

Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit pénal

soutenue le 10 décembre 2014

Thèse de Doctorat / Décembre 2014

Le discernement en droit pénal



Université Panthéon-Assas

Frédéric Petipermon

Sous la direction de Didier Rebut

Membres du jury :

C. GHICA-LEMARCHAND, Professeur à l'Université Rennes I (rapporteur)

C. MAURO, Professeur à l'Université de Poitiers

M. MEKKI, Professeur à l'Université Paris XIII (rapporteur)

P. MORVAN, Professeur à l'Université Paris II

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A ma famille,

mes relecteurs,

mes lecteurs.

Principales abréviations

al. : alinéa

ALD : Actualité législative Dalloz

ANRT : Atelier national de reproduction des thèses

APD : Archives de philosophie du droit

Arch. pol. crim. : Archives de politique criminelle

art. : article

Ass. pl. : arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation

Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles

de la Cour de cassation

Bull. crim. : Bulletin de la chambre criminelle de

la cour de cassation

c/ : contre

CA : cour d'appel

Cass. : Cour de cassation

CE : Conseil d'état

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

Civ. : arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation

cf. : se conférer à

chr. : chronique

comm. : commenté

Cons. const. : Conseil constitutionnel

contra : en sens contraire

Crim. : arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation

D : Recueil Dalloz-Sirey

D. C. : Revue Dalloz recueil critique

DDHC : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

DP : Dalloz périodique

Dr. pén. : Revue de Droit pénal.

Dr. social : Revue de Droit social

Dr. sociétés : Revue de Droit des sociétés

DS : Recueil Dalloz - Sirey

éd. : édition

Gaz. Pal. : Gazette du palais

ibid. : au même endroit

infra : ci-dessous

J.-Cl. : JurisClasseur

JCP : Semaine juridique

JO : Journal officiel

loc. cit. : à l'endroit cité ci-avant

LPA : Les petites affiches

obs. : observations

op. cit. : cité précédemment

p. : page

préc. : précité

PUR : Presses universitaires de Rennes

RDPC : Revue de droit pénal et de criminologie

RDC : Revue des contrats

Rec. : Recueil

Rép. : Répertoire Dalloz

Rev. dr. tr. : Revue de droit du travail

Rev. gén. dr. : Revue générale du droit

Rev. pénit. : Revue pénitentiaire et de droit pénal

Rev. sociétés : Revue des sociétés Dalloz

RHD : Revue historique du droit

RIDP : Revue internationale de droit pénal

RIPC : Revue internationale de politique criminelle

RRJ : Revue de la recherche juridique et de droit prospectif

RSC : Revue de science criminelle et de droit comparé

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

s : suivant

Som. : sommaire

spéc. : spécialement

supra : ci-dessus

TC : Tribunal correctionnel

v° : voir

Sommaire

<i>Introduction</i>	5
<i>Partie 1. La notion de discernement</i>	39
Titre 1. L’approche individuelle du discernement	41
Chapitre 1. La conscience individuelle, l’approche psychologique du discernement	43
Chapitre 2. L’inconscient individuel, l’approche psychiatrique du discernement.....	103
Titre 2. L’approche personnelle du discernement.....	151
Chapitre 1. La conscience personnelle, l’approche matérielle du discernement	155
Chapitre. 2. L’absence de conscience personnelle, l’approche temporelle du discernement	207
<i>Partie 2. Le rôle du discernement</i>	249
Titre 1. Le rôle du discernement en droit pénal	251
Chapitre 1. Le rôle du discernement dans la qualification de l’infraction	253
Chapitre 2. Les conséquences de l’absence de discernement sur la qualification de l’infraction	333
Titre 2. Le rôle du discernement en procédure pénale.....	363
Chapitre 1. Le rôle du discernement de la victime	365
Chapitre 2. Le rôle du discernement du mis en cause	413
<i>Conclusion générale</i>	535
<i>Index</i>	607

« La Révolution achevée, la doctrine pénaliste française a traversé deux siècles sans se départir d'une certitude : le sujet de droit capable de supporter la responsabilité pénale est une personne humaine douée d'intelligence et de volonté ».

J.-H. Robert, La personne juridique dans la philosophie du droit pénal, éd. Panthéons-Assas, LGDJ, 2001, préface.

Introduction

1. « Enfin, quelques uns, surtout parmi les psychologues, admirent qu'il se pouvait, en effet, qu'il n'eût pas ouvert la bourse en s'en fût débarrassé sans savoir ce qu'elle contenait et ils en tirèrent aussitôt la conclusion que le crime avait été commis sous l'influence d'un accès de folie momentanée. Le coupable avait cédé à la manie de l'assassinat et du vol, sans aucun but ou calcul intéressé. C'était une occasion de mettre en avant une théorie par laquelle on tente d'expliquer aujourd'hui certains crimes. D'ailleurs, la neurasthénie dont souffrait Raskolnikov était attestée par de nombreux témoins, le docteur Zossimov par exemple, ses camarades, son ancienne logeuse et la servante. Tout cela faisait naître l'idée qu'il n'était pas un assassin ordinaire, un vulgaire escarpe, mais qu'il y avait autre chose dans son cas. Au grand dépit de ceux qui pensaient ainsi, Raskolnikov n'essaya guère de se défendre : interrogé sur les motifs qui l'avaient entraîné au meurtre et au vol, il répondit avec une franchise brutale qu'il y avait été poussé par la misère et le désir d'assurer ses débuts grâce à la somme de trois mille roubles, au moins, qu'il espérait trouver chez sa victime. C'était son caractère bas et léger, aigri au surplus par les privations et les échecs, qui avait fait de lui un assassin. Quand on lui demanda ce qui l'avait incité à aller se dénoncer, il répondit que c'était un repentir sincère. Tout cela parut peu délicat... »¹.

2. Rodion Raskolnikov, personnage principal d'un roman de Dostoïevski, ne supportait plus le poids de sa faute, tant et si bien qu'il s'était dénoncé aux autorités pour s'en délivrer ; ce qu'il obtint, au terme d'une peine de huit années de travaux forcés. Paradoxal châtiment que celui qui applique une souffrance libératrice. Toute la problématique du droit pénal tient dans cette contradiction apparente : l'application d'une souffrance à celui qui s'est affranchi de la loi, pour l'affranchir de la peine que lui cause son propre comportement.

¹ F. DOSTOÏEVSKI, *Crime et châtiment*, Gallimard, 1975, p. 561.

3. La loi est en effet définie comme « *l'expression de la Volonté générale* » par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789², ce qui implique que les comportements qu'elle interdit sont seuls punissables³. Autrement dit, aucun fait ne peut être puni par l'Etat si, au jour de sa réalisation, il n'était interdit par aucun texte. Cette règle, aussi appelée « *principe de légalité criminelle* »⁴, est restituée à l'article 111-3 du Code pénal. Il pose une obligation à l'égard du législateur : celle de définir les seuls faits qui sont interdits par la société, ainsi que la peine qu'il leur attache⁵. Aussi, la précision de la définition légale⁶ ou réglementaire⁷ des comportements prohibés constitue un impératif constitutionnel. Aucune incrimination ne peut être promulguée si elle n'est « *claire* » et « *intelligible* »⁸, afin que la loi pénale s'applique de la même manière à tous, quelle que soit l'origine, la race, la religion ou les croyances des délinquants. C'est pourquoi le Code pénal s'applique à identifier les « *faits* » interdits, indépendamment des qualités naturelles de leur auteur. Ces actes ou omission se trouvent principalement identifiés dans les livres II à VII de ce code.

4. Le principe de légalité criminelle s'accompagne d'un corollaire indispensable : l'interprétation stricte de la loi pénale, ainsi qu'indiqué à l'article 111-4 du Code pénal⁹. En effet, la définition légale des comportements punissables serait stérile si le juge pouvait interpréter la loi pénale de façon large. De fait, il serait en mesure de créer de nouvelles incriminations alors qu'au regard de la Constitution, ce pouvoir n'appartient qu'au peuple qui l'exerce par la voie de ses représentants¹⁰. Les peines qu'il prononcerait

² Art. 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *la Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation...* ».

³ Art. 5 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 : « *La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* », visé à l'article préambule de la Constitution du 4 octobre 1958. Cette Déclaration a été intégrée au corps de règles sur le fondement desquelles le Conseil constitutionnel exerce son contrôle, le « *bloc de constitutionnalité* ». Cf. Cons. const., décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 « *relative au contrat d'association* », JO du 18 juillet 1971, p. 7114.

⁴ En référence à la traduction littérale de l'adage latin, « *nullum crimen, nulla poena sine lege* » (« *pas de crime, pas de peine sans loi* »).

⁵ Art. 111-3 du Code pénal, al. 1^{er} : « *nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement* » ; al. 2 : « *nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention* ».

⁶ Art. 34, al. 1^{er} de la Constitution : « *la loi fixe les règles concernant (...) la nationalité, l'état et la capacité des personnes (...) la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables* ».

⁷ Art. 37, al. 1^{er} de la Constitution : « *les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* ».

⁸ Cons. const., décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 « *relative à la loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes* », JO du 22 décembre 1999, p. 19041, consid. 13.

⁹ Art. 111-4 du Code pénal : « *la loi pénale est d'interprétation stricte* ».

¹⁰ Art. 2, al. 5 de la Constitution : « *son [la République] principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple* ».

en dehors du cadre fixé par la loi seraient nécessairement arbitraires¹¹, comme l'étaient les arrêts des Parlements de France au XVIII^e siècle. Ces cours de justice abusèrent à tel point de leur pouvoir juridictionnel qu'elles contribuèrent à provoquer la Révolution de 1789¹². L'iniquité des Parlements conduisit le législateur à réduire la liberté du juge au maximum dans l'application de la loi pénale. Afin d'empêcher toute atteinte au droit inaliénable et sacré de l'homme à la sûreté¹³, le premier Code pénal postérieur à la Révolution, promulgué en 1791, voulut que le juge ne fut que « la bouche de la loi »¹⁴. Il adopta en conséquence un régime de fixité des peines qui fit du juge un « automate »¹⁵, qui fut à peine allégé sous l'empire du Code pénal de 1810¹⁶, parce que le juge préférait parfois écarter la loi plutôt que d'appliquer une sanction qui lui paraissait d'une sévérité extrême.

5. La seule réalisation du fait incriminé ne suffit toutefois pas à rendre l'auteur du fait incriminé punissable par le juge. L'imputation d'une peine à l'auteur d'un comportement punissable requiert deux conditions : un fait volontaire et la conscience du caractère répréhensible de ce fait. Elles sont prévues dans le titre II du livre I du Code pénal, où se trouvent posées tant les conditions de la « *responsabilité pénale* » que l'identification des « *causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de responsabilité* ». S'agissant des causes d'irresponsabilité pénale, deux dispositions délimitent le champ de la répression de manière générale : l'article 122-1 du Code pénal qui ouvre le chapitre relatif aux « *causes d'irresponsabilité pénale* », et l'article 122-8 du même code qui clôt ce chapitre.

6. L'article 122-1 alinéa premier du Code pénal dispose que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes* ». Il

¹¹ Art. 64 de la Constitution, al. 1^{er} : « *nul ne peut être arbitrairement détenu* », al. 2 : « *l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ».

¹² Sur l'emploi de ce terme dans le sens d'arbitrage, voir J. IMBERT, *La pratique judiciaire civile et criminelle, reçue et observée par tout le Royaume de France*, Paris, Au Palais, 1623, livre 3, ch. 20, n° 7 ; sur la connotation péjorative du terme après la Révolution, voir A. LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit (XVI^e-XVIII^e s.)*, thèse Rennes, 1967, p. 20 et s.

¹³ Art. 7 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « *nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis* ».

¹⁴ *Code pénal, suivi de l'exposé des motifs*, Paris, éd. Firmin Didot, 1810, t. 2, p. 4 : « *[l'assemblée constituante de 1791] régla (...) avec une exacte précision la durée de la peine qui devait être appliquée à chaque fait particulier, et elle voulut qu'après la déclaration du jury, la fonction du juge fût bornée à l'application mécanique de la loi pénale* ».

¹⁵ Son architecture fut largement empruntée à deux lois : celle des 19-22 juillet 1791, relative à l'« *organisation d'une police municipale et d'une police correctionnelle* », et celle des 16-29 septembre 1791, « *concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement des jurés* ».

remplace l'article 64 du Code pénal de 1810 où le terme « discernement » n'apparaissait pas. Celui-ci disposait qu' « *il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister* ». Toutefois, conformément aux travaux parlementaires¹⁷, les auteurs s'accordaient pour retenir une interprétation large de la notion d'état de démence, englobant tous types de troubles mentaux, pourvu que soit portée atteinte au « *discernement* » de l'intéressé¹⁸. L'état de démence correspondait donc substantiellement à une absence de conscience morale¹⁹.

7. L'article 122-8 du Code pénal conditionne également la responsabilité pénale du mineur à l'existence du discernement²⁰, dans le prolongement des articles 66 et 67 du Code pénal de 1810²¹. On peut notamment lire chez Molinier, qui s'inspirait d'une dissertation rédigée par Ortolan sur le sujet des mineurs délinquants²², que « *l'homme n'est punissable qu'autant que l'état de ses facultés intellectuelles le rend capable de discernement* »²³. Dans la seconde partie de son *Programme de cours du droit criminel*, il ajoute qu' « *un acte n'est imputable à celui dont il émane, et ne peut engager sa responsabilité juridique, qu'autant qu'il y a eu volonté, liberté et intelligence* ». Au jour de la promulgation du Code pénal de 1994, la condition de discernement ne figurait pas à l'article 122-8 dudit code ; cependant la loi du 9 septembre 2002²⁴, dont les débats

¹⁶ Code pénal, suivi de l'exposé des motifs, préc., p. 3 : « *il nous a paru suffisant de régler la nature des peines à appliquer, et de fixer les termes qu'elles ne pourraient excéder, sans déterminer la durée précise de celle qui serait prononcée contre chaque condamné ; les magistrats la régleront dans la latitude que la loi leur laisse* ».

¹⁷ Archives parlementaires, recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises de 1800 à 1860, 2^e série, t. 10 (21 janvier 1808 au 5 juin 1810), Librairie P. Dupont, 1862-1912, Séance du 13 février 1810, p. 574 : « *après avoir fixé les principes concernant les personnes punissables, à raison de la part qu'elles peuvent avoir prise au crime ou au délit, le projet considère ces personnes sous des rapports qui tiennent à elle-mêmes, tels que l'influence de leur âge, celle de la situation de leur esprit, le degré de la force qui les a entraînés : cette partie de la loi proposée tend donc à faire apprécier jusqu'à quel point leur volonté a dirigé l'action réputée crime ou délit. Il est reconnu dans l'article 64, que l'action cesse d'avoir ces caractères, si elle est l'effet d'une force à laquelle il a été impossible que son auteur put résister, ou s'il ne jouissait pas de la plénitude de ses facultés intellectuelles, ou enfin s'il a agi sans discernement. Il n'existe plus alors ni crime ni délit, et l'accusé doit être absous* ».

¹⁸ E. TREBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, Paris, éd. Auguste Durand, 1854, p. 127 et s., J.-L.-E. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, t. 1, Plon, 5^e éd., 1886, p. 231 ; A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, t. 1, éd. Cosse, 1872, p. 529, n° 353.

¹⁹ P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 3, 5^e éd., 1826, p. 511 : « *qu'est-ce donc qu'un fou ? C'est celui qui ne peut pas remplir la destination humaine (...), qui ne sait ni suivre l'instinct de la nature, ni se soumettre aux lois de la société et de la morale. Il ne suffit pas même de connaître ces lois et ces règles, d'en parler avec esprit, avec discernement : il faut, pour mériter le titre d'homme raisonnable, les suivre dans sa conduite ; quiconque s'en écarte sans cesse dans ses actions est un fou* » ; J.-V. MOLINIER, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, annoté et mis au courant de la législation et de la jurisprudence les plus récentes par Georges Vidal, Paris, éd. Arthur Rousseau, t. 1, 1894, p. 141 : l'aliénation mentale établit « *l'absence du moi moral* ».

²⁰ Art. 122-8 du Code pénal : « *les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables...* ».

²¹ L'article 66 du Code pénal de 1810 débutait ainsi : « *lorsque l'accusé aura moins de seize ans, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement, il sera acquitté* ». Son article 67 indiquait qu'à l'inverse, « *s'il est décidé [que le mineur] a agi avec discernement, les peines seront prononcées* ».

²² J. ORTOLAN, « *De l'âge chez l'agent des délits quant à l'imputabilité pénale* », *Revue de Législation et de Jurisprudence* 1843, t. 1, p. 453, et t. 2, p. 181.

²³ V. MOLINIER, *Programme du cours de droit criminel*, Imprimerie de Bonnal et Gibrac, 1^{ère} partie, 1851, p. 130.

²⁴ Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 « *d'orientation et de programmation pour la justice* », JO du 29 août 2002. Voir sur ce point P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2^e éd., 2014, n° 1365 ; voir également pour les

parlementaires révèlent sur ce point la nécessité du discernement chez le mineur pour établir sa culpabilité comme une évidence²⁵, a réintégré ce critère à son égard²⁶, aux fins d'uniformiser les conditions d'irresponsabilité pénale des majeurs et mineurs. Ainsi, avant la réforme de l'article 122-8 du Code pénal, le discernement était déjà essentiel au droit pénal des mineurs²⁷, et constitue désormais une condition *sine qua non* de la responsabilité pénale.

8. De *discernere*, le discernement dénote en effet l'action de « *tamiser* », « *séparer, le vrai du faux* »²⁸. Par extension²⁹, il s'agirait d'une aptitude à distinguer « *le licite de l'illicite* »³⁰, le « *moral de l'immoral* »³¹, à « *démêler le bien du mal* »³², à « *comprendre la portée de ses actes* »³³ ou à les « *interpréter dans la réalité* »³⁴, qualité qui est insusceptible de degrés et pour le surplus « *distincte de l'opération de qualification de l'acte* »³⁵. Les auteurs opposent « *l'action coupable* » à « *l'action imputable* »³⁶,

difficultés d'interprétations posées par la disparition de cette condition, R. NERAC-CROISIER, « Irresponsabilité ou responsabilité des mineurs ? », in R. NERAC-CROISIER (dir.), *Le mineur et le droit pénal*, L'Harmattan, 1997, p. 133 et s. ; C. LAZERGES, « De l'irresponsabilité à la responsabilité pénale des mineurs délinquants », *RSC* 1995, p. 149 et s. ; S. JACOPIN, *Contribution à l'évolution de la responsabilité pénale du mineur*, thèse Paris I, 1999, n° 125 et s.

²⁵ Assemblée Nationale, Discussion en séance publique des mercredi 31 juillet et jeudi 1^{er} août 2002.

²⁶ De : « *les mineurs reconnus coupables d'infractions pénales font l'objet de mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dans les conditions fixées par une loi particulière* », l'article 122-8 du Code pénal devient : « *les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables...* ».

²⁷ M. ON, *Essai sur la notion de discernement en droit pénal. Contribution à l'étude de l'élément moral de la responsabilité pénale*, thèse Montpellier I, 2009, p. 17 ; P. BONFILS, « Le discernement en droit pénal », *Mélanges R. GASSIN, PUAM*, 2007, p. 97 et s. ; V. PETEREAU-MAHRACH, *Le discernement du mineur. Etude de droit civil et de droit pénal*, thèse Poitiers, 2004, p. 232-234 : « *discerner c'est étymologiquement distinguer, or pour distinguer il faut comprendre* » ; P. ROBERT, *Traité de droit des mineurs*, Cujas, 1969, qui couple ces deux données et définit le discernement comme « *la compréhension, la conscience du caractère délictueux de l'acte au moment où il est commis* », p. 72 ; N. SECRETO, *La responsabilité pénale du mineur*, thèse Paris, 1970, p. 103 ; *Contra* : L. KOCH, *Du discernement et de son influence sur la culpabilité de l'enfant*, Mélanges, 1898.

²⁸ A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, éd. Le Robert, 2006, v° *discerner*. Sa racine se compose du préfixe *dis* qui appelle l'idée d'extraction ou de séparation, et de *cernere* qui signifie voir, distinguer, établir des différences.

²⁹ Les criminalistes redécouvrent le droit romain au XI^e siècle, ce qui peut expliquer l'apparition du dérivatif « *discernement* » à la même époque. Cf. J. DUBOIS, H. MITTERAND et A. DAUZAT, *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, 1999, collection Expression, v° *discerner*, qui datent l'apparition du terme. Au XIX^e siècle, il est employé tant à des fins procédurales, notamment chez Ortolan, (cf. J.-L.E. ORTOLAN, *Résumé des éléments de droit pénal : pénalité, juridictions, procédure*, H. Plon, 4^e éd., 1867, livre III, p. 474, n° 1325. Il distingue « *l'instruction préparatoire* » opérée suivant la méthode de l'invention, pour la découverte des preuves, de « *l'instruction finale* » qui obéit à l'art critique, « *c'est-à-dire l'art de passer au crible les divers éléments de connaissance d'où sortira la décision (de cribrum vient cernere, discernere, discrimen, crimen et aussi critique)* ») que substantielles (J.-V. MOLINIER, *Traité théorique et pratique de droit pénal, op. cit.*, p. 94, qui y voit l'aptitude à distinguer le bien du mal).

³⁰ W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Montchrétien, 1988, n° 281.

³¹ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 17^e éd., 2009, n° 463 et s.

³² Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, n° 435.

³³ P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 350 et s.

³⁴ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 15^e éd., 2008, précisant qu'il s'agit d'une capacité de comprendre, p. 602, n° 635.

³⁵ Par exemple, J. POUYANNE, *L'auteur moral de l'infraction*, PUAM, 2003, p. 227 : « *l'infraction peut être considérée comme constituée avant d'être reliée à ses participants* » ; J.-P. DOUCET, note sous Crim., 16 juin 1971, *Gaz. Pal.* 1971, 2, p. 559 ; A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, n° 58. Voir également J. LARGUIER, « La notion de contrainte », *RSC* 1975, p. 125. Comp. J. LEROY, *Droit pénal général*, LGDJ, 2^e éd., 2007, qui définit l'imputabilité comme « *l'aptitude à comprendre* » (p. 216) et estime qu'il y a entre imputabilité et culpabilité une différence de degrés (p. 297).

³⁶ A.-C. DANA, *ibid.* Malgré la prétention de l'auteur à l'originalité, celui-ci fournit un opus des plus classiques. Il traite dans deux parties successives de « *l'infraction, une action humaine imputable* », puis de « *l'infraction, une action humaine coupable* », sans remettre en question la définition morale de l'imputabilité.

« l'imputation de l'acte » à « l'imputabilité de l'auteur »³⁷, « l'imputabilité matérielle » à « l'imputabilité morale »³⁸, « le fait pénal » à « l'imputabilité pénale »³⁹ ou encore la conscience juridiquement définie de la conscience juridiquement indéfinissable⁴⁰. En somme, les définitions les plus récentes reconduisent implicitement la dénotation morale du discernement. Cette qualité est indispensable à l'imputation d'une peine.

9. En conséquence, les manuels de droit pénal général présentent traditionnellement l'étude de la responsabilité en distinguant deux « éléments »⁴¹. Le premier, l'« élément matériel », correspond à la description des comportements incriminés en « droit pénal spécial ». Le second, l'« élément moral », correspond à la faute de l'auteur du fait incriminé. Il comprend deux composantes – l'« intelligence » et la « volonté » – mais il doit son appellation à la première. L'« intelligence » constitue en effet le substrat qui rend toute « volonté » punissable, ainsi que l'a rappelé la Chambre criminelle dans la

³⁷ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, qui propose une division originale de l'étude de la responsabilité pénale dans son manuel, mais son apport reste limité par le critère qu'il emploie, l'imputabilité, car il conserve le sens que Burmalaqui en donnait. Comp. J.-J. BURMALAQUI, *Principes du droit naturel*, Genève, chez Philibert, 1756, p. 31 : « le terme imputer est pris de l'Arithmétique, il signifie proprement mettre une somme sur le compte de quelqu'un. Imputer une action à quelqu'un, c'est donc la lui attribuer comme à son véritable auteur, la mettre, pour parler ainsi, sur son compte, et l'en rendre responsable. Or il est bien manifeste que c'est une qualité essentielle des actions humaines, en tant que produites et dirigées par l'Entendement et par la Volonté, d'être susceptibles d'imputation, c'est-à-dire, que l'homme puisse en être légitimement regardé comme l'auteur, ou comme la cause productrice, et que par cette raison, l'on soit en droit de lui en faire rendre compte, et de rejeter sur lui les effets qui en sont les suites naturelles (...). Presque tout ce qui se dit et se fait entre les hommes suppose ce principe communément reçu, et chacun y acquiesce par un sentiment intérieur ».

³⁸ R. LEGROS, *L'élément moral dans les infractions*, Paris, éd. Sirey Desoer, 1952, qui y consacre un chapitre de sa thèse, déclinant l'imputabilité sous des formes si disparates que la classification opérée nuit à la compréhension de ce critère ; E. DASKALASKIS, *Réflexions sur la responsabilité pénale*, PUF, 1975, p. 14, pour lequel l'illicéité de l'acte ne peut dépendre d'une question de causalité car « le lien de causalité se trouve impliqué dans la notion d'acte délictueux et rien d'autre » ; M. FREIJ, *L'infraction formelle*, thèse Paris II, 1975, p. 200 et s., distingue « l'imputabilité subjective » de « l'imputabilité objective » ; P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, thèse Paris II, 1982, p. 74 : « le principe de causalité matérielle (loi physique), lorsqu'il s'ajoute à celui de responsabilité exclusivement humaine (loi sociale), produit le concept d'imputabilité, lui-même solidaire de la question de volonté » ; voir également P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*, p. 201, qui distingue entre « l'imputation de l'acte », opération purement matérielle, de « l'imputabilité de la personne » ; Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 251, qui évoque la « dimension morale de l'infraction » à l'abord de l'étude de la faute.

³⁹ E. DREYER, *Droit pénal général*, Lexinexis, 2^e éd., 2012, n° 620.

⁴⁰ D. LAZLOT-FENOUILLET, *La conscience*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 235, 1993, qui dissocie, dans la première partie de sa thèse, la notion de « faute » de la notion d'« imputabilité » ; F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, n° 17, où l'auteur définit la conscience matérielle comme « la perception de la réalité des faits par son auteur » ; R. BERNARDINI, *Droit pénal général*, Gualino, 2003, n° 399 et 401, évoque la « connaissance de la matérialité » et celle de « l'illicéité » ; de même que C. MARGAINE, *La capacité pénale*, thèse Bordeaux IV, 2011, p. 84 ; et à l'instar de R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle*, t. 1, Cujas, 7^e éd., 2000, n° 579.

⁴¹ cf. J.-H. ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », *RSC* 1977, p. 269 et s., qui attribue la systématisation de cette présentation à son utilité pédagogique. Mais elle se fonde surtout sur le critère moral du libre-arbitre. Notamment chez E. TREBUTTIEN, *op. cit.*, p. 3 : « toute infraction se compose de deux éléments, le fait matériel d'une part, et, d'autre part, l'élément moral résultant de la volonté », et p. 16 : « l'homme est placé par Dieu sur la terre pour accomplir ce que lui prescrivent les lois morales » ; ainsi voir J.-M. THEVENON, *L'élément objectif et l'élément subjectif. Contributions à l'étude de leurs définitions et de leurs rapports*, thèse Lyon, éd. Paquet, 1942 ; J.-C. SOULIGNAC, *L'élément moral des infractions en droit pénal français*, thèse Nancy, 1974 ; Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 161, qui distingue « la dimension matérielle de l'infraction » de sa « dimension morale » ; P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*, n° 301, qui distinguent les « éléments constitutifs de l'incrimination » ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 23^e éd., 2013, n° 223 au sujet des « éléments matériel et moral de l'infraction ».

fameuse affaire *Laboube*⁴². Elle correspond, en droit pénal, à l'aptitude de l'auteur des faits à distinguer le bien du mal.

10. Il existe un large consensus sur la nécessité d'une conscience morale pour l'application d'une peine. Les discussions ne portent que sur le *moment* d'existence de l'atteinte au discernement. A cet égard, un débat oppose ceux qui intègrent l'« *imputabilité* » au sein de « *l'élément moral* » de l'infraction⁴³, à ceux qui l'en excluent⁴⁴. Une partie de la doctrine considère que celui qui ne jouit pas du libre-arbitre peut commettre l'infraction – il peut se rendre auteur d'un homicide ou de tout autre fait incriminé. L'« *imputabilité* » ne ferait donc pas partie de l'« *élément moral* » de l'infraction. Toutefois, la « *non-imputabilité* » de l'auteur des faits s'opposera à ce qu'une peine lui soit appliquée. Une autre partie des auteurs pense que l'absence de libre-arbitre agit en amont et qu'elle empêche l'existence de l'infraction. Pour les partisans de ce postulat, la conclusion finale est la même : l'auteur des faits « *non-imputable* » ne peut pas subir de peine. L'enjeu de ce débat n'est pas stérile : la question est de savoir si l'absence de « *libre-arbitre* » doit exister au moment des faits ou au moment du jugement. Il peut alors sembler qu'extraire l'« *imputabilité* » de l'« *élément moral* » de l'infraction justifierait l'irresponsabilité pénale de celui qui n'a plus de discernement au jour du jugement, alors qu'au moment des faits, il connaissait parfaitement l'illicéité de son comportement⁴⁵. Que l'on penche en faveur de l'une ou l'autre de ces deux options, toutes deux relatives au temps de l'atteinte au discernement, l'acception morale de cette notion reste de rigueur.

⁴² Crim., 13 décembre 1956, *Laboube* : D. 1957, jurispr., p. 349, note M. PATIN ; J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 8^e éd., 2012, n° 43.

⁴³ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 351 ; J. POUYANNE, *op. cit.*, n° 305, p. 225 et s., qui envisage l'abolition du discernement comme une cause pérenne de non-culpabilité, spéc. n° 304 ; C. de JACOBET de NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2006, p. 61 : « *élément de l'infraction, et plus précisément de son élément moral, elle est indissociable de l'élément matériel de cette même infraction, de sorte que c'est au jour de la réalisation de l'acte qu'elle doit exister ; en revanche, si elle était extérieure à l'infraction, elle pourrait n'exister qu'au moment de la comparution. L'adhésion de l'imputabilité à l'infraction conditionne donc les qualités qu'elle doit présenter* ». Voir également J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 320.

⁴⁴ Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 223, mais qui parvient aux mêmes conclusions, n° 447.

⁴⁵ Cette controverse existe déjà sous l'empire du Code pénal de 1810, où les auteurs discutent quant à savoir si l'état de démence est un « fait justificatif » ou une « excuse ». S'il s'agit d'un fait justificatif, il n'y a pas d'infraction punissable, et l'état de démence se vérifie au moment des faits. S'il s'agit d'une excuse, terme qui signifie que la responsabilité existe mais qu'elle peut être atténuée (excuse atténuante) ou supprimée (excuse absolutoire), la vérification de l'état de démence peut s'opérer au jour du jugement et justifier une atténuation de peine, voire une exonération de peine. Cf. V. MOLINIER, *Programme du cours de droit criminel*, *op. cit.*, p. 130 ; A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, LGDJ, 3^e éd, p. 519, pour lesquels la démence est un fait justificatif ; également R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1903, p. 154, qui ne parvient pas à faire son choix entre ces deux options de lecture, attribuant un régime mixte au mineur non discernant, qui emprunterait à la fois au régime de l'excuse absolutoire et à celui des causes de non-imputabilité. Le critère de l'« excuse » est encore employé en droit anglo-saxon, cf. J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 3^e éd., 2008, n° 100 et la note.

11. A la différence des questions relatives au *moment* d'existence de l'atteinte au discernement, la question de l'*intensité* de cette atteinte ne suscite aucun débat⁴⁶. Conformément à l'article 122-1 du Code pénal, il faut établir que des troubles psychiques ont aboli le discernement de l'auteur des faits pour conclure à son irresponsabilité⁴⁷. Etant donné que le juge n'est pas spécialiste en sciences de l'esprit, lorsque l'intéressé est un malade mental, il faudra qu'il recoure aux services de l'expert psychiatre pour caractériser les degrés de cette atteinte. Mais alors, de deux choses l'une : s'il ne fait pas appel à un expert psychiatre, il jugera de l'irresponsabilité pénale du malade mental sans véritable garantie sur le bien fondé de l'estimation opérée ; s'il fait appel à l'expert psychiatre, il demeure officiellement compétent pour se prononcer sur l'irresponsabilité pénale. Cependant, il n'en reste pas moins substantiellement incompétent pour justifier sa sentence. A cet égard, deux auteurs font remarquer que l'expertise ne tire sa justification que de l'inaptitude des magistrats à résoudre une question qui ne dépend pas de leur champ de savoir⁴⁸. Finalement, au regard de la graduation de l'atteinte au discernement, le juge ne redevient compétent qu'à la condition que l'expert lui accorde une place dans la discussion de l'irresponsabilité. S'il confie la compétence de vérifier l'atteinte au discernement à l'expert, qu'il n'est pas en mesure de « déjuger », le magistrat, gardien des libertés individuelles, doit nécessairement abdiquer face à l'absolutisme scientifique. Science et prudence ne semblent donc plus être ces deux qualités autrefois exclusives au *juris-prudent*⁴⁹.

12. Cette conséquence est d'une portée limitée si l'on veut bien admettre qu'elle ne joue qu'au détriment de ceux qui ne bénéficient pas d'un jugement d'irresponsabilité. Cependant refuser le bénéfice de l'irresponsabilité, c'est encore conclure à l'existence de la responsabilité. Par conséquent, admettre la compétence de l'expert pour dire qui est irresponsable implique qu'il faille lui reconnaître la compétence d'identifier les responsables. Tout le champ de la définition de la faute s'en trouve donc soumis à l'influence de la science psychiatrique. Cette solution ouvre des perspectives qui

⁴⁶ E. DREYER, *op. cit.*, n° 749, au sujet de la preuve de « l'intensité » du trouble ; B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 451, au sein du chapitre relatif aux « causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de peine » ; Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 443 et s. sous l'intitulé « le trouble psychique ou neuropsychique » ; P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*, n° 355 et 356, distingue les « maladies mentales abolissant le discernement » des « autres causes abolissant le discernement ».

⁴⁷ Il ne s'agit pas là d'une exception française. Pour le droit pénal anglo-saxon, voir Cour du Banc de la Reine, affaire M^o Naghten, 1843, 8 E. R., 718 : au moment de la commission de l'acte, l'auteur de l'homicide « ne savait pas que ce qu'il faisait était mal ». Cette solution est la même en substance en droit pénal américain. Pour aller plus loin, voir J. PRADEL, *Droit pénal comparé, op. cit.*, n° 111 et s.

⁴⁸ A. DECOCQ, *Droit pénal général*, collection U, éd. A. Colin, 1972, p. 338, propose de ne laisser un pouvoir d'appréciation au juge que lorsque les conclusions de l'expert psychiatre laissent planer un doute ; suivi par M.-L. RASSAT, *J.-Cl. pén.*, v° « Trouble psychique ou neuropsychique », n° 31.

remettent en question les finalités de la peine. En effet, si l'imputation d'une peine dépend de la faculté de libre-arbitre de l'auteur des faits, alors il faudra que le juge proportionne la responsabilité au tantième de raison qui persiste chez l'auteur des faits au regard des conclusions de l'expert.

13. Ce calcul pourrait jouer à la baisse, dans le sens d'une atténuation de responsabilité ; mais cette « individualisation de la responsabilité » devrait également jouer à la hausse. Elle serait alors relative à la dangerosité psychiatrique de l'auteur des faits. Dans ce cas, « *le menu fait symptomatique devrait être soigné, sinon puni, non pas pour le peu qu'il est, mais pour l'abîme qu'il dévoile* »⁵⁰. Une infraction bénigne serait l'occasion de vérifier la dangerosité psychiatrique de l'auteur des faits, état qui justifierait sa neutralisation. Il faudrait ainsi admettre de ne plus punir un fait mais l'individu qui l'a commis, au regard de sa personnalité ou de la nature de ses troubles psychiques. Cette solution à but préventif fut préconisée au XIX^e siècle par Lombroso, père de la théorie du « *criminel-né* »⁵¹, qui jugeait possible de lire dans le corps du criminel les indices d'une tension atavique vers le crime. Il proposa de substituer au critère du libre arbitre – la faculté de distinguer le bien du mal – une *anthropologie criminelle*, si bien qu'il ne faudrait plus *punir le délinquant* mais *traiter la dangerosité de l'anormal* par des mesures de sûreté. Cette théorie fut à peine retouchée par son disciple Ferri⁵² et eut ses adeptes en France⁵³. Elle inspira par la suite la « *défense sociale nouvelle* » de Marc Ancel qui souhaitait qu'une place majeure soit consacrée à l'expertise de dangerosité dans le choix de la peine : la « *césure du procès pénal* »⁵⁴. Le législateur aurait orienté le chemin de la répression sur cette voie par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008⁵⁵, dans ce qui semble être la suite logique d'une « *scientification* »

⁴⁹ J.-P. ANDRIEUX, *Histoire de la jurisprudence. Les avatars du droit prétorien*, Paris, éd. Vuibert, 2012, et les passages dédiés au « *Do* » (« *je sais* »), le savoir du juge.

⁵⁰ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 86.

⁵¹ C. LOMBROSO, *L'homme criminel*, Paris, Alcan, 1895 (traduction de la 5^e éd. italienne ; 1^{ère} éd. italienne parue en 1876). La théorie du criminel-né émerge dans le contexte historique d'une analyse statistique du phénomène criminel. Elle s'inspire à la fois d'études pathognomoniques et phrénologiques menées notamment par le médecin Gall ; psychiatriques avec les travaux précurseurs de Pinel ; enfin celles fondées sur l'hérédité chez Prosper Lucas et l'abbé Morel. Sur ce point voir R. GASSIN, S. CIMAMONTI, P. BONFILS, *Criminologie*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2011, n° 205.

⁵² E. FERRI, *La sociologie criminelle*, Dalloz, 3^e éd., 2004 (1^{ère} publication en 1893) ; voir également R. GAROFALO, *La criminologie, étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Paris, Alcan, 2^e éd., 1890.

⁵³ Cf. P. MORVAN, *Criminologie*, Lexisnexis, 2013, n° 52 et s.

⁵⁴ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Paris, éd. Cujas, 1^{ère} éd., 1954 ; 2^e éd., 1966 ; 3^e éd., 1981 ; du même auteur, « La césure du procès pénal », *Mélanges L. Huguency*, Sirey, 1964, p. 205.

⁵⁵ Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Cf. G. ROUJOU DE BOUBEE, « Sic et non, à propos de la loi du 25 février 2008 », *Mélanges G. Wiederkehr, De code en code*, Dalloz, 2009, p. 701 ; du même auteur, « Les rétentions de sûreté », *D.* 2008, p. 464 ; P. BONFILS, « La loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental », *RSC* 2008, p. 392 ; et l'opinion très critique de P. CONTE, « Aux fous ? », *Dr. pén.* 2008, Repère n° 4 ; S. DETRAZ, « La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *RSC* 2008, p. 873 ; B. LAVIELLE, « Une peine infinie (libres propos sur la rétention de sûreté) », *LPA* 2008, n° 64, p. 2, et les critiques connexes de C. LAZERGES, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil

du droit pénal. Après avoir purgé sa peine, un condamné peut être maintenu sous écrou lorsqu'il présente une « *probabilité très élevée de commission d'une infraction* »⁵⁶.

14. Rétrospectivement, il semble alors qu'en intégrant un critère médical dans le Code pénal, les codificateurs de 1810 et de 1994 ont respectivement créé puis reconduit les conditions d'une atteinte au principe de légalité criminelle. Se peut-il qu'au sortir de la Révolution de 1789, le législateur ait pris tant de soins à limiter le pouvoir d'interprétation du juge d'une part, pour confier à l'expert le pouvoir de « responsabiliser » des individus que la médecine juge dangereux, indépendamment de la commission d'un acte punissable d'autre part ? La définition classique du discernement, qui justifie de n'appliquer une peine qu'à ceux qui comprennent la gravité de leurs actes, s'avère en même temps attentatoire au principe de légalité criminelle.

15. Cette définition scientifique de l'atteinte au discernement est à l'origine de contradictions indépassables. Les sciences de l'esprit ne peuvent pas fournir de définition du discernement qui soit compatible avec les fondements du droit pénal, ainsi que le révèle le sens de cette notion en psychologie.

16. Le discernement à l'épreuve de la psychologie. En psychologie, par postulat, l'individu ignore que certaines des pensées qu'il attribue à autrui sont les siennes. Or, sans le savoir, il peut être animé de velléités contre ses prochains, instincts qu'il *projette* inconsciemment sur son entourage⁵⁷, si bien qu'il a réciproquement l'impression d'être constamment menacé⁵⁸. Le médecin de l'esprit est censé lui ouvrir les portes de son « subconscient », afin qu'il accède à la connaissance de son « être » profond, celui qui git en-deçà de la conscience. Ainsi Freud a-t-il classé chacune des dimensions de l'esprit de la manière qui suit : le *réel* (monde environnant), le *conscient* (le « moi ») et

constitutionnel », *RSC* 2008, p. 731 et s. ; J. DANET et C. SAAS, « Le fou et sa « dangerosité », un risque spécifique pour la justice pénale, *RSC* 2007, p. 779 et s., qui constatent la fragilité du principe d'irresponsabilité pénale des malades mentaux mais entendent la dangerosité médicalement ; H. MATSOPOULOU, « Le renouveau des mesures de sûreté », *D.* 2007, p. 1607 et s., qui réalise un recensement quasi exhaustif de ces mesures, mais pour laquelle « *le nouveau Code pénal procède à un amalgame entre peines et mesure de sûreté* » ; N. TABERT, *L'influence du positivisme juridique sur la matière pénale moderne*, PUAM, 2007.

⁵⁶ Art. 706-53-13 du Code de procédure pénale.

⁵⁷ La projection désigne en effet le « *mécanisme psychique au moyen duquel on attribue ses propres qualités, sentiments, attitudes et tendances aux objets (personnes ou choses) de l'environnement* », M. SAMI-ALI, *De la projection, une étude psychanalytique*, éd. Payot, Paris, 1970, p. 72.

⁵⁸ Freud, identifie trois types de menaces : celles qui sont physiques et prennent source dans notre corps, celles qui proviennent du côté du monde extérieur ; enfin, et ce sont celles sur lesquelles il axe sa réflexion, celles qui résultent de nos rapports avec nos semblables. Cf. S. FREUD, *Malaise dans la civilisation*, Bibliothèque de psychanalyse, PUF, 1973, p. 21.

l'*inconscient* (aussi désigné par le « *surmoi* », le « *ça* », « *préconscient* » ou encore « *subconscient* ») du sujet⁵⁹.

17. La capacité de discernement en psychologie. La découverte de l'*inconscient* a ainsi fourni une explication rationnelle des superstitions antiques. Freud développe cette idée dans ses œuvres majeures : la création des Dieux résulterait d'une projection, par les hommes, du contenu de leur *inconscient* sur le monde⁶⁰. Aussi, lorsque la science ne leur permettait pas de comprendre les phénomènes naturels, ils l'ont cru habité par des puissances bienveillantes ou ominieuses⁶¹. D'après les travaux qui ont complété ces œuvres, l'attribution d'une intention aux choses ou aux animaux ne persiste plus que chez l'enfant⁶², ce « *sauvage à domicile* »⁶³ qui croit que le monde est tout entier pétri de volonté. Pour l'enfant, « *la représentation du monde est tributaire d'une indifférenciation relative du sujet et de son environnement* »⁶⁴. Il suppose que toute activité est la résultante d'une action consciente, car il ne parvient pas à séparer son être du monde qui l'entoure. Ce mode de pensée, baptisé « *animisme* » par Piaget, s'efface à mesure que l'enfant progresse vers l'âge adulte, âge à partir duquel il parvient à se construire une *identité*. Durant le deuxième stade de l'« *animisme* », l'enfant n'attribue de conscience qu'aux choses en mouvement, puis uniquement à celles qui se meuvent d'elles-mêmes. A son stade ultime, ce réflexe intellectuel ne persiste qu'à l'égard des animaux. Chez l'enfant comme chez l'adulte, l'essor des sciences sociales a participé au « *désenchantement du monde* »⁶⁵.

⁵⁹ Chez les disciples de Lacan, fondateur d'une branche alternative à la doctrine freudienne, ce tripartisme renvoie de manière analogue au Sujet « S », au Réel « R » et à l'Imaginaire « I ».

⁶⁰ « *Car si, au cœur des éléments, les mêmes passions qu'en notre âme font rage, si la mort elle-même n'est rien de spontané, mais un acte de violence dû à une volonté maligne, si nous sommes environnés dans la nature d'êtres semblables aux humains qui nous entourent, alors nous respirons enfin, nous nous sentons chez nous dans le surnaturel, alors nous pouvons élaborer psychiquement notre peur, à laquelle jusque là nous ne savions trouver de sens* », S. FREUD, *L'avenir d'une illusion*, Denoël et Steele, Paris, 1932, p. 43 ; *ibid.* p. 72 au sujet des démons. Dans cet ouvrage Freud évoque le divin comme la première invention théorique des hommes, au moyen du mécanisme de projection. Les prémisses de ce postulat sont décelables dans *Totem et tabou*, éd. Payot, 1975, spéc. p. 92 et p. 109. Voir également ses *Cinq psychanalyses*, PUF, 11^e éd., 1982, spéc. p. 311, au sujet du cas clinique du président Schreber.

⁶¹ Le criminologue De Greef s'en inspirera très largement pour bâtir sa théorie des instincts. D'après lui, lorsque le désir érotique est allumé en quelqu'un, celui-ci ne fait pas spontanément de différence entre son désir et celui qu'il « *projette* » en « *l'autre* ». Cf. E. DE GREEFF, *Amours et crimes d'amour*, éd. Dessart, 1973, p. 48 ; surtout dans *Les instincts de sympathie et de défense*, PUF, 1947, spéc. p. 1-4 où il définit l'instinct comme une impulsion première, la projection étant une « *sensibilité préalablement tendue vers un objet qu'elle attendait* », définition dont il déduit que « *la justice qui n'est très souvent qu'une réaction à l'injustice subie est la forme sociale que tend à prendre l'action contre autrui. Elle requiert une imputabilité totale, c'est-à-dire qu'elle tend à justifier à cent pour cent l'agression initiale dont elle émane. Cette imputabilité comporte le refus de renoncer même partiellement à cette agressivité et implique nécessairement le refus de reconnaître en autrui l'existence de processus qui ne relèveraient pas directement de leur volonté* », p. 104.

