

LE MOYEN MATERIEL ET L'OBJET MATERIEL DANS LE CAS DE LA TENTATIVE

Author: Nelu Dorinel POPA*

***Abstract:** Par l'intermédiaire de ces entités, la loi pénale roumaine a identifié une modalité distincte de la tentative, actuellement réglementée dans l'art. 20, deuxième alinéa du Code pénal, selon lequel « la tentative existe aussi dans le cas où la consommation de l'infraction n'aurait pas été possible, à cause de l'insuffisance ou de la défektivité des moyens utilisés ou à cause des circonstances que lorsque les actes d'exécution ont eu lieu, l'objet n'était pas là où le délinquant pensait qu'il se trouvait.*

***Keywords:** Tentative, Moyen matériel, Objet matériel, Code pénal.*

***JEL Classification:** K14*

1. Par l'intermédiaire de ces entités, la loi pénale roumaine a identifié une modalité distincte de la tentative, actuellement réglementée dans l'art. 20, deuxième alinéa du Code pénal, selon lequel « la tentative existe aussi dans le cas où la consommation de l'infraction n'aurait pas été possible, à cause de l'insuffisance ou de la défektivité des moyens utilisés ou à cause des circonstances que lorsque les actes d'exécution ont eu lieu, l'objet n'était pas là où le délinquant pensait qu'il se trouvait ».

Cette modalité fait partie de la catégorie de la tentative relativement impropre, à laquelle s'ajoute au troisième alinéa du même article la modalité de la tentative absolument impropre, donnée par la situation où « l'impossibilité de consommation de l'infraction a été due à la manière dont l'exécution a été conçue ».

Dans la doctrine on précise que la tentative impropre, avec ses deux variantes mentionnées ci-dessus, peut être considérée comme modalité distincte à côté de la tentative inachevée (imparfaite) – en consistant dans la « mise en exécution de la décision d'accomplir l'infraction, exécution qui a été portant interrompue » et à côté de la modalité de la tentative achevée (parfaite) – lorsque « l'exécution n'a pas produit son effet » (les deux modalités sont stipulées dans l'art. 20, alinéa 1, C.P.)

Une disposition légale distincte, qui réglemente la tentative impropre, a été nécessaire, car, selon une opinion de la littérature juridique de spécialité, la tentative

* PhD. Candidate, Police Officer, Police Inspectorate of Mureş County.

impropre - même celle relative – ne devrait pas être incriminée, l'exécution commencée étant inapte *ab origine* de produire un résultat nuisible¹.

La tentative impropre, avec ses deux variantes, a été introduite dans la loi pénale roumaine par le Code pénal Carol le IIe, entré en vigueur le 1 janvier 1937, qui dans le 99^e article stipulait que « on a affaire à une tentative lorsque la consommation de l'infraction intentionnelle n'a pas été possible, soit à cause du manque de prévision de l'auteur, concernant le temps et l'endroit où l'objet aurait dû se trouver.

La tentative est punissable dans ce cas-là.

Il n'y a pas de tentative quand l'impossibilité de commettre l'infraction est due à la manière dont l'exécution a été conçue ».

Par cet article, la tentative impropre, assimilée à l'infraction impossible, n'avait pas de correspondant dans un texte de quelque code pénal étranger de cette période. La rédaction de ce texte a appartenu aux auteurs du code, qui ont essayé de transposer dans le texte les causes connues dans la doctrine et dans la jurisprudence, desquelles l'impossibilité aurait pu provenir².

2. Comme on le sait, la tentative comprend les actes d'exécution de la résolution infractionnelle effectuée après la terminaison des actes préparatoires et jusqu'au moment terminal, soit de l'interruption de l'exécution, soit de l'interruption de l'exécution, soit de leur achèvement, sans que le résultat soit produit.

Pour rendre plus faciles les opérations de différenciation des moyens de la tentative, nous allons préciser les théories les plus importantes qui ont mis en discussion ces problèmes et les critères proposés pour délimiter les actes de préparation de ceux d'exécution.

Ainsi, les théories subjectives, différencient-elles les actes d'exécution des actes de préparation, par la qualité qu'ont les premières, d'exprimer l'intention infractionnelle avec laquelle le fait est accompli, par rapport aux actes de préparation qui, par leur nature, sont dépourvus de cette qualité³.

Les théories objectives utilisent comme élément de différenciation entre les actes de préparation et les actes d'exécution, la position qu'a l'acte dans le processus de déroulement de l'activité infractionnelle.

Les théories formelles apprécient le caractère d'un acte comme étant d'exécution ou de préparation, selon qu'il est ou non inclus dans le déroulement de l'action typique (l'élément matériel du fait qui s'accomplit, décrit ou indiqué par *verbum regens* de la norme incriminatoire).

En pratique, de l'union de ces théories on peut établir le caractère d'un acte, dans l'hypothèse où les dispositions comprises dans la loi pénale ne seraient pas suffisantes pour faire la distinction si on est dans la présence d'un acte d'exécution ou d'un acte de préparation.

3. En partant de la constatation que dans le cadre des infractions impossibles, ce qui empêche l'accomplissement du but envisagé par le délinquant est soit le moyen utilisé, soit l'objet vers lequel se dirige l'action du délinquant qui se montrent comme

¹ T. Vasiliu, *Code penal comentat si adnotat*, Ed. Scientifique, Bucarest, 1972, p. 119.

² C. Ratescu, *Codul penal adnotat*, vol I, partie générale, Ed. de la Librairie Socec&Cc SA, Bucarest, 1937, pp. 241-241.

³ V. Dongoroz, *Drept Penal* (réimpression de l'édition de 1939), Ed. de la Societă Tempus&Asociația Română de Științe Penale, Bucarest, 2000.

inaptes pour la réalisation de ce but, dans la doctrine ont été analysées les différentes situations d'infractions impossibles et on a tenté, sur la base des textes et des principes de droit pénal existants, la délimitation entre les actions qui tombent sous l'incidence du droit pénal et les ainsi-nommées infractions impossibles⁴.

Nous précisons que déjà à partir du XIXe siècle, les infractions impossibles, apparues une fois avec la mise en discussion du projet du Code Pénal allemand et étant considérées par leur nature comme inefficaces et impuissantes, étaient impunis.

À la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle, plusieurs critères de délimitation des deux institutions ont été proposés et plusieurs systèmes d'analyse et d'évaluation ont été réalisés, sans arriver à un point de vue unitaire en ce sens.

I. Un premier système a été promu par le pénaliste allemand Gustav Geib et il inclut sept théories, de la manière suivante⁵ :

a) une action réalisée avec des moyens inadéquats ou dirigées contre un objet inapte constitue une tentative ou une ainsi-nommée infraction impossible qui n'est pas punissable (ex : l'utilisation d'une arme déchargée ou ayant le percuteur usé pour l'assassinat d'une personne)⁶.

Dans ce cas on apprécie le manque d'un danger objectif et qu'une telle action n'est pas dangereuse conformément à la loi et il ne peut pas s'agir d'un acte d'exécution non plus dans ce cas. On a invoqué que ce point de vue, qui synthétise la conception objective pure, laisse impunis des faits appréciés de tous les points de vue comme réalisables, en affectant ainsi le fondement de la répression.

b) on a essayé l'atténuation du point de vue mentionné ci-dessus, sens dans lequel a été divisée l'inaptitude des moyens en deux catégories, absolue et relative. Ainsi, une série d'auteurs ont-ils distingué entre moyens absolument inaptes et relativement inaptes, en appréciant que seulement l'action faite avec des moyens absolument inaptes reste impunis.

