la seule source de fortune dans la Rome primitive. Or, ces choses *mancipi* ne pouvaient être aliénées que par la

mancipatio ou la *cessio in jure*, les deux modes solennels d'aliénation.

Plaçons-nous dans l'hypothèse où la vente faite par le propriétaire au voleur a eu lieu sous l'empire de cette législation abrogée. Comme la vente n'a pas eu lieu *mancipatione*, il faut que l'usucapion vienne s'ajouter au mode non-solennel employé et à la tradition pour constituer au profit de l'acquéreur le *dominium ex jure quiritium*.

Dans leur compilation, les commissaires impériaux ont laissé se glisser ce souvenir du droit ancien. C'est, nous le croyons, la seule explication plausible de la loi 84.

« *Si ad dominum ignorantem pervenerit res furtiva, vel vi possessa, non videtur in potestatem domini reversa, ideo nec si post talem domini possessionem bona fide ementi venierit, usucapio sequitur.* » (Tryph., loi 86).

Ce texte établit la nécessité du retour de la chose *apud dominum* pour que le vice soit purgé. En outre, il y ajoute une condition : il faut que le maître sache qu'il est rentré en possession de la *res furtiva*, qu'il la reprenne comme lui appartenant et lui ayant été volée. Son ignorance à cet égard laisserait substituer le vice avec toutes les incapacités qu'il entraîne.

La chose doit être revenue au propriétaire à tel titre qu'elle ne puisse plus lui être enlevée sans un nouveau *furtum*.

« *Si bona fide rem meam emeris eamque ego subripuero vel etiam tuus ususfructus sit et eam contrectavero, tenebor tibi furti actione, etsi dominus rei sum. Sed his*

casibus usucapio quasi furtivæ rei non impedietur quoniam et si alius subripiat et in mea potestate reversa res fuerit, usucapiebatur. (Paul, loi 20.)

Ce texte nous fournit une espèce assez remarquable dans la condition de la *res furtiva.*

Vous m'avez, *bonâ fide*, acheté une chose ou bien vous êtes usufruitier d'une chose dont je suis nu-propriétaire; je vous soustrais une de ces deux choses, je suis soumis à l'action *furti*, bien que je sois le propriétaire. Mais dans ces deux cas l'usucapion de la chose n'est pas empêchée, car si elle avait été volée par un autre et qu'elle fût revenue en mon pouvoir elle pourrait être usucapiée. Peu importe la voie par laquelle la *res furtiva* m'a fait retour, que ce soit par mon propre délit ou par celui d'un autre. Le principe est absolu. Le vice est purgé. Cette inflexible application du principe dans l'hypothèse où c'est le *dominus* qui est le voleur était contraire à l'opinion des Proculiens qui la rejetaient.

Toutefois, notre sentiment préconisé par l'école opposée, avait fini par triompher.

Signalons encore une disposition qui fait exception à cette règle : que le vice de la *res furtiva* ne disparaît que par son retour *apud dominum non ignorantem.*

« *Si quid est subreptum, id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit. Paulus : Imo forsitan, et contra. Nam si id, quod mihi pignoris dederis, subripueris : erit ea res furtiva facta; sed simul, atque in meam potestatem venerit, usucapi poterit* (L. 49, Dig. XLI, 3. Labéon). Quand la chose donnée en gage est volée par l'engagiste, elle devient *furtiva*, mais le

vice sera purgé dès qu'elle reviendra au créancier gagiste. Il faut donc reconnaître avec Paul, et Labéon que la règle déjà si souvent citée n'est pas toujours vraie.

Le cas où la chose est non pas engagée, mais hypothéquée, donne lieu, non plus à une dérogation au principe, mais à une application.

En hypothéquant une chose, le débiteur en conserve non-seulement la propriété, mais la possession, et pourtant, si ce débiteur vend la chose, il est coupable de *furtum*. Cette décision nous était déjà connue. On la motive en disant que le droit que l'hypothèque donne au créancier suffit pour constituer le *furtum*. Mais la chose sera-t-elle susceptible d'usucapion? A première vue, on pourrait répondre affirmativement, puisque la *res furtiva est apud dominum*. On violerait pourtant la règle, car elle exige que la chose soit *revenue, reversa apud dominum*. Dans l'espèce, la chose n'a jamais cessé d'être *apud dominum*.

Déjà plusieurs fois nous avons eu, à l'occasion du *furtum*, à résoudre plusieurs questions nées de la situation particulière de l'esclave susceptible d'être à la fois *fur* et *res furtiva*.

En voici encore une présentée et résolue par Ulpien, au § 5 de la loi 48 à notre titre : *Ancilla si subripiatur prægnans, vel apud furem concepit : partus furtivus est, sive apud furem edatur, sive apud bonæ fidei possessorem; sed in hoc posteriore casu furti actio cessat; sed si concepit apud bonæ fidei possessorem, ibique peperit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. Idem*

et in pecudibus servandum est, et in fœtu eorum, quod in partu.

La femme esclave pas plus que tout autre chose mobilière, le rapprochement fait par Ulpien dans les derniers mots de ce passage le prouve, n'est susceptible d'usucapion quand elle est *furtiva.* Il y a lieu de se demander quel sera le sort de l'enfant si elle en met un au monde? Volée enceinte ou devenant grosse chez le voleur, le part est *furtivus* et ne cesse de l'être, alors même qu'elle aurait accouché non plus chez le voleur, mais chez un possesseur de bonne foi. Ce dernier est seulement à couvert de l'action *furti.* Si l'*ancilla* conçoit chez le possesseur de bonne foi et y devient mère, l'enfant ne sera pas *furtivus* et pourra être usucapé. Cette règle s'explique par le principe que l'*infans conceptus ancillæ* fait partie pendant sa vie utérine de la personne de la mère et doit, après sa naissance, suivre la condition qu'elle avait au moment de la conception. Sa condition ici est d'être toujours et quand même la propriété de Titius, si c'est à Titius qu'appartenait sa mère.

Un point de départ différent va nous conduire à une solution différente, celle du jurisconsulte Scévola. Pour lui, le part, au lieu de suivre la condition de sa mère, est indépendant de celle-ci dès qu'il est formé dans son sein. Aussi, il est indifférent à ses yeux qu'à l'époque où elle a été volée, l'*ancilla* fût enceinte ou qu'elle le soit plus tard devenue soit chez le voleur, soit chez son héritier, soit chez un possesseur de bonne foi et qu'elle y ait accouché. L'enfant ne sera jamais *furtivus* et pourra conséquemment être usucapé.

De même qu'Ulpien étend sa règle au croît, de même fait Scévola, son contradicteur.

Citons encore l'opinion de Marcellus rapportée par Ulpien (loi 10, § 2, D. lib. XLI, 3) :

« *Scævola libro undecimo quæstionum scribit, Marcellum existimasse, si bos apud furem concepit, vel apud furis heredem, pariatque apud furis heredem, usucapi ab herede distractum jurencum non posse : sic (inquit) quemadmodum nec ancillæ partus.* »

Cet auteur ne considère pas comme les deux autres dont nous avons donné les avis si l'enfant est ou non une partie de sa mère. C'est la question de bonne foi chez le possesseur de l'*ancilla* qui domine le débat. Le part sera *furtivus* ou ne le sera pas, capable ou incapable d'usucapion, suivant que celui chez qui la mère aura conçu et accouché est ou n'est pas de bonne foi. Il présume la mauvaise et non la bonne foi, contrairement à Ulpien, chez l'héritier du voleur.

Revenons en quelques mots sur le système d'Ulpien. Quand la femme est enceinte au moment du vol ou qu'elle le devient *apud furem*, l'enfant né d'elle est *res furtiva*. Tant que le vice ne sera pas purgé par le retour au légitime propriétaire, le *part* ne pourra être usucapé. Il pourra l'être au contraire si l'enfant est conçu et né chez un possesseur de bonne foi. La mère seule est *res furtiva* et ne sera pas susceptible d'usucapion, tant que le vice résultant du vol ne sera pas purgé.

En résumé, quand la femme esclave est déjà grosse au moment du vol ou le devient chez le voleur, l'enfant est toujours *res furtiva* comme la mère elle-même, quel

que soit le possesseur de bonne ou de mauvaise foi chez lequel elle accouche. Quand elle conçoit et accouche chez un possesseur de bonne foi, celui-ci peut usucaper le part; mais le part seul. Le part n'est pas infecté du vice de la *res furtiva*, puiqu'il n'existait pas au moment où le vol a été commis.

L'héritier du voleur se trouve dans une situation que rien, il nous semble, ne justifie. Pourquoi ne peut-il jamais usucaper alors même qu'il est de bonne foi? On n'en donne pas une raison juridique en disant qu'il succède aux incapacités de son auteur. Il faut reconnaître que la mesure d'exception dont il est l'objet a sa source dans une simple présomption, celle de l'impossibilité de sa bonne foi. Au lieu de le faire rentrer dans le droit commun, alors qu'il est prouvé qu'il ignore que l'esclave devenue enceinte et mère chez lui est *res furtiva*, les auteurs se contentent d'établir que celui qui aura acquis de bonne foi le part de l'héritier également de bonne foi, pourra en devenir propriétaire par l'effet de l'usucapion.

La dernière phrase du texte d'Ulpien : *Idem et in pecudibus servandum est et in fœtu eorum, quod in partu*, donne lieu à une difficulté. Le droit qu'il vient d'exposer relativement au part de l'esclave est aussi celui qui régit le croît des animaux. Cette assimilation qu'il vient d'établir, Ulpien la détruit aussitôt dans le paragraphe suivant de la même loi 48. *Ex furtivis equis nati, statim ad bonæ fidei emptorem pertinebunt, merito quia in fructu numerantur : at partus ancillæ non numerantur in fructu.*

La contradiction n'est frappante qu'en apparence,

d'après un savant professeur dont nous adoptons l'explication de préférence à celle qui n'arrive à une conciliation qu'en modifiant le texte d'Ulpien en y ajoutant le mot : *non.*

Il y a de commun entre les enfants de l'esclave et les petits des animaux, que pour pouvoir être usucapés les uns et les autres, ils doivent n'avoir pas été conçus *apud furem.* Ils ne s'acquièrent pas de la même manière ; car, ils n'ont point la même nature, au point de vue juridique. Le croît de la bête volée est un fruit. Le part de l'esclave n'est pas un fruit, par ce motif, que c'est une des destinations des animaux domestiques de reproduire, tandis que ce n'est pas celle de l'esclave. Or, le possesseur de bonne foi acquiert les fruits dès qu'ils sont séparés de la chose qui les a produits. Donc, il fera le croît sien dès le moment de sa naissance. Pour ce qui n'est point fruit, comme le part de l'esclave, le possesseur de bonne foi alors même qu'il a été conçu et qu'il est né chez lui, ne le fera pas sien au moment de sa naissance. Il lui faudra pour en devenir propriétaire le secours de l'usucapion.

Le possesseur de bonne foi gagne les fruits. La condition qu'ajoute Ulpien, que le croît ait été conçu et soit né chez le possesseur de bonne foi, constitue une dérogation à ce principe si connu.

Paul est plus logique en ne tenant aucun compte, ni du moment de la conception, ni du moment de la naissance. Ce qui s'applique aux autres fruits s'applique également au croît sans aucune exception : son texte est formel : « *Et ovium fœtus in fructu sunt et ideo ad*

bonæ fidei emptorem pertinent, etiamsi prægnantes venierint vel subreptæ sint (1). Il ajoute personne ne doute qu'on n'acquière le lait quand on le trait, bien que les brebis soient arrivées les mamelles pleines. Il en est de même pour la laine et en général pour tous les fruits qu'on peut retirer des animaux.

CHAPITRE VII.

DE LA COMPLICITÉ EN MATIÈRE DE VOL.

Les lois romaines frappent de la même peine le voleur et ses complices. Il ne reste plus qu'à déterminer en quoi consiste la complicité Malheureusement, il est aussi difficile de le faire au moyen d'une définition qu'au moyen d'une énumération de tous les actes qui peuvent être considérés comme des faits de complicité.

Les *Institutes* commencent par dire que le complice est celui « *cujus ope et consilio furtum factum est.* » Puis sentant le vague d'une semblable définition, les auteurs donnent une série d'exemples. C'est celui, disent-ils, qui fait tomber votre argent pour qu'un autre s'en empare, qui vous arrête pour donner à un autre malfaiteur la possibilité de vous dépouiller, qui met en fuite vos brebis ou vos bœufs, afin qu'à la faveur du désordre le voleur les emmène.

(1) Loi 48, § 2, *In fine, lib.?, D. 1.*

D'après les premiers mots du § 11, il faut avoir concouru au délit *ope*, *consilio*. Fixons-nous sur la signification exacte de ces deux mots. *Ope*, c'est toute assistance matérielle, effective, donnée à l'auteur principal. Les trois exemples fournis par le texte sont des cas de complicité *ope*.

Consilio : Ici se présentent de véritables difficultés suscitées par les acceptions très-nombreuses et très-étendues de ce mot dans la langue latine. Faut-il l'entendre dans le sens d'encouragement, d'exhortation? Si on le prend dans cette acception, on ne peut guère admettre que le *consilium* puisse produire la complicité. Cependant, le texte suivant d'Ulpien fait bien comprendre que la complicité puisse résulter d'un simple *consilium*. « *Qui servo persuasit ut fugeret, fur non est; nec enim qui alicui malum consilium dedit, furtum facit. Sed, si alius ei fugam persuaserit, ut ab alio subripiatur, furti tenebitur is qui persuasit, quasi ope consilio ejus furtum factum sit.* » (Loi 36, pr. D. *h. t.*)

Faut-il prendre le mot *consilium* dans le sens d'instructions, renseignements donnés pour arriver à la perpétration du crime? Il paraît certain qu'Ulpien lui a donné cette signification dans un texte.

Faut-il, enfin, le prendre dans le sens de conscience, de connaissance du but et de la portée de l'acte auquel on coopère.

Nous ne savons si c'est bien ainsi que s'en est servi le jurisconsulte Paul, dans la loi 53, § 2, D. *de verb. sign.* Mais il est indiscutable que le *consilium malignum*, l'in-

tention d'aider à ce que l'on sait être un délit, soit nécessaire pour constituer la complicité.

Certains actes, quoique n'étant pas accomplis dans le but d'assister le voleur ou de faciliter le *furtum*, peuvent donner lieu néanmoins à une répression pénale. Un individu *per lasciviam* a effrayé un troupeau de bœufs au moyen d'un lambeau de pourpre et un autre a profité de cette circonstance pour voler les bestiaux ; assurément, l'auteur de cette mauvaise plaisanterie n'est pas le complice du voleur et ne peut être poursuivi *furti*. Mais, pour obtenir de lui la réparation du dommage causé au propriétaire par le vol, dont il est la cause inconsciente, on accordera contre lui une action *in factum*, qui est une véritable extension de l'action *legis Aquiliæ*.

Une dernière question demeure à résoudre sur la complicité ; c'est celle de savoir si pour être tenu de l'action *furti* en qualité de complice, il faut avoir donné son assistance à l'auteur principal à la fois *ope et consilio*, ou seulement par l'un de ces deux moyens.

La plus rationnelle des deux opinions, est celle dans laquelle on n'admet pas que le simple *consilium* donné au voleur fasse un complice de celui qui l'a fourni : « Certainement celui qui n'a prêté aucune assistance effective, *nullam opem* à la perpétration d'un vol, mais l'a simplement conseillé, a exhorté à le commettre, n'est pas tenu de l'action *furti*. »

APPENDICE.

Du *FURTUM* dans la loi des XII tables.

Dans les quelques lignes que nous avons consacrées comme introduction à l'histoire du *furtum*, nous nous sommes contenté de rappeler les sanctions renfermées dans les législations des peuples antérieurs aux Romains. Nous voulons maintenant jeter un coup d'œil rapide sur la situation faite au voleur par le code primitif de Rome, l'antique loi des XII Tables. La réforme de Justinien n'a pas porté sur ces dispositions déjà tombées en désuétude à l'époque classique. Cette suite à l'étude des éléments du *furtum* peut tenir lieu de préface à la seconde partie de notre travail, celle qui s'occupe des diverses actions données contre le voleur par les monuments du droit Romain dans sa période la plus florissante.

Le *furtum* peut être *manifestum*, *non manifestum*, *conceptum*, *oblatum*, *prohibitum*, *non prohibitum*, *armatum*, *diurnum* ou *nocturnum*.

SECTION I.

Du Furtum manifestum.

Ainsi que l'indique suffisamment l'épithète de *manifestum*, ce genre de vol est le cas du flagrant délit. Gaius

Com. 3, § 184, le dit clairement. C'est d'après lui la condition nécessaire. Plus tard, on admit, afin de créer des causes d'aggravation, des extensions successives à cet inattaquable principe. On n'exige plus que le voleur ait été surpris au moment de la *fraudulosa contrectatio*. On se contente de cette circonstance que le *fur* n'a pas encore quitté le lieu où il a perpétré le délit. Ce n'est plus seulement à l'instant où il fait main basse sur l'or contenu dans le meuble qu'il faut surprendre l'agent, c'est aussi lorsqu'il se trouve encore dans la pièce où était placé le meuble. Jusqu'ici, l'extension n'a rien d'exorbitant. Voici où elle commence à devenir inacceptable. Pourvu, dit Justinien, que je rencontre le voleur nanti de la *res furtiva*, alors qu'il a quitté le théâtre du crime, mais ne l'ayant pas encore déposé à l'endroit dont il veut faire sa cachette, il est *fur manifestus*. « *Quæ sententia non obtinuit,* » ainsi que le dit Gaius de la condition suivante. Celle-ci est plus simple encore et partant plus rigoureuse. On ne s'occupe pas de savoir si le voleur a eu ou non l'intention de recéler la chose, il est *manifestus* dès qu'il est vu en possession de la *res furtiva*. Pareilles rigueurs ne peuvent passer sans critiques. Jamais on n'admettra, et c'est justice, que celui-là soit considéré comme en flagrant délit, qui n'a été vu nanti de l'objet qu'après plusieurs jours, quelquefois des mois et des années écoulés, et peut-être dans une autre province que celle où il s'est rendu coupable de *furtum*.

Quid du cas où le maître, sans avoir surpris le voleur *in ipso actu furandi* et l'avoir arrêté, s'est trouvé en sa

présence un instant après et a éveillé l'attention et demandé du secours par ses cris et ses protestations?

On n'a pas refusé à cette espèce, même à l'époque où prévalait l'opinion plus étroite de Gaius, la qualification de *furtum manifestum.*

Celle qui prévoit le cas où le voleur poursuivi et serré de près par les victimes abandonne pour leur échapper la *res furtiva* ne peut soulever aucune difficulté. L'agent a mené son dessein jusqu'à l'exécution. Tous les caractères du délit sont réunis dans l'action qu'il a commise. Il ne saurait devenir plus favorable par cette considération qu'une circonstance indépendante de sa volonté, le péril, lui a fait perdre le bénéfice de sa mauvaise action.

Lorsque nous avons tenté l'analyse des éléments du *furtum*, nous avons eu à résoudre le point de savoir si l'action *furti* pouvait être exercée par celui que la crainte révérentielle à l'égard du voleur a engagé à garder le silence.

Nous avons à nous demander maintenant si la victime surprenant son ascendant ou son patron *in ipso actu* peut le poursuivre par l'action *furti manifesti*, quand il n'a fait entendre aucune plainte. *A fortiori*, nous décidons avec Ulpien (loi 7, *h. t.*) et Labéon (loi 91) qu'il n'y a pas *furtum manifestum.*

Cujas pensait que l'arrestation du voleur devait être opérée par le propriétaire ou son représentant mandataire ou *negotiorum gestor.* Ce sentiment paraît être erroné, car nous avons vainement cherché les textes sur lesquels le savant commentateur avait pu s'appuyer. Tous ceux que nous avons eus sous les yeux sont exempts de toute

distinction. Disons donc avec Ulpien (lois 5 et 7) que la qualité de la personne auteur de l'arrestation n'influe pas sur la qualification du délit pas plus que le caractère privé ou sacré du lieu où elle a été opérée.

Des peines infligées au *fur manifestus*. La législation Draconnienne avait imprimé son caractère sanglant à celle des Décemvirs. Donnons-en une idée en parcourant les diverses séries de coupables, suivant la division légale des personnes.

Quand le voleur est un homme libre et pubère, il est d'abord *verberatus*, c'est-à-dire battu de verges, et puis *addictus*, donné en addiction à sa victime. Quel était le sort de *l'addictus*? Etait-il réduit à la condition des esclaves ou suivait-il celle de *l'adjudicatus?* On serait tenté d'opter pour la première opinion, quand on se rappelle que les jurisconsultes appelaient le vol *servile vitium*. Ce qui n'est pas controversable, c'est qu'il fut frappé de la *maxima capitis deminutione*.

La première de ces deux sanctions était seule appliquée à l'impubère *doli capax*. Le juge proportionnait la durée et la vigueur de la peine corporelle tant au degré de développement moral du coupable qu'aux circonstances du délit. En outre, il devait réparer le dommage en indemnisant le volé.

Pour l'esclave, la peine était de la vie. Son supplice consistait à être précipité du haut de la roche Tarpéienne après avoir été également *verberatus*.

Sous Justinien, la peine est seulement du quadruple. Le vol commis pendant la nuit est l'objet des dernières

rigueurs. On peut tuer le voleur, même quand il n'est pas armé et qu'il n'oppose aucune résistance.

En fait, l'impunité était peut-être assurée au meurtrier; mais voici cependant ce que nous lisons dans la loi 4, au D. § 1, *ad legem aquiliam*: « *Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit ut tamen id ipsum cum clamore testificetur.* »

Cette garantie paraît bien peu sérieuse.

La suite du texte s'occupe du *furtum diurnum*: « *Interdiu autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat; ut tamen æque cum clamore testificetur.* »

Le vol commis de jour ne donne pas à la victime le droit de tuer le voleur alors même qu'il serait armé. S'il fait usage de ses armes, on fait application de la règle précédente. Il est permis d'ôter la vie au voleur sous la condition, comme tout à l'heure, d'une préalable *testificatio*.

SECTION II.

Du furtum non manifestum.

Toutes les fois que le voleur n'est pas pris *in ipso actu furandi*, en flagrant délit, il y a lieu à l'action *furti non manifesti*,

On a peine à en croire les textes qui attestent la différence que faisaient les lois romaines primitives au point de vue de la pénalité encourue entre le *fur manifestus* et le *fur non manifestus*. Tandis que dans le premier

cas, toutes les sévérités légales sont employées, qu'on ne recule pas même devant la peine capitale, nous voyons disparaître dans le second jusqu'au caractère de criminalité. L'agent n'est condamné qu'*in duplum*, c'est-à-dire à une réparation pécuniaire. Cette grossière erreur, avant d'être critiquée par l'auteur de l'*Esprit des lois*, l'avait été déjà par Labéon, dont Aulu-Gelle nous a conservé la sévère appréciation. Quelle raison a pu légitimer, aux yeux d'hommes supérieurs comme les anciens jurisconsultes, une disproportion aussi inique? (Un célèbre criminaliste ne craint pas de l'appeler absurde).

Une seule considération puisée dans l'histoire peut, sinon la légitimer, du moins l'atténuer.

Quand les Décemvirs furent chargés par leurs concitoyens de leur donner des lois, dont l'agrandissement rapide de Rome rendait chaque jour le besoin plus impérieux, ces magistrats envoyèrent des commissaires dans les pays célèbres par leurs Codes, avec mission d'en rapporter ce qui pourrait s'adapter au caractère des Romains et à leur constitution politique. Les députés de ce peuple guerrier durent être frappés de cette disposition des lois de Lycurgue, encourageant le vol comme développant la ruse et l'audace. La similitude des mœurs et des tendances chez les Lacédémoniens et les Romains dut rendre commune aux deux peuples cette immorale législation. Sans doute, aux premiers pas que fit la cité de Romulus vers la civilisation, elle dut rejeter une loi aussi barbare. Mais n'est-ce pas une trace de son passage dans la constitution de Rome, que cette différence injustifiable logiquement entre les peines du *furtum manifes-*

tum et celles du *furtum* ordinaire? Telle était l'opinion de Montesquieu.