⁶² Freud distingue trois phases de développement chez les « *primitifs* », la première étant dominée par l'*animisme*, ou règne « *la toute puissance des idées* », soit une « *surestimation générale de tous les processus psychiques*, cf. S. FREUD, *Totem et tabou*, *op. cit.*, p. 101. Voir également J. PIAGET, *La représentation du monde chez l'enfant*, Quadriges, PUF, 2008 (1^{ère} éd. en 1947), p. 28 et s.

⁶³ J. CARBONNIER, « *Sur le caractère primitif de la règle de droit* », in *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 114.

⁶⁴ J. PIAGET, *op. cit.*, p. 198.

⁶⁵ M. GAUCHET, *Le désenchantement du monde, une histoire politique de la religion*, éd. Gallimard, 1985, spéc. p. 53, au sujet d'une indistinction du physique et du moral.

18. Ainsi, le discernement étant entendu comme une aptitude à séparer le vrai du faux, devrait correspondre à la faculté de l'individu à se distinguer du monde qui l'environne, et de prendre ainsi conscience des limites de son être. Cette « capacité de discernement » est celle qui manque à tout individu durant l'enfance, tandis qu'à l'âge mûr, il parvient à cerner les limites de sa présence au monde. Cependant cette aptitude peut encore faire défaut chez le majeur, voire disparaître par intermittences. Présumé jouir de cette faculté, il pourra encore en manquer par intervalles. Présent au préalable, le discernement peut être *aboli* par un trouble psychique.

19. L'atteinte au discernement psychologique. Chez le majeur, le discernement psychologique a encore cette fonction de délimitation de son être. Il se décline sous la forme d'une aptitude à séparer le réel du fantasmé, ce qui revient à identifier ce qui est véritablement extérieur, par rapport à ce qui est inconsciemment projeté sur le monde. Il peut arriver qu'au moment de commettre un fait quelconque, un individu soit abusé par son ignorance, car il ne parvient plus à distinguer la réalité de ce qu'il pense être réel. Sur le plan pathologique, la médecine de l'esprit distingue à cette fin les « *névrosés* », conscients de l'existence de leurs troubles, des « *psychotiques* » qui ignorent leur propre état pathologique. Les premiers sont encore sujets au doute, ils savent qu'ils sont susceptibles de ne pas entrevoir parfaitement la réalité du monde. Leur discernement est seulement altéré, étant donné qu'ils sont conscients des limites de leur ignorance. Les seconds, en revanche, qui croient vivre dans le monde qu'ils fantasment, ne savent pas qu'ils sont dans l'erreur. Leur discernement est aboli, en ce sens qu'ils ignorent leur propre état d'ignorance.

20. Le discernement psychologique, condition de la conscience morale. Entre ces deux extrêmes, la capacité de discernement, et l'abolition du discernement, tout individu ne devrait être comptable que des faits qu'il commet volontairement. Car il ne peut maîtriser le mouvement incessant des idées qui traversent sa psyché. Dans le tumulte des pensées parfois contradictoires qui y font irruption, il en est auxquelles il adhère et d'autres qu'il rejette. Tant qu'il n'a pas séparé les pensées qui lui semblent traduire fidèlement ses envies de celles qu'il désavoue, il ne peut avoir aucune volonté.

21. Cette *réflexion* consiste à tamiser les pensées qui reflètent des désirs véritables de celles qui n'auront fait qu'un passage fugace dans son esprit. L'émergence d'une volonté nécessite donc une séparation préalable des vraies et des fausses pensées. Pour arrêter une direction, l'individu doit être capable de discerner, parmi *plusieurs raisons* internes, *la raison* qui lui servira de guide de conduite. En d'autres termes, l'émergence d'une

volonté appelle le discernement de l'intéressé, préalable indispensable à une délibération interne. Les pensées auxquelles l'individu doué de discernement renonce ne se traduiront pas en actes. Toutefois à l'inverse de ces *pensées* refoulées, celles que la conscience accrédite deviennent des *résolutions*. Plus fermes que de simples pensées, ces résolutions n'impulsent toutefois pas nécessairement un comportement positif. Une résolution n'a que la valeur d'une promesse que l'individu se ferait à lui-même. Elle ne l'engage en rien, tant qu'il n'a pas foi en leur nécessité. Elles ne susciteront sa dévotion qu'après avoir atteint un degré de fermeté supérieur : celui de la *volonté*.

22. Mais de cette volonté, quelle preuve aurait-il ? Elle serait confondue avec ses résolutions en son for intérieur, si bien qu'il se pourrait qu'il se mente à lui-même et se croit capable de voler, tuer ou violer alors que sa résolution interne n'a pas atteint une fermeté suffisante. Le cas échéant, il se croira investi d'une volonté qu'il n'aura jamais mise à l'épreuve de ses actes, et se mentirait finalement à lui-même. De cette volonté non éprouvée ne resterait que l'apparence : la conviction dogmatique, celle qui n'a pas été éprouvée par des actes et qui n'existe qu'au gré d'un psittacisme incantatoire. Faute de preuve, la volonté individuelle serait toujours douteuse. Aussi, il ne pourrait accéder à la vérité d'une volonté qu'en la traduisant en actes. En d'autres termes, bien que cette volonté soit intellectuelle, elle a paradoxalement besoin de se concrétiser pour justifier sa nature. L'existence d'une volonté coupable révèle alors toute son ambivalence. Naturellement immatérielle, elle est absente du monde observable. Néanmoins son essence ne se vérifie qu'après qu'elle s'y est extériorisée : la volonté *objective*, celle qui est « jetée dans le monde sensible ». L'acte impulsé par une résolution interne renvoie à l'auteur du fait, *a posteriori*, le reflet de ce qu'elle était effectivement pour lui.

23. Les limites de la définition psychologique du discernement. Cependant, cette volonté n'est relative qu'aux règles que l'individu se fixe à lui-même, et non à celles que la société lui impose. Afin de trier les pensées qui révèlent sa volonté de celles qu'il condamne, l'individu n'a que le tribunal de sa conscience pour repère. Ses motifs d'action sont moraux. Or, par définition⁶⁶, ces *motifs* sont sujets à revirement d'un instant à l'autre, en fonction des *émotions* individuelles. Leur inconstance naturelle ne fournit pas de ligne directrice fiable pour le jugement des bonnes et des mauvaises actions car, du point de vue psychologique, toute volonté est bonne en soi. Une chose n'est pas

désirable parce qu'elle serait bonne ; elle est jugée bonne parce qu'elle est désirée⁶⁷. L'idée paraît acceptable ou inacceptable en fonction de ce qu'elle sert ou dessert les intérêts de celui qui l'envisage. La psychologie n'est donc pas compétente pour définir le discernement en droit pénal.

24. Le discernement à l'épreuve de la sociologie. La sociologie postule l'existence d'une conscience collective, émanée de l'ensemble des consciences individuelles. Son émergence fut l'occasion d'une remise en question de l'idéologie chrétienne. Elle substitua aux « dogmes » de l'Eglise une explication sociale des mécanismes de responsabilité⁶⁸. Toutefois l'explication sociologique ne porte donc que sur des lois de comportements : les « *faits sociaux* »⁶⁹. Elle n'a aucune prétention à la normativité : l'individu n'est pas son objet d'étude tandis qu'en droit pénal, toute responsabilité n'est due qu'au titre de la faute commise. Dès lors, si les critères sociologiques étaient mis à contribution pour l'analyse de la responsabilité pénale, ils seraient d'une relativité qui rendrait tout acte systématiquement excusable ou punissable. La sociologie envisage la responsabilité comme un étiquetage du groupe dominant sur les sous-groupes dominés. Or la déviance d'un individu vis-à-vis d'un groupe constitue réciproquement le signe d'une obéissance aux codes d'un autre groupe. La sociologie ne peut donc conclure à la « déviance » d'un individu sans prendre indirectement partie en faveur du point de vue du groupe social dominant, ni à la « normalité » d'un comportement dans un cercle social donné sans légitimer la rationalité propre à ce sous-groupe.

⁶⁶ P. ROBERT, *Le nouveau Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2009, v° « motif » : « mobile d'ordre psychologique, raison d'agir, et par extension ressentir » ; d'où « émotion », « état de conscience complexe généralement brusque et momentané ».

⁶⁷ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Librairie Générale Française, 1993, p. 58, qui définit l'impératif catégorique en opposition à cette volonté : « ce qui fait que la bonne volonté est telle, ce ne sont pas ses œuvres ou ses succès, ce n'est pas son aptitude à atteindre tel ou tel but proposé, c'est seulement le vouloir ; c'est-à-dire que c'est en soi qu'elle est bonne ».

⁶⁸ A l'instar du père de la sociologie, Emile Durkheim, les sociologues s'emparent des thèmes du droit canon pour leur opposer une vision autrement rationnelle, à commencer par la question du suicide qui constituait une interdiction majeure pour l'Eglise. Toutefois, bien avant que Durkheim n'en fasse sa thèse, l'explication religieuse du phénomène suicidaire est notamment battue en brèche par A. BRIERE de BOISMONT, *Du suicide et de la folie suicide, considérée dans ses rapports avec la statistique, la médecine et la philosophie*, Paris, chez Germer Baillière, 1856 ; puis E. DURKHEIM, *Le suicide, étude de sociologie*, PUF, 1976 (1^{ère} éd. 1897) ; voir également J.-C. SCHMITT, « Autour de la mort, le suicide au Moyen-Âge », *Annales, Economies, Sociétés, Civilisations*, 31^e année, n° 1, 1976, p. 3, qui continue l'analyse durkheimienne du suicide, pour la période du Moyen-Âge. Toutefois les prévisions de Durkheim sur l'essor constant du taux de suicide dans une société en voie d'individualisation ne se vérifient pas. Cf. P. MORON, *Le suicide*, PUF, Que sais-je, 7^e éd., 1999.

⁶⁹ « Ils consistent en des manières d'agir, de penser et de sentir, extérieures à l'individu, et qui sont douées d'un pouvoir de coercition en vertu duquel ils s'imposent à lui. Par suite, ils ne sauraient se confondre avec les phénomènes organiques, puisqu'ils consistent en représentations et en action ; ni avec les phénomènes psychiques, lesquels n'ont d'existence que dans la conscience individuelle et par elle », E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, PUF, 17^e éd., 1968, p. 5. Du même auteur, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, PUF, 5^e éd., 2003, spéc. p. 65.

25. De plus, la sociologie s'attache au recensement d'actes manifestes qui s'avèreraient significatifs par leur récurrence⁷⁰, alors que ces actes pourraient tout aussi bien n'être qu'une succession de faits hasardeux, voire même constituer des « actes manqués ». La sublimation collective des actes individuels néglige l'infinie variété des motivations individuelles. Elles se trouvent fondues dans l'harmonie d'une direction commune qui peut s'avérer fictive. Parce que l'apparence est au fondement de la construction de lois sociologiques, les régularités qu'elles décrivent pourraient n'être qu'une distorsion des règles par lesquelles l'individu est véritablement déterminé à agir comme il le fait. Cette explication collective des mécanismes de responsabilité passe sous silence les motivations de chaque partie de l'ensemble.

26. Il est donc logique qu'à l'étude de la responsabilité pénale, appliquant les enseignements du maître, le disciple Fauconnet parvienne à la conclusion que la « *conscience collective* » décide de la nature des « *objets* » susceptibles de subir une peine. Il explique ainsi l'indifférence des systèmes juridiques antiques à l'état d'esprit du délinquant, ainsi que les procès intentés aux choses et aux animaux. Seule importe la crédibilité de l'« *objet* » de la peine à supporter l'« *étiquetage* » d'auteur d'une infraction que la société lui apposerait⁷¹. Il établit une règle d'indifférence totale de la société vis-à-vis de l'animosité véritable des auteurs de dommages⁷². Il suffirait que la société projette l'existence d'une intention sur une chose, un animal ou un homme qu'elle souhaiterait punir pour qu'il devienne responsable pénalement. Cette conclusion, impliquée par le postulat de départ, ne s'attache aucunement aux résolutions individuelles. Aussi Fauconnet concluait-il à une équivalence du bouc-émissaire et du responsable pénal lorsqu'il tenta d'expliquer la coexistence de procès d'animaux ou d'hommes dans les systèmes répressifs anciens.

27. **Les limites de la définition sociologique du discernement.** Quelles seraient les conséquences d'une définition sociologique du discernement en droit pénal ? Si les qualités « morales » de l'auteur d'un fait incriminé étaient totalement indifférentes en la matière, la seule existence d'un dommage pourrait justifier l'application d'une peine. Il

⁷⁰ L. VANDEKERCKHOVE, *La punition mise à nu. Pénalisation et criminalisation du suicide dans l'Europe médiévale et d'Ancien Régime*, Belgique, Academia Bruylant, 2004, p. 24 : « la sociologie n'est pas à la recherche de l'unique, mais bien de la récurrence ».

⁷¹ L'idée se retrouve sous différentes déclinaisons. Elle a notamment été développée pour expliquer la déviance des fumeurs de marijuana ou des adeptes de jazz, cf. H. S. BECKER, *Outsiders : studies in the sociology of deviance*, The Free Press, 1973 ; et au sujet de la criminalité en col blanc, cf. E. H. SUTHERLAND, *White collar crime*, Holt Rinehart and Winston, 1961.

⁷² P. FAUCONNET, *La responsabilité, étude sociologique*, Paris, Alcan, 1920, spéc. p. 226-232 et p. 350-351.

n'y aurait donc aucune sélection à opérer, *a priori*, entre les « victimes » souhaitant obtenir réparation d'un dommage devant le juge pénal. Ses prétoires seraient ouverts à toutes les plaintes, et chaque dommage appellerait l'application d'une peine, même s'il était minime, puisse-t-il avoir été ressenti comme une offense par des victimes auto-désignées. Ce droit pénal amblyope, qui se refuserait à identifier les souffrances réparables par la peine de celles qui ne devraient pas la déclencher, devrait donc appliquer une sanction punitive à tout auteur de dommage. En somme, le droit pénal procéderait alors sans discernement aucune, si bien que sa rigueur n'aurait d'autre mesure que la sensibilité des « victimes ». La mythologie grecque fournit un exemple des excès de ce système : réduit à un rôle de Procureur, le droit pénal serait pareil aux Érinyes, ces chiennes enragées qui poursuivent inlassablement le porteur d'une souillure. Il lui faudrait répondre à la demande de vengeance du fils pour le meurtre du père devant l'Aréopage. L'homicide d'Agamemnon, par son épouse Clytemnestre, causerait un tort au fils qui justifierait la mise à mort de cette meurtrière. Oreste, fils du roi massacré, serait en droit de tuer Clytemnestre. Cependant par ce matricide, il serait coupable d'avoir porté atteinte à son propre sang. Cette action néfaste justifierait que les descendants du fils soient marqués par la faute du père⁷³.

28. Ne tirant pas les leçons de cette indemnisation de victimes par l'application de peines, le système répressif moderne pourrait en reproduire les travers. De cause à effet, ceux qui s'estimeraient injustement frappés par une sanction seraient autant de victimes de la sanction pénale elle-même, qui ne serait plus qu'un dommage parmi tant d'autres du point de vue de celui qui la subit. Le droit pénal reconduirait ainsi le système de la vengeance privée. Or, contrairement à l'œuvre de justice qui est marquée par des arrêts, la vengeance ne connaît aucune limite temporelle. Il n'y aurait donc aucune prescription possible de l'infraction. Le souvenir d'une souffrance, refoulé au niveau subconscient, pourrait rejaillir à n'importe quel moment et justifier une réparation pour le dommage moral causé. La connaissance de l'infraction par la victime devrait alors constituer le point de départ de la prescription. Ainsi de fait, l'oubli de l'infraction par la société deviendrait impossible : toute personne qui viendrait à connaître l'existence de son dommage réclamerait le déclenchement de poursuites pénales.

⁷³ Art. 6 al. 1^{er} du Code de procédure pénale : « *l'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu, la prescription, l'amnistie, l'abrogation de la loi pénale et la chose jugée* ».

29. De cette « *privatisation de l'action publique* »⁷⁴ résulterait l'altération du droit pénal. Il ne défendrait plus l'intérêt général⁷⁵, étant donné que la justice des uns serait égale à l'injustice des autres. Divisé en autant de droits à l'application d'une peine, ce droit pénal aux multiples centres de gravité serait ainsi voué à rendre des sentences contradictoires. Cette légitimation plurielle de la sanction ferait basculer le droit pénal dans le « non-droit », un état d'anarchie latent où l'Etat n'est plus qu'un dispensateur de souffrances. Incapable de distinguer la peine digne de répression des autres afflictions, il se complairait finalement dans la passion⁷⁶.

30. **Le discernement en droit pénal.** Ni la psychologie, ni la sociologie, ne semblent donc en mesure de fournir une définition du discernement qui soit cohérente avec la définition constitutionnelle de la loi, « *expression de la Volonté générale* ». Chacune de ces sciences sociales consacre indirectement l'absolutisme individuel ou la tyrannie du groupe, en négligeant l'équilibre nécessaire des rapports de l'unique et du pluriel. Au regard des excès impliqués par une acception exclusivement individuelle ou collective du discernement, il est indispensable que la peine emprunte une voie insensible aux inflexions de chacune de ces dimensions opposées de la société. En vue de l'application d'une peine, il incombe au droit de distinguer les souffrances dignes de répression de celles qui ne la justifient pas. En droit pénal, le discernement est un critère de « *séparation* »⁷⁷ de la « *vraie* » et de la « *fausse* » souffrance. Ni conscience individuelle, ni conscience collective, car ces deux extrêmes trouvent leur place dans l'expression de la « *Volonté générale* », le discernement est une conscience dialectique qui assure leur synthèse, conformément au principe d'*indivisibilité* de la République. Il sert ainsi de support à l'application d'une peine, celle-ci devant préserver un « *équilibre social* »⁷⁸ entre les intérêts divergeant des victimes d'une part, et de la société dont le condamné fait nécessairement partie d'autre part.

⁷⁴ Cf. J. VOLFF, « La privatisation rampante de l'action publique », *JCP* 2004, I, 146.

⁷⁵ Pour une définition de la notion en droit privé, cf. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 1, 2004, spéc. n° 78 : « *L'intérêt général est le résultat d'une hiérarchie entre les intérêts publics et/ou privés, légitimée à la fois de manière substantielle et dogmatique, et de manière procédurale et pragmatique* ».

⁷⁶ Du latin *patior*, souffrir au sens strict, d'où patient, celui qui souffre.

⁷⁷ Voir *supra* n° 8.

⁷⁸ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 « *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales* », JO du 17 août 2014, p. 13647, créant l'article 130-1 du Code pénal : « *afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion* ». Il en ressort que la sanction pénale doit « *prévenir* » la commission d'infractions futures (fonction intimidante de la peine), et la peine « *amender* » le délinquant (fonction rétributive de la peine). Voir également l'article 132-24 du Code pénal, dans sa version issue de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, et la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009. Pour aller plus loin, cf. P. MORVAN, *Criminologie, op. cit.*, n° 264 et s.

31. Eu égard à ces finalités, la responsabilité pénale se distingue de la responsabilité civile⁷⁹ où seule l'existence du préjudice importe⁸⁰, si bien que le discernement de l'auteur du dommage n'est pas exigé⁸¹. La sanction civile vise à réparer un tort (physique, matériel ou moral), peu important qu'il résulte d'une infraction. Si elle s'appliquait avec la rigueur d'une peine, elle s'y substituerait matériellement, ce qui pourrait signer l'évolution vers un système de vengeance privée.

32. Au regard des enjeux de cette ligne de démarcation, des critères précis devraient donc permettre de distinguer systématiquement le dommage civil du dommage pénal. Pourtant, il existe de nombreuses approximations sur cette question. La ligne de séparation de ces champs de responsabilité n'a que l'apparence de la clarté, et incertaine tant du point de vue du droit pénal que de celui du droit civil.

33. La séparation incertaine de la faute pénale par rapport à la faute civile. En droit pénal, la définition traditionnelle du discernement (l'« imputabilité » ou « conscience de l'illicéité d'un fait objectivement punissable ») impose de définir la faute à l'aide du critère de la volonté. L'intention est définie comme une « *volonté tendue vers un résultat* » incriminé⁸² ; la non-intention comme une « *volonté non tendue* »⁸³, celle qui

⁷⁹ La responsabilité, du latin *sponsor* qui signifie « répondre de », a effectivement un sens totalement neutre qui autorise de la reconnaître y compris à l'encontre de celui qui n'est animé d'aucune volonté coupable. Cf. J. HENRIOT, « Note sur la date et le sens du mot "responsabilité" », *APD*, t. 22, *La responsabilité*, Sirey, 1977, p. 59.

⁸⁰ Sur le fondement de l'article 1382 du Code civil qui pose une règle fondatrice de la responsabilité civile délictuelle. Sur la distinction du droit civil délictuel et du droit pénal, voir P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^e éd., 2011, n° 41, et n° 54 et s. ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 696 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 2, PUF, 3^e éd., 2013, p. 109, au sujet de l'indifférence de la gravité de la faute en droit civil délictuel ; P. BRUN, *Responsabilité civile-extra-contractuelle*, Lexisnexis, 3^e éd., 2014 ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, Lexisnexis, 13^e éd., 2014, n° 615. Voir également l'avant-projet Catala, qui propose des solutions en accord avec les conditions traditionnelles de la responsabilité civile délictuelle, cf. art. 1343 (« *est réparable tout préjudice certain consistant dans la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extra-patrimonial, individuel ou collectif* »), et art. 1347 de ce même avant-projet (« *la responsabilité suppose établi un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage* »). Mais il entend surtout préciser que le discernement n'est pas une condition de la faute civile délictuelle, ainsi que l'explique le commentaire de l'article 1340 alinéa premier ainsi libellé : « *tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage à autrui oblige celui à qui il est imputable à le réparer* ».

⁸¹ Au sujet de l'« imputabilité » qui ne serait plus exigée en matière civile délictuelle pour la faute de l'aliéné ou de l'*infans*, cf. Ass. pl., 9 mai 1984, *D.* 1984, p. 525, concl. J. CABANNES, note F. CHABAS ; *JCP* 1984, II, 20255, note N. DEJEAN de la BÂTIE ; *ibid.* 20256, note P. JOURDAIN ; *RTD civ.* 1984, p. 508, obs. J. HUET ; *JCP* 1984, I, 3155 et *JCP* 1985, I, 3189, notes G. VINEY.

⁸² Les termes du débat sont restés inchangés depuis le XIX^e siècle. La discussion qui opposa le professeur Villey à l'avocat Le Seyllier sur la définition de l'intention reste d'actualité. Edmond Villey pose les fondements théoriques d'une distinction de l'intention et de la volonté. Il confère à la règle *nemo censetur* une force absolue, car « *chaun de nous a le devoir de se renseigner sur l'étendue de ses droits et de ses obligations* ». Cf. E. VILLEY, « De l'intention en matière pénale », *La France judiciaire*, 1876, t. 1, p. 1 et s., spéc. p. 12. Son contradicteur estime que l'ignorance de la loi est exonératoire de responsabilité. Ces deux auteurs s'en remettent néanmoins à une conception classique de l'imputabilité. Cf. E. VILLEY, « De l'intention en matière pénale », *ibid.*, p. 1 : « *deux conditions forment la base de l'imputabilité : l'intelligence et la liberté ; l'intelligence, dans le sens de raison morale, c'est la conscience du bien et du mal* » ; puis la réponse de LE SEYLLIER, « De l'intention en matière pénale », *La France judiciaire*, t. 1, 1876, p. 111, enfin E. VILLEY, « De l'intention, de l'ignorance, de l'erreur et de la bonne foi en matière pénale », *La France judiciaire*, 1876, t. 1, p. 313. La définition doctrinale de l'intention qui s'en suit est nécessairement psychologique, eu égard à l'acception morale du fondement de la faute. Voir par exemple Y. MAYAUD, « La volonté à la lumière du Nouveau Code pénal », *Mélanges J. LARGUIER*, PUG, 1993, p. 203, qui discute de la place de la volonté par rapport à l'imputabilité ; J.-C. BERREVILLE, « Quelques réflexions sur l'élément moral de l'infraction », *RSC* 1973, p. 865 ; B. MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », *RSC* 1967, p. 3 et s. ; J. LEBRET, « Essai sur l'intention criminelle », *RSC* 1939, p. 441, qui propose en

porte sur le fait sans s'étendre à ses suites⁸⁴. Or cette définition classique de la faute ne respecte pas la division tripartite des infractions, organisée par le législateur en fonction de la peine qu'il leur attache⁸⁵. Elle conduit même à rendre la séparation du droit civil et du droit pénal incertaine.

34. L'article 121-3 du Code pénal dispose que les crimes sont systématiquement intentionnels, tandis que les délits ne le sont qu'en principe. Il reste évasif, elliptique au sujet de la faute contraventionnelle et se contente de préciser qu'il n'y en a pas en cas de force majeure (art. 121-3 al. 5 du Code pénal). Si l'intention est une volonté tendue vers un résultat, rien n'empêche de considérer que *les contraventions peuvent être intentionnelles lorsqu'elles sont commises volontairement*. Il faudrait imaginer que celui qui roule sciemment au-delà de la vitesse autorisée accomplit le résultat contraventionnel avec intention. A l'inverse, s'il commet l'excès de vitesse par inadvertance, l'infraction devient non intentionnelle. La nature intentionnelle ou non intentionnelle d'une faute ne dépendrait donc pas d'une *gradation légale* des infractions en fonction de la peine que le législateur leur attache (suivant qu'il s'agit d'un crime, d'un délit ou d'une contravention) mais d'une *gradation psychologique*. Autrement dit, elle serait relative à l'objet de la volonté de leur auteur. Cette conclusion contrevient directement à la distinction établie par le législateur à l'article 121-3 du Code pénal. Comment expliquer ces précisions légales si, dans le même temps, toutes contraventions peuvent être tout à la fois non intentionnelles ou intentionnelles ?

35. Certains auteurs ont anticipé cette difficulté et proposé de restreindre le champ des « contraventions intentionnelles » à quelques hypothèses, précisément aux incriminations qui font référence à une condition de volonté⁸⁶. Les autres contraventions

substance de remplacer cette notion par la dangerosité médicale ; comp. J. PINATEL, « La théorie pénale de l'intention devant les sciences de l'homme », *Mélanges J. Lebreton*, PUF, 1968, p. 181 et s., ne va pas aussi loin bien qu'il soit partisan du déterminisme biologique.

⁸³ P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*, n° 385.

⁸⁴ R. LEGROS, *L'élément moral dans les infractions*, Paris, éd. Sirey Desoer, 1952, n° 115, propose justement de distinguer entre la « volonté du comportement » et la « volonté du résultat » ; voir également, Y. MAYAUD, *op. cit.*, 2013, n° 227 et 228.

⁸⁵ Art. 111-1 du Code pénal : « les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions ». Voir les articles 131-1 du Code pénal pour les crimes, 131-2 et 131-3 du Code pénal pour les délits, et 131-12 du même code pour les contraventions. Sur ce sujet, cf. J.-H. ROBERT, « La classification tripartite des infractions dans la législation contemporaine », *Dr. pén.* 1995, chr., p. 1 ; également J. MOULY, « La classification tripartite des infractions dans la législation contemporaine », *RSC* 1982, p. 3.

⁸⁶ B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 267 et 268. Ce serait notamment le cas pour la contravention de cinquième classe relative à « la destruction, la dégradation ou la détérioration volontaires d'un bien appartenant à autrui » (art. R. 635-1 du Code pénal). De même pour « le fait pour une personne, au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique, de dissimuler volontairement son visage » (art. R. 645-14 du Code pénal) ou encore s'agissant de la contravention de quatrième classe consistant à « exercer volontairement des mauvais traitements envers un animal domestique » (art. R. 645-1 du Code pénal). Dans le même sens, P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*, n° 213 ; J.-C. SCHMIDT, « L'élément intentionnel en matière de contraventions et plus spécialement en matière de contraventions de grande voirie », *Rev. pénit.* 1932, p. 387.

seraient punissables en raison de leur seule commission matérielle⁸⁷. Toutefois, y compris à l'aide de ce correctif doctrinal, il n'est pas aisé de justifier les distinctions établies par le législateur. Comment être parfaitement convaincu de l'existence de « contraventions intentionnelles », lorsque le législateur a indiqué que seuls les crimes et délits l'étaient, et précisé que les contraventions pouvaient résulter d'une imprudence⁸⁸ ? S'il avait souscrit à l'idée que des contraventions puissent être intentionnelles, pourquoi n'aurait-il pas saisi l'occasion d'en faire mention, lors de l'adoption du Code pénal de 1994, alors même que le débat était engagé ? L'économie du droit positif laisse entendre que le législateur n'a pas reconnu l'existence des « contraventions intentionnelles ». Si tel était le cas, le législateur l'aurait exprimé, comme il l'a fait à l'égard des délits non intentionnels qui, selon lui, requièrent une faute d'imprudence⁸⁹.

36. Quand bien même interpréterait-on ce silence en faveur d'une reconnaissance des « contraventions intentionnelles », comment justifier la spécificité pénale des autres contraventions : celles dont la commission n'exige aucune condition de volonté d'après l'incrimination ? Une solution de facilité serait de contester le rattachement des contraventions au droit pénal. Indéniablement, elles ne relèvent pas de la compétence du législateur mais de celle du pouvoir exécutif. Cependant, de par l'article 37 de la Constitution, le fondement du pouvoir législatif à incriminer des comportements est de même rang que celui qui attribue sa compétence au législateur pour les crimes et délits. Dans l'ordre normatif, les contraventions de toute classe sont donc aussi « pénales » que les crimes et délits. Il n'est pas possible de leur contester cette nature sans remettre en cause le fondement constitutionnel propre à l'ensemble des infractions. Dès lors, la question de la faute contraventionnelle, celle qui est censée justifier l'application d'une peine rétributive, reste en suspens.

37. Le problème du manque de spécificité de la faute pénale serait sans doute minime par ses conséquences s'il ne concernait que les contraventions – sanctionnées d'une peine qui n'est pas privative de liberté⁹⁰. Mais il se déploie également en matière délictuelle – où la peine d'emprisonnement est encourue⁹¹. Or, admettre cette unité de nature entre les

⁸⁷ J. SALVAIRE, « Délits, contraventions, délits-contraventions... », *JCP* 1962, I, 1732 ; A. LEGAL, « La responsabilité sans faute », *Mélanges M. Patin*, Cujas, 1965, p. 131, qui voit dans le caractère de police le critère des contraventions ; F. CHABAS, « La notion de contravention », *RSC* 1969, p. 1 et p. 281.

⁸⁸ Le décret n° 2001-883 du 20 septembre 2001 qui applique le dispositif de la loi du 10 juillet 2000 en matière contraventionnelle modifie l'article R. 610-2 du Code pénal et pose l'existence de contraventions d'imprudence.

⁸⁹ D'après l'article 339 de la loi d'adaptation n° 92-1336 du 16 décembre 1992, les délits qui ne sont pas intentionnels nécessitent une faute d'imprudence.

⁹⁰ Art. 131-12 du Code pénal.

⁹¹ Art. 111-1 et 131-3 du Code pénal.

fautes civile et pénale d'imprudence ferait voler en éclat l'exigence protectrice de la légalité des délits et des peines en la matière. Rien n'empêcherait le juge civil de prononcer des sanctions ayant vocation à réprimander le fautif : les « *dommages-intérêts punitifs* »⁹². Cette proposition extrême a des conséquences insolites. Il n'y aurait plus aucune utilité à vérifier qu'un comportement correspond à l'« élément matériel » d'une incrimination. Il suffirait d'établir qu'un dommage a bien été causé et d'identifier son auteur.

38. En théorie, cet effet est limité par l'article 4-1 dans le Code de procédure pénale, issu de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000⁹³, et d'après lequel l'absence de faute pénale non intentionnelle ne s'oppose pas à une réparation sur le fondement de l'article 1383 du Code civil. Cette loi aurait rétabli la dualité des fautes civile et pénale d'imprudence sur laquelle la jurisprudence était revenue⁹⁴. L'imprudence pénale simple (art. 121-3 al. 2 du Code pénal) serait donc désormais à nouveau spécifique au droit pénal. La loi du 10 juillet 2000 aurait « *dépénalisé* » les fautes d'imprudence très légères : la *culpa levissima* ne serait plus pénalement répréhensible. Toutefois, la distinction de cette faute civile très légère et de l'imprudence pénale n'est pas clairement établie⁹⁵. Et d'ailleurs comment pourrait-elle l'être ? Tendue ou non tendue vers un résultat prévisible, la volonté sert de support à la commission des fautes civile et pénale. La légèreté de cette volonté est-elle soutenable ? Pour justifier la spécificité pénale, il est usuel de recourir au critère sociologique du « *résultat* » vers lequel elle serait tendue : la « *valeur sociale protégée* »⁹⁶. Mais cette solution de confort laisse poindre une contradiction : elle laisse

⁹² En ce sens G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2008, p. 175, n° 74-5, qui devine dans l'article L. 121-2 du Code de la route l'illustration de cas de responsabilité mixte. Pourtant ce texte, qui impute le paiement d'une amende au conducteur, n'a pas pour effet d'établir une présomption de responsabilité pénale en sorte que la personne déclarée redevable de l'amende n'est pas responsable pénalement de l'infraction. Cf. J.-H. ROBERT, note sous Crim., 1^{er} octobre 2008, *Dr. pén.* 2008, comm. 154.

⁹³ Cf. R. DOSIERE, *Rapport Assemblée nationale*, n° 2266, du 22 mars 2000, p. 15 et s., qui indique que cette loi devait éviter que le juge pénal retienne des « *poussières de faute* », comme il avait pris l'habitude de le faire à la seule fin de permettre l'indemnisation civile des victimes. La loi Fauchon avait donc pour objet de recentrer la condamnation pénale sur son office premier de punition.

⁹⁴ Dans le sens d'une dualité des fautes, voir : Cass., Civ. 9 juillet 1866, *D.* 1866, 1, p. 339 ; Civ., 14 novembre 1898, *S.* 1902, 1, p. 27 ; Req., 31 octobre 1906, *D.* 1910, 1, p. 151 ; *S.* 1907, I, p. 126. En faveur d'un revirement, les auteurs évoquent l'arrêt suivant : Cass., Civ., 18 décembre 1912, *S.* 1914, p. 249, note R.-L. MOREL ; *D.* 1915, 1, p. 17, note L. S. ; *Gaz. Pal.* 1913, 1, p. 107. En ce sens, voir B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 292 ; P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*, n° 385, p. 221 implicitement, la loi du 10 juillet 2000 ayant « *rompu, pour partie, le principe de l'identité des fautes pénale et civile d'imprudence* » ; Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 237.

⁹⁵ B. BOULOC, *op. cit.*, n° 293, évoque une faute pénale d'imprudence « *plus importante que la faute civile d'imprudence ou la faute inexcusable* » ; Y. MAYAUD, *op. cit.*, affirme qu'« *une faute très légère n'est que l'expression d'une défaillance toujours possible et non point le signe d'une délinquance avérée* » sans s'expliquer sur la distinction de la faute d'imprudence simple avec cette « *défaillance* » ; également E. DREYER, *op. cit.*, n° 800, qui indique que « *ces fautes sont de même nature* ». P. CONTE, *Droit pénal spécial*, Paris, Lexisnexus, 4^e éd., 2013, n° 77 et 78, constate que la dépénalisation ne se vérifie parfois pas en jurisprudence.

⁹⁶ M. DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 171 ; Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, éd. L'Hermès, 1979, n° 360, qui définit la méthode d'incrimination comme une séquence légale menant au résultat redouté ; P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*, n° 314. B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 270 ; J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 225.

entendre qu'avant la « *dépénalisation* » des fautes légères, il existait une « pénalité » commune aux responsabilités civile et pénale, antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 « *tendant à préciser la définition des délits non intentionnels* » (loi *Fauchon*).

39. La séparation incertaine de la faute civile par rapport à la faute pénale. Le problème de la séparation des fautes civile et pénale se répercute nécessairement en droit civil. Une controverse a divisé – et divise semble-t-il encore⁹⁷ – les auteurs quant à l'interprétation de l'article 489-2 du Code civil. D'après une partie des auteurs, la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968⁹⁸, qui créait l'article 489-2 du Code civil, aurait « *objectivé* » la faute civile, en lui ôtant la composante d'imputabilité qu'elle contenait auparavant⁹⁹, tandis que d'autres y devinaient un régime autonome¹⁰⁰. D'après cet article, « *celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation* »¹⁰¹. La Cour de cassation a indiqué qu'il n'y avait là aucune faute autonome par rapport au droit commun de la responsabilité délictuelle¹⁰². Les arrêts d'Assemblée plénière du 9 mai 1984¹⁰³ auraient confirmé cette tendance.

⁹⁷ C. EDON-LAMBALLE, *Conscience et responsabilité civile*, thèse Le Mans, 1999, n° 33 et s., et n° 202 et s., qui considère que la responsabilité de « *l'inconscient* » est une responsabilité spécifique ; comp. C. RADE, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile », *D.* 1999, p. 313 et s. et p. 324 et s.

⁹⁸ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 « *portant réforme du droit des incapables majeurs* », JO du 4 janvier 2008, p. 114. L'article 1351-1 de l'avant-projet Catala évoque « *les personnes privées de discernement* » pour justifier leur droit à la réparation intégrale.

⁹⁹ En faveur du rattachement au droit commun : G. VINEY, « Réflexions sur l'article 489-2 du Code civil », *RTD civ.* 1970, p. 251, et « La réparation des dommages causés sous l'empire d'un état d'inconscience : un transfert nécessaire de la responsabilité vers l'assurance », *JCP* 1985, I, 3189 ; P. le TOURNEAU, « La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental », *JCP* 1971, I, 2401.

¹⁰⁰ R. SAVATIER, « Le risque pour l'homme de perdre ses esprits et ses conséquences en droit civil », *D.* 1968, chr., p. 109 ; J.-J. BURST, « La réforme du droit des incapables majeurs et ses conséquences sur le droit de la responsabilité civile extracontractuelle », *JCP* 1970, I, 2307 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil*, t. 1, n° 407, favorables à la substitution de la faute par la théorie du risque, avec une nuance chez B. STARCK toutefois qui restreint cette proposition aux dommages accidentels.

¹⁰¹ Devenu art. 414-3 du Code civil, suite à la modification de la numérotation par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, JO du 7 mars 2007, p. 4215. Dans l'avant-projet Catala, au sujet du mineur, il faut se référer aux articles 1350 (« *la victime est privée de toute réparation lorsqu'elle a recherché volontairement le dommage* »), 1351 (« *l'exonération partielle ne peut résulter que d'une faute de la victime ayant concouru à la production du dommage. En cas d'atteinte à l'intégrité physique, seule une faute grave peut entraîner l'exonération partielle* ») et 1351-1 (« *les exonérations prévues aux deux articles précédents ne sont pas applicables aux personnes privées de discernement* »).

¹⁰² Civ. 2^e, 4 mai 1977, Bull. civ. II, n° 113, d'après lequel « l'article 489-2 ne prévoit aucune responsabilité particulière et s'applique à toutes les responsabilités prévues aux articles 1382 et s. », l'assurance pour faute devant s'appliquer dans le cas où l'accident a été causé par une personne atteinte d'un trouble mental, *D.* 1978, p. 393, note R. LEGAIS ; *RTD civ.* 1977, p. 772, obs. G. DURRY ; également Civ. 2^e, 24 juin 1987, Bull. civ., II, n° 137, *Gaz. Pal.* 1988, I, somm. p. 41, obs. F. CHABAS ; L. BACH, « Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français », *RTD civ.* 1977, p. 13 et s. et p. 221 et s.

¹⁰³ P. BRUN, *op. cit.*, n° 298 à 301 ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 731 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 109, constate « *la disparition de l'élément moral* » avec la loi de 1968, puis un « *bouleversement plus radical* » avec les arrêts d'Assemblée plénière de 1984 ; M. BACACHE-GIBELLI, *Traité de droit civil, les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, t. 5, 2^e éd., 2012, p. 148, n° 136 ; F. WAREMBOURG-AUQUE, « Irresponsabilité ou responsabilité de l'infans », *RTD civ.* 1982, p. 329 ; voir également C. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Les petits responsables, responsabilité civile et responsabilité pénale de l'enfant », *D.* 1988, chr. p. 299 ; R. LEGAIS, « Le mineur et la responsabilité civile », *Mélanges G. CORNU*, 1994, p. 253 et s. ; voir également C. RADE, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile », *D.* 1999, p. 313 et s. et p. 324 et s.

40. Cependant, si la faute est « *objectivée* » en droit civil, en quoi cette « objectivité » se distingue-t-elle de celle qui permet d'identifier l'acte « objectivement » punissable du droit pénal ? L'étude de la notion de discernement, qui permet de distinguer la faute civile de la faute pénale, permet de préciser la séparation de ces deux matières, ainsi que l'ensemble des contradictions rencontrées dans la théorie générale du droit pénal. Les discussions relatives aux fondements de la faute civile délictuelle partent de l'idée que la maladie mentale serait le critère de l'irresponsabilité pénale. Cette opinion doctrinale commune découle d'un postulat : les sociétés archaïques ne connaissaient pas la distinction du droit civil et du droit pénal, ni la maladie mentale qui aurait été découverte par la « médecine aliéniste », à la fin du XVIII^e siècle. Ce fondement théorique commun autorise alors la critique des systèmes de responsabilité anciens.

41. Pourtant à l'analyse, aucun de ces deux postulats ne se vérifie. Ce mythe fut propulsé par l'ambition de rupture de la Révolution de 1789¹⁰⁴, et relayée en histoire¹⁰⁵, puis en philosophie¹⁰⁶, si bien qu'il produisit un dogme dans la doctrine juridique : celui d'une subjectivation de la faute pénale ou, suivant le point de vue adopté, d'une objectivation de la faute civile délictuelle¹⁰⁷. Les maladies mentales n'ont pas été découvertes au siècle des « Lumières ». Le système répressif grec antique¹⁰⁸ et le droit

¹⁰⁴ Les discours révolutionnaires évoquent ainsi la « *race funeste des rois* » qui « *sont dans l'ordre moral ce que sont les monstres dans l'ordre physique* », cf. Rapport du marquis de CONDORCET, *ibid.*, séance du 29 octobre 1792, p. 159, d'autant plus saisissant que l'auteur rapporte ici les propos d'un religieux, l'abbé Grégoire.

¹⁰⁵ « La raison se modifie tellement suivant les époques historiques, que ce qui ferait maintenant renfermer un homme dans une maison de fous, ou ce qui du moins lui vaudrait un jugement d'interdiction, faisait de lui, dans les âges reculés, un inspiré, un homme de Dieu, un réformateur des peuples (...). Dans nos temps modernes, sous peine de passer pour un fou halluciné, on ne saurait plus se prétendre en communication avec la divinité ou avec des agents surnaturels quels qu'ils soient. Mais à des époques plus reculées, il y a quelque mille ans, dans l'enfance des peuples, il s'en fallait bien qu'il en fût ainsi », cf. J.-A. MALATIER, *Du médecin de la folie et de la société*, éd. G. BAILLIÈRE, 1847, p. 32 ; B.-A. MOREL, *Traité théorique et pratique des maladies mentales : considérées dans leur nature, leur traitement, et dans leur rapport avec la médecine légale des aliénés*, Paris, J.-B. Baillière, 1852 ; W.-C. ELLIS, *Traité de l'aliénation mentale ou de la nature, des causes, des symptômes et du traitement de la folie comprenant des observations sur les établissements d'aliénés*, trad. T. ARCHAMBAULT, Paris, J. Rouvier, 1840, p. cxix ; H. LEVY-BRUHL, *Cours de Pandectes*, Paris, Les cours de droit, 195., p. 33 : « *si un délit, un crime a été commis par un fou, nous considérons, depuis surtout le grand aliéniste Pinel, qui a été l'auteur de ce magnifique effort qui fait considérer les aliénés comme des malades et non pas comme des responsables, qu'il n'y a ni crime ni délit, et que l'auteur est justiciable de soins médicaux et non pas d'une répression* » ; L. GIROT, *L'histoire des hospitalisations psychiatriques*, Thèse Médecine, Nancy 1, 1991, p. 15 ; M.-C. SALOMON ROLLIN, *Le malade mental à Besançon au siècle des Lumières*, Thèse Médecine, Besançon, 1992, p. 2 ; C. CHASTEL, A. CENAC, *Histoire de la médecine, introduction à l'épistémologie*, Paris, Ellipses, 1998, p. 102 ; A. JACQUEMIN, *Histoire de la psychiatrie hospitalière à Toulon*, Thèse Médecine, Strasbourg, 1998, p. 2.

¹⁰⁶ La définition médicale de l'aliénation juridique est au fondement de la philosophie foucauldienne. Cf. M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, naissance de la prison*, éd. Gallimard (1975), collection Tel, 2003, spéc. p. 18 où l'auteur décrit le passage à une « *pénalité incorporelle* », moins fondée sur l'exemplarité du châtement que sur la certitude de la sanction. Cet adoucissement de la pénalité se traduirait ainsi dans l'acception contemporaine de l'auteur d'une infraction : ce ne serait véritablement un délinquant mais un patient que le psychiatre, sous contrôle du juge, vont devoir traiter. Dès le début de l'ouvrage, la description du supplice de Damien, auteur du crime exceptionnel de lèse-majesté, ne reflète pas fidèlement les pratiques répressives de l'Ancien Régime.

¹⁰⁷ P. BRUN, *op. cit.*, n° 297 : « *aussi a-t-on longtemps jugé que les personnes privées de discernement n'étaient pas responsables civilement : aussi bien les très jeunes enfants que les personnes atteintes de troubles mentaux. Si une telle solution a pu s'imposer durablement, c'est que les stigmates de la confusion originaires des responsabilités pénale et civile n'ont pas totalement disparu* » ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 102 : « *la condition d'imputabilité était une condition de capacité civile délictuelle* » ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 723.

¹⁰⁸ Chez les Hellènes le *malade mental* est connu depuis Hippocrate ou avec les travaux de Galien comme *phrenetikos* ou individu atteint d'un *vitium*, un vice qui peut toucher l'intelligence (cf. J. BOULOGNE, « L'apport de Galien à la méthode

romain¹⁰⁹ les connaissent. Toutefois aucun d'entre eux n'érige la maladie mentale en critère d'irresponsabilité¹¹⁰. En droit romain, l'aliénation mentale se justifie par deux qualités synonymes l'une de l'autre : « *demens* » (*de-mens*, être hors de ses esprits) ou encore « *furor* » (de « *ferre* », qui donne « *furiosus* », celui qui est « *transporté hors de lui* » au moment des faits)¹¹¹. Ces deux qualificatifs désignent celui qui agit sans avoir conscience de la gravité des faits qu'il commet. Ce sont deux causes de justification du fait objectivement punissable tout à fait rationnelles dans les systèmes juridiques ayant des fondements de droit divin. Une fois cette distinction admise, il est possible d'observer des équivalences entre le système juridique romain et le droit pénal moderne. Les distinctions de l'incapacité et de l'abolition du discernement s'y vérifient. L'explication à suivre permet alors d'éclairer la notion de fait « objectivement » punissable en droit pénal.