On crée ainsi un deuxième système qui semble avoir eu la majorité des adeptes. On considérait que « aucun législateur n'a pensé interdire quelque chose qui est impossible à se consommer, dans toute circonstance, pour tout auteur, dans toute relation. Les lois humaines ont le rôle d'intervenir là où on peut changer quelque chose ». Geib demandait la punition de l'action commise avec des moyens relativement inaptes, étant d'avis que dans ce cas doit s'appliquer une punition plus réduite, en affirmant que « les mêmes circonstances qui dans leur potence maximale augmentent la peine, contribuent dans leur degré plus bas à la diminution de la peine »⁷.

Les adeptes de Mittermaier ont adopté la différence entre les moyens relativement et absolument inaptes aussi dans le cas de l'objet, en donnant naissance à une catégorie d'objets relativement inaptes en opposition avec ceux absolument inaptes (par exemple : celui qui essaie de tuer avec le couteau une personne habillée en armure - objet relativement inapte ; la tentative de tuer une personne déjà décédée - objet absolument inapte).

⁴ G. Solomonescu, *Despre infractiunile imposibile*, Bucarest, Imprimerie de la Prison Vacaresti, 1925, p. 23.

⁵ G. Geib, *Lehrbuch des deutschen strafrechts*, Tubigen, 1862, vol II, p. 298.

⁶ H. Temme, *Lehrbuch des preussischen Strafrechts*, Berlin, 1853.

⁷ Merkel, *Lehrbuch des deutschen strafrechts*, Stuttgart, 1889

c) même sous cette forme, la théorie objective prenait du domaine du droit pénal trop de faits qui portaient le signe de la criminalité punissable, en recourant pour ça à une nouvelle extension, en défendant une nouvelle conception, selon laquelle, l'inaptitude du moyen employé, absolu ou relatif, est un motif de non sanctionnement ou, en tout cas, occasion d'application de quelques circonstances atténuantes, lorsque l'inaptitude de l'objet reste sans signification (par exemple : sera sanctionnée la mère qui essaye d'assassiner son enfant nouveau-né, sans y réussir, puisque l'enfant était né mort⁸).

d) l'inaptitude de l'objet éloigne le caractère d'infraction pour l'action qui reste sans être sanctionnée, l'inaptitude du moyen est sans influence, respectivement si l'objet vers lequel se dirige l'action criminelle est inapte, absolu ou relatif, l'action constitue une infraction impossible qui s'échappe à la punition. On sanctionne en échange, l'action entreprise par des moyens inaptes, relativement ou absolument (par exemple : on ne sanctionne la personne qui, en voulant assassiner son adversaire lorsqu'il dort, s'approche de lui et le frappe de la hache dans la tête pour l'assassiner, si on constate qu'il était décédé quelques minutes auparavant ; on sanctionne en échange, la personne qui a donné du sucre au lieu de poisson à une personne qu'il voulait tuer)⁹.

Il est incorrect de parler d'un objet inapte dans le même sens qu'on parle d'un moyen inapte, par lequel on comprend un moyen avec lequel on ne peut pas réaliser l'effet envisagé, parce que dans le cas de l'objet inapte, l'effet peut être réalisé, mais il lui manque une note caractéristique pour devenir infraction et pour cela, l'action reste sans être punie. De ces cas se distingue la situation quand l'action se dirige vers un objet qui n'existe pas (par exemple : la perforation à balles d'un arbre ou d'une ombre dont l'auteur croit à cause de l'obscurité, que c'est son adversaire).

e) l'action criminelle entreprise à moyens inaptes ou dirigée contre un objet inapte ne constitue pas une infraction qui doit être sanctionnée, lorsque les moyens utilisés sont tout à fait inaptes et l'auteur seulement par une erreur évidente ou par superstition les croyait aptes (par exemple : la femme enceinte qui chaque soir fait des signes sur son ventre, en croyant par superstition que tels signes ont l'aptitude de provoquer l'avortement du fœtus)¹⁰.

Si le résultat n'est pas celui prévu par l'auteur, ainsi qu'il avait procédé avec les moyens inaptes, contraires à toute loi de la nature et à toute conception générale, alors on ne peut pas la considérer comme volonté sérieuse, mais seulement désir, l'auteur se trompant tout seul.

f) une opinion contraire ont avancé ceux qui soutiennent que l'action criminelle entreprise par des moyens inaptes contre un objet inapte est sanctionnée seulement si l'auteur a choisi et a voulu utiliser ces moyens aptes, mais, par mégarde au moment de l'application, il prend à la place de celui qui est apte, un autre qui est inapte (par exemple : l'auteur envisageant d'assassiner une tierce personne, achète de la pharmacie une substance toxique, qu'il met à côté d'autres produits et au moment où il désire l'administrer à une tierce personne, il met par erreur une autre substance inoffensive dans le verre.) En ce cas, la sanction ne peut pas être appliquée, parce qu'il faut sanctionner l'acte de volonté de l'auteur, qui manque dans ce cas¹¹.

⁸ B.A. Wintgens, *Diss, De conatu de licuendi cujusque puniendi rationae*, 1822, pp. 131-142.

⁹ *Comment.jurid. de conatu deliquendi*, pp. 373-379.

¹⁰ Bar, *Zur lehre von versuch und Teclnahme am Verbrechen*, Hanovre, 1859, pp. 8-27.

¹¹ A. Geyer, *Ueber die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen*, Z.I., 1881, pp. 30-53.

g) dans une autre conception, l'inaptitude du moyen et de l'objet, absolue ou relative ou le manque de danger ne présente pas de relevance, l'action entreprise dans un tel cas étant punissable. Selon l'opinion de plusieurs pénalistes du temps, la même action peut être criminelle ou non, dans sa forme extériorisée et pour décider dans ce cas, il faut examiner l'intention avec laquelle a été entreprise ; l'intention attire la sanction, si elle est contraire à la loi¹².

Pfotenhauer conçoit la tentative d'infraction en tant que tentative générale, comme tentative de matérialiser la résolution par un moyen choisi à cet effet. Également, la tentative demande seulement la direction d'un certain moyen vers un certain but.

Ce qu'on sanctionne quand une personne commet une infraction avec intention, c'est le mal produit à la suite de l'action, donc l'action ne forme pas l'objet de la punition. Si pour l'ainsi nommée infraction impossible, la substance n'est pas le poison, cette chose éloigne seulement le dommage et non pas le danger pour la personne contre laquelle se dirige.

Le système décrit ci-dessus, qui représente la doctrine subjective pure, est caractérisée par le fait qu'il supprime toute différence entre les ainsi nommées infractions impossibles et la tentative en général.

II. Un deuxième système a été promu par Friedrich Oetker. Parce que le moyen et l'objet isolés, sous leur forme statique, n'étaient pas en mesure de trouver un critère de différence entre la tentative inapte et celle irréalisable, on a cherché une différence dans leur fonction dynamique, d'adhérence et de fusion, comme des éléments de l'action, destinés à consommer le délit envisagé¹³.

On a observé qu'un objet mis dans la présence de tous les moyens imaginables – dans le but d'accomplir une certaine intention criminelle, ne possède pas la même affinité envers tous, il est réfractaire à tous – ou seulement à une partie d'entre eux, différenciés qualitativement ou même quantitativement.

Avec le moyen se passe la même chose. Il peut transformer l'objet en vue de la réalisation du but envisagé ou non, en général ou seulement dans ce cas concret.

Dans l'opinion de cet auteur, pour apprécier si un délit est impossible et impunissable, il sera analysé le rapport entre l'objet et le moyen, du point de vue de l'enchaînement causal. Si l'objet est réfractaire dans la transformation envisagée pour tous les moyens imaginables, on le considère être absolument et concrètement inapte (ex: le cadavre est un objet absolument et concrètement inapte et dans la situation où une personne envisage d'assassiner l'adversaire déjà mort, celle-ci reste sans peine).