On a dit encore : à l'origine de toutes les sociétés, dans la première période de leur existence, tant que la force est la loi suprême, la notion du droit supérieur de punir prend la forme brutale de la vengeance. Le crime, au lieu d'éveiller l'idée d'infraction, de violation de la loi morale, ne représente qu'un dommage causé, une injure privée dont la réparation n'est due qu'à celui qui en a souffert. Et cette notion du dommage est encore supérieure à celle de la vengeance. Il est certain que les premiers monuments législatifs, non-seulement chez le peuple Franc, par exemple, mais chez tous les peuples, attestent l'exactitude de cette assertion par la mise en vigueur du système des *compositions*. Ce que nous voyons dans la loi des XII Tables pour le *furtum manifestum* est l'application pure et simple de l'idée de vengeance légitime. Or, ceci admis, on ne peut trouver extraordinaire de voir tolérer que la victime du vol en tue l'auteur. La différence de la législation sur le *furtum non manifestum* est le premier symptôme d'adoucissement, de civilisation. L'idée de vengeance fait place à celle de dommage causé. Le genre de peine infligé au *fur manifestus* pubère va nous fournir une occasion de développer encore cette idée. Nous le savons, le coupable est d'abord *addictus*, puis *verberatus*. Le fait de donner en addiction à la victime du vol l'auteur de ce vol n'est pas une inspiration de l'idée de réparation, car ce ne sera pas un esclave bien zélé, ni bien dévoué, que celui qui devra servir sa victime. Il sera plutôt une gêne qu'un auxiliaire. C'est la pensée

de venger le volé qui a présidé à la rédaction de cette disposition. L'*addictio* constitue auprès de la *verberatio* la peine principale, puisqu'elle peut être perpétuelle, et que d'ailleurs l'esclavage est l'absence de tous les droits et la plus misérable des conditions.

La *verberatio* est un châtiment infamant, je le veux bien, mais passager. A quoi attribuer ce fait que la peine sociale ne soit que l'accessoire de la peine particulière, si ce n'est à la prédominance de l'idée de vengeance chez tous les peuples encore barbares? Le fait de tuer le voleur pris en flagrant délit pendant la nuit, sous l'empire de ces croyances primitives, paraissait trop naturel, trop légitime même pour qu'il ne fût pas toléré. Dans le cas du *furtum non manifestum*, c'est la notion de l'injure privée, du dommage qui a prévalu. C'est ainsi que deux théories différentes, filles d'époques différentes, se sont conservées dans la même matière législative.

Plus tard, la vindicte publique, c'est-à-dire la société gardienne de la loi morale éternelle substituera au droit sanguinaire de la vengeance, au droit grossier de la réparation matérielle, celui de la morale violée. Elle parviendra à la connaissance du droit de punir en vertu d'une raison supérieure, et alors la peine infligée au nom du corps social ne sera plus accessoire comme la *verberatio*. L'offense au bien primera l'offense faite à l'individu. A cette heure de l'histoire de toute nation, on verra apparaître, comme dans le Droit romain, le *crimen extraordinarium*, l'accusation publique. Quoi qu'il en soit, c'est cette opinion que nous croyons, sinon exacte, du moins la plus probable.

Un auteur allemand professe une autre doctrine. D'après lui, le législateur, en remplaçant les vengeances particulières par des peines, ne pouvait qu'édicter une peine plus forte, là où les représailles eussent été plus impitoyables. Cette doctrine n'explique que la sévérité des lois sur le *furtum manifestum*, mais non pas la différence entre la peine du *furtum manifestum* et celle du *furtum non manifestum*. Nous la rejetons.

Nous rejetons de même celle qui consiste à prétendre que le législateur des XII Tables a voulu punir le voleur de s'être laissé surprendre.

Nous rejetons encore l'opinion de Cujas qui pense que la raison de la disposition se trouve dans le désir de la loi d'accorder une protection plus efficace au maître qui, grâce à sa diligence et à sa prudence toujours en éveil, a pu surprendre le voleur en flagrant délit. Cette opinion ne mérite pas d'être discutée.

En développant celle que nous présentons, nous avons parlé du *crimen extraordinarium*. Un texte d'Ulpien, loi 92, *eod. tit.*, confirme notre théorie sur la marche des idées et leurs développements successifs dans les législations. *Meminisse oportebit nunc furti plerumque criminaliter agi, et eum qui agit in crimen subscribere, non ideo tamen minus, si qui velit, poterit civiliter agere.*

Mais ce fragment renferme mieux que la confirmation de nos idées, il démontre la faculté accordée à la partie lésée d'agir par l'action privée *furti*, ou par l'action publique le *crimen extraordinarium*. Dans toutes les espèces de vol, ce choix est laissé à la victime. Peu à peu, l'action publique, l'action criminelle, comme nous disons

aujourd'hui, finit par devenir d'un usage général. L'idée de justice prime l'idée de réparation

SECTION III.

Du Furtum conceptum.

L'expression de *furtum conceptum* est impropre dans le sens juridique. Il serait plus exact de dire : *Du furtum* qui donne lieu à l'action *furti concepti*. Cette remarque s'applique pareillement au *furtum oblatum*, *exhibitum* et *non exhibitum*.

La personne chez laquelle une perquisition fait découvrir en présence de témoins une *res furtiva* est tenue de l'action *furti concepti*, alors même qu'elle est absolument étrangère au *furtum*. — « *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem, testibus præsentibus, furtiva res quæsita et inventa est, nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quæ appellatur concepti.* » (Gaius III, 186).

Cette perquisition se faisait de deux manières, avec ou sans appareil. Quand le maître de la maison consentait à ce qu'une perquisition fût opérée dans son domicile, le volé, en présence de témoins, *præsentibus testibus*, se livrait aux investigations qu'il croyait nécessaires pour amener la découverte de la *res furtiva*. Quand il y parvenait, le recéleur était frappé par la loi des XII Tables, d'une condamnation au triple de la valeur de l'objet.

Si le maître de la maison résiste, en l'absence de toute disposition des XII Tables, contre cette résistance on recourait à un cérémonial dont les auteurs anciens nous racontent les détails bizarres, et qu'ils nomment *conceptio per lancem et licium.* Gaius : « *Edictum prætoris hoc solum præcipit, est qui quærere velit, nudus quærat, linteo ninctus, lancem habens* « *Quare lex tota ridicula est,* » ajoute l'auteur :

L'obligation de se présenter nu, avait été imposée, sans doute, afin que le volé ne pût pas, dans le but de nuire au maître de la maison, porter sous ses vêtements la *res furtiva* et faire accroire ensuite qu'il l'y a découverte. La ceinture était destinée à cacher les parties honteuses. Quant au plat, on se demande quelle pouvait bien en être l'utilité ? Etait-ce pour que les mains du chercheur fussent occupées ou pour qu'on y plaçât la *res furtiva* après l'avoir trouvée ?

Le *herus*, le maître de la maison, ne pouvait en refuser l'entrée à quiconque se présentait à sa porte, dans ces conditions étranges. L'auteur de la perquisition, après avoir pris les dieux à témoin qu'il agissait avec la conviction que la *res furtiva* se trouvait dans la maison, y pénétrait. Le propriétaire devait non-seulement lui ouvrir tous les appartements, même les plus secrets, mais encore le seconder de tout son pouvoir dans cette visite domiciliaire.

La découverte de la *res furtiva* par la *conceptio per lancem et licium* entraînait pour le maître de la maison l'application des peines édictées contre le *fur manifestus.*

SECTION IV.

Du Furtum oblatum.

Pour se soustraire à la perquisition qui pourrait être faite chez lui, le recéleur la porte chez moi. Il évitera ainsi l'action *furti concepti*, dont je serai tenu à sa place. La loi des XII Tables remédie à cette fraude en donnant à celui *apud quem res furtiva concepta est*, contre le vrai recéleur une action appelée *furti oblati*. Quoi qu'en puisse dire Cujas, celui qui a remis la chose ignorant qu'elle était *furtiva*, et dans une autre pensée que celle de la faire découvrir chez autrui, celui-là, disons-nous, est à l'abri de l'action *furti oblati*.

Le vrai recéleur n'est pas un voleur quoiqu'on intente contre lui notre action *furti oblati*. Mais il est insoutenable que *etiam ignorantem furti obligari*. Cujas donnait la même décision touchant le *furtum conceptum*. Si j'ignore que la chose qu'on vient rechercher chez moi est le produit d'un vol, si je n'ai aucune *scientia rei furtivæ* ne commettra-t-on pas une criante injustice en m'infligeant la peine du triple portée par loi des XII Tables?

SECTION V.

Du Furtum prohibitum.

Que le propriétaire s'oppose à ce qu'on se livre chez lui à une perquisition simple, c'est-à-dire, seulement en

présence de témoins, il est libre dans son refus et aucun texte ne le contraint à déférer au désir qui lui est exprimé. Mais, qu'il s'oppose à la perquisition solennellement ridicule qne nous savons, et le prêteur donnera contre lui l'action *furti prohibiti*.

Elle entraînerait pour le maître de la maison une condamnation *in quadruplum*.

SECTION VI.

Du Furtum non exhibitum.

Les Institutes de Justinien parlent encore sans déterminer le taux de la condamnation d'une action *furti non exhibiti*. Elle était donnée par le prêteur, contre ceux qui, nantis de la *res furtiva*, ne l'ont pas restituée à la première réquisition.

L'abrogation de la *conceptio per lancem et licium* contenue dans la loi *Æbutia* atteignit implicitement ces diverses actions, il ne demeura plus dans le Droit Romain que deux actions : l'action *furti manifesti*, restreinte au cas de flagrant délit, et l'action *furti non manifesti*.

CHAPITRE VI.

DES ACTIONS QUI NAISSENT DU *FURTUM*.

La division des actions pénales nées du vol en action privée et publique est la *summa divisio* de ces actions; d'un côté les actions tendant à une condamnation pécu-

niaire, de l'autre l'action publique, le *crimen extraordinarium* qui, d'après Ulpien, tend à remplacer l'action pénale privée.

Il est des *actions furtivæ*, si l'on peut ainsi parler, une division plus pratique.

Elles sont ou pénales ou persécutoires de la chose. Les actions pénales sont l'action *furti* et le *crimen extraordinarium*.

Les actions *rei persecutoriæ* n'ont pas pour but la répression du délit, mais la reprise de la *res furtiva*, comme la *rei vindicatio*, l'action *ad exhibendum* et la *condictio furtiva*. Les deux premières ne sont pas spéciales au vol. La dernière, elle-même, est en droit romain l'action personnelle appliquée ici au *furtum* d'une manière spéciale.

Elle ne peuvent donc nous offrir auprès de l'action *furti* qu'un intérêt secondaire. Toutefois, nous en dirons un mot dans le cas où elles se rattachent à notre matière.

SECTION I.

De l'action furti.

Quelle est la nature de cette action? On l'a appelée civile, sans doute, parce qu'elle dérive de la loi des XII Tables, dont la plupart des dispositions s'appliquaient au droit civil, plutôt que pour la distinguer de l'action publique, du *crimen extraordinarium*, qui lui est de beaucoup postérieure. La dénomination de criminelle lui conviendrait mieux, puisque à l'origine elle pouvait aboutir pour

le voleur aux peines les plus terribles, à l'esclavage, à l'infamie, et même à la mort.

La réforme qui l'atteignit commença par le cas du *furtum manifestum*, où la pénalité pécuniaire indique par sa substitution au droit de la vengeance qu'une amélioration s'est réalisée dans les mœurs de la cité. Cet adoucissement se poursuit par l'extension donnée au principe de réparation. Le prêteur, le grand réformateur à Rome, abroge les sévérités qui menaçent le *fur manifestus*, et ne le soumet plus qu'à l'action *furti in quadruplum*. — « *Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius prætoris jurisdictione profiscicatur, perpetuo datur: et merito, cum tantum pro capitali pœna pecuniario constituta sit* (Gaius 111, Com. IV). Quoique en général les actions provenant de l'initiative du prêteur fussent données *plerumque intra annum*, on avait pour celles-ci, comme pour certaines espèces de *bonorum possessiones*, accordé la perpétuité. La juste raison qu'on avait alléguée de cette exception approuvée par Gaius, c'est que le prêteur avait corrigé la rigueur du droit civil.

§ I.

Quel est le quantum de l'action furti ?

Elle peut être donnée au double, au triple ou au quadruple. Tous les genres d'actions autres que le *furtum manifestum et non manifestum in desuetudinem abierunt* par suite de l'abrogation de la perquisition par *lancem* et

licium contenue dans la loi *Æbutia*. Dès lors la condamnation *in triplicem* prononcée contre le *furtum conceptum* et *oblatum* disparut conséquemment ; et le droit de Justinien n'édicte plus que le quadruple dans l'action *furti manifesti* et le *duplum* dans l'action *furti non manifesti*.

Quand l'action est ainsi donnée par le prêteur au double ou au quadruple, quelle est la quantité à multiplier par deux ou par quatre ? Sur ce point délicat, recueillons les opinions en consultant les textes :

Ulpien, loi 50 : « *In furti actione non quod interest quadruplabitur aut duplabitur, sed rei verum pretium. Sed, et si res rebus humanis esse desierit cum judicatnr, nihilominus condemnatio facienda est. Itemque et si nunc deterior sit, æstimatione relatâ in id tempus quo furtum factum est. Quod si pretiosior facta sit, ejus duplum quanti tunc cum pretiosor facta sit fuerit, æstimabitur, quia et tunc furtum ejus factum esse verius est.* »

La base du calcul, d'après ce texte, ne sera pas l'intérêt qu'avait le propriétaire à conserver la *res furtiva*, mais sa valeur réelle, vénale, son *verum pretium*. En sorte que, si la chose n'existe plus commercialement parlant, « *nihilominus condemnatio facienda est.* » A quel moment doit-on se placer pour estimer le *verum pretium ?* Si depuis le vol la chose a diminué de valeur, nous l'apprécierons au moment où le *furtum* a été commis, si elle a augmenté, nous prendrons le prix le plus élevé qu'elle a eu dans l'intervalle ; car, la *contrectatio est assidua ;* le vol est un délit successif.

On arriverait vite à de grossières erreurs, si l'on voulait pousser jusqu'à ses dernières conséquences le prin-

cipe que pose Ulpien, relativement au *verum pretium*. Ulpien, bientôt après, montre dans le texte même de la loi 27 en quel sens il faut l'entendre :

« *Qui tabulas vel cautiones amovet, furti tenetur* NON TANTUM PRETII IPSARUM TABULARUM, *verum ejus quod interfuit : quod ad æstimationem refertur ejus summæ quæ in his tabulis continetur : Scilicet si tanti interfuit, utputa si chirographa aureorum decem tabulæ fuerint, dicimus hoc duplicari.*

Evidemment, il serait absurde de ne compter ici comme *simplum*, que l'insignifiante valeur du papyrus ou de la cire sur lesquels le *chirographum* est écrit. Non; si vous me volez l'acte qui constate qu'il m'est dû dix sous d'or, vous m'en paierez vingt.

Avant de reproduire la conciliation de ces deux textes, examinons encore qu'elle ne traite pas directement du point qui nous occupe actuellement, l'espèce très-ingénieuse et très-intéressante de la fin du texte.

Je suis volé d'un chirographum de dix sous d'or, qui m'ont déjà été payés. Les *tabulæ* sont *inanes*. Elles n'ont point de valeur, je n'ai partant pas d'intérêt et pas d'action. Et bien, j'ai cependant un intérêt. Le jour où mon débiteur me demandera après sa libération effectuée, la preuve de sa dette, et que je ne pourrai pas la lui donner, je serai exposé de sa part à une action en répétition de l'indû. Cet intérêt suffit pour devenir la base de l'action *furti*.

Recherchons donc d'une manière générale la pensée d'Ulpien, quand il a formulé la règle de la loi 50, sauf à appuyer d'exemples notre opinion. Tout d'abord, la

loi 50 a en vue de déterminer les variations de valeur et non pas le calcul du *simplum*. Ulpien raisonne dans l'hypothèse où la valeur vénale de l'objet est précisément égale à l'intérêt qu'a le propriétaire à ne point la perdre, mais où un changement dans la valeur vient détruire cette égalité. La loi s'explique ainsi : Quand la chose est détruite ou diminuée vénalement au moment du jugement, le propriétaire n'en peut recevoir moins que le *verum pretium*, bien que son intérêt soit moindre. La somme sera plus forte si la valeur a augmenté.

« *Si tibi subreptum est, quod nisi certa die dedisses, pœnam promisisti, ideoque sufferre eam necesse fuit; furti actione hoc quoque æstimabitur.* » Je me suis engagé sous la garantie d'une clause pénale à livrer un objet aux ides de mars. Avant cette époque, la chose m'est volée ; je paie le montant de la *pœna*, mais il entrera en ligne dans le calcul du *simplum*, « *hoc quoque æstimabitur.* »

Serait-il juste qu'on ne calculât comme base de la condamnation que la valeur vénale de l'esclave volé à Titius, alors que cet esclave vient d'être institué héritier ou de recueillir un legs ? Non, et dans ce cas on ajoutera au *verum pretium* de l'esclave la valeur de l'hérédité ou du legs.

Les difficultés qui se sont présentées dans les diverses hypothèses où le volé est en même temps le propriétaire de la *res furtiva*, nous ne les rencontrerons pas dans les espèces où la victime du vol n'est pas propriétaire. Ici, en effet, il n'y aura pas lieu d'estimer la chose, mais seulement d'évaluer en argent l'intérêt

qu'avait le volé à ne point perdre le droit quelconque qu'il avait sur la chose.

Néanmoins, si le volé est un créancier gagiste, la condamnation pourra varier avec la base du calcul. Le voleur est le débiteur lui-même. Suivant que le *furtum* est ou non manifeste, le créancier obtiendra le *duplum* ou le *quadruplum*. La solvabilité du débiteur est indifférente, un gage est encore plus sûr que la fortune si grande qu'elle soit du débiteur. De plus, la somme reçue par le créancier à titre de peine ne sera pas imputée par lui sur le montant de la créance. « *Id quod pœnæ nomine a debitore exactum est, lucro debet cedere creditoris.* » (Mod. D., 46, 3, 74).

Le vol a été commis par un tiers. Ou le volé est en faute, ou il n'a rien à se reprocher.

Il est en faute. Les lois 13 (præ) et 87 donnent au débiteur deux actions entre lesquelles il peut choisir. Il répondra à l'action en paiement en opposant la compensation et, si la valeur de l'objet engagé est supérieure à la somme due, il exigera la différence. Il lui est loisible encore de prendre les devants, et une fois sa dette payée, de poursuivre le créancier par l'action directe du gage. A son tour, le créancier, au nom de l'intérêt qu'il a à la conservation du *pignus*, pourra actionner le voleur *in summam pignoris* (loi 87).

Le créancier n'est pas en faute. Dans l'intérêt de la conservation non plus du gage, mais de la créance il poursuivra le débiteur *in summam debiti*. Que si le gage représente une valeur supérieure à celle de la créance, celui-ci agira *in residuum* (l. 14, § 6 ; l. 46, § 4).

Toutes les fois que le vol est commis par un tiers, le créancier gagiste imputera sur sa créance ce qu'il a reçu du voleur et le demandera en moins à son débiteur. De même, il peut rendre directement au débiteur ce qu'il a obtenu et l'actionner ensuite *in totum*.

La loi 15 au Dig. s'occupe ensuite du cas du commodataire qui présentait quelque difficulté à l'égard de la règle précédente, difficultés tranchées par Justinien au code, loi 22 *De furt. et serv. conc.*, dans le sens de l'exception à cette règle. Le commodataire qui par l'action *furti* a obtenu quelque chose du voleur désormais ne sera pas tenu de le restituer au propriétaire.

§ II.

Qui peut exercer l'action furti ?

La qualité de la personne relativement à la chose volée *nullius est momenti* quand il s'agit de donner ou de refuser l'action *furti*. L'intérêt qu'on peut avoir à l'exercer est seul pris en considération. « *Furti autem actio ei competit cujus, interest rem salvam esse, licet dominus non sit.* » Gaius marque très bien ensuite que le propriétaire a l'action non pas comme propriétaire, mais en tant qu'il est intéressé à ce que la chose ne périsse pas. Justinien en donne un exemple. Vous avez donné de l'étoffe à un tailleur qui doit, moyennant un prix convenu, vous en confectionner un vêtement. Avant l'époque de la livraison, l'étoffe est dérobée. Le *sarcinator* seul aura l'action

furti, parce que vous n'avez, vous, aucun intérêt à son exercice. Les lois 10 et 14, § 16 au Digeste confirment ces principes.

Cette condition d'un intérêt n'est pas la seule. L'intérêt doit être légitime. « *Is cujus interest, furti habet actionem*, SI HONESTA CAUSA INTEREST (Paul, loi 11).

« *Nemo de improbitate suâ consequitur actionem.* » Ce principe posé par Ulpien au § 1er de la loi 12 va nous fournir la solution de l'espèce posée par Pomponius (loi 76, § 1). Un voleur est dépouillé par un autre de la *res furtiva*le; *dominus* peut *agere furti cum posteriore fure*; *fur prior non potest.* Cette décision est exacte bien que le premier voleur soit intéressé à la conservation de la chose, car le *dominus* peut agir contre lui *condictione*, afin d'obtenir la restitution de la *res furtiva.*

Il n'existe qu'un seul cas dans lequel le *fur* peut agir *furti*: c'est celui de la loi 48 au Dig., § 4.

Si ego tibi poliendum vestimentum locavero, tu vero inscio aut invito me commodaveris Titio, et Titio furtum factum siit; et tibi competit furti actio, quia custodia rei ad te pertinet; et mihi adversus te, quia non debueras rem commodare et id faciendo furtum admiseris; ita erit casus quo fur furti agere possit. »

J'ai donné mon habit à un foulon *ad poliendum*; il le prête à Titius entre les mains duquel il est volé, le foulon aura l'action *furti* contre le voleur, parce que je lui avais confié la garde de ma chose, et je l'aurai moi-même contre le foulon parce qu'en la prêtant contre mon gré, il s'est rendu coupable de *furtum.* Cette exception est remarquable.

Une autre condition également indispensable c'est que

le dommage ait été éprouvé ; et ici il y a lieu de distinguer entre le bénéfice qu'on a été, par le vol, empêché de faire et la perte qu'il a entraînée. Celui qui possède *pro hœrede* vient-il à être dépouillé de la chose qu'il détient, il n'y aura pas lieu de lui accorder l'action *furti* parce qu'il n'éprouve pas un dommage. C'est un *lucrum cessans*, un bénéfice qui cesse pour lui. Sa situation d'être *in causa usucapiendi* ne lui donne pas un intérêt suffisant pour motiver l'exercice de l'action.

Sous la réserve des cas où il n'y aurait point d'intérêt, le propriétaire peut exercer l'action *furti*. Il en est de même de tous ceux qui ont sur la *res furtiva* un droit de possession. Nous avons vu même qu'elle compétait au créancier hypothécaire, qui n'a ni la propriété, ni la possession de la chose hypothéquée.

Peuvent l'intenter encore, ceux qui à un titre quelconque détiennent la chose, pourvu que ce soit par la volonté du *dominus*.

Idque et in statuliberis et in legato sub conditione relicto probatur (Pap., l. 80, § 1). Le légataire sous condition peut poursuivre *furti* le voleur. La raison d'être de l'action consiste ici dans l'intérêt qu'a le légataire sous condition de conserver la chose jusqu'à l'événement de la condition. *Sed et bonæ fidei emptor, subrepta re quam emerit, quamvis dominus non sit, omnimodo competit furti actio, quemadmodum et creditori.* Quand la chose acquise par un acheteur de bonne foi lui a été volée, même avant le paiement du prix, mais après la tradition, il pourra exercer l'action *furti*.

La loi 12, § 2 au Digeste, règle les droits du créancier gagiste.

Dans le cas où le *pignus* lui est volé, il pourra intenter l'action *furti* sans qu'il y ait lieu de distinguer si le *fur* est un étranger ou le débiteur lui-même, ou si le débiteur est solvable ou indigent. Le législateur ne s'arrête pas à cette objection que le créancier n'a pas la chose *in bonis*. Si c'est un tiers qui a commis le vol, l'action *furti* appartiendra et au créancier et au débiteur gagiste : *Quia utriusque interest.*

La loi 14, § 2, sanctionne les droits du locataire : *Preterea habent furti actionem coloni, quamvis domini non sint; quia interest eorum.*

Le bailleur est armé contre le preneur de l'action *locati*, au moyen de laquelle il poursuivra la restitution de la chose comprise dans le bail. On sait d'ailleurs que le locataire répond de sa faute. C'est en définitive sur lui que retomberait à la fin du bail la perte de la chose; aussi peut-il agir de lui-même. Si, quoique responsable en principe, le locataire établit qu'en l'espèce, il n'y a point de négligence à lui reprocher, c'est le propriétaire qui doit supporter le dommage, c'est donc à lui qu'appartiendra l'action. Elle lui appartiendrait encore si, quoique en faute, le locataire est insolvable. Le bailleur exposé à la perte doit avoir le droit de se protéger contre elle, car il ne pourrait l'éviter en essayant au moyen de l'action *locati* de se faire indemniser par un preneur sans ressources.

Quid du vol des fruits produits par le fonds affermé ? *Frugibus ex fundo subreptis, tam colonus quam dominus*

furti agere possit, quia utriusque interest rem persequi (l. 82, § 1). En effet, c'est par la vente des fruits ou avec ces fruits eux-mêmes que le fermier paie les arrérages, et pour le *dominus*, ils constituent son gage. Or, *plus cautionis est in re quam in personâ.* Alors même que les fruits ne fussent pas encore détachés du sol au moment du *furtum*, le droit du fermier n'en existe pas moins. Car le voleur lui en donnait la propriété à mesure qu'il les cueillait.