42. L'existence d'une distinction des responsabilités civile et pénale dans l'antiquité. D'après l'opinion doctrinale commune, *les systèmes répressifs auraient mêlé la réparation des sanctions civiles et pénales*, quelle que soit l'aptitude de l'objet condamné à la conscience¹¹². Ces observations sont principalement fondées sur l'étude du droit romain, chez Henry Lévy-Bruhl dans ses *Cours de Pandectes*¹¹³, ainsi que chez Michel Villey¹¹⁴ qui influence notamment Jean-Marie Carbasse¹¹⁵. Cette opinion n'admet

médicale », *Revue des Etudes Grecques*, 1997, t. 110, p. 138-140). Toutefois ce *phrenetikos* est encore distingué de l'*aphrôn*, auteur de l'infraction phare du système de pénalité grec (*l'hubris*), à laquelle M. Gernet consacre une large partie de son ouvrage (cf. L. GERNET, *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce*, Paris, éd. Albin Michel, 2001, spéc. p. 25). Et cet *aphrôn* se différencie encore de l'« *atasthalos* », l'équivalent de l'auteur d'une infraction en état d'abolition du discernement, celui qui souffre d'une ignorance absolue (cf. HOMERE, *Iliade*, V, 761 et IX, 21 ; *Odyssée*, II, 281 ; IV, 503, 509 ; XVI, 278 ; XXII, 287 ; XXIV, 457). Comp. J. POSTEL et C. QUETEL, *Nouvelle histoire de la psychiatrie*, Paris, éd. Privat, 1983, p. 24-25 ; comp. également L. E. DOHERTY, *Homer's Odyssey*, New York, Oxford university press, 2009, chap. 6, pour laquelle l'étymologie et le sens de ce terme n'est pas clair. *Ata-sthalos* provient selon nous de la contraction de « *atè* » qui signifie « *sacrilège* » et de « *sthalos* » qui donnera « *stultus* » en droit romain, l'un des qualificatifs de l'aliénation mentale.

¹⁰⁹ En matière civile, l'action édilitienne autorise un acquéreur à contester la vente s'il découvre un vice mental chez l'esclave, cf. D. 21, 1, 19, 6. « *De aedilitio edicto* ».

¹¹⁰ Les recherches en droit canon vérifient également ce propos, toutefois ils ne feront pas l'objet de développements.

¹¹¹ Le « *furieux* » se distingue du dément par le caractère manifeste de son trouble, encore au Moyen-Âge, cf. C. GAUVARD, « *De grâce especial* ». *Crime, Etat et société en France à la fin du Moyen-Âge*, Publications de la Sorbonne, 1991, p. 438.

¹¹² H. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 64, affirme que des considérations civiles gouvernaient parfois à l'existence de la procédure pénale, et donne l'exemple du procès fait au suicidé pour le fisc.

¹¹³ *Ibid.*, p. 86, où l'auteur s'interroge sur le sens à prêter à un passage du Digeste de cette manière : « *ou bien on considère que les animaux sont coupables, malgré l'expression d'Ulprien suivant laquelle ils manqueraient de « sensus », ou bien qu'il y aurait responsabilité sans imputabilité, c'est-à-dire que la capacité subjective serait inutile, on n'exigerait pas de faute de la part de l'auteur du délit. Nous avons vu que c'était là ce qui arrivait bien souvent chez les populations arriérées qui s'attachent au fait objectif et qui se vengent sur l'auteur matériel du délit sans rechercher de questions d'imputabilité, c'est-à-dire de faute. Nous aurions ici, par conséquent, un exemple de responsabilité indépendante de la faute. Il semble qu'on ne puisse échapper à cette solution et que, du moment qu'il y a délit et qu'il n'y a pas connaissance du bien et du mal de la part de l'auteur, on serait en présence d'une responsabilité purement objective* ».

¹¹⁴ M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot "responsable" », *La responsabilité*, APD, t. 22, Sirey, 1977, p. 52 : « *pour la doctrine du droit romain, la cause essentielle de l'obligation est toujours le désordre jeté dans une relation entre plusieurs personnes, et la réaction de la justice est (sinon seulement « commutative ») corrective et réparatrice. Même suivi de dommages, la faute ne suffit pas à rendre responsable (...). Et la faute n'est pas non plus une condition nécessaire* ». Voir surtout M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, Quadrages, 2003, ouvrage qui fait référence et qui détaille l'émergence du droit subjectif, inexistant en droit romain.

aucune franche remise en question¹¹⁶. L'histoire du droit pénal serait celle d'une « *spiritualisation* »¹¹⁷, c'est-à-dire d'une lente évolution depuis sa forme « *archaïque* » et « *objective* »¹¹⁸, à sa forme moderne de responsabilité « *subjectivée* »¹¹⁹, celle qui permet la disjonction des logiques compensatrice et répressive. A l'analyse des systèmes de responsabilité anciens, certains auteurs insistent sur le système de la « *vengeance* »¹²⁰, ou affirment encore que l'on « *tue ainsi n'importe qui, le « premier venu », sans se soucier autrement de l'intention* »¹²¹. Le droit pénal se désintéressait de la dimension subjective de la faute et les procès d'animaux avaient libre cours¹²², la culpabilité s'y établissant à partir de la seule commission d'un heurt¹²³, car « *primitivement et longtemps, le droit pénal reste purement objectif. On ne tient compte que du fait réalisé. La personnalité de l'agent pénal est indifférente. On l'ignore* »¹²⁴. Les objets auxquels le droit pénal a attribué une conscience auraient subi une régression constante au fil de l'histoire, pour n'être plus réduite qu'aux personnes. De fait, un œil parfois amusé revisite l'exemple des

¹¹⁵ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2000, p. 63 et s. : « avec la première manifestation du droit criminel, dans les sociétés archaïques, la responsabilité pénale a été matérialisée par une responsabilité collective, objective et automatique ».

¹¹⁶ Seuls deux auteurs émettent des doutes sur le fait que la seule commission du fait matériel suffise à établir une responsabilité, même à l'époque barbare, lorsqu'ils étudient l'exigence du dol dans les infractions. Cf. A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, Paris, Cujas, 1980, p. 28, sous l'en-tête « *Responsabilité objective* » ; à rapprocher donc de B. PERRIN, « Le caractère subjectif de la répression pénale dans les XII Tables », préc.

¹¹⁷ Par exemple, R. CHARLES, *Histoire du droit pénal*, PUF, collection Que sais-je ?, 4^e éd., 1955, p. 9, qui évoque un mouvement de « *spiritualisation du droit* ».

¹¹⁸ M. POIRIER, « Les caractères de la responsabilité archaïque », *La responsabilité pénale, Travaux du colloque de philosophie pénale (12 au 21 janvier 1959)*, Paris, Dalloz, 1961, p. 19 et s., qui souligne le caractère « objectif » de la responsabilité avant la dissociation des logiques civile et répressive, évoque « le caractère automatique de la répression » (p. 22), au titre d'événements qui supposent toujours la présence d'une volonté agissante (p. 20). L'auteur met l'accent sur les procès intentés aux animaux, tout en laissant de côté l'impunité des fous uniquement visés sous leur qualité civile d'« *alieni juris* » ; voir également J. GAUDEMET, in « Le problème de la responsabilité pénale dans l'Antiquité », *ibid.*, p. 54, qui relate « l'affirmation progressive de la responsabilité individuelle » en mettant l'accent sur les procès contre les animaux ou les choses.

¹¹⁹ J.-M. AUSSEL, « Le concept de responsabilité pénale », *Confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie*, Travaux du colloque de science criminelle, Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, t. XVII, fasc. 1, 1969, p. 99. L'auteur s'inspire très largement des articles parus dans les Travaux du colloque de philosophie pénale de Strasbourg. Cf. J. LEAUTE (dir.), *La responsabilité pénale*. Travaux du colloque de philosophie pénale (Strasbourg, 12 au 21 janvier 1959), Dalloz, coll. Annale de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg. Dans le même sens, M. ABDEL-RAZEK, *L'élément moral de l'infraction en droit comparé*, thèse Paris II, 1992, p. 11.

¹²⁰ G. PIERI, « Remarques sur la peine dans la mythologie grecque », *APD*, t. 28, Sirey, 1983, p. 67 et s., spéc. p. 72 où l'auteur insiste sur la notion de vengeance, la *timé* ou *timoria*.

¹²¹ B. MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », *RSC* 1967, p. 5.

¹²² J. BREGEAULT, « Procès contre les cadavres dans l'ancien droit », *RHD* 1879, p. 619. Les traces de cette responsabilité d'un autre temps, qui persistent jusqu'au milieu du XVIII^e siècle, apparaissent dans le droit canon : Exode, chap. 21, versets 28 à 32 ; Lévitique, chap. 20, versets 15 et 16 ; et suivant Saint Augustin, il faut détruire les vestiges qui rappellent la mémoire du forfait (Corp. jur. can., decreti 2e pars, *causa* 15, *quaestio* 1, *cap.* 4) ; voir également J.-L.-E. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, t. 1, Plon, 5^e éd., 1886, p. 202, n° 489. Pour une réfutation de l'anthropomorphisme des animaux en droit moderne, voir J.-P. MARGUENAUD, « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, chr. n° 205.

¹²³ M. POIRIER, « Les caractères de la responsabilité archaïque », *op. cit.*, p. 19 et s., qui constitue une source d'inspiration pour nombre d'auteurs spécialisés en droit pénal. Cf. C. MARGAINE, *op. cit.*, p. 16, n° 17 : « le droit pénal primitif était en effet largement objectif, au sens où la simple commission d'un fait illicite entraînait (de manière presque mécanique pourrait-on dire) une sanction pénale » ; également P.-J. DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *RSC* 2007, p. 797 : « il n'en a certes pas toujours été ainsi. Les procès faits aux êtres non-humains ou aux objets inanimés, au temps des sociétés archaïques, sont autant d'illustrations de la possible existence d'un fondement objectif de la responsabilité pénale ».

¹²⁴ Ces propos précèdent d'ailleurs l'affirmation que « la théorie du Code de 1810 reste au fond celle de 1791, une théorie purement objective, considérant tous les criminels comme identiques en face d'un même crime », cf. J. GRASSET, *La*

procès de cadavres¹²⁵, d'animaux dépourvus d'âme et de volonté¹²⁶, mais parfois habillés à la manière des hommes à l'issue d'une condamnation avant d'être confiés au bourreau¹²⁷. En histoire du droit, cette évolution linéaire du droit se décline sous la forme d'une chasse à l'« interpolation », ces modifications de textes antiques à une date postérieure à leur écriture, étant donné qu'ils font référence à une condition de volonté¹²⁸, les auteurs ne se disputant véritablement que sur la datation exacte du passage d'un système de responsabilité objectif à sa forme subjectivée¹²⁹.

43. La confusion du droit civil et du droit pénal ne se vérifie pas en droit romain. Il connaissait l'équivalent d'un principe de légalité criminelle, par la voie des actions en justice dont le nombre était réduit. La demande en réparation qui n'était pas introduite conformément aux critères d'interprétation stricte de l'*action* était rejetée¹³⁰.

responsabilité des criminels, Paris, Les Editions Nouvelles, 1908, p. 6-7. Il s'inspire à cet égard de l'ouvrage de R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine, Etude de criminalité sociale*, Paris, F. Alcan, 1898.

¹²⁵ Ce vieil usage persista jusqu'au milieu du XVIII^e siècle. En 1723, le Châtelet de Paris condamna le cadavre d'un prisonnier tué dans une lutte durant son transfèrement à être traîné sur la claie, pendu et exécuté en place de Grève. Cf. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, 2^e éd., 1898, p. 116, n° 65.

¹²⁶ D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, éd. Debure père, 1771, p. VI. L'auteur rapporte l'exemple d'un porc pendu après avoir été condamné pour avoir tué des enfants ; également une sentence du 16 mai 1499 rendue par le Bailli de l'Abbaye de Notre Dame de Beaupré, Ordre de Cîteaux, contre un taureau pour avoir tué un jeune homme de quatorze ans environ.

¹²⁷ M. ROUSSEAU, *Les procès d'animaux*, éd. Wesmael-Chalier, 1964, p. 40.

¹²⁸ La moindre référence à l'intention de l'auteur d'un fait (*cum dolo malo, sciens*) fait en effet peser sur le texte le doute d'une modification jusqu'à plusieurs siècles après son écriture originelle. Le doute d'interpolation pèse par exemple sur les premières lois romaines. L'authenticité des lois royales de Numa est notamment contestée. Cf. J. CARCOPINO, « Les prétendues lois royales », in *Mélanges d'archéologie et d'histoire de l'Ecole française de Rome*, 1937, p. 344-376 ; G. MACCORMACK, « A note on a recent interpretation of « parricidias esto » », *Labeo*, XXVIII, 1982, p. 43-50 ; l'auteur fait état des mêmes incertitudes dans « Dolus in the law of the early classical period (Labeo-Celsus) », *SDHI* 52, 1986, p. 236 et s., où il distingue l'intention de la « connaissance » de la loi en droit antique, ainsi que dans « Fault and causation in early Roman law : an anthropological perspective », *RIDA* 1981, 3^e série, t. XXVIII, p. 97 et s., où il établit un parallèle entre la causalité et la présomption de dol et attribue l'inexistence d'une théorie de la faute à la méthode législative casuiste ; B. PERRIN, « Le caractère subjectif de la répression pénale dans les XII Tables », *RHD* 1951, 3, p. 390 et s., qui présente la nécessité d'une volonté pour la répression en droit antique, condition qu'il dit « subjective » ; P. BONFANTE, *Histoire du droit romain*, Paris, Sirey, 1928, p. 88. Le doute d'interpolation pèse pour les mêmes raisons sur les écrits de Modestin qui établissent l'irresponsabilité pénale du fou en raison de ses carences mentales. Les auteurs tirent argument de l'emploi du terme *infelicitas* qui renvoie étymologiquement à la conception antique de l'impunité du fou, s'agissant d'une infélicité au sens originel de *fas*, le sort envoyé par les dieux. En ce sens J. E. SPRUIT, « The penal conceptions of the emperor Marcus Aurelius in respect of lunatics », *Maiores viginti quinque annis*, Utrecht, éd. J. E. SPRUIT, p. 140, qui y voit pour sa part la confirmation d'une vision religieuse de la punition du *furiosus* : « the punishment, however, does not need to be inflicted anymore with human hand. For whatever undiscoverable reason the gods have struck the person concerned with insanity – possibly as punishment for a sacral transgression » ; voir également E. ALBERTARIO, *Le azioni penali*, Pavia, 1915, p. 6 ; *Riv. Dir. Comm.*, 1923, p. 506, et G. ROTONDI, in *Scritti giuridici*, I, p. 483, qui tiennent le passage « *quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit* » pour interpolé.

¹²⁹ B. PERRIN, « Le caractère subjectif de la répression pénale dans les XII Tables », préc., p. 383 ; G. CARDASCIA, « Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain », *La Responsabilité à travers les Âges*, Paris, éd. Economica, 1989, p. 1 et s. Pour l'étude du système répressif grec, voir L. GERNET, *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce*, Paris, éd. Albin Michel, 2001 (1^{ère} éd. 1917), qui s'applique à mettre en lumière les prémices de subjectivation du droit dans la seconde partie de son ouvrage.

¹³⁰ J.-P. ANDRIEUX, *op. cit.*, p. 4, évoque le cas rapporté par Gaius d'un plaideur qui, ayant à se plaindre que sa vigne fut coupée par un voisin malveillant, engagea devant le prêteur « l'action de *vitibus succisis* » (des coupes de vignes), inconnue de la loi des XII Tables, en lieu et place de « l'action de *arboribus succisis* » (des coupes d'arbres) qui lui aurait permis d'obtenir condamnation de l'auteur du dommage. Bien que l'auteur n'évoque pas ce *casus* en ce sens, il semble possible d'y voir l'une des applications de la règle *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Voir également P. PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ, 2008, p. 534, qui reconnaît l'existence de cas de légitime défense, cf. MACROBE, XII Tables, Tabula secunda : « *si nox furtum factum escit, si im occisit, jure coesus esto* » : « *si quelqu'un commettant un vol de nuit est tué, qu'il le soit à bon droit* ».

44. La méthode du *casus* qui était celle du droit romain, parfois présentée comme un signe de son incapacité à l'abstraction¹³¹, ne permet donc pas d'induire qu'il n'avait pas atteint l'art d'abstraire une théorie de la responsabilité, qu'elle soit civile ou pénale. Ils les connaissaient toutes deux parfaitement mais ils ne pouvaient les formaliser sous forme de théorème, en droit positif, sans contrecarrer la soumission du droit exprimé par les hommes à un ordre suprême. Les principes directeurs sont fixés dans le *fas*, l'ordre *objectif* du monde, et n'étaient donc pas à leur portée. Ils se sont donc gardés de poser des règles générales séparatives, car ils se seraient ainsi érigés en concurrents des puissances les gouvernant. Les textes qu'ils adoptent n'ont qu'une portée subsidiaire, celle de révéler dans le *ius* les règles du *fas* sous l'autorité desquelles il se place¹³². Le raisonnement par le *casus* illustre la soumission du droit romain au *donné* divin.

45. **La faute civile délictuelle en droit romain.** Les Romains connaissaient la responsabilité civile. Son équivalent peut se trouver dans la loi Aquilia qui, d'après notre analyse, ne concernait que des dommages civils délictuels¹³³. Ainsi la pratique de l'abandon noxal, selon laquelle un animal voire une personne était abandonnée au groupe ayant subi un préjudice, est prévue par cette loi¹³⁴. Cette disposition, de nature civile, est légitimement interprétée comme un signe de la responsabilité objective entendue au sens de réparation matérielle¹³⁵. L'abandon noxal se justifie alors par le rapport de causalité qui lie l'animal au dommage¹³⁶. Elle répondait à un but purement indemnitaire, la force de travail de l'homme blessé étant le cas échéant remplacé par celle de l'homme valide « abandonné » en réparation. La possibilité de l'abandon noxal de l'esclave en lieu et place d'une réparation pécuniaire du dommage a pu concerner, dans la loi Aquilia, l'hypothèse où cet esclave fut la cause du dommage. S'agissant d'une *res mancipi*, cette

¹³¹ Notamment A. SCHIAVONE, *IUS. L'invention du droit en occident*, éd. Belin, 2008.

¹³² L'œuvre de compilation des textes de droit positif dans le Digeste n'avait pas pour fonction de révéler une rationalité positive mais de « comprendre les desseins des dieux à travers la multitude confuse de textes », cf. A. SCHIAVONE, *op. cit.*, éd. Belin, 2008, p. 18.

¹³³ Dans le même sens, G. CARDASCIA, « Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain », in *La responsabilité à travers les âges*, p. 13 : « c'est dans les applications de la loi Aquilia que l'on trouve les expressions les plus nombreuses du fait de la responsabilité civile », et p. 16 : « la loi Aquilia (...) votée au IIIe siècle et considérée par l'opinion commune comme la grande loi relative au *damnum*, se borne, en réalité, à résoudre des problèmes d'estimation du dommage : le « principe de responsabilité » – qu'elle implique – préexistait sans avoir été formulé et il a continué de vivre sans apparent sensible dans les limbes du droit ».

¹³⁴ Cette loi est un plébiscite rédigé en plusieurs étapes en vue de préserver les droits de propriété, substituant au système de pénalité fixe du droit romain primitif une estimation équitable du dommage souffert par la victime. Le premier chapitre concerne l'hypothèse de la mort d'un esclave ou d'un animal et le chapitre trois celle d'une blessure (*injuria*). Cf. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Afrique du sud, Juta and Co, 1990, p. 952 et s.

¹³⁵ Comp. T. MOMMSEN, *Le droit pénal romain*, t. I, éd. Albert Fontemoing, 1907, p. 7 et s. : « l'ancienne jurisprudence ne distingue pas entre les actions nées *ex delicto*, et qui appelaient une sanction de l'ordre de la *noxa* ou sous sa forme plus ancienne *noxia* ; ou nées d'un crime ou délit, pour l'application d'une peine publique. Or en droit pénal romain, la *noxa* se distingue foncièrement des notions de *crimen* et *delicto*, teintées pour leur part d'une valeur morale ».

¹³⁶ M. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, paraphrasant les travaux de Fauconnet, p. 30 : « dans ces sociétés primitives, on ne recherche pas l'intention, on se contente du lien supposé de cause à effet ».

possibilité pouvait également dénoter la mancipation de l'esclave en référence à sa valeur marchande¹³⁷.

46. Ainsi en matière civile, le caractère juste ou injuste d'un comportement se juge à la mesure du déséquilibre pécuniaire qu'il occasionne entre deux groupes, fratries ou personnes¹³⁸. En cette matière strictement indemnitaire, l'assimilation de l'enfant au fou, aux esclaves ou aux choses se vaut étant donné qu'alors, dépourvu de « puissance civile », ils dépendent nécessairement de la « *potestas* » d'un autre qui sera quant à lui tenu à réparation, parce qu'il est leur garant juridique¹³⁹. La nature civile du dommage dans la loi Aquilia invite Gaius et Julien à distinguer les conditions de l'*injuria*, dommage civil, de celle du *furtum*, dommage pénal. Gaius peut donc excuser l'*injuria* d'un esclave ou d'un animal par le dol ou à tout le moins la faute de son auteur¹⁴⁰, faute qui s'apparente à l'imprudence¹⁴¹. Et c'est uniquement lorsqu'il travaille à établir des catégories juridiques civiles qu'Ulprien assimila le *furiosus* (ou *demens*) aux enfants et aux choses¹⁴², notamment pour la réparation du dommage causé à la chose d'autrui¹⁴³.

¹³⁷ Le tort est analysé différemment suivant que l'animal a agi suivant sa nature (*naturam*) ou non, ce qui laisse entendre que la victime a ou n'a pas fait preuve de suffisamment de diligence. Cf. ULPRIEN, D. 9, 1, 1, 7 : « *Et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit : ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam actionem, se deum, qui equum persecusserit aut vulneraverit, in factum magisquam lege Aquilia teneri, utique ideo, quia non ipse suo corpore damnum dedit. At si cum equum permulisset quis vel palpatus esset, calce eum percusserit, erit actioni locus* ».

¹³⁸ C'est ainsi qu'il faut comprendre la notion d'*injuria* dans les écrits de Labéon, père fondateur de l'école proculienne, vers la fin du I^{er} siècle avant J.-C. Traduite par l'idée d'un dommage causé *sans droit*, l'*injuria*. La faute civile délictuelle connaît une définition tripartite entre le *casus*, événement imprévisible, la *culpa* (faute d'imprudence) et le dol (*faute intentionnelle*). Quintus Mucius Scaevola conditionne ainsi l'action aquilienne à la *culpa* dans un responsum rapporté par Paul : « *Culpam autem esse quod, cum a diligente provideri poterit, non esset provisum, aut tum denunciatum esset, cum periculum evitari non possit* » Cf. PAUL, D. 9, 2, 31. En substance, Quintus Mucius Scaevola traite du cas d'un élagueur (*putator*) qui aurait blessé un passant sur une promenade publique ou dans un lieu privé acceptant des passages. Il lui appartiendrait de prévenir la réalisation de dommages en avertissant les passants du danger lié à son activité. Il est coupable (*culpa*) s'il n'observe pas cette précaution. Si la présence du *quidam* est imprévisible, le dol de l'élagueur sera exigé pour le soumettre à une sanction.

¹³⁹ La loi décemvirale précise qu'une personne atteinte de fureur est dans l'incapacité de diriger sa personne ou ses affaires : « *si furiosus escit... agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto* » : « *s'il y a un dément, le pouvoir sur lui et ses biens appartiendra à ses agnats et à ses gentiles* ». L'équivalent existe pour les enfants et les femmes. Cf. PAUL, D. 26, 4, 6 : « *si intestato moritur parens impuberis vel feminae potestas in eo eave agnatum gentiliumque esto* » : « *si le père d'une impubère ou d'une femme décède, la tutelle existant sur lui ou elle appartiendra à ses agnats ou à ses gentiles* » ; et la loi 4 de la Table V, relative à la succession *ab intestat* dispose : « *si intestato moritur, cui suus heres nec escit agnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec escit, gentiles familiam habeto* » : « *si un Romain meurt intestat et qu'il n'ait pas d'héritier sien, l'agnat le plus proche prendra en charge la famille. S'il n'y a pas d'agnat, les membres de la gens assumeront cette charge* ». C'est sur un fondement de droit civil que le *furiosus* est exclu du champ d'application de la loi des XII Tables. *Contra* : B. PERRIN, « Le caractère subjectif de l'*injuria* aquilienne », *Studi Francisci*, 4, 1956, spéc. p. 273-275, qui néglige la différence naturelle des champs de la responsabilité civile et pénale.

¹⁴⁰ GAIUS, *Institutes*, III, 211.

¹⁴¹ GAIUS, D. 50, 17, 132.

¹⁴² Paul et Ulprien furent tous deux assesseurs du préfet Papinien, tenu pour avoir été le juriste le plus éminent de son temps. Ils déploieront surtout leurs efforts afin d'uniformiser les solutions du droit civil avec celles du droit pénal. Ulprien tenta d'attribuer aux termes *furor* et *dementia* une définition juridique identique.

¹⁴³ D. 9, 2, 5, 2 : « *et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit ? Et Pegasus negavit : quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit ? Et hoc est verissimum. Cessabit igitur Aquilia actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat ; aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quod si impubes, id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum. Et hoc puto verum, si sit jam injuria capax* » : « *Delà on demande si l'action de la loi Aquilia aurait lieu dans le cas où le tort aurait été fait par un furieux ? Pégasus ne le pense pas : car, dit-il, comment peut-on imputer une faute à quelqu'un dont l'esprit est aliéné ? Et cela est très juste. Ainsi l'action de la loi Aquilia n'aura pas lieu dans ce cas, de même que si ces esclaves ou ces animaux eussent été tués par une bête, ou par une tuile. Il en faut dire de même du tort causé par un enfant en bas âge. Si le délit était*

Ses contemporains affirment que le furieux est absent¹⁴⁴ et qu'il peut être comparé à l'homme endormi¹⁴⁵. Africanus ajoute que sa volonté est « *nulle* »¹⁴⁶. La soumission civile de l'enfant ou du fou respectivement à la puissance paternelle ou à la tutelle ou curatelle des « *agnats* » et « *gentiles* » rendait possible leur assimilation totale à des choses en matière civile¹⁴⁷. Aucun d'entre eux ne peut en effet former valablement le « *nexum* », c'est-à-dire s'engager dans un rapport d'obligation – le « *vinculum juris* » – qui puisse mettre en péril le patrimoine de son groupe d'appartenance.

47. La distinction de la capacité et de l'abolition du discernement en droit romain. De cette assimilation de principe du *furieux* à l'enfant, à l'absent ou aux choses, il n'est pas possible de tirer des conséquences en matière pénale¹⁴⁸. La distinction posée aux articles 122-1 et 122-8 du Code pénal, entre la « *capacité de discernement* » et « *l'abolition du discernement* » se retrouve sous une forme différente en droit romain. Ainsi chez Modestin, dont la sensibilité pour la matière pénale était plus marquée¹⁴⁹, l'assimilation de l'aliéné à l'enfant ne se retrouve pas. S'il exonère de peine aussi bien le *furiosus*¹⁵⁰ que l'*infans*¹⁵¹, il distingue systématiquement ces deux cas d'irresponsabilité¹⁵². Tandis que l'*infans* ou l'impubère est présumé incapable d'agir avec dol, le majeur est sous le coup d'une présomption contraire. L'emploi de l'expression « *capacité dolosive* », attestée en droit romain, ne s'applique donc pas au *furiosus* mais uniquement au mineur¹⁵³. Cette différence se manifeste par exemple au sujet du

commis par un impubère qui approchât de la puberté, Labéon dit que de même qu'on a contre lui une action en cas de vol, on aurait aussi l'action de la loi Aquilia. Je pense que cela est vrai, si on suppose cet enfant capable de vouloir nuire.

¹⁴⁴ PAUL, D. 50, 17, 124, 1 : « *furiosus absentis loco est* », rapportant des propos de Pomponius, D. 41, 2, 1, 3 : « *sicuti si quis dormienti* ».

¹⁴⁵ PAUL, 41, 2, 1, 3.

¹⁴⁶ AFRICANUS, D. 29, 2, 47 : « *furiosi autem voluntas nulla est* », si bien qu'il ne peut donner de consentement, cf. C. 4, 38, 2.

¹⁴⁷ P. COLLINET, « Les vestiges de la solidarité familiale dans le droit romain », *Mélanges G. Glotz*, t. 1, PUF, 1932, p. 249, qui rappelle notamment que pour Gaius, les « *furiosi* » devaient être placés sous tutelle, ce qui atteste encore de l'approche civile de cette question.

¹⁴⁸ Comp. T. MOMMSEN, *op. cit.*, p. 86, § 75, et p. 88, § 77. L'auteur évoque « *la capacité d'être punie* » qu'il lie à la maturité sexuelle et à l'aptitude au mariage pour les mineurs, condition qu'il étend aussitôt au malade mental. Il précise que cet état supprime la « *capacité d'agir* », si bien que l'acte ne peut en aucun cas être traité comme délit. Dans la version originale de son ouvrage, Mommsen utilise en effet le terme « *Handlungsfähigkeit* ». « *Fähigkeit* » signifie « *capacité* », et « *Handlung* » vient de « *handeln* », ce qui veut dire « *agir* ». Au sujet de la « *capacité dolosive du furiosus* », voir également A. LEBIGRE, *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain, op. cit.*

¹⁴⁹ Modestin ne traite du *furiosus* qu'en matière pénale dans le Digeste (D. 48, 9, 9 ; D. 48, 8, 12), à la différence d'Ulpien qui l'aborda tant en matière civile (D. 4, 8, 27, 5 ; 28, 1, 20, 4 ; 47, 10, 17, 11 ; 26, 5, 8, 1 ; 27, 10, 1-46) que répressive (D. 1, 18, 13, 1 ; 29, 5, 3, 11 ; 43, 4, 1, 6 ; 21, 1, 23, 2).

¹⁵⁰ Dans son commentaire de la *lex Iulia maiestatis*, D. 48, 4, 7 : « *tamen ut insanis parcendum est* ».

¹⁵¹ Dans son commentaire de la loi *Cornelia de sicariis et veneciis*, D. 48, 8, 12 : « *infans vel furiosus si hominem occiderint, lege Cornelia non tenentur, cum alterum innocentia consilii tuetur, alterum fati infelicitas excusat* » : « *si un infans ou un furiosus tue un homme il n'est pas soumis à la loi Cornelia, l'un étant excusé par l'innocence de son intention (consilii), l'autre par l'infélicité de sa condition* ».

¹⁵² Comp. P. NOYEN, « Marc-Aurèle et le problème de l'irresponsabilité pénale », *Mélanges R. GOOSSENS*, éd. de la Librairie encyclopédique, 1954, p. 278-282 ; ainsi que A. LEBIGRE, *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain classique*, PUF, Travaux et recherches de la faculté de droit, Paris, 1967, p. 36.

¹⁵³ Particulièrement visible dans cette sentence de PAUL, D. 5, 4, 2 : « *furiosus itemque infans adfectu doli et captu contumeliae carent, idcirco iniuriarum agi cum his non potest* ».

parricide¹⁵⁴, de l'homicide¹⁵⁵ ou encore du crime de lèse-majesté¹⁵⁶. Il est question du mineur « *qui doli capax non est* », celui qui est incapable de dol. Dans sa thèse pourtant, au sujet de l'injure¹⁵⁷, le professeur Laingui emploie l'expression « *furiosus qui doli capax non est* » par facilité de langage¹⁵⁸. Il commet l'oubli regrettable d'une virgule qui change le sens de la traduction latine. Elle donne ainsi l'impression d'une application du critère de la « *capacité dolosive* » au « *furiosus* ».

48. L'hypothèse d'une punition appliquée indifféremment à l'enfant ou à l'aliéné, qui serait révélatrice d'une répression antique généralisée, ne se vérifie pas en droit romain. Il distingue la responsabilité civile et pénale et, en ce qui concerne son volet répressif, deux causes d'irresponsabilité analogues à celles reconnues par les articles 122-1 et 122-8 du Code pénal s'y manifestent. Cependant à la différence du droit moderne, le droit romain repose sur des fondements de droit naturel : le droit « positif » y constitue le reflet de la Volonté divine.

49. Or, ce fondement persiste encore après la Révolution de 1789. Dans l'Ancien Régime, il existe deux ordres normatifs : le droit séculier et le droit canon. Le droit séculier, a trait aux choses temporelles – celles du siècle en cours. Le droit canon a quant à lui en charge les choses atemporelles, celles qui touchent à l'existence de l'âme et au sort qu'elle connaîtra après la mort du corps qui l'abrite. Les enseignements du droit canon irradiant l'interprétation du droit séculier car ces deux droits partagent un même fondement : l'existence d'une loi naturelle qui s'impose aux vivants¹⁵⁹. Ce fondement de

¹⁵⁴ D. 1, 18, 13, 1. L. 14. 48, 9, 2 : « *furiosus, si non possint per necessarios contineri, eo remedio per praesidem obviam eundum est : scilicet ut carcere contineantur. Et ita divus Pius rescripsit. Sane excutiendum admiserat, utrum simulatio furore facinus admississet an ver ore vera compos mentis non esset, ut si simulasset, plecteretur, si fureret, in carcere contineretur* » : « *Les furieux, dont les proches ne peuvent pas réprimer les accès, méritent l'attention du président qui, suivant un rescrit de l'empereur Antonin, doit les faire renfermer. Les empereurs (...) ont décidé dans un rescrit, par rapport à celui qui était coupable d'un parricide, qu'il fallait examiner si sa folie était feinte ou réelle : il doit être puni dans le premier cas, et enfermé dans le second* ».

¹⁵⁵ D. 29, 5, 3, 11.48, 8, 12.

¹⁵⁶ D. 48, 4, 7, 3 ; Cod. 9, 7, 1.

¹⁵⁷ D. 47, 10, 3, 1 : « *Sane sunt quidam qui facere non possunt, utputa furiosus, et impubes qui doli capax non est : namque hic pate injuriam solent, non facere. Cum enim injuria ex affectu facientis consistat, consequens erit dicere, hos, sive pulsant, sive convicium dicent, injuriam fecisse non videri* » : « *Cependant il y en a qui ne peuvent la faire, tels qu'un furieux, un impubère qui n'est pas capable de dol ; car ces sortes de personnes peuvent souffrir une injure et non pas la faire. Car comme l'injure ne peut exister que par l'intention de celui qui la fait, il suit que ces personnes, soit qu'elles frappent, soit qu'elles insultent par des paroles, ne paraissent pas avoir fait une injure* ».

¹⁵⁸ A LAINGUI, *op. cit.*, p. 278 (« *furiosus et impubes qui doli capax non est* » au lieu de « *furiosus, et impubes...* ») ; voir également, G. TRIMAILLE, « *Criminalité et folie, XV^e-XIX^e siècles* », in B. GARNOT (dir.), *Ordre moral et délinquance de l'Antiquité au XX^e siècle*, Actes du Colloque de Dijon des 7 et 8 octobre 1993, Editions Universitaire de Dijon, p. 105-107 qui traite de l'incapacité juridique en sous division de « *la démence en matière criminelle* ».

¹⁵⁹ S. von PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*, t. 1, Amsterdam, chez H. SCHELTE, 1706, chap. IV (« *De la volonté, en tant qu'elle concourt aux actions morales* », chap. IV, p. 48 : « *lorsque le créateur Souverainement sage trouve à propos de produire un Animal qui dût être gouverné par des Loix, c'est-à-dire l'Homme ; il mit dans son Âme, comme pour directrice intérieure de ses actions, une Faculté, à la faveur de laquelle, après avoir connu les objets qui lui seraient proposés, il pût se porter vers eux par un principe intérieur, sans aucune nécessité physique, choisir ceux qui lui conviendraient (...) et s'éloigner au contraire de ceux qu'il jugerait ne pas lui convenir. Cette Faculté est ce qu'on appelle Volonté* », et chap. IX (« *De*

droit divin se manifeste dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, qui fut prononcée sous « *les auspices de l'Être suprême* »¹⁶⁰, c'est-à-dire Dieu. La Révolution n'a pas balayé d'un trait l'héritage chrétien. En 1789, le Roi recevait encore les Etats généraux et la Déclaration fut adoptée dans un contexte de monarchie constitutionnelle¹⁶¹.

50. Bien que cette Déclaration ait été intégrée au bloc de constitutionnalité, par décision du Conseil constitutionnel¹⁶², il n'est plus possible d'en conserver les fondements. Le dernier alinéa de l'article 2 de la Constitution de 1958 dispose que la République est régie par un unique (« *son* ») principe de souveraineté : « *gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple* ». Si le droit pénal ne peut qu'être issu de textes légaux ou réglementaires reflétant la Volonté du peuple souverain, tout critère qui ne s'y trouve pas fondé contrarie le « *principe de légalité criminelle* »¹⁶³. La qualification du fait objectivement punissable, par une appréciation subjective *in abstracto*, fait pourtant encore implicitement à ces fondements de droit naturel, le « bon père de famille » étant celui qui tient son pouvoir domiciliaire des dieux¹⁶⁴, modèle qui ne peut subsister dans le droit moderne laïcisé¹⁶⁵.

51. Il existe néanmoins une équivalence entre la Volonté du peuple souverain qui est au fondement du droit positif, et la Volonté divine qui fondait l'existence du droit romain. Cependant les critiques adressées par les sciences sociales sur ces systèmes « *archaïques* » ont perturbé la lecture d'ensemble de l'évolution du droit de la

l'imputation des actions morales » ; R. METZ, « La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval », *La responsabilité pénale*, Travaux du colloque de philosophie pénale *op. cit.*, p. 83 ; M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot « responsable » », *APD*, Sirey, *La responsabilité*, t. 22, 1977, p. 53 : « au cours de l'Ancien Régime, le terme responsabilité est transporté dans le discours de la morale chrétienne. Il acquiert en droit canon une dimension morale. Le tribunal de Dieu (...) diffère beaucoup des tribunaux de la justice humaine (...). Tandis que la justice de l'homme est utile, vise une prestation future, Dieu ne regarde qu'au passé » ; A LAINGUI, *op. cit.*, 1967, p. 43 : « les jurisconsultes laïcs feront aussi leur profit des textes canoniques qu'ils citent abondamment dans leur analyse du dol ».

¹⁶⁰ Préambule de la Déclaration, al. 2 : « en conséquence, l'Assemblée Nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Être suprême, les droits suivants de l'Homme et du Citoyen ».

¹⁶¹ *Archives parlementaires de 1787 à 1860, Recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises*, Paris, Librairie P. Dupont, 1875, p. 1, séance royale d'ouverture du 5 mai 1789 ; p. 284, séance du 27 juillet 1789, parmi les « principes avoués » après dépouillement des cahiers : « Art. 1^{er} : le gouvernement français est un gouvernement monarchique. Art. 2 : La personne du Roi est inviolable et sacrée ».

¹⁶² Voir *supra*, n° 3.

¹⁶³ L'expression peut paraître impropre. Un « principe », par définition, est une règle induite à partir du droit positif, cf. P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999, n° 392. Il serait donc plus légitime d'affirmer qu'il existe un principe de non-incrimination des comportements, contrarié par l'existence d'une règle de droit positif prévoyant cette possibilité (art. 111-3 du Code pénal). Dans le contexte du droit romain, l'expression renvoie à la loi divine et apparaît alors parfaitement cohérente : seules les infractions graves (*crimes*) sont sanctionnées par cette loi divine.

¹⁶⁴ Cette méthode est utilisée en droit pénal au sujet de la faute d'imprudence, cf. J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 332 ; P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *ibid.* ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, PUF, 2^e éd., 1999, n° 254.

¹⁶⁵ L'évolution touche également le droit civil : la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 « pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes » (JO n° 0179 du 5 août 2014, p. 12949) a supprimé l'expression « bon père de famille » du droit positif. L'article 26 de cette loi a remplacé cette traduction littérale du standard de droit romain – le *bonus pater familias* – par les termes « raisonnable » ou « raisonnablement » dans le Code civil (art. 601, 627, 1137, 1374, 1729, 1766, 1806, 1880,

responsabilité. Les sciences sociales ont maintenu dans l'ombre la rationalité juridique des systèmes répressifs anciens, si bien qu'au lieu d'éclairer les mécanismes de la responsabilité moderne, elles leur ont substitué des mythes véritables. A l'instar de Fauconnet notamment¹⁶⁶, le caractère « *collectif et automatique* » de la responsabilité est souvent présenté comme une particularité des systèmes répressifs anciens ; mais le droit pénal moderne ne se désintéresse-t-il pas lui aussi de la volonté de l'auteur d'un acte pour ne s'attacher qu'au résultat, comme l'illustrent les « *présomptions d'intention* » sanctionnées en jurisprudence¹⁶⁷ ?

52. Deux notions d'objectivité peuvent alors être distinguées : l'objectivité du dommage civil et celle du dommage pénal. En droit civil, le dommage objectif est un dommage qui peut être établi scientifiquement : il est tangible, mesurable ou palpable. Il s'agira du dommage réel, relatif aux biens de la victime, du dommage physique de celle qui a subi des violences, ou encore de son dommage moral, notamment lorsqu'elle souffre d'un traumatisme consécutivement à un accident. En droit pénal, le dommage objectif est d'une nature bien différente. Il s'agit de celui qui est commis par une *personne* douée de discernement¹⁶⁸.

53. Du latin *persona* qui signifie « le masque » (d'où « personnage »), ce dommage personnellement souffert n'est ni mesurable ni divisible. Plusieurs débuts d'explication peuvent être proposés. D'abord, si la *personne* était nécessairement *physique*, il n'y aurait aucune raison de le préciser, comme le fait pourtant le législateur à l'article 121-2 du Code pénal¹⁶⁹. Cette personne est une entité abstraite qui n'a ni genre ni corporéité, et qui peut donc être indifféremment physique ou morale. Sous chacune de ces appellations,

1962), le Code de la consommation (art. L 314-8), le Code rural et de la pêche maritime (art. L 462-12), le Code de l'urbanisme (art. L 221-2), et le Code de la construction et de l'habitation (art. L 641-4).

¹⁶⁶ M. ABDEL-RAZEK, *L'élément moral de l'infraction en droit comparé*, op. cit., 1992 p. 102 : « dans les sociétés archaïques ou primitives, la responsabilité se présentait essentiellement sous un aspect collectif, objectif et automatique : La répression à l'égard des délinquants était dominée par la croyance en une action permanente des forces surnaturelles, et elle était réglée sur l'organisation sociale qui se caractérisait par une très forte cohésion du groupe » ; voir également F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, p. 6-7 : « l'état d'esprit du sujet au moment de l'acte n'avait que peu d'importance (...). Cette objectivité originaires de la responsabilité pénale ressort, également, de son caractère collectif et communicable », citant P. FAUCONNET, *La responsabilité, étude sociologique*, Paris, éd. Alcan, 1920, p. 105 et 157. Voir également P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, thèse Paris II, 1982, p. 312, n° 65. Sur le postulat de l'antiquité du droit lui-même, voir J. CARBONNIER, « Sur le caractère primitif de la règle de droit », préc., p. 107 et s., spéc. p. 110 pour une évocation du droit romain.

¹⁶⁷ Voir notamment P. CONTE, « La dépenalisation : réalité ou mirage ? », *Essais de philosophie pénale et de criminologie. Peine, dangerosité, quelles certitudes ?*, Dalloz, 2010, p. 27, n° 6, et les nombreux arrêts cités par l'auteur ; le phénomène n'est pas récent, voir également J-M. THEVENON, op. cit., p. 34 ; et A. CHAUVEAU et F. HELIE, op. cit., p. 17, au détour de l'évocation de « l'immoralité intrinsèque du fait » distinctement de « la perversité de l'agent ».

¹⁶⁸ Art. 121-2 du Code pénal ; art. 122-1 du même code *a contrario*. Le terme apparaît également à l'art. 2, al. 1^{er} du Code de procédure pénale : « l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ».

¹⁶⁹ Art. 121-2, al. 3 du Code pénal : « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 ».

il peut même n'y avoir qu'un seul et même individu : celui qui, en tant qu'organe ou représentant, peut engager la responsabilité pénale de la personne morale pour le compte de laquelle il agit, sans que cela n'empêche d'engager la sienne sur son nom propre. Il y a donc bien là illustration de l'immatérialité de cette personne.

54. Cette approche invite à interroger la notion d'« élément matériel » de l'infraction. Comment une personne pourrait-elle le commettre si elle n'a aucune corporéité ? La responsabilité pénale des personnes morales contrarie-t-elle alors la règle d'après laquelle « *nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* »¹⁷⁰ ? L'élément matériel de l'infraction constitue-t-il véritablement un fait concret, réalisé en vue d'une fin illicite ? Si tel était le cas, comment expliquer qu'un commencement d'exécution n'entraîne pas une peine moindre, ou qu'une « demi-infraction » n'engage pas une demi-peine ? En effet d'après l'article 121-5 du Code pénal, en matière de tentative, le tarif est le même que l'infraction soit commencée ou consommée. Une explication alternative peut être proposée, en suivant la méthode d'interprétation stricte de la loi pénale¹⁷¹.

55. Littéralement, les crimes, délits et contraventions punis par la loi sont composés d'éléments qu'elle définit¹⁷². Mais la loi elle-même constitue l'expression de la Volonté générale¹⁷³. Cette Volonté, qui est au fondement du droit pénal, peut-elle s'inquiéter de l'existence de dommages palpables, ceux qui font irruption dans le monde physique, sans se confondre avec la volonté individuelle ? Le droit pénal ne s'intéresse-t-il pas avant tout à la volonté antisociale qu'ils révèlent, dès lors qu'elles contredisent la Volonté du peuple souverain ? *Il semble possible, sans critiquer la nécessité d'une extériorisation des volontés coupables, de définir l'infraction au sens strict comme une volonté objective contraire à la Volonté souveraine du peuple.* Par définition, l'infraction est un *affaïssement* de la loi, de sorte qu'un fait ne devrait être punissable qu'en raison de la conviction qu'il extériorise : sa volonté coupable. Une fois concrétisée dans le monde observable, elle se décline sous différentes formes, sans que ces conséquences réelles, physiques, palpables n'intéressent la réparation pénale¹⁷⁴. Seule la volonté objective est punissable, car elle cause un dommage d'une nature spécifique : elle porte atteinte à

¹⁷⁰ Art. 121-1 du Code pénal.