Si l'objet est réfractaire seulement à une catégorie de moyens, il est considéré seulement relativement et concrètement inapte. (ex: une personne sans ouïe est un objet relativement et concrètement inapte, pour l'insulte faite avec des mots offensants; mais il est apte pour l'insulte adressée à travers des signes ou par écrit).

Si l'objet est réfractaire seulement à une catégorie de moyens, mais pas du point de vue qualitatif mais quantitatif, de leur intensité, alors il est concrètement inapte (ex: celui qui entend mal est réfractaire seulement aux mots offensants dits à voix basse et

¹² Pfotenhauer, *Der Einfluss des factischen Irtums auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen*, 1839, pp. 254-264.

¹³ F. Oetker, *Der Versuch und die Schweizerischen Strafgesetzentwürfe*, Z., vol.17 (1897), pp. 54-56

l'individu mûr est réfractaire seulement à une petite dose de poison, en ce qui concerne le meurtre commis par empoisonnement).

Les moyens par rapport à l'objet peuvent être soit relativement et concrètement inaptes soit seulement concrètement inaptes. Des moyens absolument inaptes n'existent pas dans ce cas.

Les infractions entreprises avec des moyens relativement et concrètement inaptes, de même que les actions envisagées contre des objets absolument et concrètement inaptes sont des infractions impossibles, des actions qui s'échappent à la sanction pénale. Les actions entreprises avec des moyens concrètement inaptes constituent une tentative normale et elles sont punissables, parce que si on change le milieu quantitatif, l'infraction peut avoir lieu.

Le système d'Oetker n'ajoute rien de nouveau à la solution du problème. Il est simplement une transposition des systèmes analysés antérieurement, sous une autre forme. Quand on a dit d'une action qu'elle est inapte à produire un certain effet, on a tenu compte de l'action de ce moyen sur l'objet, action limitée à la transformation envisagée. Il a été question d'un moyen appliqué tout comme l'objet. Un objet absolument et concrètement inapte est en réalité l'objet inapte évalué dans les systèmes antérieurs et celui relativement et concrètement inapte, de même que celui concrètement inapte, est l'objet relativement inapte de ceux qui distinguent entre deux types d'inaptitudes.

À cause de cela, le système d'Oetker est susceptible des mêmes critiques.

III. Le troisième système est donné par la théorie d'August Finger : trouver le critère dans les actions criminelles, vues en soi, indépendamment de leurs éléments constitutifs, objet et moyen, d'après certaines qualités extrinsèques qu'auraient certaines d'entre elles et qui manqueraient aux autres¹⁴.

Ainsi, les actions qui constituent une tentative sont divisées en deux catégories:

- certaines qui dès le début portent le signe de l'irréalisation du but envisagé ou sont aptes dans un mode tout à fait exceptionnel, lorsque a lieu un enchaînement exceptionnel de phénomènes, et d'autres auxquelles l'inaptitude apparaît seulement plus tard.

- certaines dont on ne peut pas dire d'avance si elles produiront l'effet ni après pourquoi l'effet ne s'est pas produit.

- d'autres qui dès le début laissent voir qu'elles sont dépourvues d'effet, qu'elles ne produiront pas le résultat envisagé, qui seulement dans l'opinion de l'auteur et non pas dans celle des autres, ont l'aptitude de produire l'effet. Les premières actions représentent la tentative proprement dite, les autres, les infractions impossibles.

Ces dernières se différencient des premières par le fait qu'elles sont des actions qui exécutées dans le mode conçu par l'auteur, sont inaptes à produire l'effet désiré. À l'effet produit on ne peut pas attribuer aussi peu d'importance sociale qu'à une action non dangereuse, lorsque dans la tentative proprement dite, l'action dans le mode conçu par l'auteur, dans des circonstances connues par lui au moment de l'accomplissement du fait et tenant compte aussi des rapports spéciaux sous lesquels l'action a été entreprise, au moins apparemment semble apte à produire un effet.

L'observation de soi et l'observation des autres offre la possibilité de distinguer avec une certaine facilité entre ces deux catégories d'actions. Dans le premier cas, le

¹⁴ A. Finger, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1904, vol. I, p. 305.

besoin de réagir est très réduit ou est presque insaisissable (ex: contre celui qui veut assassiner son ennemi en utilisant des malédictions, on réagit très peu ou pas du tout).

Ce système se caractérise par le manque de précision et d'originalité. Comment peut-on reconnaître les actions qui dès le début portent le signe de l'irréalisation du but envisagé par les autres ?

Il est difficile d'admettre un infracteur qui utilise, pour arriver à son but, une action qui dès le début laisse suggérer une absence d'effet ; justement le fait qu'il a choisi cette action prouve qu'elle, dès le début ne permettait pas d'entrevoir qu'elle était inapte, à part la situation quand il n'y avait pas d'intention sérieuse de commettre l'infraction.

Fonder la différence entre les deux catégories d'actions sur le besoin de réagir ou sur l'importance sociale de leur effet, signifie instaurer l'arbitraire, intégrer son propre gré dans le domaine du droit pénal.

En conclusion, il n'y a pas de tentative dangereuse quand l'action est réalisée par l'auteur avec des moyens inaptes ou est orientée vers un objet inapte. Seulement les actions réalisées par des moyens aptes et orientées contre un objet apte doivent être punies.

Les ainsi nommées infractions impossibles ne sont pas de telles actions, ainsi s'échappent-elles à la punition¹⁵.

4. Par l'inaptitude du moyen on comprend son inaptitude à commettre l'infraction (ex : la situation quand l'auteur a tiré avec une arme vers une personne située à une distance de 1000 m et la balle n'a qu'une action du feu de 500 m).

L'inaptitude du moyen peut avoir quatre formes :

- à cause du moyen erroné d'application ou de l'insuffisance du moyen apte, d'après les lois de la nature généralement connues, de produire l'effet envisagé (ex : l'auteur administre une quantité très petite de poison à une personne qu'il envisage d'assassiner)

- à cause d'une circonstance inconnue par l'auteur, qui intervient au moment de l'application et pas plus tard et qui paralyse l'effet du moyen, autrement absolument apte en soi de le produire (ex : quelqu'un administre du poison à une personne qui a pris auparavant un antidote)

- par erreur, au lieu de mettre la main sur celui apte, il prend et applique le moyen inapte (ex : l'auteur veut empoisonner son adversaire, il a à la portée de sa main du poison mais au moment décisif il met la main sur le paquet de sucre et il le mélange dans les aliments)

- le moyen en soi est inapte, mais l'auteur par erreur ou par superstition le croit apte (ex : une personne qui par des sorcelleries ou des malédictions pense pouvoir assassiner son adversaire).

5. En ce qui concerne l'inaptitude de l'objet, cela représenterait l'objet non protégé par la loi (ex : un enfant né mort - le droit de vivre ne constitue plus l'objet juridique de l'infraction, dans la situation où sa propre mère aurait essayé de l'assassiner ; le corps inanimé est protégé comme valeur juridique distincte, contrairement on commet l'infraction de profanation de cadavres).

De la tentative avec objet inapte il faut différencier la tentative contre un objet qui n'existe pas. Dans cette dernière situation, l'infraction est dépourvue de son objet même,

¹⁵ M. Scherer, *Über die Strafbarkeit des Versuches am absolut untauglichen object und mit absolut untauglichen Mitteln*, G.S., vol. 29, 1887, p. 1

lorsque la tentative avec objet inapte, l'infraction n'a pas une condition demandée par la loi.