Il peut arriver que le propriétaire seul soit admis au bénéfice de l'action *furti* à l'exclusion du locataire. C'est premièrement dans l'hypothèse où le fermier est lui-même l'auteur du *furtum.* Les fruits étant le gage affecté au paiement des fermages, le fermier se rend coupable de vol s'il les enlève clandestinement. Du principe que, par la seule volonté du propriétaire, le colon fait les fruits siens par la perception, il suit que le fait de vendre à un tiers qui les enlève les fruits encore pendants par branches et par racines constitue un vol.

Les fruits en cet état appartiennent au *dominus*, et le fermier ne les ayant jamais touchés, ils n'ont jamais été siens. L'acheteur les a cueillis en son nom personnel avec la volonté de les posséder *animo domini. Le fur est* et il est soumis aux conséquences de son *furtum* (l. 61, § 6).

Le précariste jouit-il des mêmes droits que le *colonus?* C'est répondre à cette question que d'étudier la situation légale du précariste, afin de connaître quelle est sa responsabilité. En d'autres termes, la question sera résolue suivant qu'il sera ou non responsable de la perte de la *res furtiva.* Entre le concédant et le précariste, il n'était donné

dans le premier état du droit que l'interdit *de precario*. Encore ne pouvait-il être exercé que tant que le précariste possédait la chose ou qu'il l'avait perdue par suite de son dol. N'en ayant aucun à s'imputer dans le cas où une des choses livrées par son contrat lui avait été dérobée, il était protégé contre l'interdit. Irresponsable à l'égard du concédant, il ne pouvait jamais supporter la perte de la chose, et dès lors l'action *furti* ne lui compétait pas. Supposons que l'interdit a été accordé par le Prêteur antérieurement au vol, alors que le colon était nanti de la chose, et la solution contraire sera la vraie (l. 14, § 2).

Plus tard, quand, ainsi que le dit la loi 2, § 2, D. (*de Precario*), l'action *præscriptis verbis quæ ex bona fide oritur* eut été instituée à la place de l'interdit *de precario*, la situation respective du concédant et du précariste ne fut nullement modifiée, et les principes que nous venons d'indiquer demeurèrent en vigueur.

Un cas analogue à celui du locataire est indiqué au § 15, des Institutes. *Item si fullo polienda curandave, aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit, ea que furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus; quia domini nihil interest eam rem non perire, cum judicio locati a fullone aut sarcinatore rem suam persequi potest.*

Le propriétaire mis à l'abri de toute éventualité de perte par la solvabilité entière du foulon ou du tailleur n'a point d'intérêt. Seul, le foulon ou le tailleur pourra intenter l'action. Mais s'ils sont insolvables totalement ou partiellement, comme en définitive il y aurait perte pour le propriétaire celui-ci pourra agir *furti* directement, contre le voleur.

L'ancien Droit avait encore un cas pareil, celui du

commodataire; mais sur ce point, Justinien a innové de la manière suivante : Deux actions sont ouvertes au commodant, l'action *commodati directa* contre le commodataire, par laquelle il exigera la *res commodata* et l'action *furti* contre le voleur. Seulement, une fois qu'il s'est décidé pour l'une, le *dominus* a perdu tout droit d'intenter l'autre. S'il s'en prend directement au voleur, le commodataire est complétement et définitivement libéré à son égard. Si, au contraire, il attaque le commodataire, l'action *furti* passe du propriétaire à celui-ci. Voilà le principe, voyons les restrictions.

Quand le *commodator* a intenté l'action *commodati*, il ignorait qu'un vol eût été commis chez le commodataire, ou n'en était pas sûr. Rien ne s'oppose à ce que dès qu'il aura acquis la certitude de la perpétration d'un vol, il abandonne son procès commencé avec le commodataire, pour diriger ses poursuites contre le voleur. Une seule circonstance lui ferait perdre son droit à l'option; c'est le fait d'avoir été désintéressé par le commodataire, car il opérerait la libération du voleur à l'égard du *dominus*, du *dominus* seulement; si celui-ci, en effet, n'a plus d'intérêt, le commodataire en a un depuis qu'il a indemnisé le propriétaire. De même les poursuites exercées contre le voleur du chef du *dominus* lui font perdre tout droit à l'action *commodati* dans tous les cas, sans en excepter celui où le commodataire serait totalement insolvable.

La nature même du dépôt qui est un service gratuit rendu par le dépositaire au déposant, exclut la pensée d'un recours du déposant contre le dépositaire. Ce dernier, en effet, ne s'oblige que par son dol. Hors cette hypothèse

du dol, le déposant ne dispose d'aucune action à l'encontre du dépositaire. Le dépositaire pourrait-il, au moins lui-même, actionner le voleur ? La négative est certaine : « *Nemo de improbitate sua consequitur actionem* »

Ce que nous venons de dire concerne le dépôt tel qu'il est organisé par les lois romaines. Il y peut être dérogé par l'obligation plus étroite que s'impose le dépositaire de répondre de sa faute, vis-à-vis du déposant. Le dol qui l'empêchait de poursuivre le voleur dans l'espèce précédente ne se retrouvant pas dans celle-ci, l'intérêt qu'il a à la conservation de la chose lui confie l'action *furti*, à condition qu'il soit solvable. Au moyen de l'action *pigneratitia*, le propriétaire sera rendu indemne.

Lorsque la chose dérobée était soumise à l'usufruit, l'action *furti* compètera et au nu propriétaire et à l'usufruitier. « *Si servus fructuarius subreptus est, uterque et qui fruebatur et dominus, actionem furti habet. Dividetur igitur actio inter dominum et fructuarium : fructuarius aget de fructibus, vel quanti interfuit ejus furtum non esse; proprietarius vero aget q od interfuit ejus proprietatem non esse substractam.* » Il y a deux intérêts, il doit y avoir et il y a, en effet, deux actions. Chacun agit dans la limite de l'intérêt qu'il avait à ce que le vol ne fût pas commis. Le juge appréciera quelle somme représente, pour chacun d'eux, le délit dont ils ont souffert.

L'intérêt engendre toujours une action, nous l'avons souvent répété, même à l'égard du non-propriétaire, à la condition cependant qu'il soit en rapport direct, immédiat, avec la chose qu'il détient, du consentement ou par le désir de celui à qui elle appartient. Quelques exemples éclairciront ce point.

Dans la rigueur des principes de l'ancien droit, le vendeur seul, tant qu'il demeurait nanti de la chose vendue, avait l'action *furti*. Il la cédait à son acheteur, ainsi que toutes les autres actions *persécutoires de la chose*. Jusqu'à cette cession formelle, l'acheteur en était privé. Plus tard, on admit qu'indépendamment de toute cession le vendeur et l'acheteur pourrraient, cumulativement, exercer l'action *furti* : « *Si res vendita ante traditionem subrepta sit, emptor et venditor furti agere possunt, utriusque enim interest rem tradi vel tradere.* » (Paul Sent. lib. II, tit. 31, 17.) Cette solution a été contestée. De bons auteurs affirment qu'elle n'avait pas prévalu, parce que l'acheteur est étranger à la fois à la propriété et à la possession.

L'action *furti* n'appartient ni au tuteur ni au curateur, bien qu'ils soient responsables du vol, ni à celui qui administre *pro tutore*, ni au fidéjusseur *pro colono*, quel que soit son intérêt à ce que celui qu'il a cautionné ne perde rien, ni à ceux qui sont créanciers *ex causa testamenti, stipulationis, venditionis*, ni au fidéjusseur du débiteur, ni à la femme mariée, ni enfin au créancier chirographaire.

Terminons cet article par une espèce très-curieuse que nous trouvons dans Ulpien, loi 14, § 6. Une chose donnée en gage a été l'objet de deux vols successifs. Après le premier *furtum*, l'action *furti* a procuré au créancier le montant intégral de sa créance. Peut-il intenter de nouveau l'action *furti* après le second *furtum?* — Non. « *Quià desinit ejus interesse, cùm semel sit consecutus.* » Il n'a plus d'intérêt, il n'a plus d'action. Cependant, il

pourrait avoir un intérêt et partant l'action pour la seconde fois, dans l'hypothèse où le dernier *furtum* lui serait imputable, par suite de sa négligence. Alors, en effet, il serait exposé à l'action *pigneratitia* et le préjudice qui en résulterait lui rendrait l'action *furti*.

Cette action est transmissible aux héritiers de celui à qui elle appartenait (Inst. § 1, *de perp. et temp. act.*)

§ III.

Contre qui l'action furti est-elle donnée?

Après avoir étudié quelles sont les personnes qui peuvent mettre en jeu l'action de vol, recherchons quelles sont celles qui y sont soumises.

Activement, l'*actio furti*, nous venons de le dire, est transmissible aux héritiers; l'est-elle encore passivement?

Paul, dans la loi 20, Dig. *de pœnis*, Ulpien, dans la loi 1 *præ*, Dig., *de privatis delectis*, répondent à cette question :

Voici les deux textes : « *Si pœna alicui irrogatur, receptum est commentitio jure, ne ad hæredes transeat : cujus rei ratio illa videtur, quod pena constuitur in emendationem hominum : quæ, mortuo eo in quem constitui videtur, desinit* (Paul). *Civilis constitutio est, pœnalibus actionibus heredes non teneri nec cæteros quidem successores. Idcirco nec furti conveniri possunt sed quamvis furti actione non teneantur, attamen ad exhibendum actione teneri eos oportet si possideant, aut dolo fecerint quomi-*

nus possideant. Sed enim et vindicatione tenebuntur, re exhibita. Item condictio adversus eos competit. » Malgré cela, l'action intentée contre le voleur peut être suivie contre ses héritiers, quand celui-ci meurt *lite contestata* (Inst. IV, XII, § 1).

Nous voyons ici un effet de la *litis contestatio* qui produit une véritable novation, en transformant l'action pénale en un quasi-contrat judiciaire. J'excepte formellement, avec Justinien, l'action *injuriarum* et toute autre semblable, s'il s'en rencontre.

C'est toujours en principe contre le voleur que se donne l'action *furti*. S'il y a plusieurs co-auteurs, ils sont tenus chacun *in solidum*, alors même que l'un d'eux ne pourrait pas avoir commis seul le délit « *quod singuli tollere non potuerint.* » Nous répétons qu'elle atteint les complices (Gaïus, Com. III, § 202). A l'époque où Justinien réformant le droit n'admit plus que deux actions en matière de vol, au lieu de l'action *concepti*, autrefois instituée contre le recéleur, on se servit contre lui de la seule action *furti non manifesti*.

L'espèce suivante touche à la responsabilité du maître, quant aux faits dommageables ou délictueux commis par son esclave. Tant qu'il n'est pas affranchi, l'esclave échappe à l'action *furti*, à laquelle il ne devra répondre qu'après avoir été soustrait à la puissance dominicale. Mais le maître peut être toujours poursuivi par l'action noxale, à moins qu'il ne fasse de l'esclave l'abandon noxal. Ce retrait inévitable de l'action après la livraison de l'esclave coupable se justifie par cette considération qu'on ne peut, sans injustice, infliger au *dominus* une perte supé-

rieure à la valeur de l'esclave; car, en définitive; il n'a commis aucun délit. Une fois l'action engagée, le maître peut encore procéder à l'abandon noxal, après le prononcé de la condamnation qui lui donne l'option (Inst. *de nox. act.* pr. *in fine.*)

Il faut se garder de croire cependant contre le sentiment d'Ulpien que la faculté laissée au *dominus* équivale à une obligation alternative (l. 6, § 1, 42, 1).

Le maître perd le droit d'abandonner *noxaliter* l'esclave lorsque, pour échapper à l'obligation née du délit, il nie sa propriété, ou que, pouvant empêcher la mauvaise action du *servus*, il l'a laissé commettre.

Autrefois, la puissance dominicale et la puissance paternelle produisaient des effets identiques. Le *filius familias* devenait *noxa* par son fait aussi bien que l'esclave. Le père par la *mancipatio* en transportait la perpétuelle propriété à la victime du *furtum*. Dans la suite, on porta un premier coup au caractère absolu et barbare de la *patria potestas*, en disposant *benegnitatis causa* que l'enfant ainsi abandonné *noxaliter* quand il aurait recueilli la somme nécessaire à son affranchissement, pourrait forcer son maître à le lui accorder. Cette innovation, après que l'abandon noxal à l'égard du fils de famille eut été abrogé, fut appliquée à l'esclave qui primitivement n'en bénéficiait pas. Dans le droit de Justinien, le fils est tenu sur son pécule, quand il en a un.

Le *furtum* commis par l'esclave au préjudice d'un tiers donne naissance contre lui à un véritable droit de suite dont les conséquences pèsent sur son maître, car l'esclave *nullum caput habet*. Chacun des maîtres que l'esclave

peut avoir est tenu, vis-à-vis du volé, de l'action noxale.

On peut poursuivre *noxaliter* le possesseur, aussi bien que le propriétaire de l'esclave. Du jour où l'esclave est *manumissus*, il est tenu directement et personnellement.

Il demeure bien entendu que le vol commis par l'esclave au préjudice de son maître ne peut jamais produire l'action noxale. Il y a plus, si celui qui a commis un *furtum* à votre préjudice vous appartient un jour, l'action noxale que vous aviez contre son ancien maître s'éteint aussitôt.

Notons un cas dans lequel le *dominus* ne se libèrera pas au moyen de l'abandon noxal. Il concerne le mandataire et le dépositaire. Je suppose que Titius chargé par moi de m'acheter un esclave, où Mævius *apud quem* j'en avais fait le dépôt, a été volé par cet esclave. Je ne pourrai me soustraire à la réparation du dommage causé, car ni Mævius, ni Titius ne l'eussent éprouvé, s'ils n'avaient consenti à me rendre un service. Or, il n'est pas admissible qu'ils soient lésés par suite de leur bon office.

Le commodataire n'est pas dans la situation exceptionnellement favorable du mandataire et du dépositaire. Leur faute, d'ailleurs, leur ferait perdre le bénéfice de cette disposition.

Tout ce qui précède au sujet de l'action noxale est le résumé d'un grand nombre de textes.

La femme qui commet un vol au préjudice de son mari est tenue de l'action *rerum amotarum*. Certains

jurisconsultes soutenaient que la communauté de la vie et surtout la nature du lien qui existe entre les époux ne comportaient pas la possibilité légale du *furtum*. D'autres plus rigoureux admettaient l'existence du vol : *Veritate furtum fit, etsi lenius coercetur mulier.* (Tryph., l. 29, D. xxv, 2.) On n'avait eu qu'un but en changeant le nom de l'action, celui d'éviter l'infamie attachée à l'action *furti*. Encore un exemple : Nous savons que le fils de famille coupable de *furtum* est quant à son pécule traité comme un *pater familias*. Le fils au préjudice duquel il aura été commis un vol par son père n'aura contre lui que l'action utile de vol, et cela toujours à cause du caractère infamant de l'action *furti*. Les affranchis et les descendants à tous les degrés sont compris dans cette règle.

S'il est vrai que dans toutes les espèces précédentes l'action *furti* n'est pas accordée, il est vrai aussi que tous ses effets continuent à se produire. Ainsi le complice de la femme ou du *pater familias*, ou du patron, sera poursuivi par l'action *furti*. De plus, le vice de la *res furtiva* ne sera purgé que par le retour de la chose entre les mains du légitime propriétaire.

SECTION II.

De l'action criminelle.

Quels étaient les caractères de ce *crimen extraordinarium* qui, suivant Ulpien, tendait à remplacer l'action *furti?* En premier lieu, la sentence n'était pas rendue

par le juge que le magistrat désignait, mais par ce magistrat lui-même, à Rome le préfet des gardes de nuit, dans les provinces le Président (Jul., 56, § 1). Comme peine pécuniaire, elle n'entraînait que le *simplum*, c'est-à-dire la restitution pure et simple de la *res furtiva* ou de sa valeur (*ibid*).

La partie qui a souffert du vol a le choix entre l'action *furti* et le *crimen extraordinarium*, mais non pas la faculté d'exercer cumulativement les deux actions. Une fois que par la voie du Criminel elle a obtenu le *simplum*, tout autre action lui est fermée.

« *Meminisse opportebit, nunc furti plerumque criminaliter agere, et eum qui agit, in crimen subscribere : non quasi publicum sit judicium sed quià visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam.* » (92, Ulp.)

Le demandeur doit d'abord *subscribere in crimen* c'est-à-dire déclarer que dans le cas où la poursuite serait jugée calomnieuse, il accepte d'avance la peine que son adversaire aurait encourue, si la dénonciation eût été véridique. Cette formalité n'est pas exigée parce qu'il s'agit d'un *judicium publicum*, ce qui n'est point exact, mais dans le but unique de prévenir les procès de ce genre dont le motif ne serait pas sérieux en arrêtant la témérité des plaideurs. Il est bien vrai que cette action n'est pas publique. Nous voyons là ce qui a lieu de nos jours, par exemple, en matière de diffamation. Celui qui est diffamé peut à son choix demander des dommages-intérêts devant le tribunal civil ou mettre en jeu de lui-même la juridiction correctionnelle. Presque tou-

jours, le *Crimen extraordinarium* entraîne pour le voleur des peines corporelles, dont la moindre est la *verberatio* et la plus grave l'amputation de la main.

La peine de mort en matière de vol simple, de même que les mutilations sont abrogées par Justinien au dernier chapitre de la Novelle 134.

CHAPITRE VII.

DES ACTIONS *REI PERSECUTORIÆ.*

Elles sont au nombre de deux, la *Rei Vindicatio* et la *Condictio furtiva.*

SECTION I.

De la Revendication.

La *rei vindicatio* appartient au propriétaire pour reprendre sa chose contre tout possesseur, qu'il soit encore nanti de la chose ou qu'il l'ait perdue par son dol.

L'action personnelle *ad exhibendum* est l'indispensable préliminaire de la revendication comme de toute autre action *in rem.* Son but est de faire exhiber l'objet afin que la *vindicatio* puisse s'exercer en connaissance de cause.

Remarquons que le volé n'a pas la *vindicatio* comme

volé, mais comme propriétaire, et qu'elle n'est pas exercée contre le voleur, comme voleur, mais comme détenteur.

SECTION II.

De la condictio furtiva.

L'action personnelle, la *condictio*, est accordée au propriétaire contre le voleur ; elle prend alors le nom de *condictio furtiva*. Elle ne fait point double emploi avec la revendication, car elle peut être exercée là ou la *rei vindicatio* ne pourrait plus l'être, comme dans le cas où la *res furtiva* a péri entre les mains du voleur. « *Res extinctæ vindicari non possunt.* » Après la perte de la chose, la *condictio* subsiste parce que, au moment du vol et par le fait même du vol, le *fur* a été *in mora*. « *Extinctæ res, licet vindicari non possunt, condici tamena furibus possunt.* »

Cet exercice de la *condictio* accordé au *dominus rei furtivæ* est contraire aux principes. En effet, si je suis propriétaire, j'ai la *rei vindicatio*, mais comment puis-je prétendre à la fois au droit de propriété et au droit de créance sur la même chose ? Il est certain que cela ne s'explique que par le désir de rendre plus rigoureuse la condition du voleur. C'est bien ce que nous dit Gaius : *Plane, odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est ut, extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures ex hac actione etiam*

teneantur, si paret eos dare oportere, quamvis sit etiam adversus eos hæc actio quâ rem nostram esse petimus. (IV, *4, in fin,* § 14, *in f.*)

Le maître de la *res furtiva* ne peut exercer la *condictio* que tant qu'il demeure propriétaire. Il perd l'action en perdant la chose, par exemple en la vendant. (Ulp., l. 10. D. 13, 1, § 2.)

Tout propriétaire a la revendication. Celui-là seul a la *condictio* à qui la chose a été volée. Elle appartient aussi à l'héritier du volé (loi 11), tant qu'il en conserve la propriété.

Tous les co-auteurs ou complices d'un vol sont tenus *in solidum* de la *condictio*. Le paiement effectué par l'un d'eux libérera tous les autres. (*Loi* 76, § 1, *h. t.*; et *loi* 1 *eod. de emd. fuit.*)

« *Condictio rei furtivæ, quià rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat.* » (*L.* 7, *D.* § 2, *d. l. F.*)

Pour que le complice du voleur soit tenu de la *condictio* comme le voleur lui-même, il faut qu'il soit nanti de la chose. En principe, il n'est pas tenu. « *Proinde et si ope consiliove alicujus furtum factum sit, condictione non tenebitur; etsi furti tenetur.* » (Ulp. l. 6, *de l. F.*)

Le *furtum* commis par le fils de famille ou l'esclave n'oblige le père ou le maître que « *quatenus locupletior factus est.* » Pour le surplus, le maître pourra abandonner *noxaliter* l'esclave coupable (l. 4). Le fils de famille peut être actionné directement (l. 5, *de l. F.*)

« *Si condicatur servus ex causa furtiva, id venire in condictionem certum est, quod intersit agentis.* »

Le propriétaire retirera par l'exercice de la *condictio*

toute la valeur de la chose, tout l'intérêt qu'il avait à la conserver. Si, dit la suite du texte de la loi 3, l'esclave volé avait été institué héritier, le propriétaire obtiendra non-seulement la valeur de l'esclave, mais aussi celle de l'hérédité.

Si la chose volée a été détériorée ou a péri, le voleur devra en payer la plus haute valeur qu'elle ait atteinte, *plurimi* depuis le vol.

Le voleur ne peut pas imputer sur la somme qu'il doit payer les dépenses qu'il a faites pour la chose ; s'il l'a améliorée, le demandeur qui triomphe bénéficie des améliorations (*L.* 13, *de cond. furt.*; *et l.* 5. 2, § 14, *h. t.*)

Mais à quoi sert la *condictio*, puisque le volé a la *rei vindicatio ?* Elle est utile lorsque la chose a péri par cas fortuit entre les mains du voleur ou lorsqu'elle lui a été volée, qu'il l'a perdue, etc.

Selon les règles générales, le voleur serait libéré *interitu rei*, comme tout débiteur d'un corps certain qui a péri sans la faute de ce débiteur. Mais, *odio furum*, on donne contre le *fur* la *condictio*, parce qu'il est toujours en faute, quelle que soit la cause de la perte, il n'avait qu'à ne pas voler. C'est la même idée que l'article 1302 du Code Civil a voulu exprimer, lorsqu'il dit que le voleur est toujours en demeure de restituer la chose volée.

A propos de cette particularité de la *condictio furtiva* qu'elle appartient toujours au propriétaire de la *res furtiva*, les textes indiquent une différence entre le fermier et l'usufruitier, lorsque les fruits pendants ont été volés. Le propriétaire a la *condictio*, mais il doit la

céder au fermier qu'il est tenu de faire jouir et non pas à l'usufruitier à qui il ne doit rien que de le laisser jouir. Il semble alors que le *dominus* ne pourra par lui-même intenter cette *condictio*, puisqu'il bénéficierait du vol. Il y a là une situation étrange que les textes n'éclaircissent pas.

NOTE

En traduisant fréquemment par vol le mot *furtum*, nous avons négligé d'observer que tous les faits délictueux groupés par les jurisconsultes romains sous la dénomination générale de *furta* ne sont pas considérés comme des vols par notre Code pénal qui leur donne des qualifications différentes; qu'en outre, certains actes réprimés comme *furta* en Droit romain, ne sont pas atteints par la législation française.

DROIT FRANÇAIS

DROIT FRANÇAIS

De la Tentative.

(Articles 2 et 3 du Code pénal).

INTRODUCTION.

On se condamnerait à faire des dispositions qui régissent la Tentative une étude sans portée comme sans discussion possible, si on ne les rattachait à un droit supérieur admis par tous les penseurs, quoique attribué par chacun à un principe différent : le droit de punir. Nous n'avons pas dit : le droit *social* de punir, car en nous servant de ce terme nous paraîtrions faire remonter jusqu'à la société seulement un pouvoir dont elle a l'exercice, mais dont la source est plus haut que toute société.

Dans le domaine de la philosophie et de la politique,

tout a été contesté, nié, outragé même, tout, excepté le droit de punir. Le lendemain du jour où il serait supprimé, toutes les législations tomberaient et avec elles les civilisations qui s'appuient sur les lois. Ce ne serait pas la barbarie qui apparaîtrait sur les ruines des nations détruites, car toute association même sauvage ne pourrait plus subsister. La force en peu de temps ne laisserait plus dans le monde le moindre vestige de l'homme. La société est la condition nécessaire de l'existence de l'homme. Une fois la société abolie, la force doit régner sans partage et conduire fatalement par la guerre particulière à l'entière destruction de la race humaine, ce qui est d'une incontestable logique, puisque en dehors de la vie sociale il n'y en peut avoir d'autre pour l'homme.

Voilà ce qui n'a pas échappé aux esprits les moins clairvoyants ; voilà ce qui a procuré à la légitimité du droit de punir l'adhésion unanime des intelligences.