¹⁷¹ Art. 111-4 du Code pénal.

¹⁷² Art. 111-3 du Code pénal.

¹⁷³ Art. 3, al. 1^{er} de la Constitution.

¹⁷⁴ Cf. *supra* n° 22.

« *l'équilibre social* » que l'application d'une peine doit « *restaurer* »¹⁷⁵. L'immatérialité de ce dommage explique alors son caractère communicable à d'autres personnes que la victime « *du* » dommage causé par l'infraction¹⁷⁶.

56. Autrement dit, en droit pénal, le discernement est une condition d'identification du dommage *objectif*, celui qui a été commis par un individu conscient de ses droits et devoir en société. C'est en ce sens qu'il faut comprendre la notion antique d'*objectivité* (de « *ob* » qui signifie « *au-dessus* » et de « *jectus* », « *ce qui est jeté* »). Elle suppose une conscience qui n'est ni celle du groupe ni celle de l'individu et qui, par voie de conséquence, garantit l'équilibre social, au même titre que la peine en droit moderne.

57. Il apparaît donc que la notion de discernement est largement méconnue. En droit substantiel, elle ne jouerait aucun rôle dans la qualification de l'infraction, car elle est encore définie dans un sens qui trahit les fondements nouveaux du système répressif. De cause à effet, son rôle dans l'identification du seul dommage réparable n'apparaît pas en doctrine. Par voie de conséquence, la rationalité de nombreuses solutions jurisprudentielles paraissent critiquables alors qu'elles sont légitimes, de même que certaines innovations légales suscitent l'interrogation, par exemple en ce qui concerne la création de la rétention de sûreté pour cause de dangerosité. Afin d'éclairer la cohérence du droit pénal, il est nécessaire d'aborder dans un premier temps la notion de discernement (Partie 1), avant d'aborder son rôle (Partie 2).

¹⁷⁵ Art. 130-1 du Code pénal.

¹⁷⁶ Art. 2 du Code de procédure pénale.

Partie 1. La notion de discernement

58. La notion de discernement n'est pas définie par le législateur. Le Code pénal ne mentionne ce terme qu'à deux reprises dans sa partie générale, au sujet des irresponsables que sont le mineur et celui qui souffre de troubles psychiques ou neuropsychiques¹⁷⁷. Conformément à l'étymologie du terme, le discernement correspondrait à la capacité de « tamiser », de « séparer le vrai du faux ». Par extension, il s'agirait en droit pénal de la « *capacité à distinguer le bien du mal* » ou du « *libre-arbitre* »¹⁷⁸. Cette conception *morale* du discernement prive l'intention de son support nécessaire. En effet, si le discernement est une conscience du bien et du mal, qui échappe comme telle à une définition juridique, il n'intervient jamais positivement dans la qualification d'une infraction. L'identification du « fait objectivement punissable » serait alors une pure question de fait, appartenant comme telle au juge qui peut observer l'individu qui se présente devant lui.

59. Effectivement, *rattaché à l'individu*, le discernement est une conscience qui peut être plus ou moins troublée par des troubles psychiques suivant leur intensité. Dès lors, la faute qui en découle est une volonté tendue ou non vers un *résultat* incriminé. De même, il faut admettre que la peine soit nécessairement une souffrance infligée au corps (l'incarcération) ou au patrimoine (l'amende) du condamné. De ce point de vue, il n'y a finalement aucune différence à opérer entre la peine d'incarcération et la rétention de sûreté. *Rattaché à la personne*, la peine dévoile une rationalité essentiellement différente. Notamment, si la personne morale peut être pénalement responsable, il n'est pas possible de retenir la conception individuelle de la peine. Elle manifeste dans cet exemple sa nature véritable : une souffrance intellectuelle appliquée au condamné qui s'est éloigné des commandements du droit pénal. Autrement dit, *elle peut s'appliquer à tout individu qui doute de la conformité de son fait à la loi pénale*. Car au fondement de ce doute, il y a une conviction coupable : la conscience des limites de son ignorance. Ce critère,

¹⁷⁷ Art. 122-1 et 122-8 du Code pénal.

¹⁷⁸ Voir *supra*, n° 8.

commun à toutes les fautes pénales, révèle la permanence des finalités traditionnelles de la peine – l'intimidation et la rétribution.

60. Pour le mettre en exergue, il convient de distinguer *l'approche individuelle du discernement* (Titre 1) de *l'approche personnelle du discernement* (Titre 2).

Titre 1. L'approche individuelle du discernement

61. L'approche individuelle du discernement renvoie aux qualités psychiques de l'auteur d'un fait. *L'individu* est un homme ou une femme fait de chair et de sang, et doué de réflexion. Le discernement devrait pouvoir être défini en référence avec ses qualités mentales. Or, la psychologie distingue la « conscience » et « l'inconscient » individuel, qu'elle qualifie également de « *subconscient* »¹⁷⁹ de l'individu. Par conséquent, si le discernement est une qualité individuelle, elle relève nécessairement de l'une ou l'autre de ces deux dimensions de l'esprit.

62. Pour aborder le discernement individuel dans toutes ses composantes, il apparaît donc nécessaire de mettre en exergue les implications de ces deux dimensions en droit pénal. L'étude de la conscience individuelle (Chapitre 1) précèdera celle de l'inconscient individuel (Chapitre 2). Toutefois l'analyse de chacune de ces deux approches du discernement ne fournit pas de définition satisfaisante de cette notion en droit pénal.

¹⁷⁹ Ce terme sera parfois utilisé comme synonyme d'*inconscient*, pour éviter toute confusion avec l'état d'*inconscience* de celui qui sommeille par exemple, lorsqu'il sera question de l'influence des troubles psychiques sur la responsabilité pénale.

Chapitre 1. La conscience individuelle, l'approche psychologique du discernement

63. Si le discernement est une qualité de l'individu, il se rapporte à une faculté de jugement sur l'ensemble des choses accessibles à son entendement. Il se rapporte alors soit à la « conscience morale » de l'individu, soit à sa « conscience matérielle ». Dans ce second cas, il faut envisager un discernement exsangue de portée morale et s'en tenir à une définition minimaliste. En effet, la conscience morale a elle-même besoin du support de la conscience du monde environnant pour exister. En-deçà du niveau de conscience morale se trouve le niveau de conscience matérielle ou *aptitude à percevoir le monde par les sens*.

64. Si le discernement est une « conscience morale », dès lors que son code de conduite diffère par son contenu de celui du Code pénal, un problème de « hiérarchie » des valeurs morales et juridiques se pose. S'il se résout en faveur de la supériorité de la morale sur le droit, il faut admettre que la loi ne dispose que des interdictions relatives. Seraient en faute tous ceux qui agissent contrairement à leurs idéaux religieux, philosophiques, ou tout autre motif idéologique. L'application de la loi pénale serait tributaire des règles que chacun reconnaît devoir suivre. Afin de respecter le principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi pénale¹⁸⁰, il serait nécessaire d'inspecter les morales individuelles, et de ne punir que ceux qui auraient manqué au devoir que leur conscience leur impose. Cependant, nonobstant les problèmes de preuve impliqués par ce système, il y aurait une contradiction indépassable à reconnaître une valeur juridique à cette définition du discernement. Le fait commis volontairement est nécessairement conforme à la morale de celui qui l'exécute. De la sorte, il serait toujours possible de légitimer des actes pourtant réprimés par la loi pénale et punis en conséquence par la Chambre criminelle, tels que les destructions de biens¹⁸¹ ou les actes d'excision pratiqués sur des mineurs¹⁸². De manière générale, cette conception du discernement justifierait toujours la neutralisation du droit pénal. Aussi, dans le conflit qui oppose la morale au droit, celui-ci devrait l'emporter. Cette solution n'est pas parfaite, car le risque serait que, coupé de sa souche, le droit ne soit pas toujours en

¹⁸⁰ Voir *infra*, n° 95.

¹⁸¹ Cf. Crim., 7 février 2007, *D.* 2007, p. 573, obs. A. DARSONVILLE, p. 1310, note J.-P. FELDMAN, condamnation malgré les motifs écologiques des faucheurs d'OGM.

accord avec l'état des mœurs¹⁸³ – *quid leges sine moribus...* Mais le contenu de ces mœurs est lui-même incertain¹⁸⁴. La loi, promulguée en des termes « *clairs* » et « *intelligibles* »¹⁸⁵, constitue un rempart contre l'arbitraire des interprétations sociologiques.

65. Si la « conscience morale » ne peut constituer le support adéquat de la faute punissable, la « conscience matérielle » peut-elle suffire ? Cette définition alternative ne serait pas plus secourable, car l'état de conscience est indispensable à la faute civile et pénale. Si l'on veut bien souscrire à cette définition, il faut soit admettre de supprimer la séparation des responsabilités civile et pénale, ce qui serait inconstitutionnel¹⁸⁶, soit déplacer la spécificité de la faute dans le registre de la volonté. Celle-ci serait répréhensible en raison de l'objet vers lequel elle se trouve tendue : le « résultat illicite », aussi appelé « *valeur sociale protégée* »¹⁸⁷. Toutefois ce critère ne permet pas de distinguer clairement la faute civile de la faute pénale où les mêmes valeurs sont protégées¹⁸⁸. De plus, il faudrait renoncer à punir celui qui s'endort au volant au motif que, au moment des faits, il n'était pas conscient. Enfin en tout état de cause, ce critère n'explique pas la jurisprudence d'après laquelle l'individu qui sommeille peut commettre une faute intentionnelle – problème dit de la « faute antérieure ».

66. En somme, si le discernement est une qualité de l'individu doué de conscience, il correspond soit à sa *conscience morale* (Section 1) soit à sa *conscience matérielle* (Section 2). Pourtant aucun de ces critères ne justifie le rôle du discernement comme support de la faute pénale.

¹⁸² Cf. Crim., 20 août 1983, Bull. crim. n° 229, p. 582, au regard de mobiles religieux.

¹⁸³ « *La société veillerait en vain, par les lois les plus sages à son repos et à sa prospérité sans les bonnes mœurs* », Assemblée nationale, propos du tribun Grenier, séance du 9 ventôse an XI. Les mœurs désignent les « manières de vivre, d'être, de sentir des membres d'une société à un moment donné de son développement historique », cf. J. COMMAILLES, in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et A. RIALS (dir.), PUF, 2003 ; voir également J. CHEVALLIER (dir.), *Les bonnes mœurs*, PUF, 1994 ; D. LAZLO-FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », *Mélanges P. CATALA*, Litec, 2001, p. 487-528, sur la disparition formelle de cette notion en matière civile.

¹⁸⁴ Au mieux, le droit « *prêter sa force* » à la morale, cf. J. CARBONNIER, « Morale et droit », in *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 94 et s., spéc. p. 96 ; voir également M. MEKKI, « Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale : la fusion des corps et la confusion des esprits », in « Droit et morale », D. BUREAU, F. DRUMMOND et D. FENOUILLET (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 27 et s.

¹⁸⁵ Voir *supra* n° 3.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ Cf. M. DECOCQ, *op. cit.*, p. 171 ; P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 314 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 270 ; J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 225 ; Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 227. Toutefois les auteurs souscrivent en même temps à la définition morale du discernement et à la nature illicite du résultat.

¹⁸⁸ Notamment en matière de vol (art. 311-1 du Code pénal) ou d'abus de confiance (art. 314-1 du Code pénal).

Section 1. Le critère de la conscience morale

67. Historiquement, la morale religieuse vient au premier plan des croyances individuelles saisies par le droit pénal. A partir de la Révolution de 1789, le droit séculier s'est construit en opposition au droit canon. Le législateur a progressivement assuré l'émancipation du droit pénal par rapport aux préceptes de l'Eglise, mouvement dont la loi de séparation des églises et de l'Etat de 1905 est emblématique. Ainsi, dans le droit pénal postrévolutionnaire, les croyances religieuses de l'individu ne peuvent pas constituer une cause de justification des infractions qu'il aurait commises.

68. Cependant la conscience morale peut encore concerner les convictions éthiques (du professionnel) ou philosophiques de l'individu. Elles renvoient l'intéressé à son enfance, son éducation, ses lectures, comme à autant de sources ayant façonné la délimitation qu'il opère entre le bien et le mal. Cependant au même titre que les croyances religieuses, ces autres convictions individuelles ne peuvent fournir sa matière au *discernement* sans affaiblir le droit pénal. Chacun pourrait exciper de sa bonne foi pour justifier l'infraction qu'il a commise. Il faut envisager l'ensemble des déclinaisons du critère de la conscience morale (§ 1) pour expliquer son rejet (§ 2).

§ 1. Les déclinaisons du critère

69. Au sortir de la Révolution, le droit de l'Eglise exerce une influence certaine sur le droit séculier. Ainsi les premières codifications pénales (de 1791 et 1810) reposent sur une définition morale des conditions de la faute. En témoigne la division doctrinale de l'infraction en deux éléments : un élément *matériel* et, pour ce qui tient à la faute, un élément *moral*, tous deux indispensables à l'imputation d'une peine. Cette définition du substrat de la faute pénale, d'inspiration canonique, explique qu'état de minorité et état de démence aient été réunis au sein des *causes de non-imputabilité*. Ces deux critères étaient censés qualifier l'absence de conscience morale du mineur ou du malade mental (sa « folie morale »).

70. L'influence de la morale chrétienne sur la définition de l'imputabilité fut telle que certains auteurs établirent une catégorie d'infraction à part : celle des « infractions matérielles ». Il s'agissait justement d'infractions qui ne blessaient pas la morale chrétienne et qui, pour cette raison, présentaient une moindre importance dans l'échelle des peines : les contraventions pénales et certains délits « artificiels ». Ainsi la définition

morale du discernement se décline sous deux formes : le recours au critère de l'imputabilité, réplique séculière du libre-arbitre de droit canon (A) et la reconnaissance doctrinale des « infractions matérielles » (B).

A. L'imputabilité, réplique séculière du libre arbitre

71. Jusqu'à présent, l'imputabilité constitue un critère abscons dans la définition du périmètre de la responsabilité pénale, ainsi que le poncif de son insaisissabilité le révèle¹⁸⁹. Son sens ne peut pas être compris sans quelque recul historique. Il faut en retracer les origines (1) afin d'apprécier le sens à lui conférer (2).

1. Les origines du critère de l'imputabilité

72. Originellement, ce critère a été élaboré sur le modèle du libre-arbitre. En droit canon, est imputable celui qui sait que son acte est contraire aux canons de l'Eglise. Sous sa forme laïcisée, l'imputabilité désigne l'état de l'individu qui n'ignore pas la distinction du bien et du mal ou « connaissance de la nature répréhensible de ses actes ». L'imputabilité constitue la copie séculière de la condition du libre-arbitre, indispensable à la qualification de la faute de l'hérétique en droit canon, lequel l'avait lui-même emprunté au droit romain.

73. En droit romain, les qualités juridiques d'un individu sont indifférentes. Ce droit ne reconnaît pas à l'individu la titulature de prérogatives opposables à autrui : il ne connaît que des rapports de groupe à groupe. L'individu appartient à la Cité et, en son sein, il relève du champ normatif de la *domus*¹⁹⁰. Le conflit qui oppose deux individus se résout d'abord par l'identification de leur groupe d'appartenance, ce que le droit romain

¹⁸⁹ C. MARGAINE, *La capacité pénale*, thèse Bordeaux IV, 2011, p. 151, n° 217 ; R. OTTENHOF, « Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal », *APD* 2000, t. 22, Paris, Pédone, Centre de Recherches de Politique Criminelle, p. 72 : « le concept d'imputabilité constitue l'un des concepts les plus flous et les plus controversés du droit pénal français » ; P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 2, évoque « la spiritualisation du droit » ; A. BOULAICH, *Etude sur la capacité pénale dans la doctrine contemporaine*, thèse Toulouse, 1986, p. 122 et s., qui fait écho aux propos du professeur P. JOURDAIN ; A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, n° 27 ; G. LEVASSEUR, « L'imputabilité des infractions en droit français », *RDPC* 1968-1969, spéc. p. 388 ; J. COUPERET, *Essai sur l'imputation*, thèse Toulouse, 1967, p. 40-41, qui définit l'imputabilité ou « imputation psychologique » comme un « rapport de convenance entre un acte matériel et une conscience ». En médecine, la notion a parfois été adoptée telle quelle, voir notamment H. RISER, *L'expertise neuropsychiatrique devant les juridictions criminelles*, thèse Toulouse, LGDJ, 1956, p. 18, évoque les « anomalies psychiques en tant que cause de non-imputabilité », avant de traiter dans une sous partie des « causes de non culpabilité ».

traduit par la notion de puissance (celle du père de famille notamment, comme celle dont le mineur est dépourvu). La notion de droit subjectif n'étant pas soluble dans le droit romain¹⁹¹, il n'y a jamais été question d'*imputabilité*. A la différence des systèmes juridiques ayant accompli la « subjectivation du droit », les prérogatives d'un individu dépendent de la « puissance » de son groupe d'appartenance¹⁹². Dès lors, il apparaît cohérent d'envisager sa faute en rapport à son *état* de soumission à un ordre transcendantal pour établir sa responsabilité¹⁹³ : à la cité ou, au plus bas niveau, à une puissance domestique. *Il est donc toujours question d'imputation d'une peine et non d'imputabilité de l'auteur d'une infraction*¹⁹⁴. Le mot *imputatio*, connu bien avant celui d'irresponsabilité, apparaît avec ce sens dans deux textes du Digeste rédigés par Paul¹⁹⁵.

74. Le droit canon partage la même part de mysticisme que le droit romain : tous deux postulent l'existence de puissances divines qui régissent l'ordre du monde. En revanche les Pères de l'Eglise, à l'instar de Saint Augustin, ont quelque peu modifié le sens de la notion romaine d'imputation pour l'adapter à la psychologie individuelle. Le terme « imputation » y désigne encore les conditions indispensables à la commission d'une faute pénale. Cependant *la responsabilité s'y trouve redéfinie autour des qualités de l'individu*. Le péché et la concupiscence des passions établissent la culpabilité de celui qui est l'hôte de pensées impies. Le droit canon a exercé une forte influence sur la définition de la faute pénale séculière. En effet dès le XII^e et jusqu'à la Révolution française de 1789, il existe en France deux ordres de juridictions dont l'un survivra à l'autre¹⁹⁶ : l'ordre juridique religieux reposant sur les règles du droit canon et l'ordre

¹⁹⁰ A. DAVIDOVITCH, L. GERNET, J. P. LEON, V. V. STANCIU, *Année sociologique* 1951, PUF, p. 368. La *domus* est envisagée comme une sphère juridique interne à la cité, ce qui n'est pas sans rappeler la définition du droit selon Aristote, pour qui le *dikaion politikon* ne doit pas s'étendre aux relations familiales.

¹⁹¹ M. VILLEY, *op. cit.*, p. 83.

¹⁹² Par conséquent elle diffère suivant qu'il est homme libre ou esclave, lequel est comme l'enfant rattaché à une *domus* dépendant de l'autorité du *pater familias*.

¹⁹³ Le droit romain ne connaît pas le terme responsabilité, il l'exprime à l'aide de termes tels que *religio*, *auctoritas*, *officium* ; parfois par le mot *culpa*, *recepta* (s'agissant de prendre – *recipere* – la responsabilité juridique d'un acte ou d'une opération, d'assumer la responsabilité d'une chose dont on a la garde ou d'une fonction qui vous a été confiée) ou encore *jubere* (par le *jussum*, le père peut se considérer responsable des dettes de son fils). Cf. M. LEVY-BRUHL, *Cours de Pandectes*, *op. cit.*, p. 22-23, et ses propos sur la notion de « responsabilité » p. 24. Voir également M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot « responsable », *APD*, t. 22, *La responsabilité*, Sirey, 1977, p. 45.

¹⁹⁴ Dans le même sens, M. VILLEY conclut qu'il ne peut exister de droits subjectifs dans les droits antiques. Cette notion serait apparue au XV^e siècle chez Guillaume d'Occam. Cf. M. VILLEY, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969, p. 140 et s.

¹⁹⁵ PAUL, 20, 5, 9, *pr.* ; 49, 16, 14, 1.

¹⁹⁶ M. MATHIEU, « Le privilège du for en matière criminelle en France à la fin du Moyen-Âge (XIV^e-XV^e siècles), *Justice pénale et droit des clercs en Europe XVI^e-XVIII^e siècles*, B. DURAND (dir.), Histoire de la justice, 2005, p. 27 et s. La compétence des cours ecclésiastiques atteint son apogée au XIII^e siècle. Elle était mieux organisée et hiérarchisée que les juridictions séculières. Le pouvoir royal a par la suite restreint le privilège du for de clergie. Il limite d'abord la compétence *rationae personae* (notamment avec les infractions d'hérésie et de lèse-majesté (p. 31), puis *rationae materiae* de l'Eglise. Le principe *non bis in idem* est utilisé comme argument pour justifier qu'une condamnation par l'Eglise n'est pas nécessaire une fois que la juridiction séculière s'est prononcée, alors que cette règle justifiait le rapport de force inverse au XIII^e siècle.

séculier qui constitue la source du droit pénal laïc¹⁹⁷. Le droit des clercs ne s'applique qu'aux questions dites atemporelles ; le droit séculier règle les litiges temporels mais il se fonde sur une définition métaphysique du support de la faute qu'il emprunte au droit canon : le libre-arbitre.

75. La Révolution de 1789 n'aura pas totalement effacé l'influence de la morale chrétienne sur la définition de la culpabilité en droit séculier. Cette empreinte a persisté en droit pénal durant le temps des premières codifications. C'est pourquoi dans les codes pénaux successifs de 1791 et de 1810, le législateur ne fait aucune référence à la définition du support de la faute. La capacité de commettre une infraction, intentionnelle ou non intentionnelle, est conçue comme une aptitude morale à distinguer le bien du mal. Pour l'interprétation du droit positif en dehors des canons de l'Eglise, très critiqués par les philosophes des Lumières, il a fallu exprimer cette condition première à l'aide d'un critère formellement distinct du « libre-arbitre ». Ainsi le terme « imputabilité » est apparu en doctrine. Il a été construit à partir du verbe *putare* (compter) qui désigne le fait de mettre une action au compte de quelqu'un dans la doctrine canonique¹⁹⁸. Il s'agit d'une déviation de la notion antique d'*imputatio*. L'imputabilité a pour fonction d'exprimer la nécessité d'un fondement moral à la faute pénale. Il reformule sous une forme sécularisée le critère du libre-arbitre, sens qu'il présente encore depuis qu'il a été créé en doctrine.

2. Le sens du terme « imputabilité »

76. Le critère de l'imputabilité est une pure création doctrinale. Son émergence échoit principalement à l'œuvre des criminalistes qui ont souhaité traduire la nécessité d'un fondement moral à la faute pénale¹⁹⁹. Aussi aucune occurrence du terme *imputabilité* n'apparaît en jurisprudence ; la Chambre criminelle n'use que du terme *imputation*. Les premiers bulletins de la chambre criminelle contiennent à peine soixante-huit occurrences de cette racine, de Pluviôse an VII à Fructidor an XIII, dont seulement six visent

¹⁹⁷ E. GILARDEAU, *L'ordre public dans la jurisprudence civile d'après les arrêtistes (Bas Moyen Âge - XVIII^e siècle)*, thèse Paris XII, 2000, qui démontre l'importance des bonnes mœurs dans cette période qui se caractérise par le *pluralisme juridique*. Il va même jusqu'à attribuer à cette notion une véritable juridicité, supérieure à celle d'ordre public.

¹⁹⁸ J.-J. BURMALAQUI, *op. cit.*, p. 30 et s. L'auteur fait de nombreuses références à l'œuvre de Pufendorf (spéc. p. 228). Il attribue au terme « *imputer* » le même contenu que dans la doctrine ecclésiastique, si bien qu'il apparaît délicat de conclure à une véritable transposition de l'imputabilité en droit laïc. En ce sens pourtant voir P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 2. L'outil théorique a plus été transporté que transposé.

¹⁹⁹ Admis par les Encyclopédistes, ce terme était encore absent du dictionnaire de l'Académie au milieu du XIX^e siècle.

expressément l'« imputation »²⁰⁰. La Cour de cassation fait indifféremment référence au fait matériel²⁰¹, qualifié²⁰² et notamment au fait de complicité²⁰³, sa tentative²⁰⁴, ou encore au « crime »²⁰⁵ ou au « délit imputé »²⁰⁶. Nulles traces cependant, dans les anciens Bulletins de la Chambre criminelle, pas plus que dans ceux établis à ce jour, de sa désinence « imputabilité », à trois exceptions près, dont l'une concerne pour le surplus la responsabilité pénale des personnes morales²⁰⁷.

77. La première trace de l'*imputabilité* apparaît au XIX^e siècle chez Rossi. Elle correspond à la « *culpabilité générale* », par opposition aux « *culpabilités spéciales* » à chaque infraction²⁰⁸. Pour le publiciste, l'action imputable est produite par le « *concours de l'intelligence et de la libre volonté de l'agent* »²⁰⁹. La division qu'il opère mime parfaitement celle du droit antérieur à la Révolution de 1789, lorsque droit séculier et droit canon existaient concurremment. Elle pérennise donc le rôle de la conscience

²⁰⁰ Donnée acquise au terme d'une analyse du contenu de l'ensemble des Bulletins des arrêts de la Chambre criminelle, à ce jour disponible uniquement sous format papier.

²⁰¹ Crim., 16 Messidor an VIII, Bull. crim. n° 404, p. 211 ; Crim., 26 Ventôse an IX, Bull. crim. n° 137, p. 248 ; Crim., 29 Ventôse an IX, Bull. crim. n° 142, p. 256 ; Crim., 18 Floréal an X, Bull. crim. n° 181, p. 334 ; Crim., 29 Fructidor an X, Bull. crim. n° 248, p. 461 ; Crim., 12 Messidor an XI, Bull. crim. n° 170, p. 297 ; Crim., 3 Thermidor an XI, Bull. crim. n° 180, p. 315 ; Crim., 19 Brumaire an XII, Bull. crim. n° 16, p. 22 ; Crim., 12 Prairial an XII, Bull. crim. n° 142, p. 219 ; Crim., 16 Messidor an XII, Bull. crim. n° 167, p. 259.

²⁰² Crim., 9 Germinal an VII, Bull. crim. n° 329, p. 239 ; Crim., 3 Frimaire an VIII, Bull. crim. n° 138, p. 310 (les « propos imputés ») ; Crim., 23 Frimaire an VIII, Bull. crim. n° 169, p. 373 ; Crim., 15 Prairial an VIII, Bull. crim. n° 361, p. 132 ; Crim., 7 Frimaire an IX, Bull. crim. n° 63, p. 115 ; Crim., 6 Ventôse an IX, Bull. crim. n° 118, p. 216 ; Crim., 18 Messidor an IX, Bull. crim. n° 252, p. 449 ; Crim., 8 Ventôse an X, Bull. crim. n° 128, p. 236 ; Crim., 3 Messidor an XII, Bull. crim. n° 158, p. 244 ; Crim., 24 Frimaire an XIII, Bull. crim. n° 47, p. 74 ; Crim., 11 Pluviôse an XIII, Bull. crim. p. 116 ; Crim., 16 Ventôse an XIII, Bull. crim. n° 97, p. 176 ; Crim., 24 Messidor an XIII, Bull. crim. n° 155, p. 279.

²⁰³ Crim., 28 Vendémiaire an IX, Bull. crim. n° 27, p. 49 ; Crim., 17 Germinal an IX, Bull. crim. n° 147, p. 267.

²⁰⁴ Crim., 2 Pluviôse an VIII, Bull. crim. n° 219, p. 469.

²⁰⁵ Crim., 4 Brumaire an VIII, Bull. crim. n° 62, p. 145 ; Crim., 27 Floréal an XII, Bull. crim. n° 131, p. 198 ; Crim., 14 Thermidor an XII, Bull. crim. n° 190, p. 292.

²⁰⁶ Crim., 9 Germinal an VII, Bull. crim. n° 332, p. 247 ; Crim., 2 Prairial an VII, n° 412, Bull. crim. n° 412, p. 431 ; Crim., 21 Prairial an VII, Bull. crim. n° 447, p. 515 ; Crim., 1er Thermidor an VII, Bull. crim. n° 508, p. 113 ; Crim., 13 Brumaire an VIII, Bull. crim. n° 89, p. 204 ; Crim., 23 Frimaire an VIII, Bull. crim. n° 168, p. 371 ; Crim., 27 Frimaire an VIII, Bull. crim. n° 171, p. 377 ; Crim., 17 Germinal an IX, Bull. crim. n° 147, p. 267 ; Crim., 29 Ventôse an IX, Bull. crim. n° 142, p. 256 ; Crim., 6 Messidor an IX, Bull. crim. n° 233, p. 419 ; Crim., 18 Messidor an IX, Bull. crim. n° 252, p. 449 ; Crim., 27 Messidor an IX, Bull. crim. n° 265, p. 472 ; Crim., 16 Thermidor an IX, Bull. crim. n° 286, p. 507 ; Crim., 27 Messidor an IX, Bull. crim. n° 265, p. 472 ; Crim., 16 Thermidor an IX, Bull. crim. n° 286, p. 507 ; Crim., 17 Frimaire an X, Bull. crim. n° 65, p. 116 ; Crim., 15 Prairial an X, Bull. crim. n° 193, p. 352 ; Crim., 16 Vendémiaire an XI, Bull. crim. n° 4, p. 8 ; Crim., 5 Ventôse an XI, Bull. crim. n° 93, p. 164 (« *aucun délit ou contravention ne lui ayant été imputé personnellement* ») ; Crim., 4 Messidor an XI, Bull. crim. n° 168, p. 291 ; Crim., 2 Frimaire an XII, Bull. crim. n° 16, p. 22 ; Crim., 10 Frimaire an XII, Bull. crim. n° 32, p. 46 ; Crim., 17 Frimaire an XII, Bull. crim. n° 42, p. 64 ; Crim., 30 Frimaire an XII, Bull. crim. n° 46, p. 71 ; Crim., 22 Floréal an XII, Bull. crim. n° 130, p. 196 ; Crim., 28 Fructidor an XII, Bull. crim. n° 212, p. 328 ; Crim., 7 Nivôse an XIII, Bull. crim. p. 91 ; Crim., 14 Germinal an XIII, Bull. crim. n° 114, p. 207 ; Crim., 20 Prairial an XIII, Bull. crim. n° 149, p. 270.

²⁰⁷ La première occurrence du terme « imputabilité », en jurisprudence, date d'un arrêt de la Chambre criminelle du 10 décembre 1910, Bull. crim. n° 623, p. 1144 : « *en matière de contravention l'intention n'est pas une condition de l'imputabilité pénale* ». Par la suite, voir Crim., 22 juin 1976, n° 229, p. 597 : « *l'article 64 du Code pénal n'admet comme cause de non-imputabilité que la force majeure, et nullement l'obéissance que l'employé doit à celui qui l'emploie, et cet employé se rend complice des délits commis par son employeur lorsqu'il l'assiste dans les actes dont il peut apprécier le but et les conséquences coupables* » ; Crim., 17 décembre 2002, Bull. crim. n° 227, p. 832, au sujet de la responsabilité pénale des personnes morales, le terme apparaissant dans le résumé de l'arrêt, mais pas dans le contenu de la décision. Le glossaire fait apparaître ceci : « *Imputabilité du délit au maire et à son adjoint ayant pris l'initiative, préparé et mis le projet d'une telle délibération à l'ordre du jour de la réunion du conseil municipal* ».

²⁰⁸ M. P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Paris, éd. Sautet, 1829, t. 1, chap. X. L'auteur lui consacre le dernier chapitre du premier tome de son ouvrage. Il ne distingue cependant en rien cette notion de la culpabilité sur le fond, et déplace la discussion de la faute psychologique sur le terrain de « *la culpabilité spéciale* ».

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 325.

morale dans la définition de la faute. Rossi distingue « *imputabilité morale* » et « *imputabilité politique* »²¹⁰. Il s'inspire certainement de Muyart de Vouglans qui, dans ses *Institutes*, déclare exister deux ordres pour la définition du crime : moral et politique. « *Au premier cas on l'appelle proprement Pêché, et au second, Crime, Forfait, Délit* »²¹¹. L'opinion concordante de Boitard²¹² dont, a-t-on pu écrire, « *l'esprit d'antagonisme se fait jour à chaque page de ses leçons de droit pénal* »²¹³, atteste d'un large consensus doctrinal sur la définition morale de l'imputabilité. Dans ses *Leçons sur les Codes pénal et d'instruction criminelle* il commente également l'article 64 du Code pénal à l'aide de cette notion²¹⁴. Chez Boitard comme chez ses pairs, l'imputabilité dépend de la condition d'intelligence²¹⁵, entendu comme « *une nullité complète des facultés morales* »²¹⁶.

78. Ortolan est le principal promoteur de la notion d'imputabilité. Il puise comme Pufendorf dans la théorie du droit naturel pour définir la faute. La culpabilité, susceptible de degrés, désigne pour lui les différents types de faute ; en revanche l'imputabilité, « *invariable*, » qui « *existe ou n'existe pas* », dépendrait des qualités « *immatérielles* » de l'agent pénal, de son aptitude à distinguer le bien du mal, quelle que soit l'infraction en présence²¹⁷. Ortolan consacre par conséquent la seconde partie de ses *Eléments de droit pénal* à la définition du sujet ou agent actif du délit, sous-intitulée « *Imputabilité, responsabilité, culpabilité* ». Sa définition des *facultés de l'âme* l'amène aux propos suivants : « *on peut dire que l'homme, considéré dans ses facultés psychologiques, est*

²¹⁰ *Ibid.*, p. 329.

²¹¹ P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel, ou principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique, et la jurisprudence du Royaume*, Paris, Chez Le Breton imprimeur, 1757, partie 1, chap. 1, p. 2. L'auteur ne traite alors que du second cas, l'autre relevant de la théologie chrétienne.

²¹² J.-E. BOITARD, *Leçons sur les Codes pénal et d'instruction criminelle*, Paris, Thorel, 3^e éd., 1844, p. 233, n° 174.

²¹³ A. de SARRAU de BOYNET, *Des excuses légales en droit pénal (article 65 du Code pénal)*, Bordeaux, Imprimerie centrale A. de Lanefranque, 1875, p. 361.

²¹⁴ J.-E. BOITARD, *op. cit.*, p. 225, n° 170 : « *à la condition d'intelligence exigée dans l'auteur du fait par la première partie de l'article 64, se rattachent les discussions fameuses soulevées sur la criminalité, sur la culpabilité des actes commis soit en état d'ivresse, soit en état de somnambulisme, soit enfin dans l'état qu'on appelle généralement état de monomanie. De même, à la question de liberté, se rattachent les cas de contrainte physique [et morale], et parmi ces derniers la question fort délicate et fort débattue de l'obéissance passive, c'est-à-dire de l'imputabilité morale et pénale des actes faits par un inférieur en obéissant à son supérieur* » ; voir également ses *Leçons de droit criminel*, Paris, Marchal et Billard, 13^e éd., 1889, n° 146 et s.

²¹⁵ J.-E. BOITARD, *op. cit.*, n° 170 et s., p. 225. Parmi les conditions irréductibles de l'imputabilité, il dénombre les conditions d'intelligence et de liberté de l'auteur (respectivement l'absence d'état de démence ou de contrainte) et l'exigence d'une volonté.

²¹⁶ A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, Paris, imprimerie Cosse, Marchal et Billard, 6^e éd., 1887, t. 1, n° 351 et s., où les auteurs fondent le droit de punir sur « *l'existence de la violation d'un devoir, (...) l'existence d'une infraction morale* ».

²¹⁷ J.-L.-E. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, t. 1, Plon, 5^e éd., 1886, p. 231. L'auteur appelle à ce que l'étude des « *facultés de l'âme* » de l'agent pénal soit « *éclairée d'une science spéciale, connue sous le nom de psychologie (...). Les criminalistes n'y ont pas assez recouru pour la solution de leurs problèmes. Ni les termes ni les idées qui ont cours généralement parmi eux à ce sujet n'offrent l'exactitude et la précision scientifiques désirables* ». En résumé et suivant un schéma de pensée inchangé à ce jour, « *les deux conditions pour qu'il y ait imputabilité ou responsabilité, soit en bien, soit en mal, sont donc que l'agent ait été : 1° cause première ou libre ; 2° cause éclairée sur le bien ou le mal moral de l'action* ».

tout en ces trois mots : sensibilité, intelligence, activité. Le criminaliste peut s'en tenir à cette analyse »²¹⁸, et c'est d'ailleurs ce qu'il fit.

79. Cet héritage conduit l'opinion doctrinale commune, au XX^e siècle, à définir l'imputabilité comme une « *capacité de fait, une aptitude psychologique* »²¹⁹, une « *constitution normale de la personnalité mentale et psychologique de l'auteur, une qualification du sujet lui-même sans référence à son acte délictueux* »²²⁰ ; autrement dit « *tandis que la culpabilité est l'élément moral de l'infraction, c'est-à-dire le rapport entre le sujet et sa conduite, l'imputabilité est un état, une qualification du sujet lui-même* »²²¹.

80. La dénotation morale de l'imputabilité devrait justifier la mise à l'écart de ce critère dans le droit pénal laïcisé du XXI^e siècle. Le problème est pourtant passablement ignoré en doctrine, y compris chez ceux qui interrogent l'ambiguïté du caractère moral de l'un des éléments de l'infraction²²², de même qu'en histoire du droit pénal²²³. C'est pourquoi d'une part, le critère d'imputabilité n'a fait l'objet d'aucun franc désaveu, et que d'autre part les tentatives de définition qui s'écartent de ce fondement moral sont demeurées imprécises. Dans la ligne doctrinale de Garraud, un auteur affirme par exemple qu'elle « *est associée à une causalité proprement humaine, cette causalité qui intéresse essentiellement la responsabilité et suppose une volonté à la source d'un acte qualifié crime par la société* »²²⁴. Ces tentatives de précision des conditions subjectives

²¹⁸ J.-L.-E. ORTOLAN, *ibid.*, p. 228.

²¹⁹ M. FRANCHIMONT, « Notules sur l'imputabilité. Les données du problème en droit pénal, en criminologie, en psychologie judiciaire et en politique criminelle », *RDPC* 1961/1962, n° 1, p. 344.

²²⁰ G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *Droit pénal général et criminologie*, Dalloz, 1957, n° 299, p. 229 ; également n° 308 : « *la détermination de la démence est une question de fait* ».

²²¹ B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 393 ; E. LEPOINTE, « De l'impunité à la non-punissabilité : A propos d'une tentative de destruction de la théorie des faits justificatifs », *D.* 1978, chr., p. 225, dont l'opinion n'est pas divergente malgré sa critique de la division quadripartite de l'élément moral.

²²² A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, thèse Lyon, 1980, LGDJ, 1982, n° 48, qui ne définit pas l'imputabilité autrement que ses prédécesseurs, comme la réunion des conditions d'intelligence et de liberté. Cet essai ne résout donc pas les contradictions qu'il soulève. S'agissant de l'imputabilité, l'auteur affirme qu'elle ne peut pas être psychologique car « *elle se rattache aux attributs qui confèrent à l'homme le monopole de la responsabilité pénale* » (n° 70). Mais étant donné qu'il y voit une condition d'intelligence (n° 71) dont il précise qu'elle éclot chez le mineur, il aurait logiquement dû démontrer ce en quoi cette intelligence humaine n'est pas psychologique. Outre que les critères qu'il emploie, empruntés à Garraud, brillent par le manque de clarté, la question reste entière de savoir si, selon lui, l'intelligence synonyme d'imputabilité est psychologique ou morale.

²²³ « *Toute cause d'imputabilité disparaît, lorsque le fait est commandé par la loi ou par l'autorité légitime* », A. ALLARD, *Histoire de la justice criminelle au XVI^e siècle*, Paris, éd. Gand, 1868, p. 317 ; J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, Droit fondamental, 2000, p. 24, qui évoque « *la moralité de l'acte humain et son imputabilité* » ; A. PORTEAU-BITKER et A. TALAZAC-LAURENT, « Une approche de la démence dans le droit pénal laïc des XIII^e et XIV^e siècles », *Mélanges J. Lelièvre, Instruction, éducation, administration*, PUF, 2000, p. 306 : « *la démence pose (...) au même titre que le jeune âge, et à un degré moindre le sexe, le problème de l'imputabilité* » ; et même pour le droit romain, A. DIAZ BIALET, « La imputabilidad penal en el Derecho Romano », *RSADR*, 1954, p. 13 et s.

²²⁴ P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, thèse Paris II, 1982, p. 74 ; A.-C. DANA, *op. cit.*, qui « définit » l'infraction comme une « *action humaine imputable* » ; Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 434, traite de la non-imputabilité comme d'une cause subjective d'irresponsabilité et affirme que « *le droit pénal est une réaction à des conduites humaines, et il n'est de désordre punissable que sous couvert d'imputabilité* ». Il précise plus loin que « *le discernement est essentiel à la responsabilité pénale, sauf à lui ôter toute connotation morale* » (n° 435, p. 502).

de l'imputation d'une peine, parfois obscures si l'on convient que l'imputabilité « *flotte au-dessus de l'acte* »²²⁵, parfois circulaires si l'imputabilité est l'état de celui qui est imputable²²⁶, alimentent un postulat enraciné dans la pensée juridique depuis la Révolution de 1789 : la définition de la faute en référence au droit naturel.

81. Sa dénotation morale se manifeste tout particulièrement avec la création des « infractions matérielles », celles qui seraient entièrement constituées par la seule réalisation de l'acte incriminé.

B. L'infraction matérielle

82. Certaines infractions non intentionnelles ont semblé n'être dotées d'aucun support moral. Il s'agissait précisément des actes de faible gravité au regard des canons de l'Eglise et qui semblent punissables du fait de leur seule commission matérielle : les contraventions et certains délits dits « matériels » ou « contraventionnels ». Formellement, le législateur opère une division tripartite des infractions à partir de la Révolution de 1789 mais, au fond, la distinction semble surtout bipartite pour les auteurs qui distinguent le « *grand criminel* » du « *petit criminel* »²²⁷. Au regard de la peine, il existerait substantiellement deux types d'infractions : celles qui sont sanctionnées d'une peine afflictive et infamante d'une part, et celles appelant une peine municipale ou correctionnelle d'autre part²²⁸.

83. Les « délits matériels » étaient ainsi nommés car ils relevaient de la seconde catégorie d'infractions. Il s'agissait de comportements traditionnellement contraventionnels, sanctionnés en droit administratif par le biais d'amendes, que le législateur a intégré au Code pénal ou auxquels il a attaché des peines délictuelles au fur et à mesure des codifications de 1791 et de 1810. Au fond, pour les auteurs qui révisent le tripartisme légal, ne sont graves que les infractions qui blessent la morale

²²⁵ R. OTTENHOF, « Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal », préc., p. 80.

²²⁶ N. STONESTREET, *La notion d'infraction pénale*, thèse Bordeaux, 2006, p. 215-216 : « *le comportement illicite est imputé moralement à condition qu'il soit imputable* », l'imputabilité constituant « *un état des capacités mentales de l'auteur des faits* » ; C. SAAS, *L'ajournement du prononcé de la peine. Césure et reconstitution du procès pénal*, Nouvelle bibliothèque des thèses, éd. Dalloz, 2004, p. 152, pose la question de l'appartenance de l'imputabilité à l'élément moral de l'infraction à l'instar de P. CONTE, *op. cit.*

²²⁷ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 410.

²²⁸ *Ibid.*, notant au sujet des secondes que « *le particularisme respectif de ces infractions n'est pas encore très apparent* ».

chrétienne²²⁹, si bien qu'il n'est pas nécessaire de regarder à l'immoralité de ce type particulier d'infraction²³⁰.

84. Au début du XX^e siècle, le fondement moral de la culpabilité apparaît en substance chez Garraud²³¹ et explicitement chez Chauveau et Hélie qui, parmi les premiers, évoquent l'existence d'infractions *matérielles* au sujet des contraventions²³². Cette opinion est également partagée par Edmond Villey qui, au terme d'une démonstration magistrale de la distinction de l'intention et de la bonne foi, adhère néanmoins à l'idée qu'il existe des infractions matérielles²³³. De là, l'incrimination de comportements qui n'appelaient aucun péché de la part du contrevenant donne l'impression qu'à côté du « vrai » droit pénal, il existerait un droit répressif « artificiel ».

85. Ces interprétations doctrinales n'ont rien d'illégitime. Le premier effort de codification s'appuyait implicitement sur la morale chrétienne pour qualifier une faute et répond donc avant tout à un souci de compilation exhaustive. D'après les travaux parlementaires²³⁴, l'article 1^{er} du Code pénal de 1810 qui divise les infractions en crime, délit et contravention n'avait pas vocation à en redéfinir la nature. Il avait vocation à les recenser et les sérier. Il s'agissait d'une « division d'ordre plus que de principe »²³⁵, permettant d'attribuer aux juridictions leur compétence. En déclinant les infractions de

²²⁹ V. MOLINIER, *Programme du cours de droit criminel*, Imprimerie de Bonnal et Gibrac, 1^{ère} partie, 1851, p. 3 : « le droit se divise en droit naturel et droit positif (...). Le droit naturel est antérieur et supérieur aux lois positive ; il exprime la pensée de Dieu lors de la création » ; P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 3, 5^e éd., 1826, v^o Démence, p. 511 : « l'instinct éclaire l'homme sur ce qui est nécessaire à son bonheur ; la morale l'éclaire sur ce qui est nécessaire au bonheur des autres ; les lois l'éclairent sur l'ordre et sur la soumission civile : la réunion de toutes ces lumières différentes forme ce qu'on appelle la raison, cette faculté précieuse dont l'Être-Suprême a pourvu les hommes pour connaître la vérité ».

²³⁰ L'Instruction du 29 septembre 1791 précise que les jurés statueront sur « la moralité du fait (...), c'est-à-dire les circonstances de volonté, de provocation, d'intention, de préméditation, qu'il est nécessaire de connaître pour savoir à quel point le fait est coupable ». Quant aux autres infractions, une loi du 19-22 juillet 1791 sur l'organisation d'une police municipale et correctionnelle attribue compétence générale au juge correctionnel pour statuer sur « l'intention ».