On ne peut pas parler de l'inexistence d'un objet, quand l'objet existe, mais ailleurs, cas dans lequel la tentative est réalisable. Si la tentative, tant celle avec objet inapte que celle contre un objet qui n'existe pas, ne se sanctionne pas, c'est parce que dans le premier cas le fait n'est pas une infraction et dans le second cas, parce qu'elle n'est pas l'expression d'une volonté criminelle.

6. Dans la doctrine du début de siècle on a critiqué la différence qu'on fait entre moyen et objet comme éléments de l'action. Le pénaliste allemand Kohler Joseph affirme que : « cette différence est seulement apparente. Tant le moyen que l'objet sont les médiateurs de l'effet »¹⁶.

Halschner ajoutait que « le moyen, en tant que déclencheur et transporteur du mouvement et l'objet, en tant que cible du mouvement, dans la mesure où les deux sont des facteurs du mouvement, forment une unité »¹⁷.

« C'est sans différence - affirmait le pénaliste Eisenmann Ernst, après avoir démontré que ce qui change et ce qui se change dans la nature sont les forces - si en ce qui concerne une modification dans la nature, à un certain préjudice du droit, par exemple le meurtre avec la balle, on indique comme moyen, l'arme ou le corps humain, l'organisme, puisque toutes les deux sont des éléments de la nature animée par des forces. On ne peut pas parler d'un objet inapte, parce que les objets sont aussi des moyens, des pouvoirs qui collaborent pour la réalisation de l'effet avec ou contre la volonté de l'auteur »¹⁸.

7. La notion de moyen est un terme assez général. On ne peut pas savoir si peuvent être considérés comme des moyens pour la commission d'une infraction une chose, l'instrument utilisé ou les transformations qu'il subit. Le moyen n'est pas une unité (ex : pour le meurtre réalisé avec une arme par fusillade, peuvent être indiqués comme moyens : l'arme, le projectile, la fusillade, etc.)

Presque toujours il y a plusieurs énergies qui agissent pour la réalisation d'un effet, énergies qui ont sous le rapport de la réalisation d'effet, la même valeur et si on apprécie comme moyen une certaine partie d'un tout, c'est parce qu'on a choisi seulement cette partie pour la réalisation de l'effet¹⁹.

Rigoureusement parlant, on ne peut pas parler de moyen de tentative mais seulement d'efforts restés sans résultat, pour la consommation de l'infraction²⁰.

Dans ces conditions, on a tenté la classification des moyennes en aptes et inaptés.

Halschner différenciait la tentative du point de vue du moyen, en apte et inapte, « une prestidigitation vide qui reçoit une apparence de réalité, seulement par le fait qu'une fois on tient compte de la circonstance qui provoque l'impossibilité, et une autre fois est arbitrairement laissée de côté et on fait le raisonnement sans elle »²¹.

Ce qu'on comprend par moyen apte et par moyen inapte reste encore à discuter. Ce que certains considèrent comme moyen apte, pour d'autres est un moyen inapte (ex :

¹⁶ J. Kohler, *Studien aus dem Strafrecht*, I. Manheim, 1890, p. 8.

¹⁷ Halschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bonn, vol. I, 1881, p. 348.

¹⁸ E. Eisenmann, *Die Grenze des Strafversuches. Aus der Theorie und dem positiv Strafrecht unter Benutzung ungedruckten Materialien bearbeitet*, Y. 1893, p. 466.

¹⁹ T. Fabian, *op. cit.*, p. 10.

²⁰ Buri, *Zur lehre vom Versuch*, G.S., vol. 19 (1867), p. 188.

²¹ Halschner, *System des preussischen Strafrechts I*, p. 108.

une arme faiblement chargée ou à tirage réduit est un moyen inapte selon certains, apte pour d'autres, parce qu'on peut l'approcher de la victime et ainsi celle-ci peut être frappée par le projectile).

Pour voir si on peut parler de moyens inaptes, il faut analyser la notion de moyen et puis celle de moyen inapte, en opposition avec le moyen apte.

Comme on l'a déjà dit, toute transformation dans le monde des phénomènes est due à un pouvoir qui travaille indépendamment ou conformément à la volonté de l'homme.

Les pouvoirs de la nature qu'utilise la volonté sont nommés moyens. La volonté ne peut pas toujours utiliser comme elle veut les pouvoirs de la nature, mais seulement dans la mesure où cela le lui permet. Donc, il n'est pas toujours sûr que l'effet envisagé se produira en utilisant le moyen adéquat, ni que cet effet est le résultat de l'utilisation de ce moyen. La concordance extérieure entre ce qui était envisagé et ce qui s'est passé, ne signifie pas toujours l'action du moyen intentionnel et non pas de l'autre.

Un moyen sans volonté ne peut pas être conçu. Ceci fonctionne comme un élément de liaison entre la volonté et le fait. La liaison s'établit par son application et par son aptitude - la possibilité de l'accomplissement. C'est pour ça qu'il est un non-sens de parler de moyen inapte, comme il est un non-sens de considérer inapte un moyen en abstrait jusqu'à ce qu'il n'a pas été appliqué.

Et si le moyen a été appliqué mais il n'a pas eu de réussite, on ne peut pas dire qu'il est un moyen inapte, parce que c'est possible qu'il eût échoué à cause de la manière dont il a été appliqué. D'habitude, le moyen est formé d'une série de pouvoirs fortement liés à une matière, un corps dont il est port le nom : le fusil, le couteau. Les pouvoirs réunis dans le même tout apparaissent comme une entité en action (dans le meurtre par fusillade on utilise l'arme, la poudre de fusil, l'amorce, le projectile etc.)

Chacun des éléments composants du moyen, comme tout unitaire, a la même valeur. On ne peut pas affirmer qu'un est indispensable et l'autre non. On ne peut pas dire que la main joue un rôle moins important que la balle dans l'exécution d'un homme. L'absence de la balle produit la dissolution du tout, de façon que le résultat ne puisse plus être atteint. Mais aussi l'inexistence d'une main ferme, non tremblante, a les mêmes conséquences. Et donc l'absence de la balle ne rend pas le tout plus inapte que la main tremblante, la poudre humide, la fixation défectueuse, de la victime au moment de la décharge du fusil etc.

Dans tous ces cas on devrait affirmer que le moyen est inapte à réaliser le but envisagé. Mais dans les cas il n'est pas toujours considéré comme ça, parce que personne n'a pensé laisser impuni celui qui avait tiré avec la main tremblante, même si elle avait provoqué l'inaptitude du moyen.

Concrètement, les moyens dans chaque tentative sont aussi inaptes. Abstraitement, tous les moyens sont aptes²². Quand on affirme que le sucre est inapte à empoisonner, c'est exacte, mais quand on dit qu'il est inapte à assassiner, ce n'est pas exacte car, donné à un diabétique, il provoque sa mort. Aussi, le fusil déchargé peut être inapte - pour la fusillade de quelqu'un, mais il n'est pas inapte - pour son assassinat, parce que l'auteur peut le prendre par son tube et frapper mortellement son adversaire. Il est inapte en ce mode, mais s'il est appliqué différemment, il peut devenir apte. C'est cela qui constitue la faute.

²² Th. Fabian, *op.cit.*, p. 12.

Et cela signifierait que « Le poison est inapte de produire la mort par fusillade et le fusil par empoisonnement ». Mais ils peuvent provoquer différemment la mort.

Une autre erreur qui pourrait être commise consiste dans le fait d'analyser le moyen dans un certain groupe quand on décide qu'il n'est pas apte, même si joint à d'autres éléments il peut être apte. Par exemple, le papier est un moyen inapte d'assassiner mais si en on fonce le fusil, il devient apte. C'est même indispensable ; le plus fort poison est inefficace, s'il est administré en petites doses.