Des écrivains du siècle dernier, après avoir ouvertement attaqué et tenté de saper une à une toutes les assises de l'édifice social ont compris que ce principe défiait leurs efforts et ils sont passés près de lui sans oser y porter la main. Jean-Jacques, dans toutes ses œuvres si fameuses et si vides, a cherché invariablement à substituer des erreurs nouvelles et grossières aux prétendues erreurs qu'il combattait ; il a nié la famille, la religion, les bienfaits de la civilisation ; il a créé l'hypothèse si justement condamnée du contrat social, mais il a arrêté devant le droit de punir ses audaces de démolisseur et ses sophismes de philanthrope.

C'est qu'il se manifeste trop clairement à l'intelligence

par son caractère nécessaire en même temps qu'à la conscience comme le corollaire immédiat de l'idée innée de justice.

A ceux qui se contentent d'un aperçu rapide et superficiel, il peut suffire que ce grand principe ne rencontre point d'adversaires. Pour la très grande majorité des hommes habitués à ne point regarder au-delà du cercle étroit des intérêts, il suffit qu'il existe des lois, des tribunaux qui les appliquent et un pouvoir qui, par ses agents, assure l'exécution des décisions judiciaires. Mais la puissance, si grande qu'elle soit, de cette organisation par laquelle est maintenue la sécurité ne satisfait ni le criminaliste, ni le philosophe à qui il importe également de connaître les origines rationnelles du droit indispensable et incontesté de distribuer les châtiments et les récompenses.

Certes, cette question n'est pas purement spéculative. Il n'en est point dont la solution se traduise dans la pratique d'une manière aussi directe et aussi profonde. La législation changera absolument suivant la source d'où l'on fera découler le droit fondamental de toute pénalité.

Adoptez les systèmes qui se fondent sur l'idée de vengeance ou de défense, pour n'en citer que deux parmi les plus connus et vous ne pourrez maintenir l'égalité entre le crime qui arrive à ses fins et celui qu'une circonstance indépendante de la volonté de son auteur empêche d'y parvenir.

Pourrez-vous justifier davantage en matière de récidive l'aggravation des peines motivées par la non amélio-

ration du coupable après une première et insuffisante expiation ?

D'autres théories, après avoir joué dans la science un rôle plus ou moins important et y avoir exercé une autorité passagère sont tombées sous les objections. Qu'ont mis à la place ceux qui les ont ainsi réfutées ? si ce n'est d'autres idées également éphémères parce qu'elles ne donnaient point de la cause première du droit de punir l'explication que la raison exige.

Ici, comme toutes les fois qu'il s'agit de rechercher les règles des actions humaines, nous sommes placés entre Kant et Jérémie Bentham, entre la Raison pure et l'Utilité, entre la Justice absolue et l'Intérêt. On peut, au sujet de la personnification de ces deux doctrines dans deux hautes intelligences, répéter ce qu'un littérateur disait de nos deux plus grands tragiques : L'un peint les hommes tels qu'ils devraient être, et l'autre, tels qu'ils sont. Kant énonce la loi à laquelle devraient s'inspirer et se soumettre toutes les pensées et tous les actes des hommes. Bentham érige en principe ce qu'il voit dominer dans la conduite ordinaire de la vie.

La morale de l'intérêt se cache sous mille noms, se dissimule sous mille raisonnements mais aboutit fatalement à cette formule : *La société ne peut frapper que lorsqu'elle est atteinte dans son intérêt bien entendu. Il n'y a plus de crimes, il n'y a que des faits dommageables.*

La justice, s'il est permis de conserver cette dénomination au pouvoir chargé de distribuer les compensations, ne doit point peser le bien et le mal dans les plateaux de sa balance symbolique, mais seulement le Profitable

et le Nuisible. L'indestructible notion du devoir n'est plus pour l'humanité qu'une illusion dangereuse, car elle peut par ses inspirations erronées fausser les calculs de l'intelligence. L'habileté dans l'égoïsme remplace l'honnête. Le délit c'est de se tromper en se heurtant à l'intérêt social dans la poursuite de l'intérêt personnel Et si un jour celui que la conscience universelle appela toujours, ne cessera jamais d'appeler assassin et de couvrir de sa réprobation, met à mort un homme dangereux pour l'existence du corps social, ce n'est pas une peine qu'il faudra infliger au meurtrier, mais une couronne civique que la reconnaissance du peuple devra lui décerner. Réduit à cette forme, le système fournit contre lui-même une irréfutable objection.

Que fera-t-on encore dans ce système du fou qui tuant un roi, un chef d'Etat devient pour la nation la cause d'irréparables malheurs ?

Il a ouvert la porte à un mal social immense. Aucune peine ne sera trop forte pour obtenir l'expiation de ce désordre.

Expiation, punir, voilà pourtant deux mots qui n'ont plus de sens dans cette théorie née du matérialisme et que par un vice de langage on a nommée la *morale* de l'intérêt. Il ne s'y trouve point de place pour une sanction quelconque du délit manqué. Les propagateurs de cette doctrine de négation se sont-ils sérieusement mis en présence de cette affirmation de leurs adversaires, que l'intérêt est un élément trop mobile pour être jamais la base d'un système de pénalité ? S'ils l'ont fait, ils doivent avoir reconnu leur impuissance à résoudre cette victorieuse objection.

C'est, au contraire, un fondement inébranlable que la donnée de la conscience humaine. La loi morale est invariable comme elle est éternelle et universelle. Pourquoi tout homme porterait-il en lui même les mêmes prescriptions, les mêmes défenses, les mêmes commandements, écrits en caractères ineffaçables, si ce n'est pour qu'ils soient la règle des actions humaines? Dira-t-on que cette loi naturelle ne doit être que la règle des actions individuelles? Si chacun possède et connaît le même Code, chacun aussi peut dire que tel acte d'autrui lui est conformeou contraire

Ce n'est pas un traité du droit de punir que nous avons la volonté ni les moyens d'écrire. Inséparablement lié à la théorie de la tentative, nous ne pouvions nous dispenser de nous arrêter quelques instants sur ce grave problème. Puisque nous adoptons la doctrine de Kant sans lui donner les développements que notre cadre exclue, qu'il nous soit permis au moins d'appeler à notre secours la philosophie spiritualiste de Platon. N'est-ce pas la théorie de la justice absolue que Socrate établissait dans son dialogue avec Polus, le jeune disciple de Gorgias?

Le philosophe athénien soutient d'abord que celui qui est tué injustement est moins malheureux que son meurtrier, car le plus grand de tous les maux c'est de commettre une injustice. Le bonheur n'est pas d'échapper à la justice, mais de recevoir ses châtiments.

Une mauvaise action est laide.

Or, le laid c'est le mauvais ou le douloureux.

Ce n'est point le douloureux, donc c'est le mal.

Porter la peine de son injustice ou être châtié justement, c'est la même chose.

Ce que fait l'agent, le patient le souffre tel que l'agent l'a fait.

Etre puni c'est pâtir et non pas agir, c'est pâtir de la part de celui qui châtie justement.

Ce que fait la personne qui châtie et ce que souffre la personne châtiée est donc beau.

Si c'est beau, c'est bon et si ce n'est bon, c'est utile.

Quelle est l'utilité? C'est de devenir meilleur quant à l'âme.

L'iniquité, le vrai mal de l'âme, a une médecine morale, la justice. Le remède c'est la punition qui délivre du mal de l'âme.

Ceux qui évitent la punition font comme les enfants malades qui repoussent le breuvage salutaire et curateur du médecin.

Quand on veut faire du mal à un coupable, il faut lui refuser le remède de l'expiation et le laisser dans le désordre maladif de l'âme où l'a jeté la violation de la loi.

On le voit, c'est l'admirable théorie du droit à la peine. Nous en traçons les lignes principales sans reproduire l'irréfutable argumentation de Socrate.

Ce système si élevé n'avait pas été laissé aux seules méditations des philosophes. Les magistrats du célèbre parlement de Toulouse l'adoptaient, ainsi que cela

ressort d'un passage très intéressant de *Annales* de Lafaille (1).

Les expressions de mal social, particulier, général, ne signifient rien qu'une confusion. Il n'y a de mal que le mal moral, c'est-à-dire la violation de la législation du for intérieur. Parler de mal social, c'est indiquer les conséquences du mal sur la société. Le mal seul doit être expié, non point parce qu'il peut léser des intérêts, occasionner dans le monde, dans un groupe ou une individualité un trouble ou un dommage quelconques, mais uniquement parce qu'il est ce quelque chose qu'une voix intérieure nous crie d'éviter, parce qu'il est une atteinte à l'ordre éternel, c'est-à-dire à ce que nous aimons, le bien, en un mot, parce qu'il est le mal.

En frappant l'auteur des conséquences du mal en raison des conséquence du mal, on brave la logique. C'est la cause, le mal dans la volonté qu'il faut frapper. Dans le vouloir coupable réside toute la criminalité. Non

(1) En l'an 1536, Jean d'Ulmo, quatrième président au Parlement de Toulouse, convaincu d'avoir volé les parties dans un procès au moyen d'une commission sur les lieux qui n'avait pas été délibérée, fut condamné à être marqué au front d'un fer rouge, à la prison perpétuelle et à faire amende honorable devant le Parlement, séant en robes rouges. Le 7 octobre, quand eut lieu en la grand'-Chambre cette triste cérémonie, le second président de Sarta, qui tenait l'audience, dans le cours de sa harangue s'adressant au coupable : « Et vous, d'Ulmo, rendez gloire à Dieu de la seule manière qu'il vous est possible, c'est-à-dire par la soumission à la peine que vous avez méritée..... Vous n'ignorez pas, vous qui êtes instruit dans les lois, que le crime est une sorte de contrat par lequel on s'oblige en le commettant à subir la peine qu'au nom de l'éternelle vérité les lois y ont attachée. »

seulement l'homme ne peut toujours par ses actes arriver aux fins qu'il se propose, mais il lui est souvent impossible de mettre ses actes en harmonie avec sa volonté. Aucun assassin ne peut se promettre de tuer sa victime. Est-il même toujours sûr que son bras aura la force de frapper? Qu'importe, il a voulu et fait tout ce qui a dépendu de lui pour perpétrer sa résolution. Il est coupable autant que celui qui a réussi. Les résultats de ses actes, il n'en est point le maître ; il ne l'est que de sa volonté, et sa volonté n'a qu'une règle : la morale pure. Cette règle doit être appliquée.

Autre chose n'est point la morale divine, autre chose la morale humaine. La loi d'en haut doit être la même que celle d'ici-bas, ou alors nous ne sommes point responsables devant Dieu, ce qu'en dehors même de toute révélation aucun esprit sérieux n'oserait soutenir. La différence n'existe point entre ces lois, mais sur la connaissance de la loi unique, connaissance imparfaite dans l'homme, parfaite en Dieu; de même les pensées de l'homme échappent à l'homme et sont visibles à Dieu. Aussi Dieu seul peut tout punir et l'homme seulement ce qu'il voit.

Ce n'est pas le droit qui manque à la loi de punir les simples résolutions coupables, ce n'est que la possibilité de les connaître et d'en avoir la preuve.

Les objections que l'on peut faire en appelant par exemple cette théorie le système de l'inquisition, je ne m'y appesantirai pas, je les crois toutes résolues par cette formule dans laquelle nous pensons qu'est condensée toute la théorie du droit de punir s'appuyant sur l'idée de morale absolue.

Quelque combinaison qu'aient adopté les inventeurs ou les propagateurs de doctrines sur la haute question qui nous occupe, on peut les ramener presque toutes à ces deux sources : l'intérêt ou la morale absolue.

Des philosophes très-contemporains que la Grèce antique eût appelé des sophistes, car ils n'ont point fait faire un pas à la science de la sagesse, quoique spiritualistes, ont imaginé un jour que la vérité dont ils démontraient pourtant l'unité pourrait bien être éparpillée un peu partout, Point de penseur qui n'en ait arraché un lambeau. Le rôle des disciples de Cousin consiste à parcourir toutes ces théories émises depuis l'origine, à enlever à chacune le lambeau qu'elle possède, afin, en les recousant l'une à l'autre, de reconstituer le vêtement primitif. Qu'on arrive à refaire un informe haillon, je le veux, mais un vêtement, jamais!

L'éminent Rossi a donné tête baissée dans la doctrine bâtarde de l'éclectisme, oubliant sans doute que la vérité est une, tout entière quelque part et que les combinaisons ne sauraient la donner.

Il fond ensemble, sans nous initier aux proportions de son amalgame, l'idée d'intérêt et l'idée de justice. Sans volonté coupable, il n'y a pas de délit, mais si ce délit ne cause point un mal social, il est pour la loi un acte indifférent. La répression serait réprouvée par l'humaine conscienee, si elle n'était pas proportionnée à la gravité de la blessure reçue par le corps social. Pour donner à cette idée une forme pratique, il faut absolument se livrer à une enquête auprès de toute personne ayant eu connaissance du crime, afin de mesurer le tort que le

fait délictueux lui a causé en particulier. On prendra ensuite la moyenne de ces millions de dommages, opération après laquelle, le préjudice social estimé si facilement, il sera non moins aisé d'appliquer la peine.

Je comprends, tout en la condamnant, la doctrine de Bentham, c'est le matérialisme dans sa grossièreté, mais aussi dans sa logique. Je sais toutes les objections soulevées contre celle de Kant. Mais pour la théorie juste-milieu de M. Rossi, j'avoue ne pouvoir ni l'accepter ni la comprendre.

Je ne veux point allonger cette introduction, dans laquelle d'ailleurs j'ai essayé de donner au résumé des divers systèmes la forme la plus laconique. Je crois inutile d'y ajouter la réfutation de rêveries comme celle du Contrat social. Un seul système reste à examiner, c'est celui qu'à présenté M. Bertauld, professeur à la faculté de Caen, dans son cours de Code Pénal.

Il se résume dans ce passage : « Je ne mesure pas l'étendue de la pénalité sur le danger et les chances de retour des crimes que la loi frappe, je la mesure sur le caractère du commandement à sanctionner et sur le besoin d'assurer son autorité.....» En un mot, la peine doit être conforme à la justice, mais à la justice sociale... Aussi, pour moi, le pouvoir spécial qui édicte les peines et qui les fait appliquer est un supérieur, un juge impartial, et non pas une partie qui, de l'agent qu'elle frappe, fait un instrument pour se défendre par anticipation de ses ennemis. »

M. Bertauld s'appesantit sur le système de l'intimidation, qui ne mérite pas un tel acharnement. Il est

dans la vérité, en le réfutant; il nous semble en sortir lorsqu'il présente sa doctrine du respect dû au pouvoir législatif et des désordres qu'entraînerait le mépris de la loi, comme base du droit de punir. Ceci se rattache plus aux devoirs du bon citoyen qu'au droit de punir. Il est honnête et bon de respecter la loi de son pays et de s'y conformer (je ne parle que des lois pénales de droit commun), mais je nie que ce respect doive être poussé jusqu'à l'acceptation de la loi positive qui viole ouvertement la loi de la conscience. Que deviendrait la liberté civile dans un pays où toute disposition législative est sacrée par ce fait qu'elle émane du maître, quel qu'il soit?

En outre, je ne vois pas de différence entre l'intimidation que repousse l'auteur avec tant de vigueur et « le besoin d'assurer le respect de la loi. » Repousser le système de l'intimidation pour l'admettre ensuite, c'est une des erreurs de M. Bertauld. D'ailleurs, en quoi fait-il avancer la question en parlant du droit de commander? On ne résout pas un problème en en changeant les termes. Est-on plus près d'arriver au principe générateur du droit de punir, quand on lui substitue le droit de commander? Nous ne le pensons pas. Tout le monde en outre sait fort bien que la société périrait, dans laquelle il n'y aurait plus de sanction. Mais le besoin que l'on a d'un fait n'en établit pas la légitimité. L'apothéose du législateur, roi, président ou assemblée, devait être fatalement et est, en effet, la conclusion du criminaliste précité. Jamais la théorie du despotisme ne fut formulée avec plus de netteté. Citons encore : « Dans ma pensée, les peines doivent être édictées d'après la nature des

prescriptions. » C'est une grave difficulté que de donner nn sens à cette phrase. Je n'y trouve que l'infaillibilité de la prescription législative. Ce système est facile, mais il ne satisfait point ma raison. Nous le répétons, M. Bertauld a tourné autour de la question, il en a changé les termes sans les résoudre et a ajouté une erreur à toutes celles qu'a engendrées le droit de punir.

Une étude métaphysique sort du cadre d'un travail purement juridique, c'est pourquoi nous n'oserons présenter nos idées sur la légitimité du droit de punir. Si nous avons abordé l'analyse de quelques doctrines dans cette introduction, trop étendue déjà, c'est que nous croyons avec un éminent criminaliste, M. Molinier, que : « ce qui caractérise notre époque, c'est la direction vers la philosophie du droit. »

Le savant professeur ajoutait : « On doit se réjouir de cette tendance (1). »

Nous avons peut-être abusé de la tolérance que nous accordait cette parole.

(1) *Recueil de l'Académie de législation.* — Rapport de M. Molinier sur les travaux de M. Emilio Brusa, année 1874.

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE UNIVERSITAIRE

CHAPITRE PREMIER.

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.

(Nicolini, trad. de M. Jules Lacointa).

HISTORIQUE.

Notre premier devoir avant d'étudier le texte de l'article 2 du Code pénal est de remonter à cette législation romaine, source de tous les codes contemporains.

Quel principe adoptait-elle en matière de tentative? Cette question a été examinée par un célèbre professeur de l'Université de Naples, Nicolas Nicolini, dont le travail a été popularisé en France, par l'excellente traduction qu'en a donnée un magistrat toulousain, M. Jules Lacointa.

Le juriste italien commence par affirmer que la conscience universelle fait une différence profonde entre le crime consommé (*consomazione*) et le crime manqué (*effetto mancato*) et le crime tenté (*tentativo*). Cette conviction, qu'il lui plaît de dire générale, est dans tous les cas la sienne. Il groupe tous les textes du *Corpus juris*, qui y sont relatifs, insistant sur ceux qui lui paraissent

favorables à sa cause et essayant de plier à ses vues, ceux qui lui sont manifestemeut contraires. Ces derniers existent pourtant, et les rédacteurs de nos lois criminelles les ont jugés assez catégoriques et assez bien fondés philosophiquement pour en transporter la pensée dans l'article 2. Nicolini veut démontrer qu'ils ont mal interprété, et selon nous, il n'arrive, comme il l'eût dit lui-même, qu'à un *effetto mancato*. Le *cogitationis penam nemo patitur* d'Ulpien, qui est pour l'auteur le résumé de la jurisprudence romaine, n'a point l'importance qu'on lui attribue. Ulpien constate ce fait, qu'il est impossible de saisir la pensée ou même la résolution du crime. Mais voici un autre texte de Paul, d'une interprétation plus délicate dans la pensée du professeur napolitain : « *Concilium uniuscujusque, non factum puniendum est* (Sent., V. 23, 39).

En adoucissant ce que cette *sentence* pourrait avoir de trop absolu, c'est-à-dire en n'admettant pas qu'elle signifie : la volonté coupable, est punissable en dehors de toute manifestation extérieure, il faut bien avouer qu'elle décide au moins que la volonté coupable est l'élément de la criminalité du délit.

Callistrate a dit d'une manière non moins explicite : « *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus.* » (L. 14, XLVIII, 8.) Tous les monuments du Droit romain ne renfermeraient-ils que ces deux phrases si claires et si énergiques dans leur laconisme, qu'on en pourrait conclure que nos législateurs ne se sont pas si complétement trompés en faisant tel qu'ils l'ont rédigé l'article 2 de notre Code pénal.

A cela, qu'oppose-t-on d'abord? Un passage d'Alciat, jurisconsulte d'une époque à laquelle on ne peut donner qu'une autorité bien restreinte en ce qui concerne les études philosophiques: « *Aliud est crimen, aliud est conatus.* » L'autorité d'un commentateur est bien faible à côté de celle de Paul et de Callistrate. Avec une entière bonne foi, Nicolini rapporte l'opinion des poëtes du siècle d'Auguste. Son unique valeur consiste en ceci, qu'ils reproduisent dans leurs vers les opinions dominantes à l'époque où ils écrivaient.

L'avis de Beccacia en cette matière est singulièrement infirmé par la fausseté de son point de départ, le contrat social.

Quelques pages plus loin, l'auteur reconnaît que la discussion est impossible en ce qui concerne les crimes de lèse-majesté, les crimes militaires, les homicides et les esclaves fugitifs. En effet, des textes indiscutables édictent l'assimilation au point de vue pénal de la tentative et du délit consommé. Plus tard, elle se poursuivit relativement à la tentative d'adultère et d'infanticide. Enfin, Arcadius et Honorius, dans une de leurs constitions, formulent clairement le principe de notre article 2

Quelles en ont été les vicissitudes jusqu'à l'heure actuelle?

Un des Capitulaires de Charlemagne prévoit la tentative et la punit comme le crime consommé.

« *Qui hominem volontarie occidere voluerit, et perpetrare non potuit, homicida tamen habeatur.* »

L'ordonnance de Blois de 1579 contient dans le même sens une disposition expresse à l'égard des assassins, de

ceux qui se louent pour assassiner ou pour arracher un prévenu des mains de la justice. Le simple attentat ou machination en est frappé à l'égard du crime même:

« Nous n'entendons donner aucune grâce ni rémission. »

Les anciens jurisconsultes, tels que Tiraqueau et Farinacius professaient en matière de tentative une théorie assez singulière et imparfaite dont voici le résumé: L'acte préparatoire au lieu d'en être distinct est confondu avec le commencement d'exécution. Suivant que l'action incriminée est plus ou moins proche du but final, la peine sera plus ou moins sévère. La règle n'était pas absolue, car on distinguait encore des crimes ordinaires ceux que l'on appelait les crimes atroces.

La pénalité édictée contre l'acte même très-voisin de la perpétration, quelle qu'en fût la rigueur, demeurait toujours d'un ou de plusieurs degrés au-dessous de celle qu'on infligeait au crime consommé. Un passage de Tiraqueau nous en révéle le motif: « Assimiler, dit-il, l'attentat à l'achèvement des méfaits, c'est méconnaître la vraie nature des choses, c'est établir une fiction légale. »

Nous avons déjà reproduit le sentiment d'Alciat, très-nettement contraire à l'égalité des sanctions dans l'hypothèse qui nous occupe.

Le premier effet du crime-atroce c'est d'abroger les règles précédentes d'une manière absolue. L'acte éloigné du crime, comme celui qui en est le plus rapproché, est assimilé au crime parfait. Le parricide, l'empoisonne-

ment, l'assassinat, le meurtre, l'incendie, le crime de lèse-majesté au premier chef sont de ce nombre.

En 1682, les rédacteurs de l'Edit suivent les traditions de leurs prédécesseurs de 1579. Pourtant, Muyart de Vouglans, le plus autorisé des commentateurs de cette œuvre législative, revient aux distinctions des criminalistes que nous avons cités. Quand il s'agit de crimes ordinaires, il faut s'attacher au résultat obtenu; quand il s'agit de crimes-atroces, c'est d'après le *consilium* et non d'après l'*eventus* qu'il faut mesurer les châtiments.

A l'exemple des commissaires de Louis XIV, les législateurs de 1791 dans leurs articles 13 et 15 restreignirent aux tentatives d'assassinat et d'empoisonnement l'application des peines établies contre l'accomplissement de ces mêmes crimes.

Cinq ans après, la loi du 22 prairial an IV adoptait le principe encore debout de nos jours: « 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 (1). »

A Naples, en 1808, pour se conformer à d'anciennes traditions juridiques locales, on abaissa d'un et quelquefois de deux degrés au-dessous de celle du crime con-

(1) Voici le texte de la loi:

« Le conseil des Cinq Cents, considérant que le Code pénal ne prononce aucune peine contre les tentatives du vol, de l'incendie

sommé la peine particulière à la tentative. « 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 aux seuls actes consommés qui sont par eux-mêmes contenus dans un méfait. Pour sortir de ces règles, ils en exigèrent une dérogation expresse (1). »

Le Code pénal de 1810 accepte en le complétant le système de la loi de Prairial. Les attaques ne lui manquèrent pas au sein du conseil d'Etat pendant l'élaboration de l'article 2.

M. Treilhard, commissaire du gouvernement se plaçant au même point de vue que l'illustre Filangieri, soutint avec autant d'éloquence que de conviction le principe que, lorsque l'agent a commis le crime autant qu'il était en lui de le commettre, la loi portait équitablement contre lui la même répression que s'il eût réalisé son coupable dessein. Il ajoutait que le juge pourrait quand il le croirait convenable ne prononcer que le *minimum* de la peine. Le Conseil d'Etat ne fut point ramené aux idées du savant jurisconsulte. Les délibérations se terminèrent par l'adoption de l'article suivant :

et des autres crimes, à l'exception de l'assassinat et de l'empoisonnement.

Considérant que l'impunité enhardit et multiplie les coupables ;

Arrête :

Toute tentative de crime manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution sera punie comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu.