²³¹ R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, Sirey, 11^e éd., 1912, n^o 41 : « l'infraction, considérée dans sa moralité, c'est-à-dire au point de vue subjectif de l'agent, suppose toujours la mise en œuvre du discernement et de la volonté : il faut que l'agent ait pu comprendre ce qu'il faisait et qu'il ait voulu le faire. La réunion de ces deux conditions est la base essentielle et générale de la culpabilité. Mais en étudiant les dispositions du Code pénal, et les actions punissables qu'il prévoit, on remarque que, parmi les infractions, les unes prennent leur criminalité morale dans l'intention de l'agent ; les autres se constituent, malgré la bonne foi de celui-ci, par la simple contravention aux prohibitions ou aux prescriptions légales. Les premières rentrent dans l'exercice du pouvoir pénal de l'Etat ; les secondes, dans l'exercice de son pouvoir de police ; et le caractère qui sépare l'exercice de ces pouvoirs, c'est que le pouvoir pénal ne peut frapper que des faits immoraux et socialement nuisibles ».

²³² A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit.*, t. 4, p. 30. D'après ces auteurs, il n'existe qu'une seule division, celle qui dissocie les actions moralement blâmables (les crimes et délits) des infractions matérielles qui existent par le seul fait de la perpétration ou de l'omission (les contraventions) : « voilà la division la plus naturelle ». L'opinion est présente dès les premières éditions de l'ouvrage et n'a pas décliné en puissance. Cf. A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit.*, 3^e éd., 1852, t. 1, p. 121-122 : « l'infraction du ban n'est point un délit moral ; c'est une contravention purement matérielle ; le seul fait de la présence du condamné sur le territoire la consomme ».

²³³ E. VILLEY, « De l'intention, de l'ignorance, de l'erreur et de la bonne foi en matière pénale », *La France judiciaire* 1876, t. 1, p. 315 : « il y a dans le Code pénal lui-même, un certain nombre de délits qui se constituent par le seul fait matériel, abstraction faite de l'intention ».

²³⁴ Séance du 9 avril 1834, Chambre des pairs, discussion de la loi sur les associations, *Journal du Droit criminel* 1834, p. 143.

²³⁵ A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit.*, t. 4, p. 29.

manière tripartite, le législateur de 1810 n'avait entendu attacher aucune définition scientifique aux termes employés²³⁶.

86. De fait, la première codification révolutionnaire, assurée par la loi des 25 septembre et 6 octobre 1791, ne contenait que l'équivalent des infractions gravissimes au regard du droit canon. Les infractions aux règles de la police municipale et correctionnelle (matières contraventionnelle et délictuelle), prévues par la loi des 19 et 22 juillet 1791, ne sont codifiées qu'ultérieurement dans un but de recensement complet des infractions. Elles furent intégrées au Code pénal de 1810, avant que la loi du 28 avril 1832 n'intègre celles relatives aux lois de police rurale et forestière dans le Code pénal de 1810. Les règles du droit forestier n'y furent pas fondues, en raison du caractère véniel de la faute qu'elles révélaient. Ce code contenait des règles qui étaient davantage indemnitaires, ce qui les rapprochait des sanctions fiscales et douanières²³⁷. La division des infractions entre celles qui blessent la morale et celles qui sont « naturellement » pénales avait d'ailleurs amené la Cour de cassation à décider de ne pas étendre les règles du droit pénal général à des infractions qui n'y étaient pas contenues²³⁸. Puis, le rattachement des autres « lois pénales spéciales », celles qui correspondent au champ des lois de police administrative générale (touchant à la santé, l'environnement, l'alimentation, les transports) est assuré par l'article 471, 15° du Code pénal – il vise les contraventions « *aux règlements légalement faits par l'autorité administrative* ».

87. Ces « *délits-matériels* » ont longtemps laissé la doctrine dans l'embarras le plus total²³⁹, en France comme à l'étranger²⁴⁰. Certains auteurs ont vainement recherché la spécificité de ces infractions dans le taux de la peine ou la nature de l'interdiction²⁴¹. L'argument du taux pénal contredit directement la détermination légale de la nature des infractions à partir de 1810. Elles sont contraventionnelles, délictuelles ou criminelles en fonction du taux que la loi leur attache. La justification fondée sur l'objet de

²³⁶ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 1898, 2^e éd., p. 176, n° 95.

²³⁷ J.-H. ROBERT, « Le livre V du Code pénal : du désir au rejet », *Peine, dangerosité, quelles certitudes ?*, Dalloz, 2010, p. 15 et s., spéc. p. 17.

²³⁸ La Cour de cassation a d'abord opiné faveur d'une application restrictive de l'article 66 aux infractions contenues dans le Code pénal, s'agissant surtout d'infractions en matière de douanes et de délits de chasse. Cf. Crim., 15 avril 1819, *S.* 1819, 1, p. 311 ; Crim., 28 novembre 1833, *Bull. crim.* vol. 2, p. 135. Cette jurisprudence se justifie par l'absence de mention des contraventions au sein de l'article 66 du Code pénal. L'argument était illégitime eu égard à la nature pénale des sanctions fulminées par ces textes. Elle opéra donc un revirement par la décision du 20 mars 1841, *S.* 1841, 1, p. 463, confirmé par Crim., 19 décembre 1856, *Bull. crim.* n° 402, p. 635.

²³⁹ J.-P. MARTY, « Les délits matériels », *RSC* 1982, p. 41, qui en donne une lecture quasi exhaustive ; l'exposé est plus bref chez J. SALVAIRE, « Délits, contraventions, délits-contraventions... », préc., mais l'auteur cerne le même problème de rattachement de ces infractions au droit pénal ; pour une tentative d'explication par le recours à la présomption, voir P. MERLE, *Les présomptions légales en droit pénal*, LGDJ, 1970, p. 112 et s.

²⁴⁰ Cf. J. VERHAEGEN, « Faute pénale et faute civile », *APD*, t. 28, *Philosophie pénale*, Sirey, 1983, p. 17, spéc. p. 21.

l'incrimination relevait davantage du constat que de l'analyse : historiquement, la plupart des délits contraventionnels correspondaient à des infractions de pêche ou de chasse. La reconnaissance de cette catégorie d'infractions est issue d'une imbrication réciproque de critères issus du droit naturel et du droit séculier. Il apparaît donc que la catégorie des *contraventions et délits matériels* résultent d'une dénotation morale – au sens de morale chrétienne – de la faute pénale. Le critère de la conscience morale soulève pourtant de sérieuses contradictions au sein du droit positif.

§ 2. *Le rejet du critère*

88. Si le discernement de l'individu correspond à sa conscience morale, il faut en tirer une conséquence directe : celui qui agit conformément à sa morale religieuse ou, plus généralement, à ses convictions philosophiques ne peut avoir commis aucune faute.

89. Cependant accorder des effets juridiques à ce critère revient à élever l'expression d'une volonté individuelle au-delà de l'expression de la volonté générale. La punition de l'individu serait conditionnée par l'inadéquation de l'acte à sa propre moralité. Chaque individu devrait alors être traité différemment dans une situation donnée en fonction de ses croyances intimes. Seules les valeurs qui sont reconnues par l'individu auraient vocation à le lier ou le délier de ses devoirs de citoyens. En conférant des effets aux convictions psychologiques de l'individu, le droit pénal annihilerait toute ambition de défendre des croyances reconnues légalement au profit de celles que chaque individu tient pour éminentes. Afin d'étayer ces propos, la justification du rejet de ce critère (A) précèdera les manifestations de son rejet (B).

A. La justification du rejet : l'atteinte au principe d'égalité devant la loi pénale

90. L'appréciation individuelle du discernement conduit à justifier l'acte pénal par l'idée que s'en fait son auteur. Son mobile d'action, défini comme une « *motivation psychologique lors de la commission d'un fait pénal* »²⁴², deviendrait alors facteur

²⁴¹ A. LEGAL, « La responsabilité sans faute », préc., qui voit dans le caractère de police le critère des contraventions ; F. CHABAS, « La notion de contravention », préc. ; J. SALVAIRE, art. préc.

²⁴² P.-E. TROUSSE, « Le mobile justificatif », *RDPC* 1962-1963, p. 418 où il définit le mobile comme « *l'intérêt personnel à agir de l'auteur de l'infraction, la cause psychologique particulière qui a déterminé son acte* ». Cette définition peut être admise, sous cette réserve qu'elle confond la qualité de personne et celle d'individu. L'auteur estime que le mobile explique

d'irresponsabilité. Individuel, le discernement mettrait l'auteur des faits face à sa conscience morale²⁴³. Cette solution serait d'abord inconstitutionnelle étant donné qu'elle porterait atteinte à l'égalité des citoyens devant la loi (1). Elle serait ensuite en contradiction avec les dispositions légales qui répriment justement ce mobile psychologique lorsqu'il accompagne la commission d'une infraction (2).

1. La constitutionnalité du principe d'égalité des citoyens devant la loi

91. Conformément au principe de souveraineté nationale²⁴⁴, l'obéissance des citoyens à la loi devrait être d'autant plus effective qu'ils l'ont décidé pour eux-mêmes, par l'intermédiaire de leurs représentants. Aussi, le droit pénal nourrirait sa propre contradiction en acceptant de justifier une infraction en raison des mobiles, quand bien même sincères, de celui qu'il entend assujettir à l'interdiction déposée dans la loi. Conférer un effet justificatif aux convictions religieuses ou philosophiques d'un individu contrarierait les fondements même de la République.

92. Cette solution porterait notamment atteinte au sacro-saint principe d'égalité devant la loi, prévu notamment au fronton de la Déclaration des droits de l'homme de 1789²⁴⁵. Les convictions individuelles seraient si nombreuses et variées qu'elles s'opposeraient constamment les unes aux autres. Un système qui justifierait la commission d'infractions grâce à la conscience morale de son auteur plongerait la société dans l'anarchie des valeurs. Pour ne pas tomber dans ce travers, il faudrait plutôt que d'arbitrer entre les croyances de chacun les avaliser toutes. En s'interdisant d'interdire, sur le fondement du respect des croyances morales de l'individu, le droit pénal pêcherait par excès de laxisme, en reniant son fondement légal : la volonté du peuple qu'il lui appartient de faire respecter²⁴⁶. La catéchèse juridique impose donc de ne favoriser aucune croyance individuelle afin de les respecter toutes. La conviction religieuse d'un individu est légitime dans le cadre privé mais ô combien néfaste dès lors qu'elle s'avance sur la scène publique. Les préceptes de sa religion risqueraient nécessairement d'entrer

l'effet justificatif bien mieux que l'état de nécessité (p. 426-427) ; comp. P. FORIERS, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruylant-Sirey, 1951.

²⁴³ Pour un exemple de ce postulat, voir E. DE GREEFF, « La notion de responsabilité en anthropologie criminelle », *RDPC* 1931, p. 445.

²⁴⁴ Art. 2, al. 5 de la Constitution.

²⁴⁵ Art. 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ». Voir également *infra*, n° 102.

en conflit avec celle d'un autre. En conséquence, le droit pénal relègue les croyances religieuses au rang de motif d'action insusceptible d'influencer la qualification d'une infraction.

93. L'indifférence du droit pénal aux mobiles religieux est apparue sporadiquement dans un premier temps. Le Code pénal de 1791, de même qu'à sa suite celui de 1810, n'envisagent plus la répression de l'outrage à la divinité et marquent la suppression définitive de l'infraction de blasphème. La loi du 20 avril 1825 (« loi du sacrilège ») qui punissait de mort « *la profanation de vases sacrés et des hosties consacrées* » avec haine ou mépris de la religion est abolie par celle du 11 octobre 1830. A partir de cette date, les délits religieux disparaissent du droit pénal, en dépit d'une tentative de résurrection dans la loi sur la presse de 1881 qui souhaitait y insérer des délits d'opinion²⁴⁷. L'indifférence du droit à la morale religieuse est également posée à l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905. Il dispose que « *la République ne reconnaît, ne salarie, ni ne subventionne aucun culte* » et, d'après son article 9, « *la République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées dans l'ordre public* »²⁴⁸. De même, la loi du 29 juillet 1881 ne comportait aucune disposition relative à la protection de la liberté de conviction religieuse. Puis le décret-loi Marchandreau du 21 avril 1939, adopté dans un contexte d'émergence des idées aryennes en Allemagne, y fait référence mais la place au même rang d'importance que d'autres facteurs individuels. Il réaffirme l'attachement de la France aux principes Républicains d'indifférence à l'origine, la race ou la religion d'autrui²⁴⁹.

²⁴⁶ Art. 10 de la Déclaration préc. : « *nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi* ».

²⁴⁷ B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, thèse Paris II, 1991, p. 366 ; voir également L. TEILLOT, *Religion et droit pénal*, thèse Paris II, 2002, p. 58 ; et E. MICHELET, « Religion et droit pénal », *Mélanges P. RAYNAUD*, 1985, p. 475 et s. Sur les rapports de la religion et du droit pénal, voir également J. PRADEL, « La religion face au droit criminel », *Mélanges A. CHAVANNE*, Litec, 1990, p. 149 et s. ; du même auteur, « L'appréhension du fait religieux par le juge pénal », *Rev. pénit.* 2009, p. 83 et s. ; J. CONTE, « Les limites de la liberté d'expression face aux convictions religieuses dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. pénit.* 2012, p. 879 et s. ; Et pour la distinction de la liberté de conscience et du prosélytisme intellectuel quant à lui prohibé, la thèse de F. SAFI, *Le prosélytisme en droit pénal*, thèse Paris II, 2012 (à paraître chez LGDJ, 2014).

²⁴⁸ J. RIVERO, « La notion juridique de laïcité », *D.* 1949, chr. p. 137.

²⁴⁹ Son article premier modifie l'article 32 de la loi de 1881, libellé ainsi : « *la diffamation commise par les mêmes moyens envers un groupe de personnes non désignées par l'article 31 de la présente loi, mais qui appartient, par leur origine, à une race ou à une religion déterminée, sera punie d'un emprisonnement (...) lorsqu'elle aura eu pour but d'exciter à la haine entre les citoyens et les habitants* ». Cette disposition fut abrogée durant l'occupation par le décret du 27 août 1940. Il fallut attendre la loi du 1^{er} juillet 1972 relative à lutte contre le racisme, votée à l'unanimité par les deux chambres du Parlement, pour qu'une modification du droit pénal de la presse intervienne. L'article 1^{er} de la loi de 1972 ajoute à l'article 24 de la loi de 1881 un cinquième alinéa qui institue l'infraction de provocation à la haine raciale. L'appartenance ou non appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion y devient un mobile de l'action répréhensible (provocations commises « *à raison de...* »), si bien qu'il devient indifférent que la victime appartienne effectivement au groupe identifié (« *appartenance ou non appartenance* »)

94. L'indifférence du droit aux mobiles religieux devient générale avec la promulgation de la Constitution du 4 octobre 1958, dont l'article premier établit le principe de laïcité républicaine²⁵⁰. Il s'agit du corollaire du principe d'égalité des citoyens devant la loi, qui veut que la justice ne regarde pas aux opinions notamment religieuses des citoyens. Le principe d'égalité a valeur constitutionnelle depuis qu'il a été reconnu – implicitement – par la décision dite *Liberté d'association* du 16 janvier 1971²⁵¹. Il est également prévu dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (al. 1^{er}), et se s'induit des articles 9 (qui protège également la liberté de pensée, de conscience et de religion) et 14 (prohibition des discriminations) de la Convention européenne des droits de l'homme. Il implique une égalité de traitement devant la loi pénale à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²⁵². La valeur constitutionnelle du principe de légalité a donc logiquement été reconnue sur ce fondement par une décision du 27 décembre 1973²⁵³. Il est inscrit à l'article 111-3 du Code pénal.

95. Il appartient au législateur de définir les comportements qu'il estime pénalement répréhensibles²⁵⁴ et de leur attribuer une « valeur » pénale. Le Conseil constitutionnel ne peut substituer son appréciation à celle du législateur, représentant l'expression de la volonté générale, il opère donc un contrôle restreint sur l'appréciation de la nécessité de la peine attachée au comportement fulminé par la loi²⁵⁵. Néanmoins, sur le fondement de l'identification légale d'un même fait pénal, ni le juge ni le législateur ne peuvent adresser à ce comportement des sanctions différentes. Le législateur s'y trouve astreint au moyen de l'exigence de clarté et de précision de la loi pénale²⁵⁶ qui fait obstacle à la

²⁵⁰ Art. 1^{er} : « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances ».

²⁵¹ Cons. const., décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, JO du 18 juillet 1971, p. 7114.

²⁵² Art. 6 : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

²⁵³ Cons. const., décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, JO du 28 décembre 1973, p. 14004, consid. 2.

²⁵⁴ Notamment Cons. const., décision n° 2010-612 DC du 5 août 2010, JO du 10 août 2010, p.14682, texte n°3, consid. 6 : « le principe d'égalité devant la loi pénale, tel qu'il résulte de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne fait pas obstacle à ce qu'une différenciation soit opérée par la loi pénale entre agissements de nature différente ».

²⁵⁵ « En vertu de l'article 8 de la Déclaration de 1789, la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. Le principe de proportionnalité qui en découle implique que, lorsque plusieurs dispositions pénales sont susceptibles de fonder la condamnation d'un seul et même fait, les sanctions subies ne peuvent excéder le maximum légal le plus élevé », Cons. const., décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, JO du 18 janvier 2002, p. 1053, consid. 85), voir également Cons. const., décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, JO du 22 janvier 1981, p. 308, consid. 13.

²⁵⁶ « Aux termes de l'article 8 de la Déclaration de 1789, nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ; il en résulte la nécessité pour le législateur de définir les infractions en terme suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire », Cons. const., décision du 20 janvier 1981, préc., consid. 7 ; Cons. const., décision n° 84-176 DC du 25 juillet 1984, JO du 28 juillet 1984, p. 2492, consid. 6 à 8 ; Cons. const., décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985, JO du 20 janvier 1985, p. 820, consid. 11 et 12 ; Cons. const., décision n° 86-213 DC du 3 septembre 1986, JO du 5 septembre 1986, p. 10786, consid. 6.

double incrimination matérielle. Il ne peut punir deux fois le même fait sous des qualifications pénales différentes sans porter atteinte au principe de légalité criminelle. Le juge s'y trouve pour sa part tenu au titre de l'interprétation restrictive de la loi pénale (art. 111-4 du Code pénal).

96. En somme, l'égalité devant la loi pénale implique d'appliquer une peine identique à tous ceux qui se trouvent dans une même situation²⁵⁷, indépendamment de leurs convictions religieuses. Ce principe constitutionnel se décline sous la forme du principe de *légalité criminelle*, d'après lequel nul ne peut être puni que pour un fait incriminé préalablement à sa commission. Il est au fondement du recours à l'abstraction juridique qui permet d'intégrer l'incommensurable diversité des situations matérielles dans des catégories légales. Il est donc logique de retrouver dans le contenu de la loi les marques du rejet des critères moraux, notamment à l'égard des mobiles religieux.

97. Le législateur va même plus loin et élève parfois cette conviction individuelle au rang d'élément constitutif de l'infraction.

2. *L'incrimination du mobile religieux*

98. Le mobile religieux constitue notamment un élément constitutif des infractions de génocide²⁵⁸ ou de crime contre l'humanité²⁵⁹, au même titre que tous autres mobiles d'ordre psychologique, que sont les « *motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste* ». L'incapacité du mobile religieux à justifier l'infraction se manifeste encore avec éclat à l'article 433-21 du Code pénal qui punit de peine délictuelle le ministre du culte qui aurait célébré un mariage avant de recevoir l'acte civil établissant son existence²⁶⁰.

²⁵⁷ Ce principe « *ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* », cf. Cons. const., décision n° 2009-578 DC du 18 mars 2009, JO du 27 mars 2009, p. 5445, consid. 19 ; également, QPC 2010-3 du 28 mai 2010, JO du 29 mai 2010, p. 9730, consid. 3. De manière analogue, « *le principe d'égalité devant la loi (...) implique qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables. Il ne fait pas obstacle à ce que des situations différentes fassent l'objet de solutions différentes* », cf. Cons. const., décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, JO du 13 juillet 1979, consid. 4 ; Cons. Const., décision n° 79-112 DC du 9 janvier 1980, JO du 11 janvier 1980, p. 85, consid. 3.

²⁵⁸ Art. 211-1 du Code pénal.

²⁵⁹ Art. 212-1, 8° du Code pénal.

²⁶⁰ « *Tout ministre d'un culte qui procédera, de manière habituelle, aux cérémonies religieuses de mariage sans que ne lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil sera puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende* ».

99. Par-delà ces incriminations éparées, par principe, cette conviction morale constitue un élément de culpabilité satellitaire : celui qui justifie l'aggravation de l'infraction. Il est de même nature que l'ensemble des autres convictions individuelles. Les articles 132-76 et 132-77 du Code pénal visent respectivement l'infraction commise *à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ou *à raison de l'orientation sexuelle vraie ou supposée de la victime*. Il importe alors peu que cette conviction soit fondée (« réelle ou supposée) dès lors qu'elle a impulsé la commission du fait incriminé.

100. En théorie, il n'apparaît donc pas légitime de fonder la faute sur la conscience morale. Le critère de la moralité individuelle contrevient directement aux principes constitutionnels d'égalité des citoyens devant la loi pénale et de légalité des délits et des peines. La jurisprudence offre de nombreuses manifestations du rejet du critère de la conscience morale.

B. Les manifestations du rejet

101. La Chambre criminelle a toujours pris grand soin de ne jamais accorder d'effets aux convictions morales d'un individu. Le rejet du critère de la conscience morale se manifeste à l'égard des convictions religieuses (1) et philosophiques (2).

1. Les manifestations à l'égard des convictions religieuses

102. A l'égard des *convictions religieuses*, au stade de l'instruction, la Chambre criminelle décide que celles du prévenu ne peuvent pas faire obstacle à son renvoi devant une juridiction de jugement pour des actes de tortures et de barbarie infligés pour réaliser un désenvoûtement²⁶¹, de même qu'au sujet des violences par ablation du clitoris (art. 312-3 du Code pénal)²⁶². La Chambre criminelle juge que la provocation à la violence,

²⁶¹ Crim., 3 septembre 1996, inédit, n° de pourvoi : 96-82633. D'après les faits de l'arrêt, l'imam avait contraint la victime à boire plus de cinq litres d'eau salée et avait effectué des actes de strangulation, ainsi que flagellé la victime avec des bambous à la base des pieds. L'autopsie démontrera que ces actes, poursuivis sur une durée de cinq heures, ont causé le décès.

²⁶² Crim., 20 août 1983, préc. ; Crim., 22 avril 1986, Bull. crim. n° 136, p. 346 ; comp. F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, vol. 89, 2009, n° 153, p. 174. Pour aller plus loin, sur l'ancienneté historique de cette pratique, voir M. ERLICH, « Notion de mutilation sexuelle », *Droit et cultures*, 1990, n° 20, p. 151 ; également V. FORTIER, « L'excision : quelle réponse pénale ? », *Archives de politique criminelle* 1999, n° 21, p. 42 ; dans le même sens L. TEILLOT, *op. cit.*, p. 31-32.

sous le couvert d'une interprétation du Coran, n'empêche pas la caractérisation de la culpabilité²⁶³. Cette décision, rendue notamment au visa de l'article 111-4 du Code pénal, s'appuie sur la conviction religieuse qui était celle de l'imam. Elle décide que les propos tenus librement constituent une provocation à la violence lorsqu'ils consistent à autoriser des hommes à frapper leur femme *sans évoquer l'interdit posé par la loi pénale*.

103. Il convient également d'évoquer la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public²⁶⁴, qui punit à titre autonome soit le fait d'y contraindre autrui²⁶⁵, soit le fait de dissimuler son propre visage « volontairement (...) afin de ne pas être identifiée dans des circonstances faisant craindre des atteintes à l'ordre public »²⁶⁶, de même qu'elle incrimine ce dernier comportement au titre d'une circonstance aggravante de certaines infractions²⁶⁷. Cette loi ne concerne pas la religion expressément mais cette question y était sous-jacente. A cet égard, la Chambre criminelle a jugé qu'un contrevenant ne pouvait invoquer la liberté de religion pour justifier la dissimulation de son visage²⁶⁸.

104. Enfin le mobile religieux, indifférent ou incriminé en droit pénal, bénéficie d'une protection relative hors du champ répressif. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans son arrêt du 25 juin 2014 (affaire *Baby Loup*)²⁶⁹, a entériné le licenciement d'une salariée voilée. Contrairement aux demandes licites de son employeur, elle avait fait preuve d'insubordinations répétées qui avaient rendu la poursuite du contrat de travail impossible. L'employeur entendait faire appliquer le

²⁶³ Crim., 6 février 2007, *JCP* 2007, II, 10091, note E. DREYER. Un magazine avait publié un article relatant l'entretien accordé à un journaliste par un imam, dans lequel ce dernier affirmait que le Coran permettait à un homme de frapper son épouse adultère, à condition que ce ne soit pas au visage. Les faits établirent, après transcription de l'enregistrement de l'entretien, que l'imam ne s'était pas exprimé par référence au Coran mais qu'il avait « librement développé ses propos sur l'autorisation donnée aux hommes de frapper leur femme sans évoquer sur ce point l'interdit posé par la loi française ». Les juges en déduisent qu'il a intentionnellement provoqué à la commission du délit de violence volontaire sans qu'il puisse se prévaloir d'une cause d'irresponsabilité pénale. Voir également T. Corr. Le Puy-en-Velay, 14 mars 1995, *Gaz. Pal.* 1995, 2, somm., p. 236, pour une entrave à l'interruption volontaire de grossesse en raison de conceptions morales ou religieuses.

²⁶⁴ Le champ d'application de cette loi a été précisé par deux circulaires des 2 et 31 mars 2011, relatifs à la notion « d'espace public ».

²⁶⁵ Art. 225-4-10 du Code pénal.

²⁶⁶ Art. R 645-14 du Code pénal ; voir également les articles 1 et 2 de la loi en question.

²⁶⁷ Dans le Code pénal, les articles 222-12, al. 1, 15° ; 222-13, al. 1, 15° ; 311-4 al. 1, 10° ; 312-2, 4° ; 322-3, al. 1, 7° ; 431-4 al. 2 et 431-5 al. 3.

²⁶⁸ Crim., 5 mars 2013, Bull. n° 54, p. , obs. M. VERON, « Interdiction et liberté de pensée, de conscience et de religion », *Dr. pén.* 2013, p. 24, note sous : « si l'article 9 de la Convention susvisée garantit l'exercice de la liberté de pensée, de conscience et de religion, l'alinéa 2 de ce texte dispose que cette liberté peut faire l'objet de restrictions prévues par la loi et constituant, dans une société démocratique, des mesures nécessaires à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ; que tel est le cas de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public en ce qu'elle vise à protéger l'ordre et la sécurité publics en imposant à toute personne circulant dans un espace public, de montrer son visage ».

²⁶⁹ Ass. pl., 25 juin 2014, n° de pourvoi : 13-28369, *JCP* 2014, p. 1538, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *Rev. dr. tr.* 2014, p. 607 et s., note P. ADAM ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 235, p. 39 et s., note J. COLONNA et V. RENAUX-PERSONNIC, *Gaz. Pal.* 2014, n° 235, p. 39 et s.

règlement intérieur de l'entreprise qui posait une restriction à la *manifestation* de leur religion par les salariés.

105. En somme, l'indifférence du droit pénal aux convictions religieuses est bien conforme au principe d'égalité des citoyens devant la loi pénale ; d'où l'existence de cette indifférence, également, à l'égard des convictions philosophiques.

2. *Les manifestations à l'égard des convictions philosophiques*

106. L'inconsistance du critère de la conscience morale s'illustre vis-à-vis des *convictions philosophiques, qu'elles soient dites sectaires ou idéologiques*.

107. S'agissant des *convictions sectaires*, se rend coupable de non-assistance à personne en danger le thaumaturge qui, au lieu de provoquer la venue de secours, se contente de prier pour le salut d'un jeune enfant qui se trouve dans un état grave à la suite d'un accident, sachant pourtant qu'il était le seul à pouvoir décider les parents à faire donner à l'enfant des soins médicaux²⁷⁰, même lorsque la victime adhérait à la philosophie sectaire²⁷¹. De même, l'application d'une « *méthode naturelle* » consistant en des bains, cataplasmes, compresses, lavages et imposition des mains, au lieu d'appeler les secours constitue l'infraction d'omission de porter secours²⁷².

108. S'agissant des convictions *idéologiques*, elles peuvent prendre la forme du *cas de conscience* du professeur de droit qui s'est acquitté de payer ses impôts²⁷³, car « il n'appartient pas aux juges de se déterminer par des considérations étrangères *au principe de la légalité des délits et des peines* et tirées de l'allégation par le prévenu d'un mobile subjectif »²⁷⁴. Ces convictions ne peuvent pas non plus constituer le fait justificatif d'état de nécessité. La destruction volontaire des plantations de maïs génétiquement modifié est

²⁷⁰ Crim., 29 juin 1967, *JCP* 1968, II, 15377, obs. J. PRADEL. L'auteur considère pour sa part que la preuve de la sincérité du mobile faisait défaut.

²⁷¹ T. Corr. Seine, 11 mai 1965, *JCP* 1965, IV, p. 148. Des adeptes d'une secte dite du « Ralliement des Chercheurs de bonne volonté » accueillent un enfant atteint de cancer et le laissent dans un état d'extrême misère physiologique au motif qu'il avait adhéré à leur idéal.

²⁷² CA Grenoble, 9 avril 1954, *JCP* 1954, II, 8139, réformant le jugement du Tribunal correctionnel de Gap du 6 janvier 1954, *JCP* 1954, 8010. Les premiers juges avaient relaxé les parents ayant refusé, pour des motifs religieux, d'appeler le médecin au prétexte que le secours des médecins eut été inefficace, en méconnaissance de la nature formelle de l'infraction. Les parents avaient été condamnés en appel parce qu'ils « n'avaient pas tout mis en œuvre pour conjurer le péril menaçant l'enfant ». En l'occurrence, la circonstance que les parents avaient consulté trois médecins spécialistes qui avaient tous émis des réserves sérieuses sur cette méthode est d'ailleurs indifférente.

²⁷³ Dans les années 1990, de nombreuses personnes avaient refusé de payer l'impôt, en partie ou complètement, pour exprimer leur désaccord avec la politique militaire française ou leur opposition au remboursement de l'avortement par la Sécurité sociale.

²⁷⁴ Crim., 19 mai 1983, Bull. crim. n° 150, p. 367, sur cet arrêt voir J.-P. DOUCET, *Le jugement pénal*, Litec, 1991, p. 375.

pénalement punissable, même si leurs auteurs agissent afin d’alerter l’opinion publique sur un risque sanitaire²⁷⁵.

109. Force est donc d’admettre que le critère de la conscience morale ne peut pas jouer de rôle disculpant en droit pénal. Bien au contraire, ce mobile peut constituer une circonstance aggravante de l’infraction, si ce n’est une infraction à part entière. Au vu des problèmes posés par une acception morale du discernement, il faut vérifier la pertinence du seul autre critère envisageable à partir de la conscience individuelle : celui de sa *conscience matérielle*.

Section 2. Le critère de la conscience matérielle

110. Débarrassé de son aura moraliste, le discernement pourrait être envisagé non plus comme une conscience du bien et du mal, mais comme une connaissance exacte du réel. Par référence aux cinq sens de l’individu, le discernement pourrait être défini comme *la conscience du monde environnant*, celle qui réduit la conscience à une « *phénoménologie de la perception* »²⁷⁶, autrement dit l’aptitude à concevoir l’impact de son activité sur la forme du monde. L’altération de cette conscience matérielle pourrait avoir une incidence notable sur l’évaluation de la nature d’un acte, à l’instar du chasseur qui, pensant tirer sur une proie tapie dans un fourré, blesse mortellement un camarade embusqué. De même, celui qui sommeille ne peut rien vouloir, *a fortiori* il ne peut nourrir la volonté de commettre un acte incriminé.

111. Cependant le droit pénal ne s’applique qu’aux auteurs d’infractions, ceux qui ont la volonté de commettre un fait incriminé. Or le critère de la conscience matérielle est totalement neutre. Définir le discernement comme une conscience du monde environnant aurait donc pour seul effet de déplacer le problème : les discussions relatives à l’existence d’une faute seraient exclues du giron du discernement mais elles réapparaîtraient ailleurs. Cette définition minimaliste du discernement fait donc basculer l’exigence d’une conscience de l’illicéité de l’acte dans l’étude des qualités de la volonté.

²⁷⁵ Crim., 7 février 2007, préc. ; dans le même sens, toujours au sujet d’un fauchage d’OGM, Crim., 19 novembre 2002, *D.* 2003, p. 1315, note D. MAYER.

²⁷⁶ Cf. M. MERLEAU-PONTY, *Phénoménologie de la perception*, éd. Gallimard, 1976, qui considèrerait justement de la conscience n’est pas réductible à la captation du monde par les sens.

Elle conduit à poser le problème de la faute de la manière suivante : l'auteur des faits voulait-il porter atteinte à une « valeur sociale protégée » ?

112. Ce résultat, aussi dit « *légal* » ou « *pénal* »²⁷⁷, correspondrait à des valeurs telles que la protection de la propriété ou de l'intégrité physique d'autrui, valeurs qui sont également sanctionnées en droit civil délictuel. Dès lors, il devient difficile de distinguer la volonté de commettre une infraction pénale de la volonté de commettre un délit civil. Le problème n'est pas différent en matière non intentionnelle où les fautes civile et pénale d'imprudence paraissent être de même nature. Celui qui cause la mort d'autrui commet une faute qui semble du même acabit que celle de l'article 1382 du Code civil. Il s'agit du *manquement à une obligation préalable*, de prudence en l'occurrence. De plus, s'il est exact que la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000²⁷⁸ a « *dépénalisé* » certaines fautes d'imprudence²⁷⁹ – ce postulat ne se vérifiant d'ailleurs pas en jurisprudence – c'est donc qu'en principe les fautes d'imprudence seraient de même nature, et qu'elles le furent d'ailleurs de manière générale jusqu'à cette loi.

113. Cette indifférenciation des fautes, notamment en matière d'imprudence, emporte un corollaire qui peut susciter la critique. Si la faute d'imprudence ne présente aucune spécificité en matière pénale, sa punition ne tend pas à la rétribution de l'auteur de cette faute. Cependant si, à l'inverse, la fonction intimidante et rétributive de la peine existe en matière non intentionnelle, alors rien ne s'oppose à son extension en matière civile. Pour le mettre en exergue, il faut évoquer les déclinaisons de cette définition minimaliste du discernement (§ 1), puis expliquer le rejet de ce critère (§ 2).

§ 1. Les déclinaisons du critère

114. La conception minimaliste du discernement n'appelle pas de précisions supplémentaires. Elle peut être définie comme *une connaissance exacte du monde environnant*²⁸⁰. En revanche, il faut développer l'ensemble des déclinaisons de ce

²⁷⁷ E. DREYER, *op. cit.*, n° 676.

²⁷⁸ Art. 4-1 du Code de procédure pénale, issu de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000.

²⁷⁹ R. DOSIERE, *Rapport Assemblée nationale*, n° 2266, du 22 mars 2000 ; B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 292 ; P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*, n° 385 ; Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 237 ; E. DREYER, *op. cit.*, n° 800 ; Y. MAYAUD, « La loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnel », *Gaz. Pal.* 2001, p. 6-11 ; S. JOELLE, « La loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels: un premier pas vers une dépénalisation du droit ? », *LPA* 2001, p. 4-9.

²⁸⁰ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 288 : « *l'aptitude à percevoir exactement le monde [environnant] et les conséquences de ses actes* », et p. 320 : « *dans l'esprit d'un agent doué de discernement et de liberté, la représentation exacte du monde environnant et de l'impact qu'y imprime son geste* ».

postulat. Si le discernement est une stricte conscience matérielle, il constitue le support indispensable des fautes intentionnelle et non intentionnelle, d'où deux conséquences. D'une part, la conscience du monde environnant se mue en intention lorsque l'individu voulait commettre un acte incriminé. L'intention est donc psychologique et se définit comme *la volonté individuelle tendue vers le résultat de l'infraction*. D'autre part et réciproquement, la non-intention correspond à *la volonté non-tendue vers ce résultat*, autrement dit à la volonté de l'acte et non à celle de ses conséquences. Il s'agit d'une imprudence plus ou moins grave en fonction de ses suites prévisibles. Il faut envisager ces deux déclinaisons de la définition minimaliste du discernement, à savoir la conscience du monde environnant comme support de la faute intentionnelle (A) et de la faute non intentionnelle (B).

A. La conscience matérielle, support de la faute intentionnelle

115. Le critère de la conscience matérielle induit une définition psychologique de l'intention. L'infraction sera ou ne sera pas intentionnelle suivant que la volonté de son auteur était ou n'était pas tendue vers le résultat survenu. Ainsi que le résumait un auteur et suivant une distinction qui fait consensus, la volonté individuelle porte sur l'acte, pas sur ses suites²⁸¹.

116. Cependant cette définition ne justifie pas la nature pénale de l'intention. Vouloir qu'une chose survienne est totalement neutre : vouloir scier une branche, déclencher une minuterie, acheter un animal dangereux ne fait pas de celui qui nourrit cette volonté un délinquant. Pour qu'il le devienne, il faudrait que sa volonté soit tendue vers un résultat que le législateur incrimine. La nature répréhensible de sa volonté dépend donc de sa direction vers un résultat légalement répréhensible : le résultat « juridique »²⁸². Cependant le flou entourant ce critère rend du même coup la définition de l'intention incertaine. La définition psychologique de l'intention (1) soulève le problème de la distinction de l'intention avec la faute civile (2).

²⁸¹ R. LEGROS, *op. cit.*, n° 115, propose justement de distinguer entre la volonté du comportement et la volonté du résultat ; voir également J.-L. COSTA, « Les infractions involontaires du point de vue de la responsabilité pénale en France », *RSC* 1963, p. 731 ; Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 227 et 228.

²⁸² Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 217 et s., définit l'intention comme une hostilité aux valeurs sociales, spéc. n° 226 : « l'intention se traduit parmi les manifestations les plus graves de la culpabilité, parce qu'elle consiste à projeter sur un interdit une détermination contraire. Et la volonté le traduit au mieux, qui témoigne de la totale adhésion intellectuelle ou psychologique à ce qui est l'instrument de réalisation de l'infraction, en termes, tant de comportement, que de résultat » ; voir également M. WAGNER, *Les effets de l'infraction, essai d'une théorie générale*, thèse Paris II, 2009.

1. *La définition psychologique de l'intention*

117. Du latin *in-tendere*, l'intention lie deux faits dans un rapport temporel. Elle ne préjuge pas de la nature du résultat matériel vers lequel la volonté est tendue. On dira d'un individu qu'il a l'intention de tuer sa victime, comme il peut avoir l'intention de se dénoncer aux autorités. L'intention psychologique de l'individu, qui naît de sa connaissance du réel, est une volonté tendue vers un résultat neutre.

118. Or, d'un point de vue concret, ce résultat ne diffère généralement pas du dommage justifiant une réparation civile. Dans l'exemple du meurtre, le résultat physiquement atteignable correspond à la mort d'autrui. Et ce dommage justifie tout aussi bien la condamnation pénale de son auteur qu'un dédommagement en droit civil. Partant, pour justifier la nature pénale de l'intention, il faut en dédoubler la définition. L'intention pénale devient une volonté tendue vers le résultat *matériel*, en vue d'atteindre un résultat *immatériel* (également dit « pénal » ou « juridique »), ou « *volonté tendue à dessein vers un but interdit par la loi pénale* »²⁸³.

119. Mais quelle sera donc la spécificité de ce résultat juridique en matière pénale ? Ce problème s'illustre notamment en matière d'abus de confiance : si l'intention est une volonté de surprendre le consentement du co-contractant, elle se différencie peu ou prou de la faute civile contractuelle. Il commet semble-t-il la même faute que l'auteur d'un dommage civil.

2. *Le problème de la distinction de l'intention pénale avec la faute civile*

120. Outre la volonté de causer un dommage réel, l'individu doit nourrir celle de porter atteinte à une valeur abstraite, aussi appelé résultat « redouté », « juridique » ou encore « pénal ». Cependant avec ce critère, l'autonomie de l'intention par rapport à la faute civile n'est pas parfaitement assurée. Certains textes d'incrimination visent un élément qui n'a pas vocation à être défini par le droit pénal, tel que le contrat ou le consentement de la victime. Aussi, pour l'ensemble des infractions qui impliquent un composant « extra-pénal », une partie de la doctrine a proposé d'envisager qu'il ne s'agisse là que

²⁸³ B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 270.

d'une condition préalable à l'infraction. Il faut envisager les limites du recours à chacun de ces critères : les limites du critère du résultat de l'infraction (a) et celles relatives au critère de la condition préalable (b).

a. Les limites du critère du résultat de l'infraction

121. Les auteurs qui tentent de définir la culpabilité pénale au moyen de la notion de résultat en énumèrent différents types. Au plus haut degré d'abstraction, le critère de classification se calque sur la structure du Code pénal. L'infraction s'entend alors comme l'atteinte à un résultat « sociologique » ou « redouté »²⁸⁴, aussi dénommé « intérêt protégé par la loi pénale »²⁸⁵.

a-1. Les limites du résultat sociologique : la valeur sociale protégée

122. Le résultat sociologique, comme son nom l'indique, applique une définition du crime inspirée des sciences sociales²⁸⁶ : l'« *intérêt social protégé* ». Ce résultat guide le législateur dans son œuvre de définition des incriminations²⁸⁷ et renvoie donc davantage à des considérations de politique criminelle²⁸⁸. Le Code pénal décrit en effet toute une série de comportements qui s'inscrivent, dans le pire des cas, sur une chaîne aboutissant à la violation de la valeur en question. Le résultat sociologique correspond donc aux grandes divisions du Code pénal (l'atteinte à la vie, à la propriété, à l'Etat). Mis à part l'infraction qui touche directement à la valeur sociale incriminée (le meurtre dans l'exemple de la protection de la vie), l'ensemble des infractions qui n'impliquent pas cette atteinte devraient recevoir le qualificatif d'« infractions-obstacles ». Elles s'emploient effectivement à anticiper l'atteinte à l'une des trois valeurs protégées par le Code pénal.

123. S'il éclaire la politique criminelle suivie par le législateur, ce critère n'est pas opératoire sur le plan du droit pénal technique. Recourir aux classifications du Code pénal ne s'avère d'aucun secours pour les infractions qui n'y sont pas contenues. Quand bien même y figureraient-elles, comment classer les infractions qui intègrent ces deux

²⁸⁴ M. DECOCQ, *op. cit.*, p. 171 ; Voir également Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, *op. cit.*, n° 360 ; P. CONTE et P. MAITRE du CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 314.

²⁸⁵ J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 225. Ce critère sert également de trame à la démonstration de J.-M. THEVENON, *op. cit.*

²⁸⁶ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, PUF, Quadriges, 2007, définit le droit comme le résumé des « états forts et définis de la conscience collective ».

²⁸⁷ A. DECOCQ, *op. cit.*, p. 171.

²⁸⁸ Sur ce point, voir la critique du professeur O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008, p. 101 et s., au sujet du « caractère politique de la notion de valeur sociale protégée ».

valeurs (le vol aggravé de violences) si ce n'est en reconnaissant l'ubiquité de leur résultat ? Il paraît donc plus indiqué d'étudier la structure même de l'incrimination pour tenter de définir ce résultat, et ainsi de s'en inférer à un résultat « juridique ».

a-2. Les limites du résultat « juridique » ou « pénal »

124. Le résultat sociologique se retrouve ainsi décliné sous la forme des différents « résultats juridiques ». Ce résultat renvoie à celui que l'infraction est censée prévenir, mais il est plus précis que ne le permet l'étude des trois grandes divisions du Code pénal. Il s'agira par exemple de l'atteinte à la propriété²⁸⁹, au patrimoine²⁹⁰, à l'intégrité physique en matière de violences, à la protection de l'intimité sexuelle en matière d'agressions sexuelles et de viol, comme finalement à autant de sous-distinctions qu'il est possible de réaliser entre les parties du Code pénal.

125. Au plus près du contenu de l'incrimination, il est possible de répartir les infractions entre celles qui font référence à un résultat qui n'est pas nécessaire à leur constitution et celles qui intègrent des composants tous indispensables à leur perfection. La première catégorie correspond aux infractions *formelles*, à l'instar de l'empoisonnement qui ne nécessite pas la mort effective d'autrui pour être punissable à part entière. L'incrimination vise l'administration d'une substance mortifère, de *mortis ferre* qui désigne le mouvement consistant à apporter la mort et ne se confond donc pas avec la réalisation de cette conséquence. La seconde catégorie correspond aux infractions *matérielles*²⁹¹, celles qui ont besoin de la matérialisation du résultat auquel elles font référence pour être constituées – cette catégorie n'ayant rien à voir avec les « délits-matériels » établis à partir d'une réalisation physique.

126. Le positivisme juridique permet ainsi de différencier certaines infractions les unes des autres, notamment le meurtre de l'empoisonnement, et l'empoisonnement de l'administration de substance nuisible. Cependant l'analyse exégétique impose finalement un retour à la notion d'intérêt social protégé pour distinguer le résultat

²⁸⁹ E. GARCON, « De la soustraction dans le vol et du détournement dans l'abus de confiance », *Journal des Parquets* 1909, 1, p. 4 et s.

²⁹⁰ Voir notamment R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 98, 2010, n° 837 et s.

²⁹¹ Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 195, les appelle également respectivement infraction-fille et infraction-mère.

juridique du résultat matériel²⁹². De plus, elle invite à conférer un rôle à toutes les notions auxquelles le législateur fait référence dans l'incrimination, en supposant que la faute définie à l'article 121-3 du Code pénal correspond au dessein de violer cet intérêt.

127. Mais alors, celui qui commet un abus de confiance ne devrait-il pas vouloir porter atteinte à la confiance d'autrui ? Dans ce cas, son intention pénale serait identique au dol civil : la violation de la foi contractuelle. Il s'en suivrait une assimilation totale de la faute civile contractuelle avec l'intention pénale. La jurisprudence ne va pas en ce sens et, en doctrine, les auteurs estiment que la violation de la foi contractuelle doit se double d'une atteinte à la propriété. Toutefois à l'aide de ces critères, il est encore difficile d'expliquer certains arrêts récents de la Chambre criminelle. Les auteurs les plus imaginatifs poussent plus loin les déclinaisons de la valeur sociale protégée que serait la propriété, pour voir dans le détournement du temps de travail une équivalence avec le manque à gagner de l'employeur, ce qui revient encore à raisonner en termes de dommage estimable sur le plan pécuniaire²⁹³.