« Dans la sphère du causalisme naturel, affirmait Fabian, il n'existe pas, quelque moyen ou pouvoir imaginable, qui ne peut pas être considéré comme un anneau indispensable dans une chaîne causale. Un fil de fer télégraphique ayant la longueur d'une coudée, semble à une première vue absolument inapte de porter un télégramme de Berlin à Hambourg. Mais si le fil télégraphique entre les deux villes s'était rompu entre les deux villes et il est nécessaire d'y intercaler un fil ayant cette longueur, alors celui-ci devient un élément indispensable pour l'expédition des télégrammes à longues distances ».

Tous les moyens sont donc comme ça, tant qu'ils appartiennent au monde de la causalité, dans le même mode apte, si on fait abstraction de certaines circonstances et d'un certain mode d'application.

Tel qu'on l'a déjà vu, le moyen n'agit jamais seul, mais avec d'autres pouvoirs par lesquelles il pourrait être influencé dans une certaine mesure, plus grande ou plus petite. C'est pour cela qu'on ne peut pas parler d'un moyen apte avant la réalisation du but, parce qu'on ne se sait pas si les autres pouvoirs ne vont pas lui paralyser l'efficacité et ne le transformeront pas dans un moyen inapte.

On ne se peut pas parler de moyens aptes et de moyens inaptes pour une autre raison. On a établi que le moyen apte est celui avec lequel il est possible de réaliser le but envisagé et inapte celui qui ne donne pas cette possibilité. À l'aptitude correspond la possibilité, à l'inaptitude l'impossibilité. La possibilité et l'impossibilité ne sont pas deux notions opposées. L'impossibilité suppose la certitude de l'irréalisation. La possibilité pourtant, ne suppose pas la certitude de la réalisation, mais la possibilité de la réalisation, tout comme celle de l'irréalisation. Le contraire de l'impossibilité est la réalisation avec nécessité et la possibilité occupe une place intermédiaire, reste entre ces deux notions. La possibilité exprime l'incertitude (de la réalisation), l'impossibilité la certitude (de l'irréalisation).

Tout aussi difficile est de séparer la possibilité de la réalisation de la réalisation avec nécessité. La notion de possibilité s'appuie sur la connaissance imparfaite du futur, donc il est quelque chose de subjectif.

On ne peut pas parler de la réalisation avec nécessité même quand selon les lois de la nature, immuables, le moyen utilisé mène à la consommation, parce que la connaissance humaine peut pénétrer dans le futur seulement d'une manière limitée et parce que l'indéterminisme se trouve à la base de la volonté humaine, libre à modifier le cours de l'acte. Mais si tout de même en on parle, alors la réalisation avec nécessité mène à la consommation de l'infraction, pas à la tentative. Quand la consommation e lieu auparavant, il ne se plus s'agir d'un moyen apte, qui suppose la possibilité, parce que maintenant existe la certitude de la réalisation.

Également, quand l'action s'est arrêtée à la tentative, parce que cette fois-ci il y a la certitude que le but restera irréalisé, donc le moyen est inapte.

Il en résulte qu'aucune tentative ne peut pas être conçue sans un moyen inapte, toute tentative étant due à un moyen inapte.

On disait que l'application d'un moyen inapte, ferait preuve d'une volonté criminelle; qu'il serait difficile de prouver une telle volonté dans le cas de celui qui prononce une formule magique pour assassiner son adversaire.

Il est difficile de prouver, mais ça peut être prouvé par l'aveu de l'infracteur, qui, quoi qu'on dise, reste un moyen important pour faire preuve dans plusieurs infractions, surtout quand il s'agit d'une action voulue et d'une autre par faute. Par exemple, A. assassine B. L'a-t-il assassiné avec intention ou par faute ? Bien souvent selon les dates externes, en ignorant les parties intérieures, il est difficile de le dire.

8. C'est qu'on avait dit à propos du moyen en ce qui concerne sa différenciation entre apte et inapte, on pourrait le dire aussi en ce qui concerne l'objet, qui, dans l'opinion de certains, se confond avec le moyen en action, comme c'est dans le cas d'une personne à laquelle on a donné du poison, après qu'il eût pris un antidote qui annule l'effet du poison. Dans certaines opinions, dans cette situation le moyen est inapte, mais dans certaines autres, l'objet qui résiste au moyen, même si on aurait donné un autre poison, il serait apte, donc la personne mourrait.

Le pénaliste allemand Buri affirmait que : « si un objet inapte n'est pas un objet, alors un moyen inapte non plus n'est pas un moyen et dans ce cas l'action ne peut pas être punie. La volonté est de la même qualité dans toutes les deux situations²³.

Ensuite, il serait difficile de distinguer entre le cas où, par exemple, l'adversaire était décédé une minute avant de le frapper du couteau et le cas où il était mort après. S'il avait frappé du couteau une minute avant, il aurait été puni; mais, parce qu'à cause des circonstances, la victime était morte une minute auparavant, il n'est plus puni. (Dans le premier cas, on a affaire à un objet apte, dans le second à un objet inapte).

On a critiqué également la différence qu'on avait essayé d'établir entre l'inexistence de l'objet et son inaptitude. Même les partisans de la non-punition de la tentative avec objet inapte se sont déclarés contre cette distinction. En ce sens, Havenstein va plus loin quand il veut fixer une nouvelle différenciation entre les objets. La nécessité de cette différence n'est pas ressentie.

Pour la tentative avec objet inexistant l'objet manque du corps de l'infraction, et ce qui manque pour la tentative avec objet inapte c'est une certaine caractéristique demandée par la loi à l'objet. Mais ce manque fait que l'objet, tel qu'il reste, n'aie plus aucune importance légale, le rend inexistant dans le droit. Donc, dans ce cas aussi, il s'agit toujours d'un objet qui n'existe pas.

Buri se demande à juste raison, pourquoi est-elle nécessaire la présence d'un objet apte, comme une des conditions de la tentative punissable, quand on le sait que, même dans le cas d'une tentative apte, l'objet échappe à tout atteinte, à tout préjudice.

9. Concernant l'inaptitude absolue et relative du moyen et de l'objet, la non-punition de la tentative inapte en général, mène à la négation de la répression en tentative, à la suppression du chapitre qui parle de la tentative dans le Code pénal. Pour éviter cela, une partie de la doctrine, a essayé depuis longtemps de distinguer entre deux types d'inaptitudes : une relative et l'autre absolue.

En ce sens, Berner dit qu'il faut renoncer à la non-punition de la tentative avec des moyens relativement inaptes car autrement il faudrait laisser impunie la tentative²⁴.

²³ Buri, *op.cit.*, pp. 153-154.

Les partisans de cette distinction ne peuvent pas fixer la ligne de frontière entre les deux types d'inaptitudes.

Meyer désigne comme moyen absolument inapte celui qui, concernant l'activité choisie par l'auteur, n'est capable de produire aucune impression. Par exemple, la tentative de tuer une personne avec une paille.

« Par tentative avec des moyens absolument inaptes, on comprend les moyens avec lesquels il est impossible, physiquement, d'accomplir l'infraction envisagée... Par la tentative avec objet absolument inapte, on comprend un objet, par rapport auquel, l'infraction envisagée est, physiquement, impossible »²⁵, remarque Scherer. Selon d'autres, l'impossibilité absolue est représentée par la situation quand l'objet n'existe pas (de fait ou de droit) ou lorsque le moyen, en dépit de la manière de son application, même accompagné par d'autres éléments, dans d'autres circonstances de lieu et de temps, de personne, ne produit pas d'effet ; elle serait relative lorsqu'un autre moyen, dans les mêmes circonstances ou dans d'autres, réussirait avec le même moyen d'accomplir l'infraction.