(1) Nicolini, *De la Tentative*, § 44 *in fine*. trad. de M. Lacointa.

« La tentative ne sera punie des mêmes peines que le crime, que dans les cas déterminés par la loi. »

L'orateur du gouvernement fut plus heureux auprès de la section du Conseil chargée de la rédaction, car elle décida que le Code nouveau emprunterait le texte même de la loi de Prairial an IV.

Le Corps législatif appelé à voter le projet, après les mots de la loi de Prairial: *si la tentative a été suspendue* proposa d'ajouter ceux-ci: *ou n'a manqué son effet.* Au lieu de *circonstances fortuites*, *indépendantes*, il demanda qu'on écrivit, *fortuites ou indépendantes.* Cette dernière modification n'est peut-être pas heureuse. Quoi qu'il en soit, le conseil d'Etat les accueillit l'une et l'autre, et l'article 2 prit la forme qu'il a gardée jusqu'à la révision de 1832 (1).

Quant à l'arrêté de la section d'élaboration, on n'en introduisit pas la règle dans la teneur de notre article. Elle ne trouva sa place que dans l'article relatif à la tentative des délits.

La discussion sur les principes se renouvela plus ardente que jamais à l'époque de la révision de 1832. C'était encore M. Treilhard qui défendait le projet contre MM. Persil et de la Rochefoucauld. Leur amendement tendait à faire appliquer à la tentative la peine immédiatement inférieure à celle du crime consommé.

(1) Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet, que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même (Code de 1810).

Ils le développaient en disant que sans doute l'intention coupable se manifestait d'une manière irrécusable, mais qu'il était arbitraire de dénier à l'agent la possibilité du repentir ; que même dans le cas où son désistement est involontaire, on peut y découvrir l'indice d'une perversité moins grande ou d'une volonté encore mal assurée ; qu'enfin la société était bien moins lésée que si le coupable eût consommé le méfait.

Encore une fois, la théorie de Filangieri reproduite par M. Treilhard obtint l'adhésion de la majorité.

La valeur du raisonnement de MM. Persil et de Larochefoucauld ne méritait pas un autre sort. Admettant que le désistement de l'agent ait été purement involontaire, comment les honorables contradicteurs y pouvaient-ils voir un signe de repentir ou de volonté coupable mal assurée ?

Le rapporteur de la loi devant la Chambre des députés se fondait surtout sur la possibilité de diminuer les peines de la tentative par l'application de l'article 463.

Plus affirmatif que ce dernier, M. de Bastard, devant la Chambre des pairs, reprenait le système de M. Treilhard, tout en rappelant, à l'exemple de M. Dumon, que l'intervention des circonstances atténuantes pourrait modifier les peines dans le sens de l'indulgence, toutes les fois que le juge trouverait trop rigoureuse l'application des pénalités de l'article 2.

Ce dernier moyen a été l'objet des critiques les plus vives, notamment de la part de M. Chauveau. Pourquoi laisser au caprice du jury le correctif que devrait renfermer un texte formel ? C'est fausser la mission du jury

que d'étendre à la question de droit son appréciation absolument spéciale à la question de fait. C'est dénaturer les circonstances atténuantes que de les employer, non plus à déterminer dans un fait donné le degré de culpabilité de l'agent, mais à modifier une loi. Les circonstances ont pour objet l'accusé, mais non pas la loi.

Ces reproches ont bien quelque chose de fondé, mais on ne peut s'empêcher de les trouver exagérés si l'on considère que ce n'est pas au nom de l'application possible de l'article 463 que ces divers orateurs ont défendu le projet adopté. Le fondement unique de leur argumentation a été le principe de Filangieri, l'idée de justice absolue. Le moyen si vivement attaqué appartient plutôt à l'orateur qu'au jurisconsulte. Afin de décider dans les deux Chambres les esprits que la gravité de la peine rendait hésitants, les défenseurs du projet ont voulu les rassurer en leur présentant les circonstances atténuantes comme un correctif suffisant au cas où une tentative se présenterait avec un caractère moins dangereux ou moins criminel.

En définitive, moins une correction de style, l'article 2 est demeuré dans nos lois l'exacte reproduction de la théorie adoptée par les législateurs de l'an IV.

Terminons en jetant un coup-d'œil rapide sur les règles édictées en matière de tentative par les principaux Codes européens.

Le Code pénal du royaume des Deux-Siciles promulgué en 1819, dans ses articles 69, 70, 71, 72 et 73 qui réglementent la tentative, n'admet pas l'égalité des

peines (1). Suivant les idées de Romagnosi, l'hypothèse du délit manqué et du délit tenté sont prévues chacune dans un article distinct. Nous préférons les reproduire que d'en donner l'analyse.

« Art. 69. — Quiconque avec volonté de commettre 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. — 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 moindre que celle du méfait consommé, sauf encore les exceptions en quelques cas. »

« Art. 71. — (Cet article est relatif aux tentatives de délit, il est conforme à notre législation). »

« Art. 72. — Dans les crimes tentés ou manqués relativement auxquels cependant les actes d'exécution constituent par eux-mêmes un crime consommé, on compa-

(1) L'Italie est actuellement régie par le Code pénal promulgué en 1859.

parera la peine de ce crime consommé et celle du crime tenté ou manqué, et 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 punis par la loi.»

C'est cette législation que Nicolini considère comme la fidèle reproduction des lois romaines.

Le Code pénal espagnol semble avoir été calqué sur celui d'Italie. Il est moins rigoureux encore, car il édicte l'application d'une peine inférieure de deux degrés à celle qui est applicable au crime consommé.

Celui de Belgique fait la différence d'un degré.

Dans l'Etat de New-York, les peines nous paraissent sans proportions. Ainsi, la tentative du crime qui, exécuté, eût été puni de mort, n'est frappé que d'un emprisonnement de dix ans. En tout autre cas où il y aurait lieu à des peines temporaires, la tentative entraîne la même peine, mais réduite à la moitié de la durée.

C'est ce dernier genre de diminution qu'ont adopté d'une manière générale les législateurs de la Louisiane.

Les Codes de Bavière, de Hanovre, du canton de Genève et d'Angleterre abaissent la peine d'un ou de plusieurs degrés en matière de tentative.

La loi hongroise se borne à poser en principe que plus le fait se rapproche de la consommation du crime, plus il doit être sévèrement puni.

Le législateur prussien (1) adopte le système français

(1) Il s'agit ici du Code prussien antérieur à celui du 31 mai 1870 qui régit toute la confédération de l'Allemagne du Nord.

et proclame la règle de l'assimilation. Mais il se dément lui-même en disposant, au deuxième paragraphe de l'article 32, que le crime emporte la peine de mort, la tentative en sera frappée de dix ans au moins de travaux forcés.

Dans le Code pénal du Brésil, on suit un système de diminution progressive analogue à celui de notre article 463.

En résumé, la France et la Prusse sont dans le monde civilisé les deux seuls pays où soit admise l'assimilation complète au point de vue pénal de la consommation et de la simple tentative du crime. S'ensuit-il que le principe sur lequel les législateurs français et allemands se sont appuyés soit faux ? Nous ne le pensons pas. Pour nous, la criminalité tout entière réside dans la volonté coupable. Quand elle s'est manifestée évidente dans l'effort qu'elle a fait pour achever le crime, ce crime est achevé en effet au point de vue moral, et puni comme tel.

Une seule objection contre ce système peut avoir influencé les législateurs : c'est celle qui consiste à faire bénéficier le coupable de la possibilité du désistement. On y répond : Dans le crime manqué, il ne saurait y avoir de place pour le repentir. Dans le crime consommé, il est injuste d'attribuer à l'agent un sentiment en opposition formelle avec tous ses actes.

C'est pourquoi nous croyons fermement à la légitimité de l'article 2 du Code pénal.

CHAPITRE II.

DE LA TENTATIVE EN DROIT FRANÇAIS.

SECTION I.

Le corps n'est que le moyen de communication des âmes, le serviteur qui a été donné à chaque homme pour l'exécution de la volonté qui, par lui, se manifeste.

Au moment où l'intelligence et la volonté sortent de la phase interne pour entrer dans la phase externe et matérielle par le ministère du corps qu'elles commandent, la loi humaine peut apprécier mais alors seulement la nature de l'action physique, non qu'elle puisse isoler cette action et la considérer en elle-même rapprochée de l'idée de bien ou de l'idée de mal, mais parce que de la manifestation extérieure elle peut déduire la pensée qui l'a conçue et le caractère de la volonté qui l'a produite.

L'acte n'est pas le mal lui-même, c'est le signe du mal dans la volonté libre et responsable. Si un homme est tué par accident ou de la main d'un insensé, il y a là un malheur, on dit même un mal social: il n'y a point de délit.

Essayons de nous fixer sur le sens et la valeur de ces

mots : mal social. Il semble que tout délit entraîne un mal social et que ce soit justement l'existence de ce mal social qui arme les sévérités de la loi. Nous ne le croyons pas. La mort violente d'un père de famille peut être appelée un mal social parce qu'une portion de la société est atteinte. Mais donnera-t-on ce nom à l'assassinat d'un être inutile ou dangereux isolé dans le monde ? C'est insoutenable. Si la culpabilité du meurtrier est évidemment égale dans les deux cas, c'est qu'il n'y a d'autre mal que le mal moral. On use d'une terminologie vicieuse, en appelant mal social les effets produits sur la société par le mal.

Lorsque le mal fait son apparition dans la société par un acte physique, il devient justiciable de la loi. Il ne l'est dans aucun autre cas, du moins d'une manière générale ; car nous verrons bientôt que le législateur fait exception à cette règle dans les articles 86 et suivants relatifs aux crimes d'Etat. L'existence d'un préjudice social certain étant l'indispensable condition de la mise en jeu des dispositions répressives, on ne peut légitimement admettre qu'un des deux systèmes suivants : le droit de défense, ou le droit de vengeance de la société. Aux yeux de ceux qui mettent sans cesse en avant le prétendu mal social, tout crime, tout délit est un attentat contre l'existence de la société, un effort fait vers sa destruction. Si c'est bien là ce qu'on entend punir, chaque sentence rendue par le juge est une iniquité parce qu'il punit des crimes impossibles par la nature même de leur objet. La société étant un fait nécessaire ou providentiel, comme on voudra, est indestructible,

indissoluble. Nul ne peut être châtié pour avoir essayé de la détruire.

Le mal social, à proprement parler, n'existe que dans le cas où la société tout entière est lésée par un fait délictueux. On peut en trouver des hypothèses.

D'ailleurs, avant de nous occuper du crime socialement manifesté, prenons-le lorsqu'il est tout entier encore renfermé dans l'agent et tâchons d'en suivre les développements psychologiques.

Une analyse exacte est impossible ; l'essai même en serait déraisonnable. Que de distance entre le point de départ, la simple pensée et l'exécution !

L'infinie variété de la nature humaine se retrouve dans les diverses modifications que subissent la pensée et la volonté avant de s'unir et de déterminer une manifestation physique. Celui-là même dont l'âme est passée par tous ces degrés différents ne pourrait pas redire toutes les étapes qu'a parcourues sa pensée depuis le moment où elle est née isolée dans son intelligence, jusqu'à celui où ayant conquis le *vouloir* elle s'est traduite par des actes extérieurs. Ces combats intimes, ces premières résolutions abandonnées bientôt, ces désirs de l'imagination qui viennent les réveiller encore, toutes ces mille nuances, ce nombre infini de petits faits de conscience, se les rappellerait-il, qu'il lui serait impossible de les traduire dans aucun langage. Ce n'est point cette histoire psychologique que nous oserions aborder. Elle ne serait d'ailleurs que la description de l'état intérieur d'un seul homme. Mais nous croyons au moins que la production, si l'on peut se servir d'un pareil terme, des faits relatifs

à chacune des facultés humaines, est soumise à certaines lois, que leurs transformations, leurs combinaisons avec des faits intérieurs émanant d'une autre faculté, leurs développements pas plus que leur naissance ne sont livrés au hasard.

C'est sous la forme du désir, de ce que les théologiens appellent la concupiscence, que le crime se glisse dans l'homme.

Un homme gagnant difficilement le pain de chaque jour a un voisin qu'il sait opulent et oisif. Sa misère assiste à tout instant au spectacle du luxe et des plaisirs. Souvent ainsi il aura l'occasion de rapprocher sa triste destinée du sort enviable qu'il voit s'accomplir à ses côtés. Pour faire cette comparaison, son imagination embellira les détails de cette existence heureuse et l'envie naîtra dans son cœur.

Quel développement peut prendre cette fatale semence dans une nature perverse?

Goûter les jouissances dont il est privé, tel est jusqu'ici l'unique pensée de celui qui va s'engager dans la voie du crime. Il aura fait le premier pas quand, remontant de l'effet à la cause, son esprit s'arrêtera à la représentation de l'or avec lequel il achèterait la satisfaction des convoitises qui ont commencé à se manifester dans son cœur. Il marche encore, à son insu, vers un résultat coupable, quand la possibilité d'avoir l'or traverse son intelligence. Il marche encore quand la pensée de cette possibilité se fixe dans son entendement. Chaque minute qui s'écoule pendant ces dangereuses réflexions le rapproche du crime. Il discutera la possibilité, d'après ce

qu'il sait des habitudes du propriétaire et du plan de sa maison.

Au point psychologique où en est l'agent, non-seulement le projet, mais même la tentation *personnelle* ne s'est pas produite. Ce n'est point pour en profiter lui-même qu'il veut se rappeler si le coffre où l'or est renfermé est placé dans la chambre de son voisin, si ses domestiques sont nombreux et fidèles, si à l'heure actuelle la somme est importante Il se fait une sorte de roman qu'il caresse avec une périlleuse complaisance. L'élément personnel ne se révèle, pour faire faire un nouveau pas, pas immense, à l'agent, que lorsqu'il se pose à lui-même cette question : Si je m'appropriais cet or? Nous sommes arrivés à l'instant psychologique le plus grave.

Aux conceptions intellectuelles va s'associer la volonté. Cette phase du crime à l'état interne sera plus ou moins longue, suivant le degré de moralité de l'agent. Elle est toujours décisive.

En lui, la pensée sera plus ou moins vivement combattue, mais elle le sera toujours. La perte de l'honneur, de la liberté, la séparation de la famille, les pénibles travaux du bagne, la difficulté d'arriver à mettre la main sur l'or, le danger personnel d'une pareille expédition, chacune de ces diverses considérations passera devant ses yeux. Enfin, sous l'empire d'une passion sans cesse avivée, après les avoir toutes écartées, il a dit dans son cœur : Je le ferai.

Dès maintenant, chaque acte soit interne, soit externe qui suivra, revêtira un caractère de gravité plus

grande. Il ne se contentera plus de demander à sa mémoire les notions qui lui sont nécessaires pour parvenir à l'exécution encore si éloignée. Il fera le guet ou cherchera sous un prétexte à pénétrer dans la maison pour en étudier les êtres. Toutefois, le combat qui s'était livré dans son être moral n'est pas terminé. Chaque fois qu'il se rapprochera du but, les voix salutaires se feront entendre, mais de plus en plus faibles. Elles retrouveront toute leur force à l'heure suprême où l'exécution commencera, et peut-être réveilleront-elles le repentir assoupi.

SECTION I.

Des actes préparatoires.

Le crime existe moralement, puisqu'il est voulu. Il faut réaliser maintenant dans l'ordre physique ce qui a été par l'intelligence et la volonté pensé et décidé. Mais tous les actes physiques qui, d'une manière très-générale, constituent l'exécution, sont divisés en deux catégories, les actes préparatoires et les actes d'exécution proprement dits. Où s'arrêtent les uns, où commencent les autres? C'est dans la pratique une question d'appréciation quelquefois impossible à résoudre.

Néanmoins, on peut prendre pour guide ce principe que l'acte simplement préparatoire est celui qui ne se rattache pas nécessairement à un dessein coupable. L'acte d'exécution, au contraire, est évidemment et la

conséquence d'un projet criminel, et le moyen qui sert à le perpétrer. Les actes préparatoires peuvent donner naissance à une très-forte présomption ; ils ne sauraient engendrer la certitude dont la justice a besoin pour frapper.

Ainsi, à une heure avancée de la nuit, vous voyez un inconnu rôder autour de votre maison. Vous en pouvez concevoir de l'inquiétude, mais est-elle fondée? Cet inconnu est porteur d'une échelle, de crochets, de leviers, d'un marteau, d'un poignard. Cette vue peut augmenter votre anxiété, mais vous fournit-elle la certitude du projet criminel de cet homme? Peut-être attend-il quelqu'un près de chez vous, porteur encore des instruments de ses travaux habituels, et n'a-t-il aucune intention sur votre demeure?

Mais j'admets que ses résolutions soient conformes à vos craintes; est-il punissable? Non, car il y a jusqu'ici à ses actions d'autres explications possibles que celle d'une pensée criminelle. L'exécution n'étant pas commencée, il ne peut exister de preuves contre lui.

Quelle peine d'ailleurs lui appliquerait-on? Cet homme dont nous admettons les mauvaises résolutions est-il un incendiaire, un voleur, un assassin? On l'ignore.

Les actes préparatoires ne peuvent donc pas être en général l'objet d'une incrimination.

Un criminaliste espagnol, M. Fr. de Cardenas, a dit très-justement : « No son el principio del crimen, ma los medios. » Considérés quant au but où ils peuvent tendre, ils échappent à toute répression, parce que, nous l'avons dit, le rapport entre le but possible et l'acte physique

n'est pas suffisamment établi. Ceci ne fait point obstacle à l'application des rigueurs légales, si l'acte préparatoire est en lui-même prévu comme délictueux.

Les menaces ne sont pas punies en considération des résolutions coupables qu'elles expriment et dont la loi ne peut ni ne veut rechercher le caractère. Supposons que le juge acquière la preuve de l'intention arrêtée de l'agent de mettre les menaces à exécution, il n'y aura pas lieu de changer la qualification du méfait et de le considérer comme tentative de l'acte promis dans les menaces. Le délit de menace apparaîtra avec une circonstance aggravante dont le tribunal tiendra compte dans l'application de la peine.

Un auteur, M. Trebutien, a écrit que dans certains cas, la loi ne s'en tenait pas à la punition des préparatifs, et qu'elle allait jusqu'à atteindre la pensée en poursuivant les écrivains. En affirmant ceci, on commet une confusion, d'ailleurs facile à dissiper. Chacun est libre de penser, de dire et d'écrire en dehors de toute publicité, les choses les plus immorales et les plus dangereuses, personne ne l'est de corrompre ou d'exciter les citoyens en les portant à leur connaissance. Les lois sur la presse n'atteignent point les œuvres mauvaises en tant que résolutions criminelles ou en tant qu'actes préparatoires, mais parce que la propagation de certaines élucubrations est par elle-même immorale et périlleuse.

Il nous semble plus difficile de justifier, sinon en fait, du moins en droit, l'article 227 du Code pénal, qui aggrave notablement les peines portées contre les vagabonds et mendiants, lorsqu'on les trouve munis d'ins-

truments propres à faciliter l'exécution de certains crimes ou délits, alors même qu'ils n'en ont fait aucun usage.

En ce qui concerne le complot, nous aurons l'occasion d'examiner la législation qui le régit, quand nous aurons analysé les divers éléments de la tentative.

SECTION II.

Des actes d'exécution.

La difficulté que nous signalions tout à l'heure et qui consiste à marquer la limite entre les préparatifs et la perpétration, entre les moyens et l'attentat, se représente de nouveau. Elle a été particulièrement étudiée par un ingénieux criminaliste italien, le professeur Carmignani, qui, malgré ses efforts pour arriver à une formule générale et certaine, n'a point découvert le *criterium*. Les délits sont trop variés, se présentent sous trop de formes et environnes de circonstances trop diverses, pour que sa recherche portât quelque fruit. Ce point de fait doit être laissé à la conscience et à l'appréciation du magistrat.

La question s'est présentée, il y a quelques années, devant la Cour de Toulouse, et a été résolue par un arrêt de non-lieu de la Chambre des mises en accusation, rendu dans une espèce assez curieuse pour mériter d'être rapportée.

Un homme marié désirait que sa femme fît un testament en sa faveur. Accompagné de sa concubine, il se rend chez un notaire résident dans une localité assez éloi-

gnée de la sienne. Ils expriment tous deux le désir de faire un testament portant une institution générale réciproque, et à l'appui de leur demande produisent à l'officier ministériel le contrat de mariage du mari concubin. La maîtresse s'était présentée comme femme légitime, et devait en jouer le rôle dans l'acte public. Le notaire allait recevoir les deux testaments, lorsque pris de doute, il se renseigne auprès d'un de ses clients habitant la même commune que les deux faux époux. Le parquet informé commence des poursuites qualifiant le fait de tentative de faux par substitution de personnes. La Chambre des mises en accusation jugea que les faits incriminés étaient restés dans la limite des actes simplement préparatoires du crime de faux, et renvoya les deux prévenus.

Dans cette espèce, pourtant, les agents s'étaient bien approchés du crime, puisque la confection de la pièce, qui aurait été la consommation du crime voulu, ne dépendait plus d'eux.

Reprenons où nous l'avons laissée l'hypothèse qui nous a déjà servi à l'étude de la phase interne et des préparatifs du crime.

Le malfaiteur appuie son échelle contre le mur, en face d'une fenêtre, en brise ou en arrache les châssis et pénètre, porteur de fausses clefs, de limes, de crochets et d'armes. L'effort vers le crime est très-voisin de la perpétration. Arrêté au moment où il est entré dans la maison, de quoi aura-t-il à répondre? D'une tentative? Non, car on ne peut savoir quel est son but, viol, assassinat, incendie, vol. On le poursuivra, sans avoir égard à des

projets inconnus, pour le double délit déjà commis; violation de domicile et bris de clôture. Si le doute sur le but final des actes indiqués n'est pas possible, comme dans le cas, par exemple, ou l'individu a pénétré muni d'un sac dans une maison inhabitée, ne renfermant que des récoltes, ces actes ne pouvant se rattacher qu'au dessein de commettre un vol seront incriminés à bon droit comme tentative de ce délit.

CHAPITRE III.

SECTION I.

De la tentative suspendue par le désistement volontaire de l'agent.

Introduit dans la maison, le malfaiteur fait sauter la serrure d'un meuble qui renferme et du numéraire et des papiers où est consigné un secret de famille qu'il a intérêt à connaître. Malgré que l'effraction ait eu lieu, est-il possible en conscience d'accuser l'agent de tentative de vol? Tout dépendra des circonstances. C'est évidemment un voleur s'il ne sait pas lire, ou si le meuble fracturé ne renferme que de l'argent.

Cependant, l'auteur de tous ces faits n'est pas encore irrévocablement dévoué aux rigueurs de la justice. Il dépend encore de lui de ne point souiller sa conscience et

de conserver l'honneur. Que cette main déjà pleine de bijoux ou de billets sorte vide du meuble où elle a été plongée sous l'empire d'une convoitise coupable, il ne reste plus rien au point de vue de la tentative de la série des faits exécutés, pour parvenir à ce résultat qu'une minute de repentir sincère a fait abandonner pour jamais.

Cette impunité ne doit pas être taxée d'indulgence excessive. Par cet oubli du passé, le législateur a voulu jusqu'au moment suprême laisser la porte ouverte à un mouvement honnête. Proclamer une sanction tant que le forfait n'est pas perpétré, ce serait pousser au mal celui que le sentiment de son honneur est encore capable de retenir et de sauver.

Puisque le crime est demeuré dans le domaine moral, est-il injuste d'appliquer cette loi morale que le repentir efface aux yeux de la conscience les pensées et les désirs mauvais? Si l'on m'objectait que le repentir n'est pas toujours la cause déterminante du désistement volontaire, je répondrais que dans l'impossibilité de la connaître d'une manière précise, il n'en coûte rien d'attribuer l'abandon du crime à un bon sentiment.

Cette hypothèse est celle que certains criminalistes nomment la tentative *nue*.

SECTION II.

De la tentative fortuitement suspendue.

L'agent ne retire plus sa main vide du coffre où il l'a plongée pour saisir *ad contrectandum* l'objet du larcin. Il

a appréhendé l'or et se dispose à la fuite, quand le propriétaire qui a entendu le bruit de l'effraction apparaît soudainement et, le pistolet sur la gorge, oblige le voleur à abandonner les choses dérobées. C'est une tentative suspendue par une circonstance fortuite, indépendante de la volonté de l'agent, et qui donne lieu à l'application de l'article 2.

L'application de la peine due au crime consommé a paru trop rigoureuse à certains criminalistes. Les arguments qu'ils invoquent méritent d'être rapportés et ne sont pas d'une réfutation bien difficile. D'après Beccaria, « comme il peut y avoir un intervalle entre la tentative d'un délit et son exécution, il est juste de réserver une peine plus grande au méfait consommé, pour laisser à celui qui ne l'a que commencé quelques motifs de ne pas l'achever. »

Ce texte est inacceptable. L'agent a saisi l'or, il s'enfuyait en l'emportant, lorsque l'entrée du propriétaire l'a contraint de laisser le produit du vol, et on affirmerait qu'il y a place pour le repentir? Où trouvez-vous cette présomption? Ce n'est point dans les actes du voleur qui donnent à cette supposition le plus formel démenti.