128. Pour éviter l'assimilation totale de la faute civile avec la faute pénale, plutôt que de raisonner en termes de valeur sociale protégée, certains auteurs ont proposé un critère alternatif : celui de la condition préalable de l'infraction. Il faut envisager ce critère.

b. Les limites du critère de la condition préalable de l'infraction

129. Pour expliquer l'émergence de ce critère, il faut revenir sur l'histoire de l'infraction d'abus de confiance. L'article 408 du Code pénal de 1810 ne vise primitivement que deux contrats pouvant donner prise à un abus de confiance : les contrats de dépôt et de travail, soit les deux seules conventions qui étayaient suffisamment l'idée d'une remise affectée à un but précis, avant que la liste ne soit augmentée par

²⁹² P. SPITERI, « L'infraction formelle », *RSC* 1966, p. 497, spéc. p. 513 : le résultat à prendre en compte est la « lésion de l'intérêt pénalement protégé » (au sujet de l'empoisonnement).

²⁹³ Certaines décisions paraissent inexplicables à partir d'une définition psychologique de la faute, à l'instar de celle qui reconnaît le détournement du temps de travail, cf. *Crim.*, 19 juin 2013, *JCP* 2014, chr., p. 633, A. MARON, J.-H. ROBERT, M. VERON ; *Dr. pén.* 2013, « Un aspect de la dématérialisation : l'utilisation frauduleuse de son temps de travail », p. 30 et s., note M. VERON ; *Rev. Lamy aff.* 2014, chr., p. 77 et s., J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *Rev. tr.* 2013, « La sanction pénale du détournement de son temps de travail par un salarié : détournement de l'abus de confiance ? », p. 767, note critique de V. MALABAT, qui dénonce « un usage abusif du délit d'abus de confiance » ; *D.* 2013, « Un pas de plus vers la dématérialisation de l'abus de confiance : la sanction d'un détournement de temps de travail », p. 1936, note critique de G. BEAUSSONIE ; *Gaz. Pal.* 2013, p. 9, note critique de R. MESA ; *Gaz. Pal.* 2013, p. 36, note S. DETRAZ, qui envisage une équivalence du temps travaillé avec le salaire à percevoir, opinion originale mais qui justifie encore la faute par une atteinte à un préjudice civil pécuniairement estimable ; *RSC* 2013, p. 813, note critique de H. MATSOPOULOU qui constate une

ajouts successifs. A cette liste le législateur a par la suite ajouté le louage, le mandat et le travail non salarié par la loi du 28 avril 1832, ainsi que le nantissement et le prêt à usage par la loi du 13 mai 1863²⁹⁴.

130. Avec l'entrée en vigueur de l'article 314-1 du Code pénal qui remplace l'article 408 précité, cette liste limitative a été abandonnée²⁹⁵. Pour certains, cette infraction viserait une atteinte à la confiance contractuelle²⁹⁶. Pour d'autres, elle viserait à protéger la propriété²⁹⁷. Dans le premier cas, la faute pénale s'entremêle largement avec la faute civile, si bien qu'il faudrait en conclure que la violation d'une obligation contractuelle établit du même coup l'existence de l'intention exigée en matière d'abus de confiance. Dans le second, la faute pénale ne se distingue pas véritablement de la faute civile.

131. Alternativement à ce critère, d'autres auteurs ont préféré défendre la spécificité de la faute chez l'auteur d'un abus de confiance en procédant à une fragmentation de l'infraction. Elle se décomposerait en divers éléments dont certains seraient extérieurs à son périmètre. Dans la seconde édition de son ouvrage de droit pénal spécial, le professeur Vouin propose ainsi de conditionner la constitution de cette infraction à l'existence d'un « *élément préalable* » : l'un des contrats visés à l'article 408 du Code pénal de 1810²⁹⁸. Le critère qu'il proposa a fait florès²⁹⁹ et enjoint un auteur à envisager

violation de l'interprétation stricte de la loi pénale ; *Rev. pénit.* 2013, p. 647, note P. CONTE ; *Rev. dr. social* 2008, p. 108, note L. SAENKO qui évoque l'attrait et la défiance suscitée par cet arrêt.

²⁹⁴ Dans ces deux cas, le législateur raisonne encore à partir des contrats nommés du Code civil.

²⁹⁵ Art. 314-1 du Code pénal : « L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ».

²⁹⁶ En ce sens, à partir de l'allongement de la liste de l'article 408 du Code pénal de 1810, E. GARCON, *op. cit.*, n° 229 ; suivi par J. LEAUTE, « Le rôle de la théorie civiliste de la possession dans la jurisprudence relative au vol, à l'escroquerie et à l'abus de confiance », *Mélanges M. Patin*, Cujas, 1965, p. 225 et s. ; C. SOUWEINE, « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », *Mélanges J. Laruier*, PUG, 1993, p. 304, n° 3, spéc. p. 323, n° 34 : « lorsqu'en 1863 le législateur incrimine le nantissement et crée l'infraction de détournements d'objets remis en gage à l'article 400, alinéa 5 du Code pénal, il assure la protection pénale du gage lorsqu'il n'existe que sous la forme d'une dépossession du débiteur, aux articles 2073 et suivants du Code civil. Par le nantissement, il protège le constituant contre le détournement que commettrait le créancier ; par l'article 400 alinéa 5 précité, il assure la punition du débiteur qui porterait atteinte aux droits du créancier » ; R. OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation des contrats civils*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 110, 1970, qui prend ce parti dès l'entame de sa thèse ; comp., avant l'entrée en vigueur de l'article 314-1 du Code pénal, M. PLANIOL, « Dol civil et dol criminel », *Rev. crit. législ. et jur.* 1893, p. 545 s., spéc. 661 ; après l'entrée en vigueur de l'article 314-1 précité, Y. MULLER, « La protection pénale de la relation de confiance, observations sur le délit d'abus de confiance », *RSC* 2006, p. 809 et s. ; de la même auteur, « La dérive jurisprudentielle du délit d'abus de confiance : la sanction pénale au service de la faute civile », *D.* 2010, p. 809.

²⁹⁷ R. OLLARD, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », *Dr. pén.* 2012, étude n° 9, spéc. n° 12 : « ce qui importe en définitive, c'est moins la qualification abstraite de propriété que l'étendue concrète des pouvoirs dont dispose le bénéficiaire de la remise ».

²⁹⁸ C'est justement à l'occasion de l'étude de cette infraction que le professeur Vouin a auguré la définition de la condition préalable à l'infraction, à partir de la seconde édition de son ouvrage. Cf. R. VOUIN, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 1968, t. 1, n° 55 et s., spéc. n° 57 : « l'abus de confiance, acte de détournement frauduleux, suppose trois conditions préalables : un contrat, une chose et la remise de cette chose ». L'auteur reconnaît que la nullité du contrat n'affecte pas la constitution de l'infraction. Il maintient ce critère dans les éditions suivantes. Cf. R. VOUIN, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 3^e éd., t. 1, 1971, n° 66-1^o, p. 74 ; du même auteur, « Le recel et la détention de la chose », *D.* 1972, chr., p. 283 : « un banquier s'expose aux peines de l'abus de confiance s'il ne respecte pas la volonté du remettant dans l'emploi qu'il fait des sommes ou valeurs qui lui sont remises ».

²⁹⁹ J.-P. DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972, p. 726 et s. ; B. THELLIER de PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, thèse Lyon, 2006, PUAM 2010 ; une partie de la doctrine interprète cependant encore

l'infraction de manière composite sous l'empire du Code pénal de 1994³⁰⁰. Le critère de la condition préalable affiche une certaine pertinence pour toutes les infractions qui font référence à un composant relevant d'un autre champ juridique, à l'instar du contrat civil dans l'exemple de l'abus de confiance. Dans ce cas, le législateur impose la présence d'une condition qui « ne va pas de soi », comme c'est en revanche le cas de la vie pour les atteintes à la personne, de la propriété pour les atteintes aux biens, ou de l'Etat pour la défense de ses intérêts.

132. Cependant une fois le critère de la condition préalable appliqué à l'ensemble des autres infractions, il devient analogue à celui du résultat juridique. *L'élargissement progressif de ce critère l'a rendu semblable à celui du résultat de l'infraction.* En effet, la vie d'autrui sera une condition préalable du meurtre, l'appartenance d'un bien à autrui celle du vol, et ainsi de suite. Mais il revient au même de dire qu'une volonté est tendue vers un résultat pénal ou que la volonté pénale doit braver une condition préalable à l'infraction. La seule différence tient à ce que ce même composant est placé au départ de la volonté coupable ou comme une finalité. Dans l'hypothèse de l'homicide, cet élément se situe à l'extrémité finale de la volonté (la volonté de donner la mort) ; il se trouve au départ de cette volonté quand lorsqu'il est qualifié d'élément préalable (la conscience qu'autrui est en vie dans l'exemple du meurtre). Autrement dit, *sur une échelle de temps horaire*, il faut considérer que ce « résultat » doit exister au départ de l'activité individuelle afin qu'elle soit infractionnelle ; dans l'autre cas, cette condition n'est plus préalable mais finale : la volonté de l'individu doit être tendue vers ce résultat. Ainsi le critère de la condition préalable équivaut à celui du résultat. Seules leurs situations chronologiques diffèrent.

133. En d'autres termes, quelle que soit l'échelle de référence retenue, le critère du résultat « sociologique », « redouté », « juridique », « pénal » ou de la « condition préalable » à l'infraction ne démarquent pas nettement la faute pénale intentionnelle de la faute civile. Le droit pénal et le droit civil délictuel n'ont-ils pas pour fin, notamment, de protéger la propriété d'autrui lorsqu'une chose est en jeu ? Avec le critère du résultat, comment distinguer les volontés respectivement sanctionnées au civil

l'exigence d'une *acceptation* de cette remise en faveur de la nécessité d'un contrat préalable, cf. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, p. 216 n° 176. Voir également W. JEANDIDIER, *J.-Cl. pén.*, v° Abus de confiance, p. 4, n° 18 : la « *structure traditionnelle de ce délit dont la spécificité est si marquée qu'elle est à l'origine de la distinction entre conditions préalables et éléments constitutifs* ».

³⁰⁰ L. ROUSVOAL, *L'infraction composite (essai sur la complexité en droit pénal)*, thèse Rennes 1, 2011, qui évoque toutefois encore « les causes de non-imputabilité » (p. 198 et s.), critère équivoque qui l'oblige à envisager le résultat à la fois dans et hors de l'infraction, précisément « de » puis « dans » l'infraction (p. 468 et s.).

et au pénal d'abimer une chose ou de la soustraire, de l'utiliser à une fin différente de celle pour laquelle elle a été confiée et d'abuser de la confiance d'autrui, ou encore différencier la volonté de commettre le dol, par provocation d'une erreur, de la volonté d'escroquer quelqu'un ? Il semble bien que, dans chacun de ces cas, le législateur a eu le souci de protéger une même valeur sociale. De plus, quel que soit la finesse d'analyse des auteurs, certaines décisions ne trouvent aucune explication qui marque la distinction des matières civile et pénale : le dommage est toujours défini à l'aide de critères inspirés des distinctions du droit civil.

134. L'ensemble des propositions doctrinales émises présentent le point commun de définir l'intention de manière psychologique, moyennant quelques corrections aux avantages limités. Ce faisant, elles ne parviennent pas à distinguer clairement la culpabilité pénale des fautes civiles contractuelles – celle qui consiste à parjurer la foi contractuelle – ou délictuelle (art. 1382 du Code civil). Il devient alors difficile de justifier la portée rétributive de la peine qui serait adressée au délinquant sur le fondement de cette faute siamoise, comme l'illustre le flou qui entoure la définition de l'élément moral de l'abus de confiance³⁰¹. *La définition minimaliste du discernement individuel rend la spécificité de l'intention pénale incertaine et trouble la permanence des fondements de la peine.* Cet effet se vérifie également en matière non intentionnelle.

B. La conscience matérielle, support de la faute non intentionnelle

135. En matière non intentionnelle, le critère de la conscience matérielle est tout aussi indispensable qu'en matière intentionnelle : il ne peut y avoir de faute sans conscience. Or, d'après l'interprétation combinée des articles 121-3 du Code pénal et 339 de la loi du 16 décembre 1992³⁰², les délits non intentionnels ont dorénavant tous besoin d'une imprudence pour être constitués. La nostalgie d'une portion congrue de la doctrine exceptée³⁰³, la catégorie dite des « délits-matériels » a été enterrée avec l'entrée en

³⁰¹ Les auteurs s'accordent sur le caractère intentionnel de ce délit mais la plupart restent évasifs sur le contenu de son élément moral. Voir notamment M. VERON, *Droit pénal spécial*, Sirey, 11^e éd., 2006, p. 300, n° 451 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal*, Dalloz, 6^e éd. 2011, p. 229, n° 186, qui vise la « conscience du caractère illicite de l'acte accompli ».

³⁰² Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 « relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur », plus brièvement « loi d'adaptation du Code pénal » ; art. 339 : « tous les délits non intentionnels réprimés par des anciens textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent constitués en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée d'autrui, même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément ».

³⁰³ R. SALOMON, « L'omission d'établissement des comptes sociaux et le défaut de présentation de ces derniers à l'assemblée générale sont des délits contraventionnels », note sous Crim., 23 mai 2013, n° de pourvoi : 12-84.520, *Dr. soc.*

vigueur du Code pénal. Tous les délits qui ne sont pas intentionnels requièrent une faute d'imprudence. Dès lors, si le discernement correspond à la conscience matérielle, toute faute d'imprudence correspond exactement à la négligence de celui qui aurait pu empêcher la réalisation d'un dommage. Celui-ci présente exactement la même nature qu'en matière civile. En d'autres termes, l'imprudence du Code pénal renvoie à une définition psychologique (1), ce qui soulève le problème de la distinction des fautes civile et pénale d'imprudence (2).

1. La définition psychologique de la faute pénale d'imprudence

136. En matière de délit non intentionnel, la définition légale de la faute correspond à une imprudence plus ou moins grave. La faute d'imprudence consiste à n'avoir pas anticipé le dommage pourtant survenu. Il devient impossible de distinguer la faute pénale non intentionnelle de la faute civile délictuelle³⁰⁴. Dans les deux cas, il faut s'arrimer au fait réellement survenu, dans la limite de ce qu'il avait de prévisible, pour fixer l'étendue de la réparation. En théorie, cette faute se confond avec celle que le droit civil délictuel ou quasi-délictuel sanctionne et s'avère donc exsangue de toute connotation rétributive. Contrairement au champ des infractions intentionnelles où ce déficit a connu une tentative de correction au moyen du résultat « juridique », la faute non intentionnelle semble totalement identique à son équivalent civil.

137. L'étude des alinéas 3 et 4 de l'article 121-3 du Code pénal semble indiquer que ces deux fautes sont effectivement de même nature. La méthode de qualification de l'infraction d'imprudence consiste, comme en matière civile, à partir du lien de causalité, celui qui lie un dommage réel à une faute, pour déterminer la faute psychologique exigée du délinquant. La seule différence tient à ce que, droit pénal, la nature du lien de causalité décide de la faute requise. L'ensemble fonctionne à l'image de vases communicants : plus le lien de causalité est lâche, plus il est nécessaire que cette faute d'imprudence soit consistante. En présence d'un rapport de causalité direct, une faute

2012, p. 2917 ; A. BRUNET, « Infractions matérielles et responsabilité pénale de l'entreprise », *LPA*, 1996, n°149, p. 27 et s., spéc. n° 5, qui la considère toujours actuelle en ce qui concerne les personnes morales : « la façon dont la preuve de la faute [du chef d'entreprise] est rapportée, est totalement artificielle, ce qui démontre bien que la catégorie des délits matériels existe toujours, même si elle n'est plus identifiée en tant que telle » ; plus mesuré, J.-F. BARBIERI, « Absence d'intention délictueuse et omission de réunir l'Assemblée Générale Ordinaire (AGO) : y a-t-il un avenir pour les délits contraventionnels ? », note sous Crim., 9 janvier 1995, *Bull. Joly*, n° 7, p. 677.

³⁰⁴ Cf. J. DEPRESZ, « Faute pénale et faute civile », in G. STEFANI (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956, p. 157 et s., spéc. n° 18 où l'auteur distingue l'intention, autonome par rapport à la faute civile, de l'imprudence qui serait de même nature en matières civile et pénale.

simple suffit à engager la responsabilité pénale de l'auteur du fait. Lorsque le rapport de causalité est indirect, il faut relever une faute qualifiée à l'encontre de la personne physique ayant causé le dommage. La faute qualifiée se subdivise elle-même entre « *la faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elle ne pouvait ignorer* » d'une part et « *la violation manifestement délibérée d'une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement* » d'autre part³⁰⁵.

138. La faute d'imprudence répond donc à une gradation psychologique. Elle se définit comme une « *attitude psychologique qui constitue la condition d'imputation de cette catégorie d'infractions* »³⁰⁶, un « *relâchement de la vigilance* », ou « *volonté non tendue* »³⁰⁷. La définition psychologique de cette faute autorise alors des subdivisions qui sont fonction de la gravité de l'imprudence, à l'instar de celle que Merle et Vitu opèrent dans leur Traité³⁰⁸. Cette gradation peut s'illustrer avec l'exemple du conducteur, auteur d'une simple négligence s'il ne décèle pas la présence d'un feu de signalisation. Sa faute est plus grave si, conscient du caractère dangereux de sa conduite, il prend un risque mesuré. Il fera confiance à son habileté individuelle en doublant une voiture sans aucune visibilité, certain qu'il est de pouvoir éviter tout véhicule qui se présenterait en sens opposé. En fin la faute gravissime serait la mise en danger délibérée d'autrui, faute consciente proche de l'intention.

139. Dans chacun de ces cas, le résultat matériel de l'imprudence est indéfini jusqu'à ce qu'il prenne forme. Au moment où l'individu agit, il ne sait pas s'il sera passible, par exemple, de blessures légères, de blessures graves ou d'homicide involontaire. La nature aléatoire du résultat de l'imprudence impose donc d'abord de constater le résultat matériel survenu pour ensuite apprécier si l'individu aurait pu le prévoir (art. 121-3 du Code pénal, « *qu'il ne pouvait ignorer* »).

140. Pour y parvenir, l'usage consiste à recourir au standard juridique de l'individu « normal », placé dans les mêmes conditions que le mis en cause. Il faut alors comparer le comportement concret à celui du « *bon père de famille* »³⁰⁹, autrement dit procéder à une appréciation standardisée de la faute : le dommage est *objectivement* prévisible

³⁰⁵ Art. 121-3 du Code pénal.

³⁰⁶ J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 330, au sujet des contraventions.

³⁰⁷ P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*, n° 385 ; dans le même sens que A. DECOCQ, *op. cit.*, p. 207 ; M. PUECH, *Droit pénal général*, Paris, Litec, 1988, n° 543 et s.

³⁰⁸ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 603 et s. Ils distinguent « *l'imprévoyance consciente* » de « *l'imprévoyance inconsciente* », elles-mêmes distinctes de la mise en danger délibérée.

³⁰⁹ Sur les origines puis la disparition de ce standard pour la matière civile, voir *infra* n° 46 et s.

lorsque tout autre individu aurait pu anticiper sa réalisation. Cette faute n'en reste pas moins très proche de la faute du droit civil³¹⁰ où il faut également s'en remettre à un idéal-type de comportement³¹¹. Il ne reste donc plus grand-chose de la nature intimidante et rétributive de l'imprudence pénale – sauf peut-être pour la faute d'imprudence consciente – s'il s'avère qu'elle est de même nature que la faute civile d'imprudence.

2. Le problème de l'identité des fautes civile et pénale d'imprudence

141. Le problème de l'identité ou de la dualité des fautes civile et pénale d'imprudence se pose dans chacun de ces pans du droit. Il faut les envisager séparément.

142. En droit civil délictuel, le débat se pose de la manière suivante. Originellement, aurait existé une seule faute qui comprenait une exigence d'imputabilité. Ni le mineur ni l'aliéné ne pouvait la commettre. Puis le législateur est intervenu par la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 qui crée l'article 489-2 du Code civil³¹². Cet article disposait que « *celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation* ». L'ensemble des auteurs qui se sont prononcés sur l'interprétation de cet article considéraient que la maladie mentale constitue le critère de l'irresponsabilité pénale. Dès lors, il a fallu expliquer la spécificité de sa responsabilité en matière civile délictuelle. Pour certains auteurs, la formulation de l'article 489-2 du Code civil renouvelait l'attrait de la « *théorie du risque* ». Elle fut formulée au début du XIX^e siècle, en raison d'une brèche ouverte par l'augmentation des accidents liés à l'industrialisation de la société³¹³. L'éradication de la dimension « *subjective* » de la

³¹⁰ E. DREYER, *Droit pénal général*, Lexinexis, 2^e éd., 2012, n° 793 et n° 796, pour lequel le résultat pénal ne distinguerait du dommage civil par son acception « restrictive ». Voir également sa définition de l'intention : d'après l'auteur il faut répondre à la question de savoir si le « résultat redouté a été, ou non, recherché », n° 830, résultat qu'il distingue des résultats « légal » et « juridique », n° 676.

³¹¹ Il faut donc abandonner la question de la qualification de la faute à la sagacité du Ministère public. Cf. R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 613.

³¹² Cf. J. CARBONNIER, *Les personnes*, Paris, PUF, 2000, n° 151.

³¹³ R. SALEILLES, note *D.* 1897, p. 433, qui développe la « théorie du risque », souhaitant l'appliquer non seulement aux risques industriels mais également à toutes les activités individuelles ; J.-E. LABBE, note *S.* 1890, 4, p. 18 ; L. JOSSERAND, « De la responsabilité du fait des choses inanimées », Arthur Rousseau 1897 ; *D.* 1909, 2, p. 245 ; *D.* 1909, 1, p. 73 ; *D.* 1904, 2, p. 257 ; G. RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, thèse Aix-Marseille, 1902. Voir également B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947, spéc. p. 354 t s. ; « Domaine et fondement de la responsabilité sans faute », *RTD civ.* 1958, p. 475 où, sur le fondement de la « garantie », il propose de distinguer suivant la nature du dommage causé à la victime pour savoir qui de la faute ou du risque devrait l'emporter, mais cette interprétation a contre elle de réécrire tout bonnement le droit positif ; P. ESMEIN, « La faute et sa place dans la responsabilité civile », *RTD civ.* 1949, p. 481. Dans le même sens parmi les interprètes du droit administratif, cf. M. HAURIOU, note *D.* 1900, III, p. 1 ; L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé*, 3^e éd., Boccard, 1927, p. 137 et s. Sur le plan du droit de la responsabilité contractuelle, le phénomène est connu sous le nom de « *massification des contrats* », cf. F. TERRE, « Le contrat à la fin du XX^e siècle », *Revue des sciences morales et politiques*, 1995, p. 299 et s., spéc. p. 308.

faute par la notion de risque n'a semblé être qu'une vue de l'esprit chez Esmein qui, après une analyse poussée de la jurisprudence civile, rangea à son opinion certains défenseurs de la théorie du risque³¹⁴. A partir de la promulgation de l'article 489-2 précité, pour une partie de la doctrine, le législateur avait créé un régime de responsabilité autonome, si bien que la condition d'imputabilité demeurait maintenue par ailleurs pour la faute civile délictuelle de l'article 1382 du Code civil³¹⁵. A l'opposé, d'autres auteurs ont préféré y voir le rejet du maintien de l'exigence d'imputabilité morale : ils voyaient dans cet article une « *objectivation* » de la faute civile³¹⁶. La Cour de cassation a tranché ce point³¹⁷ : elle précisa que l'article 489-2 précité n'instituait aucune responsabilité nouvelle. L'abandon de l'exigence de discernement, pour la majorité des auteurs³¹⁸, a été accompli avec les arrêts d'assemblée plénière du 9 mai 1984³¹⁹. Enfin le législateur a transposé le contenu de l'article 489-2 précité dans l'article 414-3 du Code civil sans le modifier³²⁰.

143. En droit pénal, un consensus règne quant à la « dépenalisation » récente de la faute simple d'imprudence, ce qui laisse entendre qu'elle présente une même nature avec la faute civile dont elle est désormais séparée. De fait, si la faute est une volonté tendue vers un résultat illicite, force est d'admettre que faute civile et faute pénale d'imprudence sont de même nature³²¹ : d'un point de vue psychologique, la volonté se tend dans ces

³¹⁴ A. ESMEIN, note S. 1899, I, p. 497 ; M. PLANIOL, « Etudes sur la responsabilité civile », préc. ; G. RIPERT, *op. cit.*, n° 112 et s. ; M. HAURIOU, note S. 1905, III, p. 113 et S. 1918-1919, III, p. 25 ; R. SALEILLES, « La responsabilité du fait des choses devant la Cour supérieure du Canada », préc., p. 23 et s.

³¹⁵ R. SAVATIER, « Le risque pour l'homme de perdre ses esprits et ses conséquences en droit civil », *D.* 1968, chr. 109 ; J.-J. BURST, « La réforme du droit des incapables majeurs et ses conséquences sur le droit de la responsabilité civile extracontractuelle », *JCP* 1970, I, 2307 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, t. 1, n° 407.

³¹⁶ En faveur du rattachement au droit commun : G. VINEY, « Réflexions sur l'article 489-2 du Code civil », *RTD civ.* 1970, p. 251, et « La réparation des dommages causés sous l'empire d'un état d'inconscience : un transfert nécessaire de la responsabilité vers l'assurance », *JCP* 1985, I, 3189 ; P. le TOURNEAU, « La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental », *JCP* 1971, I, 2401.

³¹⁷ Civ. 2^e, 4 mai 1977, Bull. crim. civ. II, n° 113, d'après lequel « l'article 489-2 ne prévoit aucune responsabilité particulière et s'applique à toutes les responsabilités prévues aux articles 1382 et s. », l'assurance pour faute devant s'appliquer dans le cas où l'accident a été causé par une personne atteinte d'un trouble mental, *D.* 1978, p. 393, note R. LEGAIS ; *RTD civ.* 1977, p. 772, obs. G. DURRY ; également Civ. 2^e, 24 juin 1987, Bull. crim. civ., II, n° 137, *Gaz. Pal.* 1988, I, somm. p. 41, obs. F. CHABAS ; L. BACH, « Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français », *RTD civ.* 1977, p. 13 et s. et p. 221 et s.

³¹⁸ Comp. C. EDON-LAMBALLE, *Conscience et responsabilité civile*, thèse Le Mans, 1999, n° 33 et s., ainsi que 202 et s., qui considère que la responsabilité de « l'inconscient » est une responsabilité spécifique également n° 202 et s. ; également comp. C. RADE, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile », *D.* 1999, p. 313 et s. et p. 324 et s.

³¹⁹ P. BRUN, *op. cit.*, n° 298 à 301 ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 731 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 109, constate « la disparition de l'élément moral » avec la loi de 1968, puis un « bouleversement plus radical » avec les arrêt d'Assemblée plénière de 1984 ; M. BACACHE-GIBELLI, *Traité de droit civil, les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, t. 5, 2^e éd., 2012, p. 148, n° 136 ; F. WAREMBOURG-AUQUE, « Irresponsabilité ou responsabilité de l'infans », *RTD civ.* 1982, p. 329 ; voir également C. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Les petits responsables, responsabilité civile et responsabilité pénale de l'enfant », *D.* 1988, chr. p. 299 ; R. LEGAIS, « Le mineur et la responsabilité civile », art. préc. ; comp. C. RADE, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile », *D.* 1999, p. 313 et s. et p. 324 et s.

³²⁰ Suite à la modification de la numérotation par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

³²¹ Cf. B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 290, voit une même faute dans l'article 1383 du Code civil et l'imprudence de l'article 121-3 du Code pénal ; comp. M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, 1999, *op. cit.*, n° 256, qui s'oppose à leur identité mais qui se contente d'affirmer que la sanction pénale doit être réservée à des faits d'une certaine gravité ; E. DREYER, *op. cit.*, n° 797 et s. ; P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*, n° 385 au sujet de la

deux cas vers un dommage survenu, qui est imputable s'il était prévisible pour le « bon père de famille »³²². Ainsi, avant la création de l'article 4-1 du Code de procédure pénale par la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, il semblait constant que les fautes d'imprudence furent les mêmes en matières civile et pénale, ce qui laisse entendre que les fondements du droit pénal ne s'étendaient pas aux fautes légères. Avec la création de l'article 4-1 précité, le législateur les aurait séparées, permettant ainsi au juge pénal de n'avoir plus à retenir des « poussières de faute » pour indemniser la victime sur le plan civil.

144. Cette justification de l'autonomie du droit pénal des imprudences simples n'est pas convaincante, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, les auteurs reconnaissent la « *dépénalisation partielle* » de la faute pénale d'imprudence, mais n'offrent aucun critère strict qui permette de distinguer les imprudences civile et pénale, indépendamment de la gravité du dommage survenu. Ensuite, il est curieux que la réaffirmation de la spécificité de la faute pénale, en matière d'imprudence, passe par le truchement d'une disposition du Code de procédure pénale alors qu'une question de droit substantiel se pose. Par ailleurs, la Cour de cassation aurait abandonné la thèse de la dualité originaires des fautes pénale et civile d'imprudence pour opiner en faveur de leur unité³²³, avant que la loi « Fauchon » n'intervienne. Cependant les auteurs qui posent ce constat citent surtout la jurisprudence des Chambres civiles de la Cour de cassation³²⁴. Au regard de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil³²⁵, n'est-il pas contradictoire d'admettre que toute la « théorie » de l'unité de ces fautes ne fut pas consécutive à une jurisprudence de la Chambre criminelle ? Enfin, de l'aveu même des auteurs qui analyse le droit prétorien en matière répressive, de nombreuses décisions de la Chambre criminelle ne respectent pas ce principe de dualité des fautes³²⁶. Il existe donc bien un problème de démarcation de la

« *dépénalisation partielle* », impliquant une unité de nature initiale » ; et avant la loi du 10 juillet 2000, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 577 et n° 607 et s. ; P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité et pénale*, thèse Paris II, 1982 ; J. DEPRESZ, « Faute pénale et faute civile », préc.

³²² Sur la disparition de ce critère en matière civile, par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014, voir *supra* n° 50.

³²³ D. CARON, *J.-Cl. civil*, « Autorité de la chose jugée, Autorité de la chose jugée au pénal sur le civil », actualisé par M. DOUCHY-OUODOT, n° 50 ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 7^e éd., Dalloz, 2009, n° 41 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 292 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, PUF, 2^e éd., 1999, n° 256 ; M. TRUCHET, « Les transformations de la notion de responsabilité civile et pénale depuis quarante ans » : *Gaz. Pal.* 2002, 2, doctr., p. 1068.

³²⁴ Dans le sens de la dualité, la doctrine cite les arrêts suivants : Civ., 15 avril 1889, S. 1891, 1, p. 292 ; Civ. 14 novembre 1898, S. 1902, 1, p. 27 ; Req., 31 octobre 1906, S. 1907, 1, p. 126. Le revirement est daté des arrêts suivants : Civ., 19 décembre 1912, S. 1914, 1, p. 249, note R.-L. MOREL ; confirmé par Civ., 12 juin 1914 : D. 1915, 1, p. 17 ; Civ., 6 juillet 1934, DH 1934, p. 446 ; et après l'entrée en vigueur de la loi du 8 juillet 1983, Crim., 18 novembre 1985, Bull. crim. n° 343, obs. G. LEVASSEUR, RSC 1987, p. 427.

³²⁵ Art. 4 al. 2 du Code de procédure pénale.

³²⁶ Y. MAYAUD, *J.-Cl. pén.*, 2013, v° « violences involontaires », n° 288 ; voir également P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, n° 386, p. 222, au sujet du « *vouloir des juges du fond* » dans l'application du critère de la causalité ; E. DREYER, *op. cit.*, n° 802 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 293 ; M. TAPIA, « Décadence et fin éventuelle du principe d'identité des fautes pénale et civile », *Gaz. Pal.* 2003, n° 67, p. 2.

responsabilité civile et pénale, qui se manifeste à l'endroit de la faute simple d'imprudence.

145. Si les deux fautes se valent, alors le droit pénal remplit sûrement une fonction réparatrice parfois équivalente à celle du droit civil³²⁷. De même, rien n'empêche de reconnaître à la sanction civile une fonction punitive³²⁸. Une auteure notamment attribue au développement de l'assurance de responsabilité civile une importance majeure dans le déclin³²⁹ du rôle de la faute subjective en droit civil³³⁰. Elle propose de remplacer la capacité délictuelle par une *aptitude à l'assurance* : « *il n'y a plus en effet aucune raison de se demander, à propos de chaque dommage, s'il est dû ou non à une faute (...). La démarche normale et logique consiste plutôt à imputer cette charge à celui qui était le mieux placé, avant le dommage, pour contracter l'assurance destinée à garantir le risque* »³³¹. L'auteure légitime enfin ces arguments par le « ressenti moral » de l'obligé à indemnisation³³².

146. Après tout, s'il y a bien des contraventions matérielles, si l'imprudence pénale est tout aussi « involontaire » que l'imprudence civile, pourquoi n'existerait-il pas des délits civils rétributifs ? Exit l'ensemble des conditions protectrices des libertés fondamentales, place à la possibilité pour le juge civil de prononcer des « peines privées » sans s'inquiéter du principe de légalité criminelle ou de la non-rétroactivité de la loi pénale³³³. La thèse de la faute lucrative pousse très loin la convergence des fautes civile et pénale. Mais au fondement de cette proposition, il y a un flou critériologique. Le périmètre de la question peut sûrement être précisé au regard du rejet de la définition minimaliste du discernement.

³²⁷ Cf. B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, LGDJ, 2007.

³²⁸ M. CREMIEUX, « Réflexions sur la peine privée moderne », *Mélanges P. KAYSER*, 1979, p. 261 et s. ; B. STARCK, *op. cit.* ; J. DUPICHOT, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, LGDJ, 1966 ; également S. GALAND-CARVAL, *De la fonction de peine privée de la responsabilité civile*, LGDJ, 1995, spéc. p. 109 où l'auteure propose de proportionner la réparation à l'intensité de la faute ; voir également F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2011, spéc. p. 199 et s. ; M. TELLIER, « Faut-il créer des dommages et intérêts punitifs ? », *Rev. Environnement* 2012, p. 46 ; M. ATTAL, « Le droit français est-il devenu favorable aux dommages et intérêts punitifs ? », *Rev. Droit et Patrimoine* 2011, n° 205, p. 42.

³²⁹ P. Le TOURNEAU, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile, ou de la relativité de son déclin », *RTD civ.* 1989, p. 505.

³³⁰ G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2008, p. 33 et s.

³³¹ G. VINEY, *op. cit.*, p. 40.

³³² *Ibid.*, p. 87-88. L'auteur relève toutefois que « la généralisation de l'assurance de responsabilité atténue fortement l'effet dissuasif des condamnations civiles, dans la mesure du moins où elles n'imposent que le versement d'indemnités prises en charge par l'assureur. En outre, le principe de la « réparation intégrale » empêche, au moins théoriquement, d'établir une correspondance quelconque entre la gravité de l'acte censuré et celle de la condamnation, de telle sorte qu'une maladresse insignifiante peut entraîner une responsabilité extrêmement lourde tandis qu'une faute grave manifestant une nocivité réelle peut rester sans conséquences civiles appréciables – (encore faudrait-il admettre qu'une faute apparaisse grave sans s'être manifestée par ses effets, et alors on ne comprend pas en quoi elle ne serait pas pénale) – si le dommage est peu important ». Elle propose donc de limiter la fonction dissuasive de la faute lucrative aux dommages non-accidentels, par exemple en cas

§ 2. *Le rejet du critère*

147. Conformément au positivisme juridique, tous les éléments visés dans l'incrimination sont nécessaires à la constitution de l'infraction. Dès lors, si le discernement correspond à une connaissance du réel, cela implique que la connaissance du *consentement* de la « victime » fasse obstacle à l'existence de l'infraction. Ainsi par exemple, si elle consent à l'acte violent, cela empêche la constitution de l'infraction³³⁴, comme le consentement du possesseur à transmettre la propriété de la chose fait obstacle au vol. En raison de l'accord de l'intéressé, l'auteur des violences ou de la soustraction matérielle ne peut pas porter atteinte au résultat incriminé.

148. Pour arriver à cette conclusion, il est nécessaire de remettre en cause le principe de l'indisponibilité du droit pénal et, avec lui, l'idée qu'un individu ne peut pas décider d'être ou de ne pas être victime de l'infraction.

149. Toutefois quitte à accepter cette conséquence logique, il faut en admettre le corollaire : accepter l'immixtion du critère civil du consentement dans l'opération de qualification de l'infraction. Dès lors, abandonner l'indisponibilité du droit pénal est propice à l'indifférenciation des matières civile et pénale. Car la violation de la foi contractuelle, autant que l'existence de vices du consentement, pourraient avoir une incidence sur la qualification de l'infraction. Il en résulterait donc une « civilisation de la faute pénale ». Le droit pénal sanctionnerait des manquements à la parole donnée et pourrait revendiquer une fonction réparatrice – l'attribution de dommages-intérêts. Réciproquement, il serait possible d'admettre une « pénalisation de la faute civile ». En ce sens, certains auteurs reconnaissent volontiers à la sanction civile une fonction punitive.

150. Il semble pourtant possible d'expliquer les références à ces critères « extra-pénaux » sans remettre en cause l'indisponibilité du droit pénal. La référence légale au consentement de la victime peut être regardée non pas comme un critère juridique, mais comme l'indice d'une absence de volonté coupable chez l'auteur des faits. Cet indice

de faute professionnelle, où le juge civil pourrait prononcer des sanctions sans avoir à respecter les plafonds de peine imposés au juge pénal.

³³³ Art. 111-3 du Code pénal.

devient alors accessoire pour l'identification d'une faute. Si la victime a consenti, l'auteur des faits ne peut avoir voulu commettre d'infraction.

151. Cependant en soi, ce consentement est-il décisif ? Dans l'affirmative, il faudrait admettre que celui qui commet un acte incriminé sur la foi du consentement de la « victime » ne devait pas être punissable. Pourtant, le consentement du candidat à la mort n'autorise pas l'aide au suicide, pas plus que les vices du consentement n'influent sur la constitution de l'infraction. Seule devrait donc importer la conviction, chez l'auteur des faits, qu'il commet ou ne commet pas l'infraction. Il faut donc envisager la justification du rejet d'un discernement minimaliste (A), et envisager les manifestations de ce rejet (B).

A. La justification du rejet

152. En matière intentionnelle, il n'est pas certain que la loi invite à abandonner le principe d'indisponibilité du droit pénal pour toutes les infractions visant le consentement ou, plus largement, un composant « extra-pénal ». L'atteinte à l'indisponibilité du droit pénal en matière intentionnelle (1) entraîne des conséquences qu'il peut être souhaitable d'éviter. En matière non intentionnelle, la définition minimaliste du discernement remet pour le surplus en cause la permanence des fondements traditionnels de la peine, car elle efface la distinction des fautes civile et pénale d'imprudence (2).

1. La justification du rejet en matière intentionnelle : l'atteinte au principe d'indisponibilité du droit pénal

153. L'indisponibilité de la matière pénale est un principe inhérent au système de souveraineté nationale, prévu dans la Constitution de 1958. L'individu est soumis à la volonté de la société, tout en y contribuant par sa libre expression lors de l'élection de ses représentants. Il abandonne une part de sa liberté au profit d'une jouissance mieux assurée de celle qui lui reste accessible.

³³⁴ La remarque est aussi valable pour l'imprudence pour qui utilise le critère du résultat. Notamment, pour fixer le critère du résultat juridique, N. STONESTREET, *La notion d'infraction pénale, op. cit.*, qui dans la seconde partie de sa thèse (au titre 2, chapitre 2), s'inspire de notions de droit civil pour définir « l'imputation objective ».

154. Par conséquent, il ne peut opposer à la volonté nationale, exprimée dans la loi, le règne de sa volonté individuelle. Cependant, si la société elle-même reconnaît un rôle à cette volonté, le consentement devrait avoir une incidence sur la constitution d'une infraction. Ce devrait également être le cas lorsque le législateur dispose que *l'absence de consentement* de la victime est un élément constitutif de l'infraction, ou encore que *l'existence d'un contrat liant les parties* conditionne la commission d'une infraction.

155. De manière générale, il serait possible de considérer que *la volonté de la victime peut neutraliser la constitution de l'infraction à chaque fois qu'elle a consenti à l'acte*. Ainsi, il n'y aurait pas de viol lorsque la « victime » consentait à l'acte de pénétration sexuelle, ni de violences répréhensibles dans le cadre des pratiques sadomasochistes exercées librement, pas plus qu'il n'y aurait de vol quand cette « victime » voulait donner la chose.

156. Au sujet de la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, la paternité de cette proposition doctrinale revient justement à Garçon. Sous l'empire de l'article 379 du Code pénal de 1810³³⁵, une doctrine unanime adhère à la définition réelle de la soustraction³³⁶. Les auteurs se conforment aux arrêts Yvonnet³³⁷ et surtout Beaudet d'après lequel pour soustraire, il faut « *prendre, enlever, ravir* ». L'arrêt Prost en tirait la conclusion qu'« *il n'y a pas de soustraction, dans le sens précis et légal de ce mot, dans le cas où la chose a été remise volontairement par le propriétaire à la personne inculpée ; il importe peu que cette remise n'ait été que momentanée et faite sous la condition implicite d'une restitution immédiate, puisqu'une remise volontaire de la chose, quelle que soit sa durée, exclut nécessairement le fait de soustraction* »³³⁸, s'agissant de la remise d'une pièce afin qu'il l'observe à un individu finalement récalcitrant à la rendre. La Chambre criminelle

³³⁵ Art. 379 du Code pénal de 1810 : « quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas, est coupable de vol ».

³³⁶ R. OTTENHOF, note sous Crim., 21 avril 1964, *JCP* 1965, II, 13973 ; E. GARÇON, *Code pénal annoté*, 2^e éd., refondue par MM. M. Rousselet, M. Patin M. et M. Ancel, 1959, t. 1, p. 1116, n° 8 : « *l'idée de soustraction exclut tous les cas où la chose a été antérieurement remise ou confiée à celui qui se l'est frauduleusement appropriée* » ; encore : « *toute la difficulté est de rechercher, dans chaque espèce, si l'objet frauduleusement approprié a été soustrait ou si, au contraire, il a été remis ou confié* », *loc. cit.*, p. 1118, n° 29 ; D. BONNARD, *Du vol en droit romain et en droit français*, thèse Bordeaux, Imprimerie Duverdier et Cie, 1876, p. 115 et s.

³³⁷ Crim., 7 mars 1817, Bull. crim. n° 18, p. 44 : il n'y a pas de vol là où il n'y a pas de soustraction, enlèvement d'un objet quelconque contre le gré du propriétaire.

³³⁸ Crim., 7 janvier 1864, Bull. crim. n° 5, p. 7, *S.* 1864, 1, p. 242, rapport F. HELIE ; voir également Crim., 18 novembre 1837, Bull. crim. n° 405, p. 416 ; Crim., 2 mai 1845, Bull. crim. n° 158, p. 265 ; Crim., 1^{er} mars 1850, Bull. crim. n° 75, p. 124 ; Crim., 12 décembre 1856, Bull. crim. n° 394, p. 622 ; Crim., 2 décembre 1871, Bull. crim. n° 171, p. 289 ; Crim., 5 avril 1873, Bull. crim. n° 94, p. 174 ; Crim., 27 février 1874, Bull. crim. n° 65, p. 117 ; Crim., 17 mars 1899, Bull. crim. n° 58, p. 86 ; Crim., 31 août 1899, *D. P.* 1902, 1, p. 331 ; Crim., 15 mars 1917, *D. P.* 1921, 1, p. 63 ; Crim., 6 juin 1924, Bull. crim. n° 253, p. 427 ; Crim., 24 novembre 1927, Bull. crim. n° 266, p. 518 ; Crim., 17 janvier 1930, *Gaz. Pal.* 1930, 1, p. 501 ; Crim., 22 janvier 1948, *D.* 1948, p. 143.

juge encore que la remise volontaire exclut « *péremptoirement* » le fait même de soustraction³³⁹.

157. Pour Garçon qui voyait dans cet acte matériel de soustraction une condition *sine qua non* de l'infraction, cette jurisprudence présentait l'inconvénient de laisser hors de portée pénale une hypothèse particulière : lorsque cette chose avait été remise au détenteur précaire, le comportement consistant à la conserver au préjudice des droits du propriétaire ne constituant pas une soustraction, il ne pouvait y avoir de vol. De plus, ce comportement ne rentrait pas dans le champ d'application de l'abus de confiance qui nécessitait, d'après le Code pénal de 1810, l'existence de l'un des contrats limitativement visés par l'incrimination d'alors.

158. Aussi Garçon imagina-t-il d'enrichir la définition traditionnelle de la soustraction (« *soustraction matérielle* ») à l'aide d'une soustraction annexe dite « *juridique* » qui devait couvrir ce vide juridique. Pour préciser le critère de la faute, l'auteur s'est alors inspiré de critères civilistes et a défini cette « soustraction juridique » à l'aide de la volonté de celui qui a remis la chose (le *tradens*) à un détenteur précaire (l'*accipiens*)³⁴⁰. La qualification de la soustraction se fonde dès lors davantage sur l'analyse de la volonté de la victime que sur celle de l'auteur de l'infraction. Cette définition « juridique » du fait de soustraction présente la particularité d'aborder la culpabilité de l'agent pénal « en creux ».

159. Cette voie a été suivie par nombre d'auteurs qui recherchent également à établir la culpabilité à partir de l'étude de la volonté de la « victime ». Le consentement d'une personne à la commission d'un fait neutraliserait sa portée pénale³⁴¹. Ainsi par exemple en matière de violences sportives, une majorité d'auteurs s'accorde pour considérer que, durant la compétition, les coups échangés ne sont pas qualifiables de violences, tandis

³³⁹ Crim., 9 juillet 1853, Bull. crim. n° 351, au sujet d'une remise par erreur, jugée exclusive du vol : « il s'ensuit que toutes les circonstances ultérieures, quels qu'en soient le caractère, la date ou la moralité ne peuvent agir contre cette remise pour en détruire la portée ou en modifier les effets ».

³⁴⁰ E. GARÇON, *op. cit.*, art. 379, p. 1119, n° 40 et p. 1125, n° 97.