Cette différence entre deux types d'impossibilité a été vivement critiquée.

Même les plus importants représentants de la théorie des ainsi nommées infractions impossibles, comme Gerye ou Cohn²⁶, l'ont combattue.

- La première objection qu'on lui apporte est le fait qu'on ne puisse pas détacher le fait de son auteur, substituer un autre auteur à la place du premier et par rapport à cet autre, en abstrait, décidé s'il est ou non apte. Qu'est-ce qui intéresse l'infacteur, que pourrait faire un autre avec le moyen resté son effet, utilisé par lui. Comment peut-on détacher le fait de son auteur et à sa place (tel qu'il l'a accompli), substituer un autre comme nous l'imaginons.

Combien est-il arbitraire ce procédé, résulte de l'exemple suivant: on a considéré le fusil déchargé comme un moyen absolument inapte. Alors un fusil légèrement chargé est un moyen absolument inapte. Mais la majorité conteste ce fait, en considérant qu'un tel fusil, dans certaines circonstances, dans certains rapports, utilisé par un infacteur qui s'approcherait beaucoup de la victime, etc., est apte à assassiner une personne. On considère en d'autres mots, le moyen en abstrait, si en général il peut assassiner, sans qu'on se préoccupe de la manière dont l'auteur, obligé par les circonstances ou parce qu'il le veut, l'a appliqué.

Mais de cette manière, même un fusil déchargé constitue un moyen apte, parce que l'auteur peut s'approcher et frapper mortellement avec cet objet!

Les adversaires de cette opinion répondent négativement, car selon eux il faut prendre en considération la manière d'application du moyen choisi par l'auteur, en général. Il voulait tuer par fusillade et non pas par des coups de la crosse du fusil. Mais pourquoi? Et puis, qui veut tirer avec une arme et maladroitement il appuie sur l'auvent de la gâchette au lieu de la gâchette. Or, dans ces conditions, le fusil est un moyen absolument inapte. Certains ont considéré que ce n'est pas comme ça, parce que si on l'utilisait correctement, il se déchargerait.

- La seconde objection qu'on lui apporte c'est que l'impossibilité n'a pas de différents degrés d'intensité. L'impossibilité ne peut être absolue et relative en même

²⁴ A. F. Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 10e édition, 1879, p. 180.

²⁵ M. Scherer, *op. cit.*, p. 481.

²⁶ L. Cohn, *Zur Lehre vom versuchten und unvolendeten Verbrechen* Breslau, 1880, p. 388.

temps, ce qui supposerait la possibilité et l'impossibilité en même temps. Un moyen peut mener à la réalisation du but et dans ce cas il est apte ou non, cas où - comme on l'a vu - il est inapte.

Un voleur, pénètre dans une chambre, pour voler une somme d'argent ; peu de temps avant cet argent avait été mis dans une caisse solide, qui résiste à toutes les tentatives du voleur de la casser, soit parce qu'il n'a pas l'instrument pour le faire ou cet instrument se rompt dans sa main, soit qu'il n'est pas capable de l'utiliser ou il n'a pas assez de temps pour le faire. Pourquoi y a-t-il plus d'impossibilité dans un cas que dans l'autre ²⁷?

Les partisans de la même théorie ne sont pas d'accord dans la citation des exemples d'impossibilité absolue. Seulement en deux cas il y a l'unité des opinions.

Le coup de feu avec l'arme déchargée et l'empoisonnement avec du sucre à la place du poison.

On a considéré que dans le premier cas, l'arme déchargée est un moyen absolument inapte à produire le décès. Mais tout comme l'arme déchargée, un même effet l'a une arme chargée, mais son amorce ou avec amorce mais sans substance explosible, avec le percuteur usé ou avec de l'herbe humide. Une question se pose : s'agit-il d'un moyen absolument inapte dans tous les cas ? Zaharia parle seulement des deux premiers cas qu'il considère absolument inaptes²⁸. S'il était à rapporter les exemples ci-dessus à la définition que Scherer donne à l'impossibilité absolue, alors tous les moyens des exemples cités sont absolument inaptes.

Quelles actions entreprend la personne qui en voulant fusiller son adversaire, tire de 3000 pas ? Mittermayer a considéré que c'est une action entreprise avec un moyen absolument inapte, parce que une arme ne peut atteindre sa cible d'une distance de 3000 pas. Haberlin la considère seulement relativement inapte, parce que l'auteur peut s'approcher de la victime. Mais aujourd'hui ce moyen est sans doute apte, car une arme atteint sa cible même d'une distance de 3000 pas.

Mais que va t-on décider dans le cas où il tirerait dans son adversaire, en plein champ, de manière qu'on ne puisse préciser si l'arme a eu ou non des balles, si elle a été ou non suffisamment chargée, la balle est arrivée ou non à la distance voulue.

Un criminel donne à une personne habituée avec le poison, une dose de poison, une dose assez grande pour tuer quelqu'un ou au moins un enfant. Mais envers lui ne produit aucun effet. A-t-on affaire à un moyen absolument inapte ? Scherer, et comme lui la majorité, répond que non, parce que ce moyen est apte pour assassiner une personne quelconque. Mais comme ça, on prend un autre objet pour l'objet de l'infraction et on apprécie en abstrait, on ne se juge pas l'action concrète. Et dans ces conditions, une plume d'oie ou un bâton d'allumette, peuvent être des moyens aptes pour ouvrir une caisse.

Scherer se montre tout à fait contraire à l'affirmation de Geyer, selon lequel il n'existerait pas de substance qui puisse être nommée exclusivement poison.

Les ainsi nommés poisons, en petites quantités, sont les médicaments bienfaisants. Celui qui a donné 1/10 grammes d'arsenic, n'a pas donné de poison mais un médicament, c'est comme s'il avait donné 1/10 grammes de sucre.

²⁷ Havenstein, *Zur Lehre vom untauglichen Versuch*, G.A., vol. 36 (1888), pp. 55-56.

²⁸ H.A. Zaharia, *Die Lehre vom Versuch der Verbrechen* Göttingen, vol. I, 1836, Titre III, p. 537.

Havenstein trouve qu'il est absurde de faire d'un moyen inapte, par son augmentation quantitative, un moyen apte, car de cette façon le moyen le plus inoffensif peut devenir apte. Par exemple : le fait de mettre trois petits cornets de sable sur la tête d'un homme, est à peine observé par celui-ci. Mais si on met sur sa tête quelques sacs en même temps, il peut perdre sa vie.

10. Dans la doctrine pénale roumaine, le professeur Dongoroz observait en 1939, à propos de la tentative impropre, une tendance à éloigner toutes les subtilités dialectiques, pour ne tenir compte que des réalités et des nécessités de la répression. Donc, la doctrine faisait la différence entre les moyens impropres et ceux insuffisants, l'objet inexistant de celui accidentellement manquant et l'exécution absurde où l'irréalisation est due seulement à des moyens insuffisants ou à un simple manque accidentel²⁹.

Quand le moyen est impropre (inapte), quand l'objet n'existe pas ou quand l'exécution est absurde, la tentative n'inspire aucune crainte, parce qu'elle n'a rien de sérieux et de consistant en elle, ni subjectif, ni objectif, de nature à réaliser une violation de la loi.