Romagnosi a-t-il raison, en avançant que la peine doit se graduer suivant que l'effort se rapproche de plus en plus du but, afin qu'il reste toujours à l'agent un motif de désistement? Cette affirmation est radicalement inexacte. Un peu plus ou un peu moins de prison à faire n'arrêtera pas le coupable. Combien nous préférons le système de la loi qui demeure désarmée jusqu'au dernier moment pour déployer toutes ses rigueurs, lorsque

le retour en arrière est devenu impossible ! C'est de cette doctrine qu'on peut dire qu'elle sollicite au repentir et au désistement celui dont une seconde de plus allait faire un grand coupable.

La raison invoquée par Carrara est la négation la plus audacieuse de la justice. « Puisque, dit-il, le hasard joue un si grand rôle dans les événements humains, il ne répugne pas qu'il en ait un dans la responsabilité des actes délictueux. »

Avec un savant magistrat, M. Lacointa, et nous appuyant comme lui sur l'autorité de l'illustre Filangieri, nous repoussons catégoriquement la différence pénale qu'on voudrait établir entre le crime consommé et la tentative fortuitement suspendue. Quelle est la valeur du fait, si ce n'est de révéler la culpabilité ? Elle est ici démontrée égale en cas de réussite ou de non réussite. Il faut donc appliquer la même peine.

M. Rossi, après Nicolini, fait appel à la conscience publique. « Nous ne croyons pas, dit cet auteur, qu'elle partage l'opinion qui fait monter également sur l'échafaud l'assassin dont la victime gît dans la tombe, et celui dont la victime désignée, grâce à l'interruption de la tentative, se trouve peut-être au nombre des spectateurs de son supplice. »

En premier lieu, un raisonnement solide vaut mieux qu'une affirmation. En outre, je récuse le témoignage de la conscience publique, parce que rien ne prouve qu'elle ait les sentiments qu'on lui prête. Les aurait-elle ? je la récuserais encore, parce que son opinion se forme plutôt sur les données des sens que sur celles de la raison. Une

impression n'est pas un jugement. Il m'importe peu que les esprits sans culture ne veuillent prononcer la mort que pour expier la mort, si une déduction inflexible dans sa logique me conduit à l'ordonner. La cour d'assises de la Haute-Garonne, à la session d'août 1875, n'a point reproduit dans son verdict les assertions de Rossi, quand elle a condamné à la peine capitale un vieillard de 65 ans, pour tentative d'assassinat sur la personne de son fils.

Le principe en vertu duquel la peine tout entière ne peut être appliquée qu'autant que le résultat de la tentative est obtenu, est faux, philosophiquement faux. L'homme n'est maître que de sa volonté et de ses actes, il ne l'est pas du résultat de ses actes qui sont en dehors du cercle de sa puissance. Il est responsable du résultat, qu'il y parvienne ou n'y parvienne pas, dès qu'il a tout fait pour l'atteindre. Faire bénéficier le criminel du hasard qui a interrompu son forfait, disons-le, malgré l'autorité des noms de Carrara et de Rossi, c'est injuste jusqu'à l'absurdité.

La Cour de Rennes, dans les observations qu'elle présenta sur le projet de Code pénal, disait : « La consommation réelle du crime laisse bien loin derrière elle toute l'atrocité imaginable des tentatives. » Développant ces considérations tendant à faire appliquer à la tentative une peine inférieure à celle du crime consommé, un auteur avance que c'est là un sentiment naturel, ce qui est contestable. D'ailleurs, c'est la raison et non pas le sentiment qui doit guider le criminaliste.

En second lieu, il insiste en invoquant cette raison,

que le crime participe de la double nature de l'homme et lèse à la fois l'ordre physique et l'ordre moral ; il faut donc que la lésion physique et morale se soit produite par la consommation pour que la peine entière soit appliquée. — Nous ne voyons ici qu'une inexactitude. — L'ordre moral seul est blessé, car il est absolument conforme à l'ordre physique des choses que la victime succombe à la blessure mortelle ~~qu'il~~ qu'elle a reçue. L'assassinat ne viole pas les lois naturelles ; c'est la recherche coupable d'une fin naturelle par des moyens naturels.

Notre auteur n'est pas mieux inspiré, quand il appelle la tentative une partie du méfait dont la consommation est le tout. En réalité, si le crime n'a pas été complet *objective*, il l'a été *subjective*, ce qui suffit, car nous savons que le fait matériel sert à la preuve de la culpabilité morale en laquelle consiste toute la criminalité.

Troisièmement, il ne s'agit pas d'imputer à l'agent un résultat qui n'a pas été obtenu, mais de châtier l'effort qu'il a fait pour y arriver.

Quatrièmement, il est sans importance que le coupable ait joui des conséquences de sa mauvaise action, puisque la peine n'est pas une compensation.

CHAPITRE IV

SECTION I.

Du crime manqué.

La divergence entre les criminalistes sur la peine à appliquer est moins vive dans notre nouvelle hypothèse que dans celle dont nous venons de faire l'examen. MM. Faustin-Hélie et Chauveau, notamment, se rangent à l'opinion qu'exprimait M. Treilhard quand il disait : « Dans le méfait manqué, l'agent a commis le crime autant qu'il pouvait le commettre ; il a dès-lors encouru la peine prononcée contre le crime. »

Quand nous avons traité de la simple tentative, nous avons reconnu la portée de cette objection : la certitude du désistement volontaire n'existant pas, il est injuste de ne pas faire une différence dans l'application des peines. On ne peut la représenter ici, puisque le crime a été poussé jusqu'à ses dernières limites et que si l'agent n'a pas obtenu le résultat désiré et prévu par lui, ce n'est pas sa faute.

Une considération que nous puisons dans le traité de M. Lacointa nous a vivement frappé ; elle nous paraît la condamnation du système dans lequel on voudrait, comme dans certains pays, édicter en cas de crime manqué une

peine d'un degré inférieure à celle que le législateur a réservée à la perpétration de l'acte délictueux qui a donné les conséquences promises. « Il ne faut point, dit l'éminent magistrat, par la modification législative de la peine, que dans l'esprit de l'agent se glisse, au milieu d'autres considérations, cette pensée, quelque vague qu'on la suppose, qu'il peut avancer, chercher à réaliser tous ses projets, et qu'après la perpétration de sa volonté, il lui reste encore une chance, serait-ce une seule sur un million, celle de manquer le but et de conquérir de la sorte un titre à l'indulgence de la loi. Que dire, si l'atténuation de la peine faisait naître cette idée dans le cœur d'un seul coupable ? »

Les législations sont logiques qui assimilent à la tentative fortuitement suspendue le méfait manqué, encore qu'elles soient dans l'erreur en n'assimilant pas au crime consommé l'effet manqué et ce qu'on appelle proprement la tentative. En effet, la possibilité du repentir dans le cas d'interruption fortuite est une hypothèse gratuite contredite par les faits connus déjà accomplis par l'agent. Dans les deux espèces, la criminalité est identique et nous ajoutons : identique au crime qui a réussi dans la perpétration.

Etudions de plus près les différences entre le crime manqué et la tentative, l'esprit de notre article 2 nous en paraîtra plus conforme aux saines notions de la logique et de l'équité.

SECTION II.

Des différences entre la tentative et le crime manqué. Des éléments de ces deux cas.

Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même.

Après la phase interne du crime, qu'on en pourrait appeler la période d'incubation, l'agent commence les actes physiques qui doivent le conduire jusqu'à la perpétration du crime et bientôt après à la jouissance de ses résultats.

La difficulté d'apprécier *à priori* le caractère d'un acte, de le ranger parmi les préparatifs ou la tentative, nous avons essayé de la résoudre en proposant comme *criterium* l'évidence du rapport entre le moyen et le but final. Si l'acte dont il s'agit implique fatalement le vol comme fin, c'est une tentative; s'il est explicable de tout autre manière, il n'est que préparatoire.

La tentative se distingue de l'*attentat*, en ce que dans l'*attentat* il suffit que l'agent soit sur le point de commettre un acte proche de l'exécution, tandis que dans la tentative cet acte doit déjà avoir été accompli.

La tentative se distingue de l'effet manqué en ce que, dans le méfait manqué, tous les actes propres à amener

les résultats du crime, jusques et y compris l'exécution, ont eu lieu, tandis que dans la tentative, l'acte suprême n'a été perpétré qu'en partie. L'exécution n'a pas été complète. L'acte suprême de l'assassinat c'est, par exemple, le coup de poignard. Au moment où, le bras levé, l'assassin va frapper sa victime, une main l'arrête, nous sommes en présence d'une tentative, car l'acte d'exécution a été interrompu. Au contraire, le meurtrier a frappé; mais la lame de son arme s'est brisée sur un objet que la victime portait sur elle, l'acte d'exécution a été complet; nous sommes en présence d'un crime manqué.

Ces premiers principes posés, les différences s'accuseront d'elles-mêmes, en analysant la tentative et le méfait manqué, sauf à traiter dans des sections particulières des diverses causes par lesquelles le délit n'atteint pas le résultat.

La tentative est punissable seulement quand elle réunit les conditions suivantes :

1° Intention coupable ;

2° Effort vers un but prévu et puni par la loi ;

3° Effort direct ;

4° Péril causé par cet effort ;

5° Effort manifesté par des actes extérieurs ;

6° Interruption de l'effort par une circonstance indépendante de la volonté de l'agent.

Les deux premiers éléments se passent de tout commentaire. L'imputabilité tombe, si les faits exécutés démontrent la tendance de l'agent vers un fait qui a échappé aux prévisions de la loi. Quand même le fait

serait punissable, si celui qui a essayé de le produire a agi *per lasciviam* ou sans discernement, l'absence de culpabilité morale enchaîne le bras de la justice.

Il n'en est pas de même des autres conditions sur lesquelles quelques mots semblent nécessaires.

§ Ier.

Quand nous parlons d'intention *directe*, nous entendons qu'un crime déterminé doit avoir été résolu par l'agent. Si les actes déjà manifestés ne se rattachent pas à une fin délictueuse voulue, ils sont moralement indifférents.

Relativement à cette condition, une controverse s'est élevée entre divers juristes, sur le point de savoir, si le méfait commis pendant un accès de colère était susceptible de tentative.

L'opinion négative professée par plusieurs criminalistes italiens est fondée sur l'oblitération momentanée des facultés produite par l'emportement.

Pour arriver à la perpétration d'un forfait, l'agent a dû se livrer à des actes successifs de préparation et d'exécution qui attestent le rôle de son intelligence et de sa volonté. L'exécution a été raisonnée : il a marché pas à pas vers l'accomplissemen de son dessein. La tentative existe quand il est arrêté à tel ou tel point de sa route. Mais l'homme possédé par la colère et qui se sert tout à coup

pour donner la mort du premier objet à la portée de sa main, a-t-il pu vouloir le crime et le préparer? *Ira furor brevis.* Il n'y a pas eu, il n'a pas pu y avoir de calcul, ni de discernement sur le moyen et le but. A l'homme qui ne raisonne pas, on ne peut appliquer les règles faites pour l'homme qui raisonne. Il ne s'est pas rendu compte des conséquences du coup qu'il porte. Il a frappé sans savoir ce qu'il faisait, comme il eût brisé un vase précieux ou jeté sa fortune dans la mer. Les passions agitées ont rempli toute son âme; seules, elles sont actives au milieu de toutes les facultés abolies pour un instant.

Ces considérations ont un vice capital, celui d'aller par leurs conséquences plus loin que ne l'eussent voulu leurs auteurs. L'analyse ainsi faite de l'état de colère, supposé qu'elle soit exacte, détruit non-seulement la tentative, mais encore la responsabilité du méfait consommé.

Or, ceci est manifestement contraire à la pratique journalière. Sur vingt faits de meurtre déférés à la cour d'assises, six au moins ont été accomplis ou tentés dans un moment de colère violente, et les jurisconsultes dont il s'agit n'ont jamais attaqué la légitimité de la poursuite ni de la condamnation dans ces cas particuliers. La logique semblerait pourtant les obliger à nier l'imputabilité, quand il y a méfait consommé, aussi bien que quand il y a eu tentative. Puisque l'intention coupable est jugée suffisante dans la première hypothèse, on doit conclure à son existence dans la seconde, et conséquemment à la possibilité d'une tentative.

Examinons dans une hypothèse où nous conduirait l'admission de cette théorie.

Un homme dans son irritation en a jeté un autre dans un précipice. Si celui-ci a succombé, l'homicide peut être poursuivi; s'il ne s'est point blessé, l'homicide est exempt de toute peine. Ce serait de la législation bien matérialiste, celle qui ~~prendrait~~ punirait les actions coupables en considérant seulement leurs résultats.

Remarquons enfin qu'en adoptant les idées de Carrara, le principal défenseur de cette doctrine erronée, on devrait également innocenter les crimes tentés ou consommés en état d'ivresse. Carrara, lui-même, a reculé devant cet inévitable corollaire de son système.

La tentative doit donc être directe.

§ II.

La tentative ne peut pas engendrer, à proprement parler, un dommage réel. C'est ici le péril couru par la victime, soit dans sa personne, soit dans ses biens. Où ce péril n'existe pas, l'agent ne s'est pas approché de l'exécution complète d'assez près pour que la loi apprécie cet effort comme une tentative.

§ III.

Tâchons de nous fixer sur la pensée renfermée dans ces mots : *Des actes extérieurs de commencement d'exécution.*

Un procès célèbre par les points de la doctrine qui ont été élucidés à son occasion va nous servir à appuyer notre opinion.

La femme Anne Roblot, épouse Vilmenot, voulant, ainsi qu'elle le reconnut, incendier une maison à elle appartenant et louée aux mariés Poinsot, pratiqua dans la cheminée du four de cet immeuble une ouverture située à 1 mètre 30 cent. du foyer et assez rapprochée du toit pour que la communication entre la botte de paille qu'elle y disposa en saillie dans le tuyau communiquât sûrement le feu au chaume de la couverture. Les espérances coupables de la femme Roblot furent trompées par la vigilance de la femme Poinsot, et des poursuites furent décernées contre elle pour tentative d'incendie.

Ces poursuites étaient-elles justifiables? La solution de ce point de fait dépend de la réponse à cette question : Quand une personne a pris ses dispositions de telle sorte qu'un tiers, par un acte involontaire, produise le fait dommageable et délictueux qu'elle s'est proposé, peut-on dire qu'elle s'est livrée à des actes extérieurs de commencement d'exécution, alors qu'un fait s'est produit indépendant de la volonté de l'agent qui a interrompu le cours du délit?

Pour le moment, nous ne songeons qu'à la première difficulté.

En l'espèce, ce n'est point par suite de la disposition de la botte de paille que l'incendie n'éclata pas, c'est que la femme Poinsot s'aperçut du danger et n'alluma pas son four. Si elle l'eût allumé et que par suite, par exemple, d'une pluie abondante qui serait tombée en

ce moment, le feu n'eût pas été communiqué de la botte de paille à la toiture, la seconde des deux difficultés que nous rencontrons n'existerait plus. Nous aurions en effet dans la pluie la circonstance indépendante de la volonté de l'auteur. Mais ici, le crime a avorté parce que la femme Poinsot n'alluma pas le four.

Comment la question a-t-elle été résolue par les tribunaux ?

La Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Dijon rendit le 27 juin 1861 un arrêt de non-lieu. Il se fonde sur les raisons suivantes :

1° L'élément matériel du crime d'incendie consiste à mettre le feu ou à disposer le feu, de telle sorte qu'il puisse produire son effet naturel en communiquant avec les objets que l'on se propose de brûler;

2° Les faits imputés à la femme Vilmenot sont des actes simplement préparatoires.

La Cour de cassation :

« Attendu que l'individu qui a tout préparé et disposé pour qu'au moment donné le feu prenne nécessairement, soit de lui-même, soit par le concours innocent d'une main étrangère, n'est pas moins coupable que celui qui allume personnellement et directement le feu ;

» Attendu que, des faits reconnus au procès, il résulte que l'action criminelle, préméditée par la femme Vilmenot, avait reçu toute la suite dont elle était susceptible de son fait ;

» Qu'elle n'avait plus, pour la consommation du crime, rien à ajouter aux dispositions prises pour produire d'une

manière fatale et presque inévitable l'incendie de sa maison ;

» Que ce qui pouvait rester d'éventuel et d'incertain dans l'événement ne dépendait plus d'elle ;

» Qu'en conséquence, loin qu'un tel ensemble de circonstances ne présente pas les éléments constitutifs de la tentative, soit le commencement d'exécution, il constitue l'exécution elle-même dans tout ce qui pouvait relever de la résolution et du fait de la prévenue ;

» Attendu que cette résolution, s'étant montrée persévérante jusqu'à la fin, la tentative ci-dessus n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.....

.....

» La Cour casse. »

De ces deux décisions judiciaires, rendues en sens contraire, la première semble plus conforme au texte de la loi qu'à l'équité ; la seconde observe la morale, mais ne respecte pas les termes de l'article 2.

La Cour de Dijon considère à bon droit que l'espèce ne renferme pas d'acte extérieur commençant l'exécution. Evidemment, tant que les choses seraient demeurées en l'état où les avait mises la femme Vilmenot, aucun danger n'était à redouter. Un fait nouveau était nécessaire pour que les préparatifs faits par la prévenue amenassent l'exécution de son plan.

La Cour suprême a sans doute cédé à un motif d'un autre ordre. Il lui a paru que la femme Vilmenot demeurait responsable, quoique pour la production de l'acte

définitif elle se fût assurée le concours involontaire d'une tierce personne.

C'est par la prévenue que l'acte indifférent d'allumer le four prenait un caractère de criminalité imputable à celle-la seule qui le lui imprimait.

La femme Vilmenot a agi par la femme Poinsot. L'attentat devient tentative au moment où cette dernière allume son four.

L'empoisonneur qui ferait remettre le breuvage mortel à la victime par la main d'un petit enfant diminue-t-il la gravité de son crime ?

Toutes ces considérations sont d'une justesse parfaite, mais les termes de l'article 2, nous le croyons du moins, n'en demeurent pas moins contraires à la théorie qu'elles sont destinées à étayer.

Le motif invoqué par la Cour suprême, tiré de la volonté, persistant jusqu'à la fin, est moins exact. On ne saurait affirmer en effet que si les préparatifs n'eussent pas été découverts, le temps qui se serait écoulé depuis la perfection des préparatifs, jusqu'au jour où le four aurait été allumé, pouvant être très long, la femme Vilmenot ne se serait pas volontairement désistée de son projet.

Encore une fois, vu la rédaction de notre article, l'arrêt de la Cour d'appel est juridique, celui de la Cour de cassation est juste législativement.

Plus exactement : l'arrêt de la Cour de Dijon est conforme à la lettre de la loi ; celui de la Cour de cassation est en harmonie avec les vrais principes de la Morale. Il serait à souhaiter que la législation pénale révélât le même esprit que cette décision. Mais nous ne la croyons pas bien fondée juridiquement.

§ IV.

La découverte des préparatifs est elle susceptible de constituer la circonstance indépendante de la volonté de l'auteur ? Est-elle en outre interruptive de la volonté de l'agent ? Cette question nous amène à rechercher ce que la loi entend par des actes extérieurs suspendus par une circonstance indépendante de la volonté de l'agent.

En présence des difficultés, presque des impossibilités, que présente le motif tiré du désistement volontaire, nous avons pensé que le juge devait l'attribuer toujours à un sentiment d'honneur tardivement réveillé dans l'âme coupable, mais assez puissant pour arrêter le dernier acte d'un drame depuis longtemps commencé.

Nous avons admis qu'une pénalité quelconque, si légère qu'elle soit, ne pouvait pas être appliquée puisque dans le monde moral le repentir efface toute la faute et qu'ici la faute est demeurée dans le domaine du monde moral.

Des cas cependant peuvent se présenter dans lesquels le désistement est déterminé par un motif autre que le repentir. S'il s'agit d'un fait qui entrave absolument l'action de l'agent, nous avons un crime tenté. Si ce fait, sans être un obstacle insurmontable à l'exécution, a influencé l'agent et l'a déterminé à abandonner son projet, que faut-il décider ? Le problème psychologique qui se pose en ces termes est d'une gra-

vité et d'une difficulté exceptionnelles. Est-ce la circonstance nouvelle qui décide l'agent à abandonner son dessein, ou est-ce à l'occasion de cette circonstance qu'il y renonce par suite d'une direction nouvelle donnée à ses idées ?

Je suppose qu'un homme se soit introduit furtivement dans un des étages élevés d'une maison pour y commettre un vol. Il a laissé ouverte la porte de la pièce dans laquelle il va exécuter le larcin ; une personne qui passe ignorant la présence de l'agent ferme la porte à clef. A ce moment, l'agent abandonne sa résolution et ne cherche qu'à fuir. Une porte ordinaire est loin d'être un obstacle insurmontable. Il n'est même pas très-difficile de la forcer et d'emporter l'objet du vol. Cet homme profitera-t-il de son désistement ?

De bons auteurs résolvent la difficulté par une distinction. Oui, si l'obstacle n'était pas de nature à faire reculer un homme d'une énergie ordinaire. Non, si l'obstacle n'eût pu être vaincu que par une force et une énergie extraordinaires. En d'autres termes, oui s'il a pu persévérer ; non, s'il ne l'a pas pu. Cette solution n'est pas pratique.

Comment apprécier la moyenne de l'énergie humaine, comment la fixer ? Le juge ne connaîtra jamais ces détails infiniment petits qui dans un moment aussi grave peuvent prendre aux yeux de l'agent les proportions d'une impossibilité. Il ne lit pas dans l'âme de l'accusé. Peut-être était-il dans une de ces heures d'acharnement, de surexcitation que la préparation et l'exécution d'un acte délictueux déterminent souvent chez l'agent. Tel

homme qui a hésité avant de se décider à l'assassinat, une fois le poignard à la main, ne s'arrêterait pas devant toute une brigade de gendarmerie.

M Carrara ne décide pas la question, mais la distinction qu'il fait entre les causes morales et les causes physiques est un acheminement vers une bonne solution. Les causes physiques sont celles qui ont matériellement arrêté l'acte coupable dans son cours, les causes morales sont celles qui ont agi sur la volonté du coupable et l'ont contraint à interrompre l'acte. Les unes et les autres, ajoute l'auteur, sont filles d'un accident que la loi considère comme *indépendant de la volonté de l'auteur*.

Un dernier point de fait doit quelques instants encore retenir notre attention.

On ne doit point confondre la suspension de l'exécution avec le désistement de l'agent. L'une n'est pas toujours le signe de l'autre. Qu'un individu, pendant qu'il commet le vol ou qu'il est sur le point de le commettre, entende du bruit près de la chambre où il se trouve; que pris de terreur il interrompe ses actes pour se cacher, peut-on dire qu'il s'est désisté et que dès lors il n'y a pas de tentative punissable? Telle n'est pas notre opinion. Que le voleur se soit trompé dans ses appréhensions ou qu'elles soient fondées, il s'est produit un fait indépendant de sa volonté qui le met en état de tentative.

Il demeure bien entendu que s'il y a eu suspension du simple attentat, il n'y a pas eu tentative et partant point de pénalité applicable.

Si c'est non plus l'attentat mais l'exécution qui a été

suspendue, il faut décider que cette situation est régie par l'article 2.

Parcourons maintenant, comme nous venons de le faire pour la tentative, les éléments du délit manqué.

Le délit est manqué lorsque le résultat seul des actes coupables n'est pas atteint par l'agent qui a fait tout ce qu'il était en lui de faire pour l'obtenir. Ainsi, le pistolet que l'assassin avait dirigé sur moi éclate au moment où il en presse la détente pour me donner la mort. Le crime est complet. L'auteur de cet acte est un assassin, et malgré M. Rossi, ma conscience ne serait nullement blessée de le voir monter sur l'échafaud. Je ne vois pas comment la mauvaise qualité de l'arme dont il s'est servi serait une raison d'abaisser d'un degré la pénalité encourue.

Mais le crime peut être manqué, soit par suite des moyens insuffisants que l'agent a employés, soit par suite d'une situation de l'objet qui le rendrait non susceptible d'atteinte.

Il y a deux sortes de crimes impossibles : le crime nécessairement impossible et le crime relativement impossible.

Ces deux hypothèses sont celles du crime impossible. Quand il n'y a point pour l'agent possibilité d'arriver au crime, il ne saurait y avoir tentative de crime. En effet, on ne peut commencer qu'une chose susceptible d'être finie. Or, la fin étant en dehors de la puissance humaine, tous les efforts produits pour l'atteindre sont nuls et de nul effet aux yeux de la loi.