³⁴¹ P. SUBRA, De l'influence du consentement de la victime sur l'existence du délit et la responsabilité de l'auteur, thèse Toulouse, 1906 ; R. FLEURY, Du consentement de la victime dans les infractions, thèse Lille, 1911 ; A. BADR, L'influence du consentement de la victime sur la culpabilité pénale, Paris, LGDJ, 1928 ; S.-M. NASR, L'influence du consentement de la victime sur la responsabilité pénale, thèse Grenoble, 1933, qui y voit « la suspension d'une norme juridique », p. 52 ; J. HEMARD, « Le consentement de la victime dans le délit de coups et blessures », Rev. Cr. Leg. Jur. 1939, p. 293 ; R. DOUBLIER, « Le consentement de la victime », in G. STEFANI (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, *op. cit.*, p. 187 ; R. OTTENHOF, Le droit pénal et la formation des contrats civils, *op. cit.*, spéc. p. 27 et s. où l'auteur pousse très loin la soumission du droit pénal au droit civil des contrats ; A. FAHMY ABDOU, *Le consentement de la victime*, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, t. 11, 1971 (préfacé par R. Vouin) ; N. KABBAJ, *Le consentement de la victime*, thèse Montpellier I, 1981 ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, p. 90, n° 80, l'auteur ayant la cohérence de remettre en cause le principe d'indisponibilité du droit pénal dès les premières pages de sa thèse et envisage l'hypothèse du vol consenti, spéc. n° 195, p. 165.

que l'acte violent exercé après l'abandon du participant constituerait une infraction³⁴². Ils en appellent parfois à des fondements extra-légaux : la permissivité ne vaudrait qu'à partir d'une autorisation de la loi ou de la coutume³⁴³. Le rôle du consentement de la victime dans la justification de l'infraction³⁴⁴, qui ne se vérifie pas en droit pénal comparé, ne connaît que de très rares détracteurs³⁴⁵. Ceux-ci se limitent pour le surplus à lui reconnaître un effet justificatif, admis quand le consentement fait partie des éléments constitutifs de l'infraction.

160. En poussant le rôle « *permissif* »³⁴⁶ du consentement dans ses retranchements, il faudrait considérer que celui qui vole, viole ou tue un individu dans l'ignorance que sa victime y consent n'est pas punissable. Pourtant dans l'exemple du viol, seule la preuve de la volonté coupable de l'auteur des faits manquerait en raison de la « permission » individuelle de la victime. Mais cet accord non exprimé à l'acte sexuel que l'auteur de la pénétration pensait avoir forcé ne justifie pas l'infraction dans cette hypothèse.

161. De plus, l'article 222-23 du Code pénal n'établit aucune distinction en fonction de la personne à laquelle le consentement est donné. Il suffit de consentir à l'acte. Pour le cas où la victime aurait accepté la pénétration sexuelle en pensant avoir à faire à son conjoint, alors que l'auteur de l'infraction aurait pris soin de s'introduire de nuit dans le lit de la victime pour provoquer cette erreur, faudrait-il écarter l'infraction de viol au motif d'un consentement valable au moment du fait incriminé ; la retenir au motif que l'auteur des faits a commis un dol contractuel : la provocation d'une erreur ? Pareillement, dans l'hypothèse d'école où un individu administrerait une substance mortifère à son conjoint encore en vie mais qui, désirent secrètement mettre fin à ses jours, avait préalablement ingéré une dose létale de poison, comment justifier l'impunité de celui qui, sans avoir causé la mort, aurait démontré un parfait mépris pour la « valeur sociale » en jeu (ou « *volonté d'atteindre le résultat incriminé* ») ?

³⁴² X. PIN, *ibid.*, p. 97, n° 92 ; Comp. J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 254, qui invoque la coutume.

³⁴³ X. PIN, *ibid.*, p. 113, n° 120.

³⁴⁴ J. PRADEL, *Droit pénal comparé, op. cit.*, n° 100 et s., évoque prudemment un « fait justificatif pas toujours admis »

³⁴⁵ P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*, n° 277 : « l'essence même du droit pénal exclut de pouvoir faire du consentement de la victime – de même que sa tolérance ou son pardon – une cause de justification de l'infraction (...) le fait qu'une prostituée soit éventuellement consentante ne supprime pas le proxénétisme dont l'objet est de protéger la société, non les prostituées ». Toutefois l'auteur admet ensuite qu'il « arrive que le consentement de la victime fasse disparaître l'infraction. Lorsque tel est le cas, cet effet résulte non pas de la présence d'un fait justificatif – qui est donc inexistant –, mais de l'absence d'un élément constitutif de l'infraction : certaines infractions supposent, parmi leurs composantes, le refus de la victime » (n° 278) ; dans le même sens E. DREYER, *op. cit.*, n° 1158.

³⁴⁶ L'expression est emprunté à X. PIN, *op. cit.*, n° 92 et s.

162. Le rôle ainsi conféré à la volonté de la victime contredit l'enjeu de la matière pénale : celui de procéder vers l'application d'une souffrance rétributive. La culpabilité du délinquant est au fondement de l'application d'une peine, si bien que la référence au consentement de la « victime » ne peut avoir qu'une utilité accessoire. Elle aide à prouver l'état d'esprit de l'auteur des faits par effet « miroir ». S'il a agi contre la volonté de l'intéressé, force est d'admettre qu'il nourrissait une volonté coupable tandis que, s'il a agi avec son aval, il conviendra d'écarter l'existence d'une faute. *Ainsi la référence au consentement individuel ne peut avoir qu'une fonction probatoire et présomptive.* A défaut, la seule violation d'une règle contractuelle jouerait *ipso facto* en faveur de la constitution de l'infraction.

163. Par exemple, si le contrat civil conditionne la constitution de l'infraction d'abus de confiance, alors la culpabilité pénale ne peut se déduire que d'un manquement à la parole donnée, par utilisation du bien à une fin différente de celle convenue³⁴⁷. En effet en droit civil, la cause de l'obligation de l'un des contractants correspond à l'objet de l'obligation de l'autre. La définition objective de la cause civile permet donc de déterminer le but en vertu duquel le bien a été remis, par simple référence au cadre contractuel. L'agent pénal conventionnellement lié au remettant connaît la cause objective du contrat et aurait, par voie de conséquence, nécessairement conscience d'accomplir l'abus de confiance en utilisant le bien à une fin différente de celle que le contrat établit. Il faudrait donc conclure à la caractérisation de l'abus de confiance lorsque l'affectation des biens ne correspond pas à la destination contractuellement prévue : la faute pénale serait impliquée par la faute civile.

164. Réciproquement, l'inexistence de l'infraction serait acquise aussitôt la preuve d'un vice du consentement rapportée, car ce vice cause l'annulation du contrat. Si le contrat est annulé, l'effet rétroactif de cette mesure rend la commission de l'abus de confiance impossible, car elle serait désormais dépourvue d'un élément légalement exigé. Il faudrait même imaginer que le juge pénal doive surseoir à statuer en attendant que le juge civil ne décide de la validité du contrat.

165. Pour éviter ces effets peu respectueux de la délimitation du droit civil et du droit pénal, la Chambre criminelle a refusé d'accorder des effets à la faute civile pour la

³⁴⁷ Notamment J. LEAUTE, « Le rôle de la théorie civiliste de la possession dans la jurisprudence relative au vol, à l'escroquerie et à l'abus de confiance », *Mélanges M. Patin*, Cujas, 1966, p. 233. L'auteur considère que l'intention consiste

qualification de la faute pénale, à l'instar du retrait de billets de banque excédant le solde disponible à partir d'un distributeur automatique – cette question agite la jurisprudence avant que la Cour de cassation ne tranche en défaveur de la qualification de vol³⁴⁸ préconisée par une partie de la doctrine³⁴⁹. Elle juge encore que la vente avec clause de réserve de propriété d'un bulldozer s'accompagne d'une remise volontaire de la chose, exclusive de toute appréhension *frauduleuse* du bien³⁵⁰. A défaut, la résolution du contrat pour non paiement de la chose livrée avec clause de réserve de propriété ayant un effet rétroactif en droit civil, le détenteur précaire se trouvait fictivement sans droit sur la chose depuis la livraison – la loi n° 80-335 du 12 mai 1980 soumet le transfert de propriété au paiement intégral du prix, ce qui confère à cette clause un effet suspensif.

166. Cependant la détention ne devient pas frauduleuse parce qu'elle se trouverait contrariée par une fiction civile. D'après la Chambre criminelle, la loi ne conditionne pas non plus la *tromperie* à l'existence d'un contrat ou d'un acte à titre onéreux valable³⁵¹.

167. Enfin, attribuer une valeur déterminante au consentement de la victime mène l'interprétation de l'abus de confiance dans une impasse. L'article 314-1 du Code pénal fait encore référence à l'acceptation de la remise d'un bien³⁵². Pourtant là encore, le législateur n'a pas entendu faire de cette infraction l'accessoire d'un manquement à une obligation contractuelle³⁵³. La validité du contrat est sans effet sur constitution de l'infraction, comme sous l'empire de l'article 408 du Code pénal de 1810. La Chambre criminelle décide qu'en matière de prêt à la consommation, même si la convention indique que le prêteur a eu en vue une affectation déterminée des fonds (par exemple le remboursement d'une dette hypothécaire³⁵⁴), la qualification d'abus de confiance est

dans la volonté d'utiliser le bien à une fin différente de celle convenue ; sur ce point, voir également F. ALT-MAES, « L'inefficacité du consentement de la victime dans les infractions contre les biens », *RSC* 1984, p. 1 et s.

³⁴⁸ Crim., 24 novembre 1983, Bull. crim. n° 315, p. 811 ; *D.* 1984, note C. LUCAS de LEYSSAC ; *JCP* 1985, 20450, obs. H. CROZE. Les poursuites intentées pour vol à l'encontre de l'individu qui a retiré, au moyen de sa carte magnétique, des sommes excédant le solde de son compte bancaire n'aboutissent pas. La Cour d'appel d'Angers relève dans son arrêt du 4 février 1982 qu'afin d'opérer les retraits incriminés, le prévenu a utilisé sa carte en se conformant aux règles techniques d'emploi de l'appareil. Le pourvoi formé à l'encontre de cette décision est rejeté car « *les faits reprochés au prévenu s'analysent en l'inobservation d'une obligation contractuelle et n'entrent dans les prévisions d'aucun texte répressif* ».

³⁴⁹ Notamment J. LARGUIER, « L'abus de distributeur de billets par le titulaire d'un compte insuffisamment approvisionné peut-il être pénalement incriminé ? », *JCP* 1982, I, 3061.

³⁵⁰ Crim., 11 octobre 1990, *D.* 1991, p. 234, note M.-A. PEANO, « la vente d'un bien assortie d'une clause de réserve de propriété s'accompagne d'une remise volontaire de la chose, exclusive de toute appréhension frauduleuse du bien par l'acquéreur, même en cas de résolution du contrat », s'agissant de la vente d'un bulldozer avec clause de réserve de propriété.

³⁵¹ Crim., 20 novembre 2012, 11-87.531, Publié au bulletin. Sur la nécessité de l'existence d'un contrat ou acte à titre onéreux pour caractériser le délit de tromperie, à rapprocher de Crim., 8 mars 1990, Bull. crim. n° 111, p. 286.

³⁵² Art. 314-1 du Code pénal : « l'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ».

³⁵³ Dans le même sens, M. VASSEUR, « Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines », *RSC* 1951, p. 1 et s.

³⁵⁴ Crim., 20 novembre 1962, Bull. crim. n° 329, p. 678.

exclue. De même elle écarte les effets de l'annulation civile du contrat sur la constitution de l'infraction³⁵⁵, ou affirme que cette infraction « ne suppose pas nécessairement que la somme détournée ait été remise en vertu d'un contrat »³⁵⁶.

168. Au même titre qu'elle exclut le contrat des conditions constitutives de l'infraction, la Cour de cassation n'admet pas la permissivité du consentement de la victime d'un duel³⁵⁷, pas davantage en matière d'homicide sur demande³⁵⁸, ce qui équivaldrait à rendre la protection de la vie tribulaire de la volonté d'un individu et réduire l'applicabilité du droit pénal à l'intérêt d'un seul au lieu que d'être un enjeu de société. La Cour européenne des droits de l'homme elle-même se défend de reconnaître un droit à la vie³⁵⁹.

169. La division du fait (de soustraction) matériel et du fait juridique, opportune en son temps, paraît bien artificielle. Le fait juridique n'est rien d'autre qu'un fait matériel justifiant une qualification pénale. Qualifier un fait de « matériel », c'est acquiescer à l'impossibilité de le qualifier juridiquement, sans pour autant avancer le critère qui permet de dénigrer à ce fait matériel sa répression en droit pénal³⁶⁰. Ceci revient donc à déplacer le problème à l'éligibilité du fait matériel à la qualification pénale. La méthode de qualification professée par Garçon contenait donc le germe d'une atteinte au principe d'indisponibilité du droit pénal, atteinte qui se dévoile sous une autre forme en matière non-intentionnelle : celle de l'équivalence supposée des fautes pénale et civile d'imprudence.

³⁵⁵ Crim., 9 juillet 1857, *DP* 1857, 1, p. 379 ; Crim., 25 mai 1956, Bull. crim. n° 382, p. 703, *Gaz. Pal.* 1956, vol. 2, p. 60 ; Crim., 12 mai 1964, Bull. crim. n° 161 ; Crim., 28 mai 1970, Bull. crim. n° 173, *D.* 1971, p. 20, note H. VRAY ; Crim., 20 juin 1989, Bull. crim. n° 233 ; Crim., 10 mai 1990, Bull. crim. n° 179, *Gaz. Pal.* 1990, Som. 634, obs. J.-P. DOUCET ; Crim., 12 mai 1964, Bull. crim. n° 161.

³⁵⁶ Crim., 18 octobre 2000, *Dr. pén.* 2001, comm. 28 ; *RSC* 2001, p. 384, obs. R. OTTENHOF ; Crim., 6 septembre 2000, *Dr. pén.* 2001, comm. 14 ; Crim., 1^{er} mars 2000, Bull. crim. n° 97 ; *RSC* 2000, p. 831, R. OTTENHOF ; *D.* 2001, p. 2352, obs. M. SEGONDS ; Crim., 3 mars 2003, *Gaz. Pal.* 2004, p. 2605, note Y. MONNET.

³⁵⁷ Cass., Ch. Réunies, 15 décembre 1837, *S.* 1838, 1, p. 5.

³⁵⁸ Crim., 27 avril 1815, *S.* 1818, 1, p. 44 ; Crim., 16 novembre 1827, Bull. crim. n° 284 ; Crim., 2 juillet 1835, *S.* 1835, 1, p. 861 ; Crim., 23 juin 1838, *S.* 1838, p. 626, concl. Proc. gén. DUPIN ;

³⁵⁹ CEDH, 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*, AJDA 2003, p. 1383, note B. LE BAUT-FERRARESE ; *D.* 2002, p. 1596, RDSS 2002, p. 475, note P. PEDROT ; *RSC* 2002, p. 645, obs. F. MASSIAS ; *RTD civ.* 2002, p. 482, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p. 858, obs. J.-P. MARGUENAUD.

³⁶⁰ Pour une tentative de théorisation de la distinction du fait et du droit, voir N. CORNU THENARD, *La notion de fait dans la jurisprudence classique : étude sur les principes de la distinction entre fait et droit*, thèse Paris 2, 2011, p. 8 : « dire d'une donnée quelconque qu'elle est un fait permet d'exclure tout débat sur son interprétation. Affirmer qu'un principe relève du droit conduit à l'extraire de toutes les controverses, morales notamment, qu'il pourrait susciter. Le contradictoire persévérant est réputé de mauvaise foi dans la première hypothèse, ignorant dans la seconde ; dans les deux cas, il nie une réalité qui se voudrait objective. Quand bien même elle semble, par nature, tout-à-fait discutable ».

2. *La justification du rejet en matière non intentionnelle*

170. Aux critiques émises à l'égard d'une définition psychologique de l'intention, telle que fondée sur une parfaite conscience du monde environnant, il faut ajouter les difficultés qui affleurent en matière non intentionnelle. Tout d'abord, si la faute pénale d'imprudence se confond avec la faute civile délictuelle ou quasi-délictuelle, deux options se présentent : soit tout le pan des infractions non intentionnelles se soustrait à l'application d'une peine intimidante et rétributive, soit ces fautes conservent leur portée traditionnelle mais alors il n'y a aucune raison de ne pas étendre cette fonction à la faute civile délictuelle. Ainsi quelle que soit l'option choisie, le fondement rétributif de la peine tombe ou se distend jusqu'à perdre son essence. Aucune de ces deux options n'est légitime au regard des exigences du droit pénal, ni en matière délictuelle (a), ni en matière contraventionnelle (b).

a. La justification du rejet en matière délictuelle

171. De nombreux arguments de texte militent en faveur d'une dualité des fautes civile et pénale d'imprudence. D'après l'article 372 du Code de procédure pénale, « la partie civile, dans le cas d'acquiescement comme dans celui d'exemption peine, *peut* demander réparation du dommage résultant de la faute de l'accusé, telle qu'elle résulte des faits qui sont l'objet de l'accusation ». L'article 470-1 du même code, dans sa version issue de la loi n° 83-608 du 8 juillet 1983, disposait qu'en cas de relaxe intervenue pour des infractions d'homicide ou blessures involontaires, le juge pénal restait compétent pour prononcer sur les dommages civils. Cette règle a été étendue par la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 à l'ensemble des infractions non intentionnelles. Ainsi la réparation du dommage civil *n'est pas exclue* lorsqu'un juge décide que l'accusé n'a commis aucun crime, en matière intentionnelle comme non intentionnelle. Cela signifie qu'elle n'est pas de principe : il peut y avoir réparation du dommage pénal indépendamment de l'existence d'un dommage civil. De plus, la loi du 10 juillet 2000 prévoit dans l'article 4-1 du Code de procédure pénale la possibilité d'une action devant les juridictions civiles en cas d'absence de faute pénale non intentionnelle³⁶¹. S'il n'est pas certain que cette loi mette

³⁶¹ Art. 4-1 du Code de procédure pénale : « l'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 du code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie ou en application de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale si l'existence de la faute inexcusable prévue par cet article est établie ».

fin à une identité passagère des fautes pénale et civile d'imprudance³⁶², elle milite néanmoins dans le sens de leur dualité. Enfin, la loi n° 80-1042 du 23 décembre 1980 désolidarise les prescriptions pénale et civile, ce qui laisse entendre qu'il existe une différence de nature entre ces deux fautes, étant donné que leurs régimes diffèrent. Désormais, l'action civile se prescrit conformément aux règles du Code civil³⁶³.

172. L'ensemble de ces arguments textuelles décrédibilisent sérieusement la thèse de l'unité des fautes pénale et civile, intentionnelles ou non intentionnelles. Pourtant la définition psychologique de la faute non intentionnelle invite à assimiler la faute pénale d'imprudance à son homologue civil, si bien qu'elle apparaît dénuée de toute portée intimidante ou rétributive. Cette contradiction théorique s'observe également à l'étude de la faute contraventionnelle.

*b. La justification du rejet en matière contraventionnelle :
l'illégitimité des contraventions « purement
matérielles »*

173. Le législateur ne définit pas la faute contraventionnelle, précisant seulement qu'il n'y a pas de contravention en cas de force majeure (art. 121-3 al. 5 CP). Certaines d'entre elles peuvent se commettre par imprudence³⁶⁴, comme l'ensemble des délits non intentionnels³⁶⁵. Il faut donc rattacher leur étude aux passages précédents. La question de la nature de la faute se pose à l'égard des autres contraventions, celles qui ne seraient ni intentionnelles, ni d'imprudance.

174. Si la faute contraventionnelle, en principe, n'est ni intentionnelle, ni d'imprudance, ni même morale, on pourrait supputer que l'état de conscience suffit à justifier l'imputation d'un acte contraventionnel à son auteur. La conscience lucide constituerait le fondement exclusif de cette faute contraventionnelle, et la constatation du comportement incriminé suffirait à établir *objectivement* la constitution de cette infraction.

175. Cette définition purement matérielle de la contravention prolonge une opinion doctrinale développée sous l'empire du Code pénal de 1810 : celle des infractions

³⁶² Voir *supra*, n°144.

³⁶³ Art. 10 du Code de procédure pénale.

³⁶⁴ Décret n° 2001-883 du 20 septembre 2001, qui modifie l'article R. 610-2 du Code pénal.

³⁶⁵ Article 339 de la loi d'adaptation n° 92-1336 du 16 décembre 1992.

« matérielles ». Vidé de son objet en matière délictuelle par l'article 339 de la loi d'adaptation précitée, cette thèse ne subsiste plus qu'en matière contraventionnelle. Elle ne trouve plus qu'une mince adhésion en doctrine. Le cas échéant, les auteurs évoquent une « faute contraventionnelle » dont le contenu est indéterminé³⁶⁶ ou une oxymorique « faute matérielle »³⁶⁷.

176. Deux arguments peuvent étayer le « *clivage* »³⁶⁸ existant entre les contraventions et les autres infractions pénales. *Le premier*, directement emprunté à la théorie de l'infraction « matérielle », renvoie à l'antienne de la nature de l'interdiction³⁶⁹. Les contraventions, ces faits d'une gravité vénielle situés en halage des infractions pénales « véritables » dans le Code pénal, concernent des comportements bénins autrefois régis par des lois de police³⁷⁰.

177. Ces infractions deviendraient des violations aux règles de discipline sociale qui, à la manière de ce qui se passe en droit administratif³⁷¹, ne nécessiteraient nullement qu'on recherche dans l'esprit du contrevenant s'il a ou non adopté ce comportement *sciemment*. Cette définition n'est rien d'autre qu'une justification de la punition de l'infraction par le constat de sa survenance matérielle³⁷², rendant « *l'adhésion psychologique* » du délinquant à l'acte indifférente³⁷³. C'est reconnaître au droit pénal une fonction purement préventive, indépendamment de l'intimidation nécessaire du délinquant. Elle alimente donc le risque d'une dénaturation des fondements de la peine par confusion de deux champs juridiques distincts : celui du droit administratif, dédié à la protection de l'ordre public, avec celui du droit pénal axé entièrement sur la répression.

³⁶⁶ J.-Y. MARECHAL, *J.-Cl. pén.*, art. 121-3, fasc. 20, n° 16 : « si l'autorité réglementaire ne précise pas quelle est la teneur de l'élément moral, il faut en déduire que l'infraction est purement matérielle, c'est-à-dire qu'elle est constituée par la seule faute contraventionnelle à laquelle fait maladroitement allusion le dernier alinéa de l'article 121-3 » ; également n° 68.

³⁶⁷ C. COURTIN, *Rép. pén.*, « Contraventions », n° 37 ; également M. LAGARDE, *Rép. pén.*, v° « Forêt », n° 1408 : « il est de jurisprudence constante que les infractions forestières sont punissables par cela seul que le fait matériel qui les constitue a été déclaré constant et abstraction faite de toute intention (...). Les délits forestiers eux-mêmes participent de l'ancienne catégorie des « délits contraventionnels », ce qui confère à l'ensemble du droit pénal forestier le caractère d'une réglementation de police domaniale ».

³⁶⁸ Cf. Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 324.

³⁶⁹ B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 298, qui rattache les contraventions « non intentionnelles » à la lésion d'intérêts administratifs.

³⁷⁰ Voir sur ce point J. SALVAIRE, « Contraventions », *JCP* 1975, I, 2741, qui constate la multiplication du nombre de contraventions et propose de distinguer les contraventions traditionnelles, qui portent atteinte à l'ordre public, de celles qui tendent au maintien de tel ou tel ordre particulier.

³⁷¹ M. HAURIOU, note sous CE, 8 mai 1896, *Gilotte*, S. 1897, 3, p. 113, favorable à la responsabilité sans faute ; également J.-C. SCHMIDT, « L'élément intentionnel en matière de contravention », *RPDP* 1932, p. 387.

³⁷² Notamment, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 594 ; R. LEGROS, *op. cit.*, p. 11 et s. ; J. PRADEL, *Principes de droit criminel*, t. 1, 1999, Cujas p. 135, n° 120.

³⁷³ En ce sens J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 8^e éd., 2012, n° 42, p. 584 ; A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, n° 274 ; Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 291 : « il est (...) une grande différence entre, d'une part, les crimes et les délits, d'autre part, les contraventions. Alors que les premiers ne peuvent échapper à la preuve réelle et tangible de l'intention ou de la non-intention composant l'infraction commise, les seconds relèvent d'une conception purement matérielle, qui les dispense de toute investigation en ce sens », l'auteur précisant toutefois en note de bas de page que les contraventions nécessitent l'imputabilité de leur auteur.

178. Cependant cette proposition se fonde sur une échelle morale des infractions, précédemment écartée. En outre, elle n'était même pas tenable au regard du droit positif postrévolutionnaire. Des textes légaux antérieurs au Code pénal de 1810 sanctionnaient déjà la récidive contraventionnelle, comme ce fut le cas sous l'empire de ce code³⁷⁴. Or la récidive consiste en une aggravation de la peine à l'égard de l'auteur qui persiste dans la délinquance. Et l'aggravation du quantum de la peine encourue par un récidiviste se fonde justement sur l'idée qu'à l'insuffisance de la première réponse pénale, il faille adresser à l'agent une peine plus lourde afin de le dissuader de commettre de nouveaux forfaits. Prévoir une récidive contraventionnelle n'aurait aucun sens si ces infractions ne nécessitaient pas la conscience du caractère répréhensible d'un fait. Il est donc difficile de soutenir que la conscience matérielle de celui qui commet l'acte constitue un fondement suffisant de l'infraction contraventionnelle. Aggraver la peine du contrevenant récidiviste n'aurait aucun sens si elle n'avait pour but de sanctionner à tout le moins une imprudence consciente. Comme le Code pénal de 1810, celui de 1994 prévoit la récidive pour les contraventions de cinquième classe (art. 132-11 du Code pénal). Bien qu'elle ait été supprimée pour les infractions des quatre classes inférieures, force est d'admettre que la contravention n'exclut pas la conscience de la nature pénale de l'acte commis. Quelle serait d'ailleurs l'utilité d'une présence de contraventions de classes inférieures au sein de la matière pénale si elles répondaient à des critères de stricte réparation du dommage, en dehors de toute considération de rétribution ou d'intimidation de leur auteur ?

179. Le *second argument* invocable en faveur des « contraventions matérielles » peut être tiré de la lettre de la Constitution et vient au soutien du premier : ces infractions ne relèveraient pas du domaine « naturel » de la loi pénale³⁷⁵. La Constitution distingue en effet les crimes et délits (art. 34) qui relèvent de la compétence exclusive du législateur, des contraventions (art. 37) que le pouvoir exécutif peut créer à l'envi. Cependant si cette distinction était attributive d'une compétence exclusive, le législateur ne pourrait pas s'immiscer dans le domaine réglementaire. L'article 37 de la Constitution l'admet pourtant implicitement. Surtout, l'argument ne vaut pas étant donné qu'il revient à

³⁷⁴ Ainsi en vertu de la loi des 19 et 22 juillet 1791 (titre 1, article 23), celle des 28 septembre et 6 octobre 1791 (titre 2), et la loi du 25 Frimaire an VIII (article 15), outre l'aggravation de la peine, la récidive contraventionnelle ou délictuelle avait pour effet de renvoyer le délinquant devant la juridiction supérieure. Le contrevenant comparait devant le tribunal correctionnel, et l'auteur d'un délit devant les tribunaux criminels, suivant l'idée que la récidive révélait une certaine dangerosité.

³⁷⁵ P. PONCELA, « Le droit pénal : au nom de la loi ou malgré la loi », *APD*, t. 25, La loi, Sirey, 1980, p. 29, relativement aux problèmes posés par la délégation au pouvoir réglementaire de fulminer des contraventions.

contester la constitutionnalité de la nature pénale des contraventions, alors qu'elle est explicite.

180. En définitive, la définition purement matérielle de l'infraction contraventionnelle, qui ne requiert que la commission du comportement incriminé par un individu doué de conscience du monde environnant, ne repose sur aucun argument solide. De plus, cette conception de l'infraction contraventionnelle empêche tout espoir de sanction rétributive. Si sa réalisation suffit à justifier l'imputation d'une peine à son auteur, cette punition présente tous les apparats d'une sanction civile ou administrative.

B. Les manifestations du rejet

181. Toujours suivant une définition minimaliste du discernement, une fausse représentation du réel devrait justifier l'irresponsabilité pénale de l'auteur d'un acte objectivement punissable, lorsque cette erreur est causée par un trouble psychique ou neuropsychique (art. 122-1 du Code pénal). L'atteinte au discernement provoquée par un trouble de l'esprit constituerait donc une variante de l'erreur de fait et elle devrait jouer indistinctement en matière intentionnelle comme non intentionnelle. Ainsi par exemple, l'individu qui commet un acte objectivement punissable alors qu'il dormait ou se trouvait en état d'ivresse avancé ne devrait subir aucune peine.

182. Pourtant l'abolition de la conscience matérielle au moment des faits n'empêche pas toujours l'existence d'une faute pénale. En effet, cette fausse représentation du monde est sanctionnée sur le terrain de la tentative d'infraction intentionnelle en jurisprudence. Qui plus est, lorsque cette erreur empêche la tension de la volonté individuelle vers le résultat incriminé, cela ne fait pas obstacle à la requalification des faits en infraction non intentionnelle. Or dans cette hypothèse encore, la Chambre criminelle refuse ne serait-ce que d'atténuer la responsabilité de l'auteur des faits quand il souffre d'une altération de la conscience matérielle. Cette ignorance du réel au moment de l'action ne semble donc pas constituer une cause absolue d'irresponsabilité pénale, ni en matière intentionnelle (1) ni en matière non intentionnelle (2), alors qu'une interprétation stricte de l'article 122-1 du Code pénal inviterait à lui conférer cet effet.

1. *L'inefficacité du critère en matière intentionnelle*

183. L'inefficacité du critère de la conscience matérielle à servir de support exclusif à la faute se manifeste à deux égards. D'abord, si le discernement correspondait à une conscience du monde environnant, il faudrait admettre l'irresponsabilité pénale de celui qui commet l'infraction dite « impossible ». Il serait en effet sous l'emprise d'une erreur qui ferait obstacle à l'imputation d'une faute. Pourtant la Chambre criminelle punit l'auteur d'une « infraction impossible » sur le fondement de la tentative (a). De plus l'état d'inconscience au moment des faits devrait faire obstacle à l'existence d'une faute. Cependant ici encore, la jurisprudence de la Chambre criminelle n'accorde aucun effet à cet état d'inconscience : elle punit l'équivalent d'une faute antérieure à l'état d'inconscience (b), obligeant indirectement celui qui n'était pas conscient au moment des faits à un devoir d'anticipation de cette inconscience.

a. La punition de l'infraction impossible sur le fondement de la tentative

184. Si le discernement est une connaissance parfaite du réel, l'atteinte au discernement constitue une variante de l'erreur de fait : celle qui aurait été causée par un trouble de l'esprit. Elle doit donc répondre au régime général de cette erreur factuelle, nonobstant la spécificité de sa cause. Cependant l'erreur de fait n'est pas visée expressément par le Code pénal. Le législateur prévoit l'irresponsabilité pénale de l'auteur d'une erreur de droit invincible depuis l'entrée en vigueur du Code pénal de 1992 (art. 122-3 du Code pénal). *Le rôle de l'erreur de fait en droit pénal se déduit d'une analyse de la volonté de l'auteur d'une infraction.* Elle est consubstantielle à l'opération de qualification des faits.

185. C'est pourquoi tous les éléments de fait sur lesquels un individu porterait un jugement erroné n'ont pas une égale importance. La nature de l'erreur de fait est relative à celle de l'infraction en jeu. Il faut qu'il s'agisse d'un élément qui ait son importance pour la qualification de l'acte. L'exemple traditionnellement proposé est celui de l'*aberratio ictus*. L'individu qui aurait souhaité tuer A mais qui, par manque d'adresse, tue B, est coupable d'homicide volontaire car l'infraction de meurtre ne requière pas l'intention de tuer une personne dénommée³⁷⁶. Il suffit de vouloir attenter à la vie

³⁷⁶ Crim., 31 janvier 1835, S. 1835, 1, p. 564.

d'autrui. L'erreur qui porterait sur l'identité d'une victime est indifférente à la qualification de l'acte homicide. De même, le jour ou le lieu de commission d'un acte est sans effet sur la constitution d'une grande majorité d'infractions pénales. En clair, seule l'erreur portant sur l'objet incriminé est susceptible d'avoir des effets juridiques³⁷⁷.

186. Conformément au régime de l'erreur de fait, celle qui serait provoquée par un trouble psychique devrait porter sur l'objet de l'infraction en cause. Ainsi une maladie mentale caractérisée par une désorientation spatio-temporelle n'aurait aucune incidence sur la volonté homicide d'un individu. S'il ignore où il se trouve ou, sous l'effet d'une confusion mentale, s'il se méprend sur la date, l'année voire le siècle de référence, cela ne devrait avoir aucune espèce d'importance pour la qualification de l'homicide accompli sciemment. En revanche celui qui, sous l'effet d'une hallucination, tire sur ce qu'il pense être un animal mais, en réalité, commet un homicide ne devrait pas être passible de meurtre.

187. De même, il faudrait admettre que celui qui pense tuer un homme alors qu'il s'échine sur un cadavre ne devrait subir aucune peine : son erreur le porte à croire qu'il a à faire à une personne en vie (« autrui ») mais le constat que sa « victime » fut déjà morte au moment des faits devrait s'opposer à la qualification d'homicide volontaire. Elle est matériellement impossible sur une échelle de temps mathématique, de sorte que l'individu ne peut l'avoir commise, nonobstant son erreur. D'un point de vue « subjectif » au contraire, il faudrait admettre la responsabilité pénale de l'auteur de cette infraction, peu important la source de son erreur, dès lors que sa volonté était effectivement homicide. Cette thèse invaliderait la définition proposée du discernement.

188. En d'autres termes et dans tous les cas où l'erreur serait provoquée par un trouble psychique, faudrait-il punir celui qui tente de voler un passant mais qui échoue car la poche fouillée était vide, condamner celui qui a commis des actes objectivement homicide sur un cadavre et, plus généralement, reconnaître un effet à la théorie de l'infraction impossible ?

189. Les auteurs qui se sont penchés sur ce problème l'ont traité indépendamment des causes psychiques de cette erreur. Les solutions qu'ils préconisent peuvent cependant être admises à la condition de postuler, dans tous les cas, que l'erreur est causée par un

³⁷⁷ E. DREYER, *op. cit.*, n° 842, évoque l'erreur « substantielle, c'est-à-dire qu'elle doit porter sur l'élément même qui détermine la culpabilité : l'intérêt protégé ».

trouble de l'esprit. Ils se prononcent en faveur de la thèse objective. Ortolan proposait ainsi de distinguer « l'impossibilité relative » de « l'impossibilité absolue »³⁷⁸, devenue distinction entre « impossibilité de fait » et « impossibilité de droit » chez Garraud³⁷⁹, pour lequel il ne devrait pas y avoir de degrés dans l'impossibilité.

190. La première impossibilité (de fait ou relative) devrait justifier la punition sur le fondement de la tentative. En effet et suivant des conditions quasiment inchangées du Code pénal de 1810 à celui de 1992, « la tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur » (art. 121-5 du Code pénal)³⁸⁰.

191. L'absence d'argent dans une poche fouillée, l'ouverture d'un coffre vide, l'effraction d'un véhicule pour y dérober des objets mais qui ne contenait rien, constituent autant d'illustrations à l'impossibilité factuelle de commettre l'infraction. Ces faits devraient néanmoins tomber sous le coup d'une tentative punissable car l'impossibilité est alors extérieure à la volonté de l'auteur des faits. Ainsi lorsque, en fait, commettre l'infraction *était impossible*, la tentative devrait être constituée. La présence ou l'absence d'argent dans la poche d'un badaud constitue une circonstance aléatoire sur laquelle le délinquant n'a aucune emprise.

192. Il y a bien, dans la recherche d'une somme d'argent, un commencement d'exécution qui n'a manqué son effet qu'en raison d'une circonstance (l'absence de l'objet du larcin) extérieure à la volonté du délinquant. A défaut d'en convenir, il faudrait exonérer de responsabilité tous les criminels qui auraient manqué leur dessein à cause d'un aléa quelconque. Toute autre serait l'impossibilité absolue (ou de droit), lorsque le comportement de l'auteur *n'aurait jamais rendu possible* la constitution de l'infraction. C'est notamment le cas de celui qui tenterait de provoquer la mort d'autrui par des prières incantatoires.

193. Cependant cette distinction n'a jamais trouvé gain de cause auprès de la Chambre criminelle qui aurait entériné la thèse dite « subjective ». Elle assimile régulièrement l'infraction impossible (comprendre celle qui serait d'une impossibilité absolue) à

³⁷⁸ J.-L.-E. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, 5^e éd., Cujas, 1886, t. 1, n° 1005.

³⁷⁹ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, 3^e éd., 1935, t. 1, p. 518.

³⁸⁰ Comp. art. 2 du Code pénal de 1810 : « toute tentative de *crime* qui aura été manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le *crime* même ».

l'infraction tentée. Ce fut le cas dans l'arrêt du 9 novembre 1928³⁸¹ où des époux ont administré à leur domestique des injections d'eau de Cologne pure ou mélangée d'eau de vie ou de vinaigre afin de provoquer son avortement, en vain. La Chambre criminelle considère que « *ces manœuvres étaient par elles-mêmes insuffisantes à produire le résultat auquel elles tendaient* » et néanmoins qu'elles constituent un commencement d'exécution ayant manqué son effet en raison de circonstances indépendantes de leur volonté. Elle a confirmé cette solution par décision du 23 juillet 1969³⁸² au sujet d'une tentative de vol ayant manqué son effet en raison de l'absence d'objets dans le véhicule, ainsi que dans l'arrêt du 16 janvier 1986 relatif à la tentative d'homicide sur un cadavre et qui a été vertement critiqué par ses annotateurs³⁸³.

194. Cette espèce était particulièrement éclairante étant donné qu'elle concerne un individu complètement éméché qui, sous l'emprise de l'alcool (trouble psychique) est *convaincu* que le corps sur lequel il porta plusieurs coups de barres de fer après strangulation était encore animé. L'autopsie démontrera pourtant que, la veille, son comparse avaient déjà tué la victime. Le constat de l'assimilation de l'infraction impossible à l'infraction tentée est donc largement partagé³⁸⁴, et même avalisée par une partie de la doctrine qui évoque la disparition de la théorie de l'infraction impossible³⁸⁵. Il ne semble pas, au vu du droit prétorien et malgré les critiques émises à cet égard, que la définition minimaliste du discernement se vérifie en matière intentionnelle.

b. La punition d'une « faute antérieure » en matière intentionnelle

195. Le critère de la conscience matérielle se coordonne parfaitement avec la définition psychologique de l'intention. Au vu d'une situation matérielle, l'auteur d'une infraction peut décider de tendre sa volonté vers un résultat. Par conséquent, tout dommage qui surviendrait sans que l'auteur des faits ne l'ait désiré ne devrait pas être qualifiable dans

³⁸¹ Crim., 9 novembre 1928, *DP* 1929, note M. HENRY ; *JCP* 1929, p. 239, note R. GARRAUD.

³⁸² Crim., 23 juillet 1969, *JCP* 1970, II, 16507 bis, note M.-J. LITTMANN ; *D.* 1970, jur. 361, note G. ROUJOU de BOUBEE, affaire « Joao » ; également Crim., 19 mai 1949, *Bull. crim.* n° 181, p. 284, pour une tentative de vol dans une chambre d'hôtel vide ; Crim., 3 août 1938, *Gaz. Pal.* 1938, 2, p. 792, pour une tentative d'avortement sur une femme qui n'était pas enceinte ; Crim., 14 juin 1961, *Bull. crim.* n° 299, p. 574.

³⁸³ Crim., 16 janvier 1986, jur. 265, note D. MAYER, C. GAZOUNAUD et note J. PRADEL ; *JCP* 1987, II, 20774, note G. ROUJOU de BOUBEE ; *RSC* 1986, p. 839, obs. A. VITU ; *ibid.* p. 849, obs. G. LEVASSEUR

³⁸⁴ E. GARCON, *op. cit.*, art. 2 et 3, n° 110, p. 180 ; B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 242 ; Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 275 ; J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 221 ; C. MASCALA, *Droit pénal général*, Montchrestien, 2003, p. 106 ; G. ROUJOU de BOUBEE, note sous Crim., 23 juillet 1969, *DS* 1970, I, p. 361 ; et sous le même arrêt M.-J. LITTMANN, *JCP* 1970, II, 16507 bis.

le registre de l'intention. Ce résultat qui ne survient pas à dessein devrait correspondre à une infraction non intentionnelle : le délit d'imprudence.

196. Pourtant la jurisprudence de la Chambre criminelle contredit cette affirmation, notamment dans l'arrêt Trémintin qui, suivant une définition psychologique de l'intention, fut critiqué par ses interprètes³⁸⁶. Un marin s'était enivré au cours d'une permission. Retenu par les services de police qui l'avaient « ramassé », il n'avait pu regagner le navire et fut condamné pour désertion³⁸⁷. Il invoqua donc la force majeure.

197. Sous l'empire du Code pénal de 1810, la force majeure est rattachée à l'article 64 (« Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence *au temps de l'action*, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister »). Désormais codifiée explicitement à l'article 121-3 alinéa 5 du Code pénal, elle est censée faire échec à la culpabilité contraventionnelle et *a fortiori* à l'existence de toute faute pénale. Cependant la Chambre criminelle en refusa le bénéfice au sieur Trémintin car la circonstance de son arrestation ne fut pas jugée imprévisible. Le prévenu qui n'a pas pu faire face à la réalisation d'un dommage en raison de son irrésistibilité reste fautif s'il n'a anticipé l'existence de cette contrainte. Or, d'un point de vue psychologique, le sieur Trémintin n'a pas pu prendre conscience d'être en faute tant que persistait l'ivresse. De plus une fois ses esprits retrouvés, il se trouvait incarcéré. Il ne pouvait donc pas avoir eu « l'intention de désertier ».

198. En défense, l'auteur du pourvoi invoquait l'existence d'un cas de force majeure qui aurait dû exclure tant la faute intentionnelle que la faute d'imprudence. La majeure partie de la doctrine a désapprouvé cette solution. Les critiques se fondaient sur la lettre de l'article 64 du Code pénal de 1810 qui prévoyait que la force majeure doit exister « au temps de l'action »³⁸⁸. En l'espèce, il s'agissait du moment où obligation était faite au marin de regagner son bâtiment, et durant lequel l'intéressé n'avait pas pu lutter contre la réalisation de l'infraction. Les auteurs en arrivent logiquement à la conclusion que cette solution revenait à exiger, parmi les conditions de la force majeure, l'absence de *faute*

³⁸⁵ Cf. A. VARINARD, « La théorie de l'infraction impossible : vers la disparition d'un mythe doctrinal », *Mélanges A. Chavanne*, Litec, p. 165 et s. *Contra*, P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*, n° 337.

³⁸⁶ Crim., 29 janvier 1921, préc.

³⁸⁷ Pour une discussion du caractère intentionnel de cette infraction, voir A.-C. DANA, *op. cit.*, n° 139, qui y voit une infraction matérielle.

³⁸⁸ Comp. W. JEANDIDIER, *op. cit.*, p. 359, qui note au passage que l'article 64 du Code pénal de 1810 ne prévoit la condition de « temps de l'action » qu'au sujet de l'état de démence.

antérieure à l'événement contraignant. Ce faisant, la Chambre criminelle qualifierait d'intentionnelle une simple faute d'imprudence³⁸⁹.

199. Dans cette affaire, l'irrésistibilité était avérée si bien qu'il faudrait conclure à l'invalidation de cette jurisprudence. De même, l'imprévisibilité de la rétention chez l'individu aurait dû justifier l'impunité³⁹⁰. Certains professeurs vont plus loin encore et dénonce l'artifice d'une distinction de l'imprévisibilité et de l'irrésistibilité, toujours à partir d'une définition individuelle du discernement³⁹¹. Si un événement est imprévisible du point de vue du bon père de famille, cela signifie que l'auteur du dommage n'aurait pas pu résister à sa survenance, comme à l'inverse qualifier l'irrésistibilité *in abstracto* revient à affirmer que cet événement n'était pas prévisible. L'imprévisibilité devient alors un horizon hors de portée : le dommage, s'il est survenu, était nécessairement prévisible.

200. Pour tenter d'expliquer cet arrêt, un auteur a proposé une interprétation originale en quittant les sentiers du droit substantiel. Il dénonce une totale incompréhension de ces arrêts qui, d'après lui, posaient un problème probatoire davantage qu'ils ne portaient sur le fond du droit³⁹². Cette position n'emporte pas l'assentiment au vu du visa de l'arrêt. Elle tend à éluder la difficulté qu'il convient pourtant de résoudre.

201. Finalement, d'un point de vue individuel, il semble bien qu'il faille voir dans l'arrêt Trémintin et la jurisprudence affiliée l'illustration du dol praeter-intentionnel ou éventuel³⁹³, en ce sens que l'agent aurait dû anticiper la possibilité d'une arrestation. Le postulat qui sert de point de départ à l'analyse rend la définition de la force majeure impénétrable³⁹⁴. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence rejette le critère de la

³⁸⁹ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 587 ; J. LARGUIER, P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, p. 38 ; J. PRADEL, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 490 ; au sujet de la force majeure, voir également F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, vol. 89, 2009, n° 77 et s. La critique persiste sous l'empire du Code pénal de 1994. Il prévoit la force majeure explicitement à l'article 121-3 *in fine*, qu'il distingue de la contrainte prévue en son article 122-2. Le rapprochement de ces deux dispositions laisse donc entendre que l'irrésistibilité, propre à la contrainte, ne serait pas une condition de la force majeure. Il serait par conséquent possible de se fonder exclusivement ou bien sur la contrainte irrésistible pour exonérer l'agent pénal de responsabilité, ou bien sur l'imprévisibilité de l'article 122-1 en cas d'erreur de fait.

³⁹⁰ La définition de cette notion fait débat en droit civil, sans entrer dans le détail, il semble admis qu'elle se caractérise par la triple condition d'imprévisibilité, d'extériorité et d'irrésistibilité du dommage. Cette conception de la force majeure a beaucoup influencé les interprétations formulées en droit pénal, cf. M. DANTI-JUAN, *Rép. pen.*, v° Force majeure, n° 51 notamment.

³⁹¹ A. VITU, *in RSC* 1986, p. 87 ; J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 310 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 366.

³⁹² A.-C. DANA, *op. cit.*, n° 139 et s.

³⁹³ P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 264.

³⁹⁴ J.-M. AUSSEL, « La contrainte et la nécessité en droit pénal », *in* G. STEFANI (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, op. cit.*, p. 256, qui conditionne la responsabilité à la réunion de l'imputabilité et de la culpabilité.

conscience matérielle. L'état d'inconscience au moment des faits ne justifie pas l'irresponsabilité de leur auteur, même en matière intentionnelle.

2. *L'inefficacité du critère en matière non intentionnelle*

202. A supposer même que la jurisprudence de la Chambre criminelle soit erronée, et qu'il faille admettre le rôle exonératoire de la conscience matérielle en matière intentionnelle, l'acte commis pourra toujours recevoir la qualification d'une infraction non intentionnelle. En effet, si le résultat survenu dépasse les prévisions initiales de l'auteur des faits, il sera passible de l'infraction sous sa version non intentionnelle. Ce devrait être le cas y compris lorsque le dommage survient *parce qu'un trouble psychique a biaisé l'appréciation d'une situation par son auteur*. C'est l'exemple du chasseur éméché qui blesserait un homme en pensant tirer sur une proie tapie dans un fourré. Il sera passible non pas de violences volontaires mais du délit de blessures par imprudence³⁹⁵.