Au contraire, quand les moyens sont seulement insuffisants ou quand l'objet est seulement absent de la place où il se trouvait antérieurement ou quand l'exécution est seulement erronée, la tentative ainsi commise est de nature à alarmer, à créer un trouble de l'ordre public et l'attitude psychique du délinquant se manifeste pour la violation de la loi.

a) Un moyen est considéré comme impropre (inapte), quand par lui-même, par sa nature, ne pouvait pas servir à la production de l'effet envisagé (par exemple : quelqu'un veut assassiner en recourant à des sorcelleries ou en invoquant les mauvais esprits). L'inaptitude doit être initiale, dans le sens que son état d'inaptitude ait existé au moment où le délinquant aura choisi ce moyen pour commettre l'infraction. Mais si le délinquant a choisi un moyen apte mais il est devenu impropre ultérieurement on n'aura plus affaire à un moyen impropre mais à un moyen insuffisant ou une exécution erronée (inhabile).

b) Un moyen est considéré comme insuffisant, lorsque par sa nature il est apte à produire le résultat mais à cause de certaines circonstances accidentelles, il a perdu son aptitude, dans le cas concret où il a été utilisé (par exemple : une personne ayant l'intention d'assassiner, mélange dans une boisson une substance toxique, apte à produire la mort, à cause du mélange, mais le poison a perdu sa toxicité).

Le moyen peut être insuffisant, soit du point de vue quantitatif (trop peu de poison), soit du point de vue qualitatif (le poison n'a pas été bien mélangé et la victime, en sentant le goût suspect, ne l'a plus consommée).

Comme les moyens insuffisants sont considérés les moyens surabondants, quand, à cause d'eux, le résultat ne s'est plus produit (par exemple : il y a mis tant de poison que la victime a senti l'odeur suspecte et n'a plus consommé ces aliments).

c) L'objet est considéré comme inexistant chaque fois qu'il n'est pas mis en pratique. L'inexistence doit être antérieure au commencement de l'exécution. Certains auteurs considèrent comme assimilable à l'objet inexistant aussi l'objet dépourvu de la qualité demandée par la loi, pour l'existence de l'infraction. Également, certains auteurs associent l'inexistence de l'objet matériel à l'inexistence de l'objet juridique (par exemple : quelqu'un s'approprie un bien qui n'est pas le sien, on constate que cet objet

²⁹ V. Dongoroz, *Drept Penal* (réimpression de l'édition de 1939), Ed. de la Societate Tempus & Asociația Română de Științe Penale, Bucarest, 2000, p. 225.

n'appartient en réalité à personne, étant un objet jeté, *res derectilae*, il n'y a pas donc la condition que l'objet appartienne à quelqu'un, nous n'avons pas non plus l'objet juridique, c'est-à-dire un intérêt patrimonial défendu).

Dans tous ces cas nous n'avons pas une tentative impropre avec l'objet inexistant mais des faits putatifs. Dans leur cas il y a la résolution délictueuse car le délinquant est animé par la volonté de commettre un fait illicite ; cette intention négative, même manifestée extérieurement ne vise pas la loi car, dès le début, il manque une condition sans laquelle il n'y a pas d'illicite pénal.

d) Un objet est considéré comme manquant accidentellement quand il existe d'une manière déterminée ou indéterminée (l'argent, les bijoux, certains produits, etc.) mais cet objet déterminé ou d'un certain type ne se trouve pas à la place où le délinquant pense de le trouver. Donc, le manque suppose : que la chose existe (la condition de l'existence) et que cette chose, au moment du commencement de l'exécution, (la condition dans le temps) ne se trouvait pas à la place (la condition de lieu) où le délinquant pensait qu'il se trouvait.

11. Actuellement, la loi pénale roumaine, tout comme une grande partie de la doctrine se situent sur les positions de la théorie objective, en admettant l'existence de la tentative seulement si l'acte d'exécution est propre ou relativement impropre pour produire le résultat. Si l'impossibilité est absolue il n'y aura pas de tentative. D'ici l'importance que reçoit la délimitation correcte des actes d'exécution relativement impropres de ceux absolument impropres. Pour mettre en évidence cette différence, le législateur roumain avait à sa disposition trois possibilités : définir seulement les actes d'exécution absolument impropres, en résultant d'ici que tous les autres actes sont des actes d'exécution relativement impropres et donc punissables ; ou définir tant les actes relativement impropres, en résultant que tous les actes qui ne correspondent pas à cette définition peuvent être considérés des actes d'exécution absolument impropres. Le législateur roumain a choisi cette dernière solution avec des éléments de la première solution ; il a donné une définition explicite aux actes d'exécution relativement impropres et de la manière dont il a réglementé la tentative absurdement conçue, il a envisagé de comprendre sous cette dénomination toutes les hypothèses d'impossibilité absolue de produire le résultat³⁰.

Le législateur roumain a énuméré explicitement dans le contenu de l'art. 20, 2^e alinéa du Code pénal toutes les hypothèses d'exécution relativement impropre qu'il assimile à la tentative propre, c'est-à-dire l'hypothèse des actes relativement impropres concernant les moyens de réalisation d'une infraction (lorsque les moyens utilisés se sont prouvés défectueux ou insuffisants) et l'hypothèse des actes relativement impropres concernant l'objet (lorsque l'objet vers lequel est dirigée l'action ne se trouvait pas à la place connue par le délinquant). Tel qu'on peut l'observer, le législateur ne fait pas référence à l'hypothèse de l'exécution erronée aussi (inhabile) à cause de l'ignorance, de la superficialité ou du manque d'expérience de l'agent, même si celui-ci, selon certains auteurs, caractériserait les actes d'exécution relativement impropres. En procédant de la sorte, le législateur a considéré que l'exécution erronée signifie au fait l'utilisation incorrecte des moyens choisis pour l'accomplissement du fait ; si ces moyens ne sont pas défectueux ou insuffisants mais propres pour la production du résultat et pourtant

³⁰ G. Antoniu, *Tentativa (doctrină, jurisprudență, drept comparat)*, Ed. de la Societate Tempus, Bucarest, 1996, p. 191.

inhabilement utilisés (par exemple le délinquant n'a pas su bien viser avec l'arme sa cible), cela constituera une explication de l'irréalisation du résultat, liée aux moyens utilisés et non pas une hypothèse indépendante de tentative impropre.

Par l'énumération explicite des hypothèses d'exécution relativement impropre, le législateur nous a laissés en déduire la conclusion que, *per a contrario*, dans toutes les autres hypothèses d'irréalisation du résultat, ont existé des actes d'exécution absolument impropres et en conséquence ces hypothèses ne sont pas assimilées à la tentative propre, dans ces situations il n'y aura pas de tentative.

12. Dans la pratique judiciaire roumaine, les solutions prononcées relativement à la tentative impropre correspondant généralement à la législation en vigueur et aux positions théoriques de la doctrine roumaine.

Dans une espèce³¹ a été mise en discussion le fait si le vol accompli sous les yeux des gardiens qui, déjà prévenus, tenaient sous observation le dépôt de grain, constitue une infraction de vol consommé ou une tentative à l'infraction, car, dans les conditions montrées, on ne peut pas soutenir que la consommation de l'infraction aurait été possible. On a correctement soutenu, contrairement à cette thèse, que l'infraction de vol peut être effectuée si le délinquant s'est approprié le bien, même si l'endroit d'où il a été soustrait se trouve sous observation soit par des gardiens, soit par des cameras (par exemple dans les magasins), étant exclue la possibilité que l'auteur ne soit pas découvert et sanctionné.

Ce point de vue, partagé aussi par les instances judiciaires, résout d'une manière juste le problème en discussion. L'existence de certains moyens de contrôle perfectionnés qui pourraient rendre impossible l'infraction, n'a aucune influence sur la responsabilité pénale du délinquant et ne transforme pas l'infraction consommée dans une tentative d'infraction.