Bien souvent nous nous sommes mis en présence de

ce raisonnement, nous l'avons trouvé juste en lui-même, mais sans application possible à l'objet qui nous occupe. Malgré qu'il soit adopté par tous ou presque tous les auteurs, nous ne pouvons nous résoudre à y voir autre chose qu'un sophisme. Que punit-on? le mal manifesté par des actes qui en sont la preuve. Et qui niera qu'il y ait ici des actes tendant à la réalisation d'une pensée coupable! Ce que je ne sais pas n'existe pas pour moi, et vous violentez la vérité en supposant que je connais ce que je ne connais pas. Il m'importe bien peu qu'on ne puisse pas commencer ce qui ne peut pas être fini. Cela est vrai, mais ne me touche pas. Ce qui est vrai, c'est que la volonté coupable s'est hautement manifestée et que partout où la justice paraîtra préférable à la scolastique, on punira, on devra punir l'effort coupable vers un but qui est impossible pour tous ceux qui connaissent l'impossibilité, mais possible pour l'agent qui l'ignore.

Ainsi, en nous plaçant dans la première hypothèse, celle du crime impossible par insuffisance ou erreur dans les moyens : Voilà un homme qui a acheté de l'arsenic, qui le verse dans le breuvage destiné à donner la mort à son frère, le lui fait boire et s'en va. Une heure après l'ingestion du toxique, il va annoncer à sa famille, à ses amis, à ses voisins que son frère est atteint d'un mal inconnu qui va l'emporter, qu'il éprouve d'atroces douleurs, qu'enfin il n'y a pas un instant à perdre. On accourt, et on trouve le prétendu moribond en parfaite santé. Ce n'était pas de l'arsenic qu'on avait vendu au fratricide; par suite d'une erreur, on lui avait livré une

substance inoffensive. J'ai dit : *le fratricide*, et ce n'est pas un raisonnement qui changera la qualification que lui infligera toute conscience honnête. Quoi ! on préférerait laisser impuni un atroce forfait que de toucher à un syllogisme !

La distraction d'un marchand enlèvera au bourreau une tête qui lui appartient. C'est insensé ! Si c'est à de pareils résultats que conduit la doctrine de l'utilité, elle est illogique et impie. Il n'y a pas eu de péril social, disent les partisans de l'inviolabilité des syllogismes. Ce n'en est donc pas un, que de laisser libre, électeur et éligible l'homme qui a voulu empoisonner son frère? Il l'a voulu énergiquement, jusqu'au bout, sans faiblesse, et il a tout fait, tout ce qui dépendait de lui pour réaliser sa volonté. Et on décréterait l'impunité contre le misérable qui regrette peut-être l'erreur malgré laquelle il est aussi coupable, et qui lui enlève seulement les fruits de son abominable action ? Non, cet homme a manqué le crime, voilà tout, la loi qui ne le punirait pas serait immorale.

Ainsi a pensé la Cour d'Agen, dans son arrêt du 8 décembre 1849, qui, en des circonstances semblables, a prononcé cinq ans de réclusion.

Cette belle décision judiciaire échappe au reproche d'incriminer la simple pensée coupable. Il y avait dans notre hypothèse mieux qu'une pensée, il y avait une résolution, laquelle s'était affirmée par des actes extérieurs d'exécution, ne laissant aucune place au doute.

Nous en arrivons à l'hypothèse du crime impossible, par suite de la situation de l'objet, quant à l'agent. C'est celui que les commentateurs désignent sous le nom de crime *nécessairement impossible*.

Un homme pénètre la nuit dans la chambre d'une personne qu'il croit endormie, la frappe d'un coup, de plusieurs coups de poignard. Or, la victime n'était pas endormie, il est certain, par suite d'une expertise médico-légale, que la personne venait d'expirer d'une attaque d'apoplexie une seconde avant d'être poignardée.

Point d'incrimination en vertu du texte de la loi définissant l'homicide.

Eh bien, non-seulement la conscience s'indigne devant cette impunité, mais nous prétendons qu'elle est illogique. Quant à l'homme, connaissance et existence sont synonymes. Une chose n'existe relativement à moi que parce que je la connais. La mort de la victime n'existait pas pour l'homicide, puisqu'il l'ignorait.

Nous ne voulons pas insister sur l'iniquité de la solution forcément admise ni sur les résultats révoltants qu'elle entraîne ; il nous suffit d'y voir une preuve de plus en faveur de la théorie du droit de punir, ayant pour base la morale absolue. Ceux qui innocentent ces actes, comme ceux qui nous ont fourni nos exemples, ne peuvent nier la culpabilité morale de l'agent. Ils sont forcés de ne point lui infliger la flétrissure qu'il a si bien méritée, afin de rester conséquents avec la vengeance, la défense, l'utilité, le commandement ou tout autre de ces notions radicalement fausses, auxquelles ils font remonter le droit de punir. Eh bien! toute doctrine en vertu de laquelle on ne pourra pas atteindre le coupable dans les deux cas dont nous venons de nous occuper est grossière, inadmissible par la raison comme par la conscience.

Ils sont la pierre de touche sur laquelle doit être éprou-

vée la valeur de toute théorie. La loi humaine qui entre en contradiction avec la loi morale n'existe que par le fait de la force mise par le pouvoir social au service de son exécution Devant l'âme humaine, elle est une erreur, une iniquité, un instrument de tyrannie,

Telle on rend la loi, quand on la fait descendre d'une autre notion que celle de l'absolue justice. C'est pourquoi à la première ligne de ce travail nous avons voulu tenter de nous fixer sur les vrais principes philosophiques, sachant bien que le Code pénal deviendrait juste ou injuste suivant la légitimité ou l'illégitimité du fondement qu'on lui donnerait. Nous avons cédé à une immuable conviction en défendant celui qui répand sur toute loi pénale la lumière et l'équité.

CHAPITRE V.

DE LA COMPLICITÉ.

L'instigateur du crime, celui qui *consilio* mais *consilio* seulement a provoqué à l'acte délictueux n'est point considéré comme complice, pas plus quand le crime est consommé que lorsqu'il a été tenté ou manqué.

Il est incontesté que la complicité dans la tentative d'un crime est équivalente à la complicité dans un crime consommé.

Prenons quelques espèces :

Après avoir tout préparé avec l'auteur principal pour

~~la nécessité~~ l'accomplissement d'un projet coupable, le complice, cédant au repentir, fait échouer le plan auquel il s'était associé. Ce désistement lui donne droit à l'impunité, ainsi que nous avons eu l'occasion de le dire. Mais cette exemption de la peine doit être et est en effet toute personnelle. Elle ne saurait s'étendre à l'auteur principal, quand le fait qui a suspendu le commencement d'exécution émane du complice.

Voilà donc un premier cas dans lequel le sort de l'auteur principal et celui du complice seront différents.

En voici un autre dont la solution présente de sérieuses difficultés :

L'auteur principal a reçu du complice la pensée d'un crime et les instructions nécessaires pour le commettre. Ensemble ils l'ont résolu, ensemble ils doivent l'exécuter un jour et à une heure déterminés.

Saisi de repentir, le complice se rend chez l'auteur principal un peu avant le moment convenu, dans le but de lui faire partager les sentiments qui l'ont éloigné du mal. Inutilement il prie, exhorte, supplie, l'auteur demeure inébranlable dans sa détermination et profitant des renseignements qu'il tient du complice, seul il tente le méfait projeté. Quelle est la position légale du complice ? Exigera-t-on qu'il ait persévéré jusqu'à la fin dans ses mauvaises résolutions ? Son innocence sera-t-elle acquise par suite de sa déclaration antérieure au crime qu'il ne veut plus son exécution ?

Incontestablement, dans l'hypothèse où la complicité résulte d'un ordre donné, la révocation de cet ordre, pourvu qu'elle soit connue de celui qui l'avait reçu,

détruit dans le maître toute criminalité. Si le serviteur a malgré la révocation commis le méfait, seul il en devra compte à la justice. Mais notre hypothèse est différente. Nous ne supposons pas qu'il y ait eu commandement de commettre un délit, mais qu'il a été fourni des instructions pour sa consommation. Plus tard, le désistement que pourra effectuer le complice ne lui profitera pas. Il est évidemment responsable d'un fait qui sans les renseignements donnés par lui n'eût pas eu lieu.

D'ailleurs, que ne s'opposait-il au crime, soit de sa personne, soit en prévenant l'autorité ? Il ne faudrait rien moins qu'une de ces deux preuves pour établir le désistement aux yeux de la loi.

On s'est encore demandé si celui-là est coupable qui, après avoir ordonné, organisé, payé le crime, manifeste son repentir alors qu'il ne peut plus empêcher l'exécution. Par exemple, un homme qui se trouve à Paris fait exécuter à Orléans le jour même un assassinat. Une heure avant le moment indiqué, le remords s'empare de lui, il part et arrive quand tout est consommé. Cet homme est moralement et légalement coupable de complicité et doit en subir la peine

Pour terminer cette matière, examinons la question de savoir s'il peut y avoir *tentative de complicité*. Il ne faut assurément pas prendre ces derniers mots dans un sens rigoureux. En effet, il ne peut y avoir en réalité tentative que d'un fait délictueux déterminé, comme le vol ; et non d'un état délictueux, comme la complicité. Nous voulons dire s'il est possible qu'un fait constituant la complicité soit l'objet d'une tentative.

Ainsi, un individu s'est engagé auprès d'un autre à faire le guet devant une maison tandis que ce dernier y commettrait un vol. Le complice se rend et commence à remplir son rôle ; mais un peu avant le moment décisif, celui où son entremise est vraiment utile à l'auteur principal, il regrette sa collaboration coupable et à l'insu du voleur il quitte la place. Ce dernier ayant accompli, manqué ou tenté le vol, le complice est-il punissable ?

On dit pour l'affirmative que, malgré son désistement, le guetteur encourt une part de responsabilité ; qu'en effet, si le voleur ne s'était pas cru protégé et aidé par le complice, il n'eût peut-être pas osé se livrer aux faits qui lui sont imputés.

Pour la négative, il n'est même pas nécessaire d'invoquer le désistement ; car, les textes relatifs à la complicité tranchent nettement la difficulté.

Ils exigent l'entière complicité sans distinction et ne prévoient même pas ce que nous avons appelé la *tentative de complicité.*

CHAPITRE VI.

DES EXCEPTIONS A L'ARTICLE 2.

Ainsi, notre Code, repoussant les subtilités introduites dans la plupart des législations européennes, considère comme passible d'une peine égale le crime tenté, manqué ou consommé. Il va plus loin, et marque, par les

termes dont-il se sert, que l'égalité dans la peine est la conséquence de l'identité des trois cas, devant la conscience. Nous avons essayé de démontrer la justesse de ce système, qui répond parfaitement aux idées que nous avons exposées.

En matière de crimes, l'empire de l'article 2 ne s'étend pas à certains délits qui par leur nature ont paru au législateur devoir être régis par des dispositions spéciales. Ce sont celles des articles 132 et suivants, 179, 317, 361 et 365 du Code pénal.

PREMIÈRE EXCEPTION

Du crime de faux.

Parmi les divers genres de faux, nous nous occuperons, mais en quelques mots seulement, du crime de fausse monnaie.

La nature de ce méfait a changé aux yeux des législateurs modernes.

A Rome, on considérait le fait de fabriquer ou d'émettre des pièces fausses comme un attentat à la majesté impériale ; aussi, le faux-monnayeur était-il considéré comme coupable de lèse-majesté et comme tel condamné à mort.

Tant que le droit de battre monnaie a été un attribut personnel du souverain, les mêmes idées ont été en vigueur. Notre ancienne jurisprudence qualifiait le crime

de fausse monnaie comme les lois romaines et le punissait comme elles.

Lors de la discussion par l'Assemblée constituante du projet du Code pénal de 1791, on ne vit plus dans la fabrication de la fausse monnaie qu'un vol d'une nature particulièrement dangereuse. L'art. 2, sect. 6, tit. 2 de ce Code n'édicte que quinze ans de fers.

La loi du 14 germinal an XI, article 5, ne reprend pas l'antique dénomination du crime de lèse-majesté mais rétablit la peine de mort, contre les faux-monnayeurs.

Les auteurs de la loi de 1832 ont mieux apprécié que leurs prédécesseurs de 1791 le double caractère du crime de fausse monnaie. Incontestablement, il constitue un vol d'une nature dangereuse, mais en outre on y doit voir une coupable usurpation de pouvoirs. Si le droit de battre monnaie n'est plus un droit attaché à la personne du roi, il est un monopole de l'Etat. Ces considérations ont conduit le législateur de 1832 à édicter la peine des travaux forcés à perpétuité.

Comment le crime de fausse-monnaie a-t-il été considéré au point de vue de l'incrimination?

L'article 139 soumet à la même peine ceux qui ont contrefait ou altéré la monnaie, et ceux qui les ont émises ou qui les ont importées en France.

Cette assimilation a été vivement critiquée. On n'admet point tout d'abord que l'altération ou la contrefaçon des monnaies indépendamment de toute émission soit passible des mêmes peines que la perpétration du crime. La raison en est qu'on ne saurait voir dans les faits de

contrefaçon ou d'altération isolés de toute monnaie en circulation autre chose qu'un préparatif.

Là, nous paraît être le vice capital du système. Quand nous avons cherché une distinction pratique entre les actes d'exécution et les actes préparatoires, nous avons été conduit à dire que l'acte d'exécution était celui qui avait avec la perpétration d'un délit déterminé un rapport intime et nécessaire.

Ne trouvons-nous pas ce rapport dans la possession ou la fabrication de pièces fausses par lesquelles on a cherché à imiter le mieux possible la monnaie nationale ? Est-il aussi certain qu'on veut bien le dire qu'en l'absence de la mise en circulation, nous n'avons, dans les faits tout à l'heure indiqués, qu'un acte préparatoire puni par suite d'une mesure exceptionnelle ?

La légitimité d'une peine inférieure à celle des travaux forcés à perpétuité est bien loin d'être démontrée. Pensez-vous qu'un homme ait acquis et fait fonctionner un appareil destiné à faire des pièces fausses loin de tout regard pour conserver des milliers de ces pièces à titre de curiosité ? Mais cet homme-là exécute son crime ! Pensez-vous qu'un homme qui pénètre sur le territoire français nanti d'une quantité considérable de fausse monnaie dont il connaît la nature n'en soit qu'à la période innocentée de la préparation ? En ce cas, raisonnant dans la probabilité du repentir, il ne faut point le frapper. Si, avec le bon sens universel, vous affirmez que l'individu pris dans de semblables conditions est un faux-monnayeur se livrant à l'exercice de son industrie, il n'y a aucun motif pour ne pas édicter contre lui les travaux forcés à perpétuité.

L'exception à l'article 2, si toutefois c'en est une, nous paraît d'une justice absolue.

Les dispositions précitées ne sont pas spéciales à la fausse monnaie, elles s'étendent à d'autres actes de contrefaçon. L'article 139 renferme la même sanction contre ceux qui auront :

1° Contrefait les sceaux de l'Etat ou fait usage du sceau falsifié ;

2° Contrefait ou falsifié soit des effets émis par le trésor public avec son timbre ;

3° Soit des billets de banques autorisées par la loi ;

4° Ou fait usage de ces effets et billets contrefaits ou falsifiés ;

5° Ou les auront introduits dans l'enceinte du territoire français.

L'article 140 édicte le *maximum* de la peine, c'est-à-dire les travaux forcés à perpétuité, contre les coupables de contrefaçon, de falsification de timbres nationaux, de marteaux de l'Etat, de poinçons servant à marquer les matières d'or ou d'argent, où l'usage de ces objets altérés.

L'article 147 prévoit le cas de faux en écriture publique et authentique, et l'article 148 prononce les travaux forcés à temps contre le faussaire alors même qu'il n'a pas fait usage de la pièce falsifiée.

La Cour de cassation admet qu'il peut y avoir tentative des crimes sus-mentionnés et conséquemment application de l'article 2.

DEUXIÈME EXCEPTION.

De la corruption des fonctionnaires.

Les personnes dont il s'agit sont celles que désignent les premiers mots de l'article 177 : « Tout fonctionnaire public, de l'ordre administratif ou judiciaire, tout agent ou préposé d'une administration publique..... »

Art. 179 : « Quiconque aura contraint ou tenté de contraindre par voies de fait ou menaces, corrompu ou tenté de corrompre par promesses, offres, dons ou présents, l'une des personnes de la qualité exprimée en l'article 179, pour obtenir soit une opinion favorable, soit des procès-verbaux, états, certificats ou estimations contraires à la vérité, soit des places, emplois, adjudications, entreprises ou autres bénéfices quelconques, soit tout autre acte du ministère du fonctionnaire, agent ou préposé, soit enfin l'abstention d'un acte qui rentrait dans l'exercice de ses devoirs, sera puni des mêmes peines que la personne corrompue.

« Toutefois, si les tentatives de contrainte ou corruption n'ont eu aucun effet, les auteurs de ces tentatives seront simplement punis d'un emprisonnement de trois mois au moins et de six mois au plus et d'une amende de 100 à 300 fr.

La lecture des articles 177 et 179 nous révèle une dérogation d'un nouveau genre aux principes de l'article 2. La loi rejette l'assimilation de la tentative à l'exé-

cution et considère surtout si le fonctionnaire s'est ou non laissé corrompre. Dans le premier cas, l'auteur de la corruption sera frappé de la dégradation civique et d'une amende double de la valeur des présents reçus sans que jamais elle puisse être inférieure à 200 francs. Dans le second cas, la peine sera de trois à six mois de prison et de cent à trois cents francs d'amende.

L'ancien droit pénal admettait la même distinction, le passage suivant de Farinacius l'atteste : « *Tentans corrumpere judicem, si judex corruptionem non acceptavit, adhuc videtur aliqua pœna puniendus.*

La législation actuelle en a hérité. On invoque à l'appui de cette disposition le peu de péril social causé par une tentative qui a échoué. La diminution du trouble fait amener une diminution de peine.

Ce raisonnement, nous ne l'acceptons en aucune manière, il couvre une injustice.

Un individu promet une somme d'argent à un juge s'il veut rendre à son profit une sentence inique. Le magistrat indigne succombe à la tentation et cette faiblesse qui lui est toute personnelle viendra augmenter la culpabilité du corrupteur, c'est absolument illogique ! Quand l'auteur des propositions s'est présenté chez le juge, il a tout employé pour arriver à ses fins. Sa culpabilité est complète, la responsabilité des résultats, il ne saurait la supporter. Les fautes sont personnelles et les pénalités doivent être proportionnées aux fautes.

Quelles sont les conditions auxquelles est soumise l'existence de ce délit ?

L'acceptation par un fonctionnaire de présents non

accompagnés de propositions tendant à lui faire enfreindre son devoir ne constitue pas le fait prévu par l'art. 179. C'est uniquement la proposition déshonorante que la loi a voulu frapper.

Elle exige en outre que ce qu'on demande au fonctionnaire soit contraire à la vérité et à la justice. C'est ainsi que nous paraît devoir être résumée la pensée exprimée par le législateur dans l'article 179.

TROISIÈME EXCEPTION.

De l'Avortement.

Art. 317 : « Quiconque par aliments, breuvages, médicaments, violences, ou par tout autre moyen, aura procuré l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle y ait consenti ou non, sera puni de la réclusion.

La même peine sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, si l'avortement s'en est suivi.

Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, qui auront indiqué ou administré ces moyens, seront condamnés à la peine des travaux forcés à temps, dans le cas où l'avortement aurait eu lieu. »

Cet article donne lieu à une divergence d'opinion entre la Cour suprême et la majorité des criminalistes.

Il est certain que lorsque la femme s'est procuré l'avortement à elle-même ou qu'elle a consenti à user des moyens à elle indiqués, elle n'est punissable que tout autant que l'avortement s'en est suivi.

L'exception est formelle. La tentative de ce crime n'est sujette à aucune incrimination.

Faut-il en dire autant en ce qui concerne la tentative émanant d'un tiers ?

Notre article, en effet, prévoit quatre hypothèses différentes :

1° C'est un tiers qui procure l'avortement ;

2° C'est la femme seule ;

3° C'est la femme aidée ou assistée par tiers ;

4° C'est un membre du corps médical.

Le législateur a-t-il entendu n'appliquer qu'à la tentative faite par la femme seule le bénéfice de l'impunité ? Ou bien a-t-il compris les tiers quelle que soit leur qualité dans cette favorable disposition ?

La jurisprudence de la Cour de cassation rejette cette doctrine. Nous empruntons aux deux arrêts du 16 octobre 1817 et du 15 avril 1830 leurs principaux motifs :

« Attendu que la disposition de l'article 2 du Code pénal, conçue en termes généraux, ne peut être restreinte que dans les cas et pour les crimes à l'égard desquels la loi a exclu son application ;

« Qu'il n'y a pas dans le Code de disposition qui porte expressément que la tentative du crime d'avortement ne sera point considérée et punie comme si le crime avait été consommé ;

« Que relativement aux dispositions de ce Code, qui pourraient affranchir la tentative de ce crime des dispositions de l'article 2, parce qu'elles seraient inconciliables avec cette application, l'article 317, qui a prévu et puni le crime d'avortement, doit être entendu et exécuté dans le sens qui résulte clairement de son texte;

« Que cet article se compose de trois dispositions distinctes et indépendantes les unes des autres;

« Que la première punit de la réclusion quiconque aura procuré par quelques moyens que ce soit l'avortement d'une femme enceinte, qu'elle y ait consenti ou non ;

« Que, dans cette disposition, aucune expression n'exclut implicitement l'application de l'article 2;

« Que la deuxième est relative à la femme qui se procure à elle-même l'avortement ou qui consent à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet ;

« Qu'à son égard, pour qu'il y ait lieu à l'application de la peine de la réclusion, il faut que l'avortement ait été effectué;

« Que cette disposition laxative modifie évidemment la loi générale en faveur de la femme enceinte qui tente de commettre sur elle-même le crime d'avortement, et lui rend applicable l'article 2 ;

« Que le législateur a eu des motifs graves pour traiter avec indulgence les personnes du sexe enceintes lorsque le crime n'a pas été consommé ;

« Que la troisième disposition a pour objet les phar-

maciens et les officiers de santé qui font usage de leur art pour procurer des avortements ;

« Que si, les moyens par eux indiqués ou employés ont été sans effet, la loi n'aggrave pas pour eux la peine, ils restent dans la classe commune de ceux qui tentent de procurer des avortements et comme eux ils ne sont punis que de la réclusion, d'après la première disposition de l'article 317 combinée avec l'article 2 du Code pénal ;

« Que si, au contraire, par l'effet des moyens par eux indiqués ou administrés, l'avortement a été opéré, le législateur déploie contre eux une plus grande sévérité et les punit de la peine plus rigoureuse des travaux forcés à temps. »

Les criminalistes les plus autorisés, MM. Legraverend, Faustin-Hélie, Carnot, Molinier n'admettent point cette doctrine et la réfutent par des arguments qui semblent décisifs. Ils s'appuient sur le texte même de l'article 317, que la cour suprême méconnaît.

Sa jurisprudence constante est que la femme n'est punissable que tant que les manœuvres par elles employées ont déterminé l'avortement. Or, l'article 317 renferme deux hypothèses bien distinctes. Dans la première disposition, le législateur édicte la peine de la réclusion contre toute personne ayant *procuré* l'avortement d'une femme avec ou sans son consentement. On ne peut nier qu'en se servant du mot *procuré*, la loi ait voulu punir ce crime seulement quand il est consommé. A moins de refuser à l'expression son incontestable signification, il faut dire que le résultat coupable doit avoir été obtenu à la suite des moyens employés.

Prenons maintenant le deuxième paragraphe de notre article où deux cas sont prévus, celui de l'avortement opéré par la femme elle-même et celui de l'avortement procuré par la femme avec l'aide et l'assistance d'un tiers. Eh bien ! ici, comme nous venons de le dire, la Cour de cassation a toujours jugé que la femme n'est punissable que si l'avortement a suivi les manœuvres. La culpabilité de la femme est bien évidemment la même soit qu'elle exécute seule le crime, soit qu'elle se fasse aider et assister par un étranger.

Dans cette deuxième hypothèse, personne ne peut douter que le but criminel ait été réalisé, puisque la loi le déclare en termes formels, « si l'avortement s'en est suivi. » Mais elle l'a dit aussi dans la première, seulement en termes différents. Au lieu de la périphrase : « Si l'avortement s'en est suivi, » elle emploie un seul mot : « procuré, » le même dont elle s'est servie au premier paragraphe de l'article 317. Il est insoutenable que le sens de l'expression soit changé à quatre lignes de distance dans le texte d'un même article.

Le principe est certain : la femme n'est atteinte par la loi que lorsque l'avortement a eu lieu. Qu'importe dès lors que les manœuvres aient été pratiquées par la femme ou par un tiers! L'avortement effectué, telle est la condition. Elle s'applique à un étranger coupable de manœuvres abortives, comme à la femme elle-même. Le système de la Cour suprême nous conduirait à un résultat inadmissible, bravant ouvertement le sens et la lettre de la loi. Il faudrait proclamer, puisque le sens du mot : *procurer l'avortement* ne demeure pas le même, que la

loi punit la tentative d'avortement, quand la femme la conçoit et l'exécute seule, sur elle-même, tandis que la tentative échappe à toute répression, quand elle a eu recours aux lumières d'un tiers, pour l'administration des moyens qui entraînent l'expulsion prématurée du fœtus.