Dans d'autres espèces on a considéré qu'il existe une tentative de vol même si le délinquant n'a trouvé dans les poches de la victime que des papiers sans valeur³² ou si un infracteur s'est proposé de voler les roues d'une voiture sans en avoir les moyens nécessaires³³ ; ou si l'inculpé n'a pas trouvé dans le sac de la victime l'agent qu'il cherchait³⁴ ; si l'inculpé a tenté de prendre le prix de la loterie avec un billet falsifié, il accomplit un fait absolument impropre ; en conséquence, il n'y a pas de tentative³⁵.

Dans les cas présentés ci-dessus, l'irréalisation du résultat a eu lieu soit par l'absence de l'objet matériel du lieu où le délinquant croyait se trouver (l'argent dans la poche ou dans le sac de la victime), soit à cause de l'utilisation de moyens insuffisants pour soustraire les roues de l'automobile, soit pour la découverte du billet loto falsifié par le délinquant et le refus de l'agence de payer le prix sollicité.

Les instances ont considéré que c'est une tentative d'infraction si l'installation électrique montée par l'inculpé sous le tapis de la porte de la victime, ayant comme but d'électrocuter la victime, n'a pas fonctionné³⁶ ; ou si le délinquant avait offert à la

³¹ Tribunal du département d' Argeş, dos. pen. 792 / 1967 avec la nota I, Margareta Cara These, II, Gheorghe Dărăngă, in « Revista Română de drept », no.8 / 1968, p. 99 : *Practica judiciară penală*, I, p. 160.

³² Tribunal du sect.4, Bucarest, sent. pen. 101 / 1978, R. 2, p. 171.

³³ Tribunal. du département de Timiș, dos. pen. 1195 / 1976, Rev. Română de drept nr.7 / 1977, p. 67.

³⁴ Trib. Suprem, s. p. dos. 108 / 1978, « Rev. Română de drept » no.11 / 1978, p. 67.

³⁵ Trib. Suprem, s. p. dos. 4298 / 1970, R. 1, p. 251.

³⁶ Trib. Suprem, s. p. dos. 1215 / 1977, R. 2, p. 375.

victime un chocolat sur lequel il avait versé une solution empoisonnée avec l'intention de la tuer, mais la victime avait refusé le chocolat³⁷ ; de même s'il avait offert à la victime du jus de fruits contenant de la soude caustique mais la victime a refusé de consommer la boisson³⁸.

Les instances ont motivé que dans toutes ces situations, les actes d'exécution ont été menés jusqu'à la fin par le délinquant mais le résultat ne s'est pas produit, soit parce que les moyens utilisés étaient defectueux (le non-fonctionnement de l'installation destinée à électrocuter la victime), soit parce que la victime a refusé de consommer la boisson empoisonnée offerte par le délinquant.

À propos de la première espèce, nous observons que dans ce cas on a affaire une exécution parfaite, achevée, accomplie avec des moyens relativement impropres pour consommer l'infraction. Conformément à l'article 20, 2^e alinéa du C. pénal, une telle exécution est assimilée à l'exécution à des moyens propres, donc il existera la tentative de meurtre.

Dans les espèces suivantes, la motivation de l'instance qu'il y a une tentative parfaite est discutable, tant que les solutions toxiques n'ont pas pris contact avec le corps de la victime et n'ont pas commencé leur action sur le corps de celle-ci. Jusqu'à ce moment l'agent aurait pu interrompre l'exécution parce qu'elle n'était encore achevée et bénéficier des dispositions concernant le désistement. L'interruption aurait pu être due à une tierce personne ou à la victime comme dans le cas de toute tentative imparfaite, interrompue. On peut observer que dans tous ces cas, même si les moyens utilisés par le délinquant seraient relativement impropres pour produire le résultat, l'existence de la tentative ne pourrait pas être contestée, car l'exécution dans ces conditions constitue également une tentative, conformément à l'article 20, 2^e alinéa du Code pénal. Si les victimes avaient avalé les substances empoisonnées offertes par les délinquants sans que le résultat se produise, il aurait existé une tentative achevée, parfaite, l'irréalisation du résultat étant due aux moyens relativement impropres utilisés par les inculpés.

L'art 20 du code pénal est formulé dans le sens qu'il y a une tentative dans le cas où la consommation de l'infraction n'aurait pas eu lieu, ce qui semble limiter l'application du texte seulement aux cas de tentative parfaitement accomplie par des moyens relativement impropres ; en réalité, le texte doit être interprété extensivement car il y a une raison de son application même dans le cas de la tentative interrompue, imparfaite et inachevée.

Dans les deux espèces il n'y a pas d'intérêt à établir si les inculpés ont utilisé des moyens relativement impropres car la tentative n'aurait pas existé dans les deux situations. La situation aurait été une autre si l'inculpé avait utilisé des substances inoffensives (par exemple du chocolat simple) en croyant qu'il a été empoisonné ; dans ce cas, les moyens utilisés effectivement étant absolument impropres à consommer l'infraction, ils auraient mené à l'inexistence de la tentative, sans avoir une incidence les prévisions de l'art. 20, 2^e alinéa du C. pénal qui définit précisément les situations de tentative impropre. Si l'inculpé, tout en sachant qu'il utilisait les moyens inoffensifs, avait envisagé de tuer la victime (en lui offrant par exemple du chocolat simple), sont fait aurait eu le caractère d'une exécution absurde, ce qui aurait exclu la tentative, conformément à l'art. 20, 3^e alinéa du code pénal.

³⁷ Trib. Suprem, s.p. dos. 2340 / 1980, « Rev. Română de Drept » no.7 / 1981, p. 64.

³⁸ Trib. Suprem, s.p. dos. 1086 / 1980, « Rev. Română de drept », no. 8 / 1981, p. 65.

13. Dans la législation pénale actuelle, la tentative est définie dans le code pénal, art. 121-5, étant « constituée du moment où, manifestée par un début de l'exécution, n'a pas été suspendue ou elle n'a pas perdu son effet qu'à cause de certaines circonstances, indépendantes de la volonté de son auteur. Toujours selon l'art. 121-4 C. pen. est considéré comme auteur de l'infraction « la personne qui essaie de commettre un crime ou, dans les situations prévues par la loi, un délit ». comme on peut l'observer, on ne fait aucune référence aux moyens et à l'objet matériel.

En échange, dans le droit pénal allemand actuel, conformément à l'art. 23, 3^e alinéa C.pen., qui régit la punition de la tentative, « dans le cas où la consommation de l'infraction ne serait pas possible sous aucune forme à cause des moyens utilisés, l'instance peut n'appliquer aucune peine ou appliquer une peine diminuée ». Dans la doctrine allemande on considère que la tentative est impropre lorsque l'action à caractère pénal d'un délinquant n'est pas menée à la fin, dans certaines circonstances, par des raisons de fait ou de droit (par ex : la tentative d'assassiner un cadavre représente une tentative sur un objet impropre)³⁹.

Pour la punition de la tentative impropre dans la législation allemande, deux conditions doivent être accomplies :

- l'auteur, comme dans le cas de la tentative propre, selon son plan, doit absolument commencer l'exécution du fait. Cela signifie que pour la tentative impropre, l'action doit être vue comme si elle était propre (par exemple : l'achat des nécessaires à un avortement pour une femme qui n'est pas enceinte est un acte préparatoire, leur utilisation représente une tentative de provocation de l'avortement).

- la tentative doit faire preuve d'une aptitude minimale de porter atteinte à l'inviolabilité de l'ordre de droit. Elle manque lorsque le fait, en fonction de la nature des choses envers lesquelles ou en fonction des moyens utilisés pour commettre le fait, ne peut pas mener à la consommation en aucun cas et l'auteur juge erronément cette situation, par une raison visiblement erronée.

³⁹ H. H. Jescheck, *T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Fünfte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 529.*