Les derniers mots du § second : « Si l'avortement s'en est suivi, » s'appliquent clairement à l'hypothèse où la femme enceinte a consenti à faire usage des moyens qu'un tiers lui a administrés ou ordonnés. En ce qui concerne la première hypothèse, aucune équivoque ne nous paraît possible sur le sens des mots *procurer l'avortement.*

Dans la dernière partie de l'article 317, relative à à l'avortement, le législateur aggrave la peine contre le complice de la femme, lorsque ce complice appartient au corps médical. La simple lecture du texte fait naître cette conviction que l'avortement doit avoir eu lieu. Notre article résiste à toute interprétation ; la pensée qu'il exprime est évidente.

Le législateur a pensé avec raison qu'il fallait frapper plus durement ceux qui, violant leur serment professionnel, emploient à une œuvre infâme les connaissances qu'ils ont acquises pour le soulagement de leur semblables.

Ajoutons encore que l'officier de santé prendra pour la perpétration du crime des honoraires qui en augmentent la gravité. Les motifs de répression très-énergique sont nombreux et puissants ; et pourtant les médecins ne répondent point de la tentative. La Cour de cassation doit donc décider en face de cette disposition si formelle,

que le complice non médecin est passible des peines de la tentative, tandis que le médecin ne l'est pas. Voilà quelle devrait être la conséquence du raisonnement suivi par la Cour suprême. Elle n'a pu l'accepter ; car il démontrerait trop clairement les vices du système. Alors, elle décide que la tentative d'avortement pratiqué par un homme de l'art, donne lieu à l'application de la peine prononcée par le § 1er. Ainsi, la Cour de cassation plutôt que de reconnaître une exception au principe de l'article 2, exception injustifiée peut-être, mais formulée d'une manière claire, préfère violer la loi et y introduire une pénalité qu'elle ne renferme pas. Elle préfère dire que toute personne étrangère à la médecine, sera punie de la même peine que le crime soit consommé ou tenté, et que les médecins seront punis différemment, suivant que le résultat des manœuvres abutives aura ou n'aura pas été obtenu.

Les raisons purement juridiques invoquées par la Cour de cassation, ne tiennent pas devant l'examen même rapide de la lettre de la loi. Celles qu'elle emprunte à un autre ordre d'idées, ne nous paraissent pas plus heureuses. Quand les auteurs des arrêts rapportés plus haut parlent des motifs particuliers qu'a eus le législateur pour ne punir la femme qu'après l'avortement consommé, nous nous ne pouvons le comprendre. Il nous paraîtrait plus naturel d'être impitoyable pour la femme qui reste inaccessible au sentiment si puissant de la maternité, que pour l'étranger.

D'ailleurs, quoique la tentative d'avortement soit aussi coupable quand elle n'est pas suivie d'effet que

lorsque elle réussît, la loi en la laissant impunie a eu égard à des circonstances de fait d'une appréciation bien délicate. Toute cette matière est environnée d'obscurité, non-seulement pour le juge, mais encore pour le plus savant médecin. Les innombrables différences d'âge, de tempérament, de régime, viennent combattre les présomptions criminelles. Que répondrez-vous au médecin qui vous dira pour sa justification : « J'ai cherché à déterminer l'avortement chez telle femme, afin de sauver sa vie, qui peut être compromise par les couches. » Ou bien : ~~Au lieu~~ : « Pour pouvoir soigner une femme d'une affection mortelle, j'ai dû tenter d'expulser l'embryon ! » La femme qui aura pris de son propre mouvement des substances abortives avec excès, parce qu'elle en ignore les effets, ou parce qu'elle ne croit pas à son état de grossesse, pouvez-vous l'incriminer? Nous ne le pensons pas.

La loi a été prudente en imposant aux poursuites la condition de l'élément matériel, de l'avortement opéré.

« Si le législateur doit désirer que les mœurs s'épurent, il doit craindre aussi de donner ouverture à des procédures indiscrètes, qui amèneraient souvent pour tout résultat beaucoup de scandale. Comment, en effet, pénétrer dans une matière aussi mystérieuse, et comment croire que l'on voudra s'y engager, quand le crime n'aura pas été suivi de son effet? C'est bien assez qu'on poursuive les auteurs d'un avortement consommé, et la nature des choses prescrit de s'en tenir là. »

Citons encore ce passage de M. Berlier, l'orateur du gouvernement : « Il est un attentat des plus graves, et

pour lequel les rédacteurs de la loi n'ont pas cru devoir punir la tentative de le commettre : c'est l'avortement volontaire. »

Après de pareils documents, il nous semble absolument impossible d'admettre le système de la Cour de cassation. Le désir d'atteindre un crime si grand et si fréquent qu'il puisse être ne confère pas le droit de substituer des pénalités et des systèmes aux pénalités et au système de la loi.

QUATRIÈME EXCEPTION.

Du faux témoignage et de la subornation de témoins.

Art. 361 (1) : « Quiconque sera *coupable* de faux témoignage en matière crimimelle, soit contre l'accusé, soit en sa faveur, sera puni de la peine de la réclusion. »

Art. 365 : « Le coupable de subornation de témoins sera passible des mêmes peines que le faux témoin, selon les distinctions contenues dans les articles 361, 362, 363 et 364. »

Cette exception, comme celle qui précède, a été introduite par le législateur à cause de la nature du fait incriminé.

La déposition d'un témoin n'est pas terminée, quand

(1) Avant la loi du 13 mai 1863, l'article 361 édictait la peine des travaux forcés à temps.

elle est reçue par le juge d'instruction, avant les débats ou pendant les débats par le président, à l'audience. La déposition ne se termine qu'au moment où la sentence est prononcée.

Jusque-là, le mal que peut entraîner la déclaration mensongère n'est pas irrévocable; on peut même dire qu'il n'existe pas. Il faut que le témoin, soit par suite de l'impossibilité légale résultant de la clôture des débats, soit par suite d'une impossibilité tenant au témoin lui-même, ne puisse plus revenir sur les affirmations qu'il a produites devant la justice. Tant qu'il lui est possible, cédant à la voix du repentir, de reprendre sa déclaration, il est conforme aux principes de l'innocenter.

Il est, de la rétractation devenue impossible par un fait relatif à l'agent, un exemple célèbre : celui du faux témoin tombé en défaillance pendant le cours de l'interrogatoire, dans lequel il essayait d'égarer la justice. Ce témoin, comme celui qui, après une déposition contraire à la vérité, a quitté avec la permission du président la ville où ont lieu les débats, ce témoin, dis-je, a consommé le crime ; car, il n'est plus en son pouvoir de conjurer le mal qu'il a fait.

Considérer comme une tentative de faux témoignage un commencement d'inexactitude dans une déposition, ce serait s'exposer à frapper comme un crime ce qui n'est peut-être qu'une erreur. Il est rare qu'au cours des débats d'une affaire criminelle on ne voie pas quelque témoin s'éloigner dans la déposition orale des premières déclarations reçues pendant l'instruction. Même à la barre, sur les questions du président, que de témoins devien-

nent hésitants, dans certaines précisions faites naguère d'une manière bien plus assurée !

C'est donc un acte de sagesse, que d'avoir repoussé en matière de faux témoignage l'incrimination d'une tentative dont la nature du délit ne comporte pas l'existence juridique.

La subornation de témoins punie par l'article 365 de la même peine que le faux témoignage est-elle un crime distinct, ou faut-il la considérer comme un des modes de complicité du faux témoignage ?

L'exactitude de la seconde opinion paraît certaine.

La subornation n'est que l'incitation au faux témoignage.

Le droit ancien n'a jamais considéré les suborneurs que comme des complices. Julius Clarus les appelle *socii criminis et perjurii*. La jurisprudence de la Cour suprême est constante sur ce point.

« La provocation au faux témoignage, dit le Rapporteur au Corps législatif, ne peut être confondue avec la tentative de ce crime. Celle-ci est toujours personnelle au témoin, et quand ce dernier est innocent, le suborneur n'est coupable que d'un projet criminel, sans commencement d'exécution. Condamné par sa conscience, il ne saurait l'être par les tribunaux. »

La subornation étant un acte de complicité ne peut exister indépendamment du délit auquel elle se rattache. Il est impossible de le comprendre sans la consommation d'un faux témoignage. Si la personne qu'on a tenté de suborner refuse de trahir la vérité, on doit voir

dans cette tentative une mauvaise action, on n'y saurait trouver les éléments de la criminalité.

Remarquons en terminant, avec la Cour de cassation, que la subornation est une complicité spéciale dont la loi n'a pas pu déterminer les modes divers. Elle peut avoir lieu suivant les divers éléments énumérés par l'article 60, comme elle peut aussi résulter de faits spéciaux non prévus dans la théorie générale de la complicité.

CHAPITRE VII.

De la tentative de délits.

La loi du 25 frimaire an VIII, dans son article 17 (1) a incriminé la première les délits manqués ou tentés. Le Code de 1791 et la loi de prairial an IV, dont nous avons déjà consulté les dispositions relatives à notre sujet, s'étaient bornées à prévoir et à punir les seules tentatives de crimes.

Le législateur de l'an VIII se donna la mission d'a-

(1) Article 17 : La loi du 22 prairial an IV, contre les tentatives de crimes est applicable à tous les délits sus-énoncés (vols) ainsi qu'à ceux mentionnés dans l'article 32 du Code de police correctionnelle ; en conséquence, toute tentative desdits délits, manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le délit même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu.

doucir les pénalités édictées par ses prédécesseurs. Quelques faits autrefois punis de peines afflictives et infamantes devinrent des délits. Cependant, il ne crut pas que des infractions d'une nature aussi grave dussent échapper à la justice quand elles étaient tentées ou manquées. Aussi en dressa-t-il la liste afin de leur appliquer le principe renfermé dans l'article 2.

Notre Code pénal a adopté ce système.

Article 3 : « Les tentatives de délits ne sont considérées comme délits que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi. »

Il n'est certes point facile de justifier la faveur dont les délits sont l'objet. Aucune des raisons données par les auteurs du projet dans les discussions préliminaires ne nous paraît décisive.

Ecoutons M. Berlier : « Il n'y a, dit-il, nulle parité entre la tentative d'un crime et celle d'un délit, ni surtout dans les actes qui caractérisent le commencement d'exécution en des espèces si différentes. Ainsi, un homme est saisi crochetant la serrure d'une porte ; son but ultérieur est bien connu par ce seul fait ; mais s'il s'agit d'une rixe, punira-t-on celui qui aura levé la main, et dont les tiers ont arrêté les coups, comme celui qui aura frappé ? La société n'a pas le même intérêt à réprimer, et il ne faut pas étendre indiscrètement les peines. »

L'exemple que donne M. Berlier à l'appui de ses idées augmente la confusion. Il est inexact que l'on connaisse sûrement les intentions d'un homme qui crochète une porte. Le fait est bien un délit en lui-même ; mais à quel crime doit-il conduire l'agent ? Est-ce à l'assassinat,

au vol, à l'incendie ou à un attentat aux mœurs? C'est ce qu'on ne peut préciser. Il n'y a là qu'un préparatif très-voisin peut-être de l'exécution, mais qui n'a pas avec un crime déterminé un rapport nécessaire. Ce rapport n'existant pas, point de tentative punissable.

Dans une rixe, au contraire, il est certain que celui dont le bras déjà levé pour frapper a été arrêté avait l'intention bien formelle de porter des coups. En vertu de quels principes ne le punirait-on pas?

L'orateur du Gouvernement ne pouvait choisir d'espèces plus contraires à sa théorie.

L'intérêt social, ajoute-t-il, n'est pas lésé par un délit comme il l'est par un crime. Nous ne comptons pour rien l'intérêt social. Nous ne retenons qu'une chose, c'est qu'il y a eu tentative caractérisée d'un délit et que la loi est inconséquente en laissant s'afficher impunément une volonté coupable évidente.

Pourquoi redouter si fort l'extension indiscrète des peines? Le législateur ne doit point s'inquiéter de savoir si le Code qu'il édicte frappera un nombre plus ou moins considérable de personnes. Il ne lui appartient pas de s'interposer sous un semblable prétexte entre la loi et ceux qui doivent répondre devant elle des actes coupables qu'ils ont commis. Peut-on appeler indiscrète la loi s'étendant sur tous les coupables et les châtiant tous? Bien loin qu'on la puisse critiquer, elle nous semble au contraire l'idéal de la loi. Quand la loi a pour guide les saines notions de la morale et de la philosophie, il est à souhaiter que nul coupable n'échappe à son glaive.

Afin de ne pas être indiscrète, comme le dit fort improprement M. Berlier, la loi est devenue inique.

Non, il n'est pas sage d'exempter de toute peine la tentative des délits sauf certains cas déterminés. Non, il n'est pas sage de penser et de dire que la tentative des délits consistera en faits indifférents par eux-mêmes. La règle qui s'applique aux tentatives de crime est-elle donc si fausse et si dangereuse que la tentative de délits ne puisse s'y plier ? Pourtant, on y peut trouver toute sécurité. N'est-il pas établi qu'un acte ne sera considéré comme commencement d'exécution que tout autant qu'il aura avec un méfait déterminé un rapport nécessaire ?

Quel danger courra, non pas la société que rien ne peut atteindre, mais la justice ou plutôt l'innocence ? Aucun, certainement Et puisqu'on parle toujours de mal social, il est bon de rappeler que l'impunité est le plus grand de tous.

Cette erreur n'est pas la seule qui ait été commise dans notre matière.

La Cour de Cassation pense que les conditions énumérées par l'article 2, relativement aux tentatives de crimes, sont étrangères aux tentatives de délits qui sont régies par des dispositions spéciales.

Il y a lieu de se demander en quoi les éléments du délit manqué peuvent différer des éléments du crime manqué.

Nous n'avons pas à discuter, au sujet de la tentative, un système juridique; nous sommes dans le domaine de la morale générale et c'est à la seule raison humaine qu'il faut demander la solution du problème. Entre le

crime et le délit, il n'y a pas de distinction tirée du fond des choses. Le genre de pénalité établit seul la ligne de démarcation entre le délit et le crime. Pour le philosophe, elle n'existe pas. En posant les bases de la criminalité légale de la tentative, les rédacteurs du Code ont considéré, en général, le fait contraire à la loi morale, indépendamment de toute appellation scientifique. Sous l'empire d'idées erronées, d'après nous, le législateur a décidé que la tentative de tous les délits ne serait pas punissable, mais pour ceux qui restent dans le droit commun, à quel système peut-on recourir, si ce n'est à l'article 2 qui proclame la règle de droit commun ? Ceci est indiscutable. En se rangeant au sentiment de la Cour, on tombe fatalement dans l'arbitraire, car nulle part la loi ne dit que les éléments du délit manqué ne sont plus ceux du crime manqué.

Un simple coup-d'œil jeté sur la législation antérieure au Code pénal prête une force nouvelle à notre opinion.

La loi de prairial an IV exigeait formellement les conditions plus tard formulées dans l'article 2. Celle du 25 frimaire an VIII renouvelle cette prescription adoptée enfin par le Code pénal. Si la législation de 1810 eût voulu imposer des conditions nouvelles à la tentative de délits, il s'en serait formellement expliqué. Il ne l'a point fait, il ne pouvait pas le faire, car tous les actes coupables sont identiques de quelques noms qu'il ait plu au législateur de les appeler.

SECTION UNIQUE.

Des cas dans lesquels l'article 3 est applicable.

Mentionnons tout d'abord les délits sur lesquels il n'existe pas de difficultés, quant à l'application de l'article 3.

Ce sont, en suivant l'ordre des articles du Code, ceux de :

1° Evasion de détenus (art. 241 et 245);

2° Vols, larcins, filouteries, détournement d'objets saisis (art. 338, 400, 401);

3° Coalitions formées, soit entre les patrons, soit entre les ouvriers (art. 414);

4° Tromperie sur la nature de la chose vendue (art. 1er de la loi du 27 mars 1851);

5° Blessures volontairement faites pour se soustraire au service militaire.

§ 1.

L'escroquerie est-elle susceptible de tentative punissable ?

La loi des 19-22 juillet 1791 ne punissait point la

tentative d'escroquerie (1). La loi du 25 frimaire an VIII, qui a introduit l'imputabilité des tentatives de délits et désigné nommément les larcins et filouteries, garde le même silence sur l'escroquerie.

L'article 405 du Code de 1810 atteint la tentative de ce délit :

Art. 405 : « Quiconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire ou faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, se sera fait remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges, et aura, par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui, etc. »

La tentative, d'après ce texte, n'existe que lorsque, à la suite des manœuvres, l'escroc est devenu détenteur d'une somme d'argent ou d'une valeur. La différence est peu sensible entre la consommation du délit et la tentative.

On a dit, avec quelque raison, qu'en déterminant ainsi avec précision l'élément de la tentative, on évitait de laisser à l'appréciation des tribunaux une matière aussi délicate que celle du délit d'escroquerie.

(1) Ceux qui, par dol ou à l'aide de faux noms ou de fausses entreprises ou d'un crédit imaginaire ou d'espérances ou de craintes chimériques, auraient abusé de la crédulité de quelques personnes et escroqué la totalité de leur fortune (art. 35).

Le législateur de 1863 n'a pas suivi ces errements. Voici le texte du nouvel article 405 : « Quiconque, soit en faisant usage de faux noms, etc., se sera fait remettre ou délivrer *ou aura tenté de se faire remettre ou délivrer*, etc. »

Ainsi, que les valeurs aient été délivrées ou non à l'escroc, dès que celui-ci a cherché par quelqu'un des moyens énoncés à se les faire remettre, il y a tentative punissable. M. Rossi s'élève, avec sa véhémence accoutumée, contre le système admis en dernier lieu ; il s'écrie : « Appeler les hommes à prononcer sur de simples tentatives d'escroquerie, ce serait faire de la justice humaine un jeu, une arène de métaphysique. » Nous ne nous associons pas à ces virulentes critiques. N'est-il pas injuste de faire bénéficier l'agent de l'intelligence et de la prudence de celui qu'il avait formé le dessein de voler ? On ne peut se dissimuler que la loi doit se montrer d'autant plus sévère à l'égard d'un délit que les cas s'en présentent plus souvent. Or, il est certain que l'agiotage devenant chaque jour plus commun, il faut renfermer dans des bornes plus étroites les opérations de nombreux spéculateurs.

Enfin, la magistrature française est assez éclairée et assez intègre pour que le législateur ait pu, sans danger pour les justiciables, lui confier la mission d'apprécier, si délicats qu'ils puissent être, les éléments de la tentative d'escroquerie.

CHAPITRE VIII.

DE LA TENTATIVE DE CONTRAVENTIONS.

La loi n'atteint pas les tentatives de contraventions. L'absence de toute culpabilité morale, dans ce genre d'infraction, explique suffisamment cette dernière exception aux principes de l'article 2.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. En cas de vol de fruits commis sur un fonds sujet à usufruit, on ne voit pas comment le propriétaire pourrait utilement intenter la *condictio furtiva* qui lui appartient.

II. En cas de vol commis par plusieurs auteurs on comprend que l'action *furti* soit donnée pour le tout contre chacun d'eux et que le paiement fait par l'un ne libère pas les autres tandis que dans la *condictio furtiva* le paiement fait par l'un doit libérer les autres. Mais il est difficile de comprendre comment l'action de la loi *aquilia* pouvait être donnée pour le tout contre chacun sans que le paiement fait par l'un libérat les autres, au moins pour la partie de l'action qui est *rei persecutoria*.

III. La plus pétition *tempore* n'avait pas lieu dans les obligations conditionnelles.

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

I. Les servitudes constituées dans les actes de partage sont soumises à la règle de la transcription.

II. Les legs faits sous ~~cause~~ clause pénale sont valables toutes les fois

que la clause pénale n'est pas la sanction d'une injonction du testateur contraire à une loi d'ordre public.

III. Le contrat par lequel les parties remplacent une obligation conditionnelle d'une manière définitive par une obligation pure et simple, ou réciproquemet, est un contrat aléatoire inommé et n'est pas une novation.

DROIT CRIMINEL.

I. Le code pénal français est resté dans la vérité en n'édictant pas une peine légale inférieure à celle du crime consommé pour la tentative punissable.

II. Les lois pénales sont de leur nature territoriales; c'est donc par une extension nécessitée par des considérations de voisinage qu'on peut expliquer les dispositions du nouvel article 5 du code d'instruction criminelle en ce qui concerne les crimes et délits commis à l'étranger contre des particuliers.

III. Les jugements en matière criminelle rendus à l'étranger n'ont pas force de chose jugée en France.

PROCÉDURE CIVILE.

I. L'expropriation peut être poursuivie en même temps contre tous les co-débiteurs solidaires, sauf à prendre des mesures pour que le créancier ne reçoive pas au-delà du montant de sa créance.

II. Les jugements en matière civile, rendus à l'étranger ont force de chose jugée en France, si la partie perdante a volontairement accepté la juridiction étrangère.

III. Le préliminaire de conciliation est d'ordre public, mais seulement à certains égards.

DROIT COMMERCIAL.

I. L'art. 448 du Code de commerce édicte des dispositions trop sévères en ce qui concerne les priviléges.

II. La justice peut dans certains cas autoriser à la place du mari la femme mariée à faire le commerce.

III. La promesse de fonder une société commerciale, lorsque toutes les clauses ont été débattues et surtout qu'il y a eu commencement d'exercice, doit donner lieu à des dommages-intérêts au profit de la partie qui veut rédiger l'acte et le rendre public contre celle qui se refuse.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. Les concessions perpétuelles dans un cimetière ne rendent pas le concessionnaire propriétaire du terrain ; mais, si la commune change le cimetière, elle est obligée de rétablir le caveau et de transporter les restes à ses frais.

II. L'aliénation d'une servitude au profit d'un particulier sur le terrain non employé par l'expropriant à l'utilité publique qui a motivé l'expropriation ouvre le droit de préemption au profit de l'ancien propriétaire.

III. L'institution des juridictions administratives est contraire au principe de la séparation des pouvoirs.

DROIT COUTUMIER.

I. L'institution contractuelle a son origine dans les lois barbares.

II. La dénonciation de nouvel-œuvre a été confondue avec la complainte.

III. La règle de Loysel : puissance paternelle n'a pas lieu, fait allusion à la *patria potestas* des romains.

DROIT DES GENS.

I. Les sommes dues à un gouvernement étranger ne peuvent être saisies en France, sur le débiteur, par les créanciers de ce gouvernement.

II. La nationalité étrangère, conférée à une femme française, même séparée de corps, sans l'autorisation de son mari, ne peut être opposable à ce mari.

III. Le blocus, pour être obligatoire, doit être effectif, c'est-à-dire appuyé de forces suffisantes.

ÉCONOMIE POLITIQUE.

I. En présence de la dépréciation croissante de l'argent, il est légitime et raisonnable de pouvoir suspendre la frappe des monnaies d'argent.

II. Les concessions faites aux compagnies de chemins de fer devraient être susceptibles d'hypothèque.

III. La création d'actions privilégiées n'est pas incompatible avec les principes généraux des sociétés.

Vu :
Par le Président de la Thèse,
MOLINIER.

Vu :
Par le Doyen de la Faculté,
DUFOUR.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur,
Ch. DREYSS.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

De Furtis

Pages.

INTRODUCTION..... 1
CHAPITRE I. — Historique..... 2
CHAPITRE II. — Éléments du *Furtum*..... 3
CHAPITRE III. — Des conditions de la responsabilité en matière de *Furtum*..... 21
CHAPITRE IV..... 23
CHAPITRE V. — Des diverses espèces de *Furtum*..... 28
CHAPITRE VI. — De la *Res Furtiva*..... 32
CHAPITRE VII. — De la complicité en matière de vol..... 41
APPENDICE. — Du *Furtum* dans la loi des XII tables..... 44
CHAPITRE VIII. — Des actions qui naissent du *Furtum*..... 56
CHAPITRE IX. — Des actions *Rei persecutoriæ*..... 78
NOTE..... 83

DROIT FRANÇAIS

De la Tentative

INTRODUCTION..... 87
CHAPITRE I. — Historique..... 100
CHAPITRE II. — De la Tentative en Droit français..... 112
CHAPITRE III. — De la Tentative volontairement suspendue.. 122
CHAPITRE IV. — Du Crime manqué..... 128
CHAPITRE V. — De la complicité..... 146
CHAPITRE VI. — Des exceptions à l'article 2..... 149
CHAPITRE VII. — De la tentative des délits..... 167
CHAPITRE VIII. — De la tentative de contraventions..... 175

Toulouse, Impr Louis et Jean-Matthieu Douladoure, rue Saint-Rome, 39.

Toulouse, Imp. Lions et Saint-Matthieu Douladoure, rue Saint-Rome, 39.