203. Dans ce cas, l'erreur qui porte sur le fait atténue la responsabilité de l'agent qui n'a pas agi dans le dessein de blesser autrui, mais le résultat survenu révèle une imprudence de la part du chasseur qui, dans le doute, aurait dû s'abstenir de tirer. La question de l'efficacité de l'abolition de la conscience matérielle se déplace alors sur le terrain de la définition de l'imprudence.

204. Or, la faute non intentionnelle d'imprudence se définit comme un défaut de vigilance. Il est reproché à l'auteur causal du dommage de n'avoir pas anticipé les effets de son action ou de son omission. Ce défaut de vigilance pourrait très bien résulter d'un trouble psychique ou neuropsychique, à l'instar de l'individu qui s'est endormi au volant. Partant, *l'erreur sur le fait correspond exactement à l'objet de la faute reprochée à l'auteur du dommage*. Il est imprudent pour n'avoir pas fait preuve de la vigilance qui lui aurait permis d'en éviter la réalisation³⁹⁶. Par conséquent, *conférer un rôle à l'abolition de la conscience matérielle reviendrait à empêcher la punition de toute imprudence*.

³⁹⁵ La circonstance d'ébriété est ajoutée pour les besoins de la démonstration, cependant l'exemple est donné par D. JOUSSE, *in Traité de la justice criminelle de France, op. cit.*, p. 9, et il fut repris par nombre de criminalistes pour illustrer la difficulté de saisir le dol requis en droit pénal, notamment par J.-H. ROBERT, « Imputation et complicité », *D.* 1975, I, 2720. Ce cas est également est bien connu de la doctrine allemande étudiant la notion de causalité au début du XVIII^e siècle.

³⁹⁶ En matière d'infractions non intentionnelles, une subdivision s'impose entre l'imprudence simple et l'imprudence délibérée. Cependant la faute délibérée nécessite une volonté presque aussi univoque qu'en matière intentionnelle. Analyser le critère de la conscience matérielle au sujet de l'imprudence simple suffira donc à vérifier sa pertinence.

205. Bien au contraire, les causes d'altération de la conscience matérielle sont punies à titre autonome par le législateur, à l'instar de l'état d'ivresse. Conduire sous imprégnation excessive d'alcool est un comportement incriminé aux articles L. 234-1, 234-2, 234-9 et R. 232-2 et s. du Code de la route, sans compter l'interdiction posée à l'article R. 3353-1 du Code de la santé publique d'être en état d'ébriété manifeste sur la voie publique, cet état aggravant par ailleurs la commission de certaines infractions. Il serait complètement incohérent d'admettre que le Code pénal justifie le comportement d'un individu parce qu'il serait ivre, alors qu'il punit cet état de trouble psychique par ailleurs.

206. Pour tenter de résoudre ce paradoxe apparent, certains auteurs distinguent alors l'intoxication volontaire de celle qui ne l'est pas³⁹⁷, sur le modèle des propositions doctrinales émises par les criminalistes de l'Ancien Régime³⁹⁸. Si l'intoxication est réalisée à l'insu de l'agent, il ne devrait subir aucune peine. Dans l'hypothèse d'une ivresse volontaire, il faut encore distinguer suivant qu'elle a été commise en vue de commettre une infraction intentionnelle ou si elle aboutit à une infraction dont le résultat n'a pas été désiré. Dans le premier cas, le délinquant ingère la substance afin de se donner le courage de commettre une infraction. Il devrait donc être punissable pour l'infraction aggravée par la préméditation. Son auteur ne devrait donc pas bénéficier de l'irresponsabilité liée à l'abolition de son discernement. Dans le second, il se rendrait coupable d'un *dol praeter-intentionnel* : il aurait dû prévoir que son ivresse le conduirait à commettre une infraction d'imprudence. Il en ressort une définition prétorienne de la force majeure très restrictive, où l'imprévisibilité du dommage est une condition de son irrésistibilité³⁹⁹.

207. En somme, la définition minimaliste du discernement ne se vérifie pas au vu du droit prétorien lorsqu'il est fait application de l'article 122-1 du Code pénal, ni en matière intentionnelle ni en matière non intentionnelle. Il faut imaginer des correctifs purement doctrinaux pour dénouer le paradoxe d'une incrimination de l'ivresse d'une

³⁹⁷ P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*, n° 356 ; J. PRADEL, *loc. cit.* ; A. LEGAL, obs. *RSC* 1958, p. 96.

³⁹⁸ Pour l'Ancien droit, voir J.-E. BOITARD, *op. cit.*, p. 225, n° 170 et s. ; pour la période du Moyen-Âge, cf. R. VAN DER MADE, « L'influence de l'ivresse sur la culpabilité (XVI^e-XVIII^e s.) », *T.V.R.*, 1952, t. 20, p. 64.

³⁹⁹ J. LÉAUTÉ, « Le rôle de la faute antérieure dans le fondement de la responsabilité pénale », *D.* 1981, chron. 295 ; C. DUPARCQ, *Le rôle de l'imprévisibilité dans la détermination de l'irresponsabilité pénale*, thèse, Tours, 2002 ; M. DANTI-JUAN, *Rép. pen.*, v° « Force majeure », n° 51 : « Concrètement, une exigence d'imprévisibilité prive du bénéfice de la contrainte celui qui, ayant commis une faute antérieure de laquelle participe la survenance de la circonstance irrésistible, ne peut plus prétendre ensuite être confronté à un événement imprévisible ».

part et l'exonération de responsabilité de celui qui cause un dommage après avoir subi une abolition de la conscience par ivresse d'autre part.

Conclusion du chapitre 1 :

208. La définition morale du discernement est un héritage historique du droit canon. Elle a pris la forme du critère d'imputabilité en doctrine, cette condition de moralité indispensable à l'imputation de l'infraction sur le compte de son auteur. Cependant la laïcisation du droit pénal a rendu cette définition illégitime. Conférer des effets justificatifs à la conscience morale d'un individu déjoue l'applicabilité de la loi pénale à l'endroit même où elle devrait sévir. Le violeur qui considère que cet acte est licite, l'auteur de violences qui aurait organisé la mutilation génitale de sa fille pour des motifs religieux, l'auteur d'un homicide qui tue son diffamateur pour venger son honneur, le faucheur de plants génétiquement modifiés agissant par conscience écologique, aucun de ces individus ne devraient souffrir de condamnation pénale. Or tout autre individu qui commettrait des faits identiques, sans être motivés par des convictions analogues, serait pour sa part punissable. La justification morale de l'infraction contrevient donc au principe de légalité criminelle, et avec lui au principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi pénale. Il apparaît préférable d'écarter la conception morale du discernement.

209. Une définition minimaliste du discernement pourrait lui être préférée. Cependant cette « conscience du monde environnant » souffre d'une faiblesse essentielle. Elle rend la distinction des fautes civiles et pénales délicate. En effet, si l'intention est une volonté tendue vers le résultat incriminé, elle doit sa nature pénale au résultat sur lequel elle porte. Or le critère du résultat « pénal » ou « redouté » est relativement flou. Le droit civil délictuel protège par exemple lui aussi la propriété ou l'intégrité physique d'autrui. Cette conséquence est plus flagrante encore en matière non intentionnelle. Si l'infraction d'imprudence n'existe que dans le monde réel, autrement dit si le dommage pénal causé par l'imprudence est réel, alors il ne présente aucune différence avec celui qui est réparé au civil. Pour de nombreux auteurs, les imprudences civile et pénale seraient effectivement de même nature. Il faudrait donc accepter de restreindre les fondements traditionnels de la peine aux infractions intentionnels, ou alors de les étendre à la faute civile.

210. En outre, l'altération ou l'abolition de la conscience au moment des faits devrait avoir un effet d'irresponsabilité. Notamment, celui qui se trouve dans un état d'ébriété

avancé devrait bénéficier d'une atténuation de responsabilité, étant donné l'altération de sa conscience matérielle au temps de l'action. De même, l'état d'inconscience au moment des faits devrait justifier son irresponsabilité pénale pleine et entière.

211. Or, si le dommage physique, celui qui intervient dans le *réel*, constitue effectivement un élément constitutif de l'infraction d'imprudence, alors cette infraction existe au moment de l'apparition du dommage. Dès lors, la punition du délinquant inconscient au moment des faits donne l'impression que sa faute antérieure est sanctionnée. Cette conséquence paraît d'autant plus fâcheuse qu'elle conduit à substituer une faute d'imprudence à une faute d'intention, par exemple avec l'arrêt Trémintin.

212. Cependant la solution inverse présente également des inconvénients. Il ne serait plus possible de punir une quelconque imprudence si la conscience matérielle correspondait au discernement. Par exemple, celui qui s'endort au volant d'un véhicule automobile, si bien que le dommage accidentel survient alors qu'il sommeille, ne devrait pas être punissable. Pourtant le législateur incrimine l'ivresse au volant et oblige tout conducteur à maîtriser la vitesse et la direction de son véhicule, ce qu'il n'est plus en mesure de faire s'il dort. Dès lors, sa faute consiste justement à n'avoir pas anticipé la réalisation d'un dommage.

213. Définir le discernement comme une conscience matérielle soulève donc bien des contradictions au sein de la théorie du droit pénal. Il semble qu'en droit pénal, le discernement ne puisse correspondre ni à la conscience morale de l'individu, ni à sa conscience du monde environnant. Les difficultés posées par la définition du discernement expliquent sans doute que le législateur ne l'aborde que sous sa forme négative, à l'article 122-8 du Code pénal où il vise l'incapacité de discernement du mineur, mais surtout à l'article 122-1 du même code qui traite des troubles psychiques portant atteinte au discernement. L'approche psychiatrique du discernement est peut-être plus porteuse que ne l'est l'approche psychologique.

Chapitre 2. L'inconscient individuel, l'approche psychiatrique du discernement

214. L'article 122-1 du Code pénal semble fonder l'irresponsabilité pénale de celui qui, parce qu'il aura été sous l'emprise d'une maladie mentale ou de tout autre trouble psychique aigu, n'aurait pas agi librement. Ce trouble constituerait ainsi l'équivalent d'une contrainte sur le plan mental. L'absence d'instance morale au niveau inconscient, chez le majeur comme chez le mineur incapable de discernement, expliquerait ainsi leur commune irresponsabilité pénale.

215. Si un trouble mental empêche la connaissance de la nature d'un acte incriminé, son auteur ne sera pas punissable. Il faudrait alors s'en remettre au savoir des experts psychiatres pour trier, parmi les malades mentaux, ceux que leurs troubles ont poussé à commettre une infraction de ceux qui l'ont commise sciemment. Les conclusions de l'expert établissent, au cas par cas, l'existence d'une atteinte au discernement. L'analyse de l'*absence de discernement* serait donc tributaire de la concomitance des troubles de l'esprit avec la commission des faits, sur une échelle de temps « mathématique ». En somme, le droit pénal ne s'inquiéterait que de l'influence de l'inconscient sur la culpabilité de l'auteur d'une infraction.

216. Cependant, de cette appréciation factuelle du manque de discernement découle deux conséquences également problématiques pour le droit pénal.

217. *Tout d'abord*, si l'absence de discernement relève des sciences de l'esprit, il faut que le juge se penche sur la nature (névroses ou psychoses) et l'intensité de ces troubles psychiques pour conclure à l'existence ou à l'inexistence d'une abolition du discernement. Dès lors, si altération du discernement il y a, le juge devrait fixer une peine proportionnée au tantième de raison dont le malade mental bénéficie au moment des faits. Pourtant ce calcul métaphysique est impossible à réaliser. Pour le mener, le juge serait pour le surplus nécessairement tributaire des conclusions de l'expert psychiatre. En apparence, il reste maître du prononcé d'une peine ; au fond, il délègue le calcul de responsabilité au médecin, en transgression de son rôle de garant des libertés individuelles.

218. Cette conséquence est d'autant plus illégitime que l'expert n'établit pas son diagnostic sur la base de critères légaux, mais sur le fondement de critères médicaux. Or,

ce faisant, il pourrait être amené à identifier les individus que leurs troubles psychiques rendent *dangereux* pour la société, et il faudrait même admettre un enfermement indépendamment de tout acte infractionnel. En effet, si une maladie mentale rend un individu susceptible de commettre des infractions (le pervers sexuel, le pyromane, le kleptomane), alors le critère de la dangerosité psychiatrique devrait justifier sa surveillance ou son incarcération, même s'il n'a encore commis aucune infraction.

219. Partant, si l'on reconnaît la compétence de l'expert dans l'identification de l'irresponsable de l'article 122-1 du Code pénal, il faut en accepter le corollaire : prêter des effets juridiques à l'expertise de dangerosité pour enfermer certains individus *ante delictum*. Or, justifier l'application de mesures de sûreté sur cette appréciation médicale contreviendrait cette fois au principe de la légalité des délits, lequel interdit de punir un individu pour ce qu'il est. Cette définition sape du même coup le rôle du magistrat dans la protection des libertés individuelles, étant donné que l'expertise de dangerosité court-circuite le jugement qu'il est censé porter sur la culpabilité de l'individu.

220. *Ensuite*, l'expert psychiatre devrait être autorisé à diagnostiquer l'aptitude du malade mental à subir la peine d'incarcération. Pourtant, la maladie mentale ne constitue pas, ni en droit pénal ni en procédure pénale, le critère justificatif de l'incarcération ou de la suspension d'exécution d'une peine.

En résumé, postuler que le discernement dépend de l'inconscient de l'individu induit l'immixtion de critères médicaux dans le champ juridique. Ils pourraient alors expliquer l'aptitude psychiatrique du délinquant à la faute (Section 1) ou à la peine (Section 2). Cette acception scientifique du discernement emporte des conséquences contraires aux principes constitutionnels ou aux dispositions légales régissant la matière pénale. Elle doit donc être également rejetée.

Section 1. Le critère de l'aptitude psychiatrique à la faute

221. Fonder la définition du manque de discernement sur un critère psychiatrique emporte deux conséquences.

222. *Premièrement*, cela signifie qu'un individu doit être bouté hors du champ pénal en fonction de l'intensité du trouble mental qui l'accable au moment des faits. En d'autres termes, il faudrait établir l'équivalent d'une aptitude psychiatrique de l'individu à commettre une faute. S'agissant du mineur, l'âge constitue l'indice objectif d'une immaturité du *surmoi* ou *préconscient*. L'instance psychique dédiée à la maîtrise des symboles serait insuffisamment formée, si bien qu'il ne comprend pas le sens de ses actes objectivement infractionnels. Au surplus, l'existence d'une maladie mentale chez le mineur devrait faire obstacle à l'imputation d'une peine à chaque fois qu'elle l'a empêché de se rendre compte de l'acte qu'il réalisait. S'agissant du majeur sujet à des troubles psychiques, l'irresponsabilité pénale repose également sur un calcul métaphysique réalisé par les experts psychiatres. *Toutes les fois où l'inconscient a dominé la conscience individuelle à son insu, l'auteur d'une infraction ne devrait pas être punissable.*

223. *Deuxièmement*, si l'abolition du discernement entraîne l'irresponsabilité pénale, l'altération du discernement devrait appeler une atténuation de la peine. Le juge n'étant pas rompu aux arcanes des sciences de l'esprit, il lui faudra s'appuyer sur les conclusions du médecin psychiatre. Cette conséquence lie le juge qui devient le subordonné de l'expert dans le choix de la peine à imputer.

224. Ces deux conséquences sont admises depuis l'entrée en vigueur de l'article 64 du Code pénal en 1810 et qui vise le critère de l'état de démence. Ce critère a évolué pour devenir celui de l'abolition du discernement. Il faut préciser l'ensemble des déclinaisons du critère de l'aptitude psychiatrique à la faute (§ 1) avant d'expliquer pourquoi ce postulat doit être rejeté (§ 2).

§ 1. Les déclinaisons du critère de l'aptitude psychiatrique à la faute

225. La définition médicale du manque de discernement tire ses origines de l'interprétation de l'article 64 du Code pénal de 1810. D'après cet article, *il n'y a ni crime ni délit* lorsque l'auteur des faits était en *état de démence au temps de l'action*. La

notion « d'état de démence » a semblé renvoyer, en droit, à une définition médicale. Ainsi l'article 122-1 du Code pénal, qui a remplacé l'article 64 précité, a paru justifier l'irresponsabilité pénale des malades mentaux comme de tout individu souffrant d'un trouble de l'esprit. Il dispose que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes* ». L'intensité des troubles psychiques semblent y décider de l'abolition du discernement. L'acception médicale de la notion d'état de démence (A) a induit une compréhension psychiatrique du manque de discernement (B).

A. La définition médicale de l'état de démence

226. En 1810, le législateur aurait intégré dans l'ordre juridique un critère scientifique, celui de l'état de démence⁴⁰⁰, afin de justifier l'irresponsabilité pénale des malades mentaux. L'acception médicale de la notion d'état de démence innerve du même coup l'ensemble des critiques adressées à l'article 64 du Code pénal de 1810. Dès les premières décennies de son entrée en vigueur, l'économie de cet article a été décriée notamment parce qu'il fait référence à un critère médical devenu rapidement désuet. Face à la rigidité de la notion d'état de démence (1), le gouvernement aurait tenté d'en assouplir l'application par l'adoption d'une circulaire en 1905 (2).

1. Le problème de la rigidité du critère de l'état de démence

227. Si la non-imputabilité correspond à la démence médicale au temps de l'action, l'examen de la non-imputabilité ne peut pas dépendre du juge. C'est pourquoi la définition du contenu de l'imputabilité appartient principalement aux médecins aliénistes au XIX^e siècle⁴⁰¹. Chez les juristes, établir l'imputabilité consiste à identifier l'état de

⁴⁰⁰ Cf. R. OTTENHOF, *op. cit.*, qui s'inspire largement des travaux de P. FAUCONNET ; également, J. LEAUTE (dir.), *La responsabilité pénale. Travaux du colloque de philosophie pénale (Strasbourg, 12 au 21 janvier 1959)*, éd. Dalloz, coll. Annale de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg ; H. RISER, *L'expertise neuro-psychiatrique devant les juridictions criminelles*, LGDJ, 1956, dont la première partie s'intitule « Des anomalies psychiques en tant que cause de non imputabilité », et qui remet en question la pertinence du recours à la notion de « responsabilité », p. 23.

⁴⁰¹ C. C. H. MARC (premier médecin du roi), *De la folie, considérée dans ses rapports avec les questions médico-judiciaires*, Paris, J.-B. Baillière, 1840. L'aliéniste avance que le terme imputabilité « exprime parfaitement l'ensemble des circonstances morales qui conditionnent l'admission de l'imputation pénale d'un acte, chez l'individu qui en est l'auteur », p. 2 ; voir également M. BENEZECH, « Réflexions sur le passage à l'acte et la responsabilité pénale du criminel : perte d'objet, démence juridique », *Annales médico-psychologiques* 1978, n° 136, p. 1184.

démence médicalement, ce qui fait écrire à Ortolan que les juges doivent le mettre en exergue au cas par cas, tout comme l'écrivait La Roche-Flavin avant lui.

228. Si l'état de démence renvoie à un critère médical, le législateur s'expose en outre nécessairement au risque d'obsolescence de la notion à laquelle il fait référence. Des critiques ont en effet visé l'article 64 précité pour son contenu suranné. Dès le XIX^e siècle, en psychiatrie, la démence ne correspond plus qu'à une maladie mentale précise : la déchéance progressive et définitive des facultés intellectuelles⁴⁰². Elle correspond par exemple à la démence sénile lorsqu'elle est causée par la vieillesse. Dès lors, la notion d'état de démence a pour conséquence de laisser de côté l'ensemble des autres causes possibles d'irresponsabilité pénale qui seraient liées, elles aussi, à l'état d'esprit de l'auteur. Il fallait donc préciser que la démence était entendue largement, afin d'y inclure toutes les autres formes connues de maladies de l'esprit, comme tous autres types de troubles psychiques tels le somnambulisme ou l'ivresse. Les autres causes subjectives de non-imputabilité ont alors pris le qualificatif « d'états voisins de la démence ».

229. La définition élargie de la notion d'état de démence porte légèrement atteinte au principe d'interprétation stricte de la loi pénale (désormais art. 111-4 du Code pénal). Les auteurs s'accordent néanmoins sur le sens large de la notion de « démence » qui ne serait pas réduite à son acception médicale stricte de « déchéance progressive et irréversible de la vie psychique » mais dans un sens embrassant l'ensemble de toutes les causes d'aliénation, au point que cette interprétation est devenue un lieu commun⁴⁰³. L'élargissement du champ d'application de l'article 64 du Code pénal fut donc un correctif apporté au sens étiqué de la notion médicale d'état de démence. De nombreux auteurs ont logiquement préconisé d'en moderniser le contenu afin d'apporter une solution à ce dilemme⁴⁰⁴.

⁴⁰² H. RISER, op. cit., p. 31 : « dans l'ancienne terminologie psychiatrique, ce terme avait un sens limité ; il signifiait l'affaiblissement progressif et définitif des plus hautes facultés psychiques » ; G. DORVAUX, *La réforme de l'article 64 du Code pénal*, thèse Aix Marseille, 1992, p. 26.

⁴⁰³ M. JORDA, *Les délinquants aliénés et anormaux mentaux*, Montchrétien, 1966, p. 61, n° 142 et s. ; G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, *Droit pénal général*, 12^e éd., Dalloz, p. 368, n° 364 ; J.-M. AUSSEL, « La condition des délinquants présentant des troubles mentaux en droit français », *Mélanges A. Vitu*, éd. Cujas, 1987, p. 15 ; E. BONIS-GARCON, Rep. pén. Dalloz, v° « Troubles psychiques, n° 50, p. 11.

⁴⁰⁴ J.-M. AUSSEL, « La condition des délinquants présentant des troubles mentaux en droit français », préc., p. 15 ; M. DANAN, « Irresponsables ou impunissables ? Considérations à propos de 1600 expertises mentales. Vers un nouvel article 64, Psychiatries », *Rev. française des psychiatres d'exercice privé*, 1986, t. 3, n° 72, p. 53.

2. *Les solutions adoptées : la circulaire Chaumié et l'analyse des degrés de l'aliénation mentale*

230. Les critiques adressées à la rédaction de l'article 64 du Code pénal de 1810 n'ont pas justifié sa réécriture immédiate. Cependant le gouvernement a œuvré afin de répondre à l'une des critiques adressées à cet article : son caractère trop manichéen⁴⁰⁵. Indirectement, elle invite les praticiens à lire l'article 64 précité à la lumière des connaissances acquises de la science médicale. Ainsi l'ordonnance du 12 décembre 1905 adressée par le ministre de la justice aux procureurs, dite circulaire Chaumié, fait obligation aux experts de se prononcer sur les degrés de l'état de démence. Des circulaires successives sont par la suite revenues sur la pratique qui en découle. La circulaire C. 345 commande à l'expert la recherche des « anomalies mentales et psychiques ». Elle lui intime de déterminer si l'infraction est ou non « en relation avec de telles anomalies », si le sujet « présente un état dangereux et doit être interné dans un établissement psychiatrique », enfin s'il est « accessible à une sanction pénale ». Suivant une définition médicale de l'état de démence, il devient logique d'affirmer que le législateur a été réceptif aux critiques précitées.

B. La définition médicale de l'atteinte au discernement : l'insuffisance des solutions adoptées

231. L'article 122-1 du Code pénal remplace l'article 64. L'alinéa second précise que « *la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ; toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime* »⁴⁰⁶. L'existence de l'infraction n'y est plus niée comme ce fut le cas sous l'empire de l'article 64 du Code pénal⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ G. LEVASSEUR, *Les délinquants anormaux mentaux*, Cujas, 1959, p. 1 : « *d'une part, le Code pénal de 1810 s'inspirait d'une conception essentiellement objective de la répression et s'attachait à la gravité sociale des faits beaucoup plus qu'à la personnalité de leur auteur. D'autre part, et surtout, la catégorie psychique des anormaux n'avait guère attiré jusque-là l'attention des médecins ni celle des juristes* ».

⁴⁰⁶ B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 441 et s., affirme que le Code pénal a élargi les causes subjectives de non-imputabilité « en substituant le trouble psychique à la démence », le trouble dont l'agent pénal est atteint l'empêchant de « distinguer le bien du mal ».

⁴⁰⁷ P. RAPPARD, « Le crime n'est plus annulé... », *Psychiatrie Française*, n°1, mars 1994, p. 61 ; voir également M.-G. SCHWEITZER et N. PUIG-VERGES, « De l'article 64 à l'article 122-1 - La recherche du discernement : une question de formulation ou une nouvelle orientation sémiologique ? », *Annales médico-psychologiques* 1995, 153, n° 9, p. 608 ; B. GRAVIER, « Responsabilité pénale : tendances actuelles », in *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique*, C. LOUZOUN et D. SALAS (dir.), éd. Erès, 1998, p. 170 ; P. DRAI, G. ROUJOU DE BOUBEE, C. ZAMBEAUX, J.-Y. LEBORGNE et Y. ROUMAJON, « L'évolution de la responsabilité pénale », *Le nouveau Code pénal, enjeux et perspectives*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1994, p. 17 et s.

232. En outre, cette nouvelle version remédierait à l'obsolescence de la notion de démence et mettrait le droit pénal en phase avec les données acquises de la science⁴⁰⁸. La notion de troubles psychiques ou neuropsychiques englobe en effet à la fois la spécifique démence médicale mais encore ses états voisins. Au surplus, en distinguant « *trouble psychique* » et « *neuropsychique* », le législateur a eu la prudence de ne pas arrêter de choix entre le primat du corps sur l'esprit (trouble neuropsychique) ou de l'esprit sur le corps (trouble psychique). Enfin, cet alinéa confirmerait l'orientation vers une prise en compte de la gradation des troubles de l'esprit. Cependant cette modification légale est à la source de maux plus graves que celui qu'elle se proposait de conjurer : le problème de l'atténuation de responsabilité des demi-fous (1) et sa conséquence : la pénalisation de la maladie mentale (2).

1. Le problème de l'atténuation de responsabilité des demi-fous

233. En effet, si le manque de discernement est lié à l'intensité de troubles psychiatriques, alors l'altération du discernement médicalement constatée devrait entraîner une atténuation de peine dans la mesure exacte de cette altération⁴⁰⁹. Il appartient alors au juge d'imputer une peine au malade mental proportionnellement à la part de discernement dont il bénéficiait dans l'acte. La définition médicale du manque de discernement soulève le problème de « *la quantité plus ou moins grande de la volonté*

⁴⁰⁸ D'après les séances tenues au Sénat, l'un des enjeux de la modification de l'article 64 était de « mettre fin à la théorie contenue dans l'article 64 du Code pénal », et de « mettre en avant non plus la notion de démence qui, de toute façon, était objectivement contestable, mais celle de discernement », conformément aux travaux de l'avant-projet du Code pénal. Cf. spéc. Sénat, Séance du 11 mai 1989, p. 650, amendement n° 193.

⁴⁰⁹ D. GLEZER, « Coupable ou non coupable ? Responsable ou irresponsable ? Ou l'inconfortable évaluation de la responsabilité pénale lorsque le malade psychotique se défend des accusations portées contre lui », *Mélanges R. GASSIN*, PUAM, 2007, p. 415, qui se fonde essentiellement sur des cas cliniques ; F. FRESNEL, « Eloge de la folie par le droit, ou comment le droit apprécie-t-il l'altération des facultés mentales », *Gaz. Pal.* 2000, 2, doctr. 1348 ; V. CATOIRE, « A propos de l'altération des facultés mentales », *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Pédone, 1995, p. 57 et s. ; M. ADDAD et M. BENEZECH, « Les déficients intellectuels », *RDPC* 1980, p. 443 ; J. GRASSET, « Les criminels à responsabilité atténuée », *Rev. cath. Des Instit. et du Dr.*, 1910, II, p. 497 et s. ; du même auteur « Demifous et demiresponsables », *Revue des Deux Mondes* du 15 février 1906, p. 887 ; M. ANCEL, *Les délinquants anormaux mentaux*, Paris, Cujas, 1959 ; M. CORDAY, *Les demifous*, Paris, Charpentier, 1905 ; J. GUISLAIN, *Leçons orales sur les phrénopathies, ou Traité théorique et pratique des maladies mentales : cours donné à la Clinique des établissements d'aliénés à Gand*, éd. L. Hebbelynck, 1852, t. 3, p. 135 ; A. CULLERRE, *Traité pratique des maladies mentales*, Paris, éd. J.-B. Baillière et fils, 1890 ; V. PARANT (docteur en médecine), *La raison dans la folie : étude pratique et médico-légale sur la persistance partielle de la raison chez les aliénés et sur leurs actes raisonnables*, Paris, éd. Octave Doin, 1888 ; H. THIERRY (docteur en médecine), *De la responsabilité atténuée. Etude médico-légale*, Paris, éd. Steinheil, 1891 ; M. MICHELON, *Les demis-fous et la responsabilité dite « atténuée »*, thèse Paris, 1906, spéc. p. 97 au sujet du choix de la peine du délinquant anormal ; J. PINATEL, « Faillite du système actuel de la responsabilité pénale », *RSC*, 1968, p. 672 et s., spéc. p. 675, où l'auteur, pourtant favorable au déterminisme biologique, critique cette possibilité d'atténuation de la peine ; J. DELAHAUT, *Le problème des délinquants anormaux mentaux*, thèse Paris, 1964, spéc. p. 4 au sujet de la stricte « objectivité » du Code pénal de 1810 ; pour un aperçu de la question en droit pénal comparé, M. BUSSANI, « La responsabilité des sujets atteints de troubles mentaux en Italie et en Common law », *Gaz. Pal.* 14-15 février 1997, doctr., p. 11 et s. ; J. CORDOBA RODA, « L'imputabilité diminuée dans le droit pénal espagnol », *RIDP* 1967, p. 17 et s.

libre qui persiste chez un individu donné »⁴¹⁰. Elle oblige à une appréciation dosimétrique de la responsabilité, une demi-folie appelant une demi-peine. Si le discernement du délinquant est altéré un peu, beaucoup voire à la folie, cela devrait s'en ressentir sur le taux de sa peine.

234. Cependant la question du *plus* ou *moins* de discernement dans la commission du fait pénal, quand bien même abandonnée aux juges du fond, est théoriquement insoluble. Cette manière d'envisager la *possibilité* pour le juge de tenir compte de l'état du prévenu engage le droit pénal sur la voie d'un calcul métaphysique impossible à réaliser. Il faudrait que le juge et le médecin s'entendent parfaitement, et même qu'ils parlent un langage identique. Finalement, il faudrait qu'ils regardent ensemble le malade mental plutôt que le délinquant⁴¹¹.

235. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal en 1994, cette atténuation de responsabilité serait de droit. La loi n° 2014-896 du 15 août 2014, *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, irait également en ce sens⁴¹². Elle autorise, au sujet de l'individu au discernement altéré, la diminution du tiers de la peine qu'il encourt, et ramène à trente ans la peine de détention comme de réclusion à perpétuité.

236. Quitte à admettre l'atténuation de responsabilité en proportion des troubles psychiatriques, il en faut accepter le corollaire : la cohabitation de condamnés « normaux » et « anormaux » en prison. Le constat factuel donne raison à cette hypothèse si l'on en croit le taux de malades mentaux incarcérés⁴¹³. Le phénomène s'est amplifié au point d'en venir à s'auto-alimenter. Une incarcération de courte durée aggrave l'état maladif du condamné⁴¹⁴. Or, la prise en compte de l'état maladif du prévenu conduit à lui

⁴¹⁰ M. CRAFT et A. CRAFT, « Les délinquants anormaux mentaux », *RSC* 1987, p. 542 ; P. CORNIL, « Rapport présenté aux Nations Unies sur le traitement des délinquants anormaux », *RIPC* janvier 1957, n° 11, p. 2 ; du même auteur, « L'impasse dans la responsabilité pénale », *RDPC* 1961/1962, p. 637 ; A. LEY, *L'homme normal en justice*, *Revue de droit pénal et de criminologie de Bruxelles*, 1951-1952, p. 190.

⁴¹¹ M. PATRIS, « Psychiatrie et justice : quel avenir pour ce couple infernal ? », *Journal français de psychiatrie*, n° 13, Erès, 2001, p. 10 et s., spéc. p. 12 où il prend l'exemple de l'ordonnance de non-lieu qui invite à « taire les actes » alors qu'il faut pourtant les verbaliser pour entamer une thérapeutique.

R. BAFFOS et G. HEUYER, « Les délinquants anormaux mentaux », *RSC* 1939, p. 5 et s., spéc. p. 13 où l'auteur dénonce l'absence de coordination entre le droit et la médecine ; de même chez R. VOUIIN, « Le juge et son expert », *D.* 1955, p. 133, pour qui le juge et l'expert forment un « couple non assorti ».

⁴¹² Son article 17 complète l'alinéa second de l'article 122-1 précité de la manière suivante : « *si est encourue une peine privative de liberté, celle-ci est réduite du tiers ou, en cas de crime puni de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité, est ramenée à trente ans. La juridiction peut toutefois, par une décision spécialement motivée en matière correctionnelle, décider de ne pas appliquer cette diminution de peine. Lorsque, après avis médical, la juridiction considère que la nature du trouble le justifie, elle s'assure que la peine prononcée permette que le condamné fasse l'objet de soins adaptés à son état* ».

⁴¹³ P. CANNAT, « Le problème des anormaux mentaux dans les prisons », *RSC* 1954, p. 564.

⁴¹⁴ G. LEVASSEUR, *Les délinquants anormaux mentaux*, *op. cit.*, p. 5 : « *pris de doute sur l'intégrité des facultés mentales du prévenu, le juge recourt à une expertise ; le plus souvent l'expert constate certains troubles, écarte la démence de*

appliquer une peine bien plus courte qu'à la normale. La faible durée de cette détention ne permet pas de mener à bien une thérapie carcérale.

237. De plus cette peine s'exécute systématiquement dans les maisons d'arrêt qui, à la différence des centres de détention, ne répondent à aucun *numerus closus* et ne contiennent aucun condamné de longue durée. Ainsi, durant cette courte peine, les soins ne peuvent être prodigués convenablement pour assurer une thérapie efficace, alors même que l'influence criminogène de la maison d'arrêt jouerait à plein. Par conséquent, la courte peine aurait l'effet paradoxal d'accentuer la dangerosité du malade mental⁴¹⁵. De là, l'atténuation de la responsabilité des demis-fous devient un facteur de récurrence qui alimente à son tour la criminogénèse carcérale. Paradoxalement, l'article 122-1 al. 2 du Code pénal constituerait la cause d'une pénalisation de la maladie mentale.

2. Le problème de la pénalisation de la maladie mentale

238. En pratique, ce cercle vicieux de la délinquance des anormaux se perpétuerait à cause de deux facteurs, tous deux issus de la possibilité légale de punir les demi-fous.

239. Le premier tient à l'effet du diagnostic d'anormalité sur la société civile d'où sont issus les membres d'un jury. L'étiquetage d'anormalité porté sur le prévenu par le psychiatre aurait un effet négatif sur les jurés d'assises. Ils auraient alors tendance à solliciter des peines plus sévères à l'égard des malades mentaux criminels. D'après un rapport du groupe de travail mené de concert par la commission des lois et la commission aux affaires sociales,⁴¹⁶ la rigueur des tribunaux seraient effectivement plus grande à leur

l'article 64, et conclut à une certaine atténuation de la responsabilité. Le juge, même s'il n'emploie pas la "mathématique déplorable" que l'on a dénoncée, n'a d'autre ressource (en droit et en équité) que de modérer la peine. D'où ces courtes peines d'emprisonnement qui interviennent à l'encontre d'anormaux mentaux auteurs d'agissements cependant graves. On a souligné depuis longtemps, de tous côtés, l'absurdité d'une telle politique répressive. Les médecins ont fait valoir que l'état mental de l'anormal ne pouvait qu'être aggravé par cette incarcération... Devant les résultats déploraux de cette technique, la pratique médico-légale a réagi parfois en adoptant une conception très large de la démence...mais tous les experts ne partageaient pas ce sentiment et là se trouvent sans doute la raison essentielle de ces graves divergences entre psychiatres qui s'étalent souvent à l'audience de la cour d'assises et nuisent gravement au prestige de la science aussi bien qu'à celui de la justice ». Voir également, A. KASTELANIEC de LAFORCADE, *Les condamnations à de courtes peines d'emprisonnement*, thèse Paris II, 2010, n° 28 et s. à propos des inconvénients pratiques de ces peines, et n° 157 et s. quant à leur contrariété à la prévention générale.

⁴¹⁵ L'opinion est défendue par M. ANCEL qui propose de substituer à la culpabilité pénale le fondement du risque impliqué par la dangerosité, Cf. M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 3^e éd., 1981, spéc. p. 93 et 190 et s.

⁴¹⁶ Rapport d'information n° 434 (2009-2010) du 5 mai 2010, sur la prise en charge des personnes atteintes de troubles mentaux ayant commis une infraction.

encontre. Les jurés n'hésiteraient pas à prononcer des peines sévères car ils savent que les psychiatres interviennent en prison⁴¹⁷.

240. Parmi ces « anormaux », ceux qui souffrent de déviance sexuelle seraient punis plus sévèrement encore. Les jurés seraient extrêmement sensibles à la dangerosité potentielle des délinquants sexuels dits « pervers » par les psychiatres. Il y aurait donc, à l'endroit même d'un traitement inégalitaire des anormaux par rapport aux délinquants « sains d'esprit », une inégalité supplémentaire en ce qui concerne les malades mentaux auteurs d'infractions sexuelles.

241. Le second facteur d'aggravation de la situation des malades mentaux tient à la politique expertale. Une branche grandissante de la psychiatrie souscrit à l'idée que le procès pénal contribue à la guérison du malade mental délinquant, en conséquence de quoi la pratique de l'expertise se serait durcie⁴¹⁸. La tendance des médecins de l'esprit à reconnaître l'abolition du discernement serait à la baisse⁴¹⁹. Cette proposition se vérifie à en croire les statistiques judiciaires : de 16% au début des années 1980, le pourcentage de non-lieux psychiatriques toutes affaires pénales confondues serait passé au taux « epsilonesque » de 0,17% en 1997⁴²⁰, soit une diminution de plus de seize points dans le seul champ des procès d'assises, cette tendance ne s'étant pas démentie sur la décade suivante⁴²¹.

242. Le durcissement de la pratique expertale, de même que la crainte suscitée par les anormaux chez les jurés, contribuent ainsi conjointement à la « pénalisation de la maladie mentale ». De là à conclure que la prison aurait reçu la vocation asilaire que les hôpitaux psychiatriques ne pourraient plus assumer, il n'y a qu'un pas⁴²². Ainsi d'une

⁴¹⁷ S. PORTELLI, « La pratique de l'article 122-1 du nouveau Code pénal », *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique, op. cit.*, p. 159 et s., où il pose au préalable la question du « trouble mental comme circonstance aggravante » ; sur l'aspect juridique et pratique des soins en prison, voir G. du MESNIL du BUISSON, « Le condamné en détention : liberté, incitation, obligation de soins ? », *ibid.*, p. 283.

⁴¹⁸ M. BENEZECH, « Nous sommes responsables de la criminalisation abusive des passages à l'acte pathologiques. Le mieux est l'ennemi du bien », *Journal français de psychiatrie*, n° 13, Erès, 2001, spéc. p. 23 : « ce sont bien les psychiatres et les psychologues experts près les tribunaux qui ont inventé, élaboré et mis en pratique la théorie selon laquelle la sanction pénale de l'« aliéné criminel » avait vertu curative en le confrontant aux conséquences objectives de son crime et de la punition sociale qui en résulte. L'histoire du droit pénal nous apprend que ce point de vue est contraire à celui des législateurs depuis au moins deux millénaires et demi, l'irresponsabilité du « fou » étant un des fondements les plus constants de la doctrine de la responsabilité pénale » ; D. ZAGURY, « Les psychiatres sont-ils responsables de la raréfaction des non-lieux psychiatriques ? », *ibid.*, p. 14.

⁴¹⁹ M. PEYROT, « Les consternants procès de malades mentaux », *Journal français de psychiatrie*, n° 13, Erès, 2001, p. 18 et s., spéc. p. 20 où l'auteur constate à regret une dévaluation du rôle de l'expertise : « l'expert est (...) passé progressivement de l'appréciation de la maladie à l'explication de la démarche mentale qui a poussé au crime ».

⁴²⁰ C. PRADIER, *La gestion de la santé dans la gestion dans les établissements du programme 13 000, évaluation et perspectives : documents, visites, entretiens*, Rapport du Ministère de la Justice, La documentation française, 1999.

⁴²¹ Il y a eu 288 non-lieux psychiatriques en France en 2002, contre 444 en 1987 et 518 en 1988. Pour la décade précédente, voir M. DEBARD, *Dossiers classés : enquête sur des non lieux en état de démence*, éd. Albin Michel, 1982.

⁴²² C. HERSZBERG, *Fresnes, histoires de fous*, Seuil, 2006, spéc. p. 158 où l'auteur dénonce par propos rapportés une « industrialisation de la peine ».

simple motivation philanthropique à l'égard des malades mentaux, serait née une pénalisation de la maladie mentale qui met à mal l'institution asilaire par excellence : l'hôpital psychiatrique. Il semble que le droit pénal ait entendu éviter le risque de tomber dans ce cercle vicieux. Il rejette complètement toute estimation médicale de la faute du malade mental.

§ 2. Le rejet du critère de l'aptitude psychiatrique à la faute

243. La définition médicale du manque de discernement emporte des conséquences illégitimes. Il convient de justifier ce rejet, à l'aide du seul exemple de l'article 122-1 du Code pénal. Ce rejet est d'autant plus justifié (A) qu'il se manifeste dans les décisions du Conseil constitutionnel comme dans la jurisprudence de la Chambre criminelle (B).

A. La justification du rejet

244. Ni l'article 64 du Code pénal de 1810 ni l'article 122-1 du Code pénal n'ont jamais promu de critère médical en droit pénal. Le premier vise l'état de démence, or le *de-mens*, littéralement, est un individu pour lequel la réflexion est impossible. Au début du XIX^e siècle, le législateur n'emploie pas ce terme en référence à la science médicale. Il l'emploie conformément au sens qu'il revêt en droit canon pour désigner celui qui ne jouit pas du libre arbitre. Ainsi certes, cet état peut être établi avec l'aide du « médecin aliéniste » ; cependant la médecine n'a pas participé à la création de ce critère. L'état de démence constitue le critère de l'aliénation juridique, mais elle se distingue de l'aliénation psychiatrique induite par une interprétation médicale de cette notion.

245. L'article 122-1 du Code pénal, qui succède à l'article 64 précité, ne fait pas non plus l'apologie de l'aliénation psychiatrique. Il distingue clairement le critère juridique de l'irresponsabilité pénale (l'abolition du discernement) de ses causes médicales (l'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique), *sans lier l'intensité de ces troubles au calcul de responsabilité*. La notion de trouble psychique ou neuropsychique relève effectivement du domaine des sciences de l'esprit. Elle accueille autant l'état de sommeil, l'ivresse ou les conséquences liées à la consommation de stupéfiants que les maladies mentales. Ce sont là des *causes* et non des *critères* d'irresponsabilité.

246. Cette distinction est d'autant plus nécessaire qu'elle préserve le principe de la légalité des délits et des peines. En effet, si l'atteinte au discernement dépend de la vigueur d'un trouble mental, alors l'irresponsabilité pénale est un jugement qui porte sur l'individu et non plus sur l'acte qu'il a commis. Cette justification « pandoresque » laisse sous-entendre la réciproque : la possibilité pour le juge de punir un individu pour ce qu'il est. En somme, attribuer une identité de nature à l'abolition du discernement – juridique – et à ses causes – médicales oblige à confier la déclaration d'irresponsabilité pénale aux experts. Or, il n'est pas certain que l'aliénation légale équivaille à l'aliénation médicale (1). L'indistinction de ces deux critères porte atteinte au principe constitutionnel d'égalité devant la loi (2).

1. La confusion de l'aliénation légale avec l'aliénation médicale

247. Sous l'empire du Code pénal de 1810, comme sous l'empire du Code pénal de 1994, le législateur a toujours distingué l'aliéné du droit pénal de l'aliéné des sciences médicales. La notion d'état de démence n'est pas prise dans son sens de maladie mentale et, dans la suite de cette distinction, l'article 122-1 du Code pénal distingue bien le critère juridique de l'aliénation (l'abolition du discernement) de ses causes qui peuvent être quelconques et variées.

248. Cependant la très forte influence de l'aliénisme médical sur les théoriciens du droit pénal a alimenté la confusion des critères médicaux et juridiques. Cette confusion s'explique en deux temps. D'abord, l'état de démence constitue dès 1810 une notion purement juridique : elle correspond à l'abolition du sens moral chez l'auteur des faits (a). Ensuite, la laïcisation du droit pénal, entamée au XVI^e avant de s'accélérer à la fin du XVIII^e siècle, approche de son apogée à la fin du XX^e siècle. L'état de démence, critère ayant une dénotation morale, semble ne plus désigner qu'une maladie mentale. *Mutatis mutandis*, l'intensité des troubles psychiques a paru justifier l'irresponsabilité pénale, par assimilation des aliénations légale et médicale (b).

a. L'état de démence, ancien critère de l'aliénation mentale

249. En apparence, la Révolution instaure une rupture avec l'Ancien droit qui puisait à la fois dans le droit naturel et le droit positif. Les Révolutionnaires éradiquent les

privilèges de compétence des juridictions ecclésiales et cherchent à s'émanciper de la définition chrétienne de la pénalité. Pour y parvenir, il leur fallait substituer au dogmatique libre-arbitre du droit canon un fondement nouveau. A cette fin, le législateur prend appui sur le discours scientifique : l'examen scientifique des mécanismes de l'esprit constituerait désormais un fondement plus rationnel pour la définition de la faute. De fait, la littérature juridique du début du XIX^e siècle voue un culte aux sciences de l'esprit⁴²³. Les scientifiques réécrivent l'histoire de la maladie mentale comme si elles venaient d'être découvertes pour mieux rejeter dans les limbes de l'obscurantisme le critère du libre-arbitre.

250. Cela se manifeste par la construction d'une légende aliéniste ayant pour figure de proue le médecin Pinel et qui est encore largement alimentée par les médecins et historiens de la psychiatrie⁴²⁴. Ce courant défend ainsi l'idée qu'il existe un principe « d'irresponsabilité pénale des malades mentaux ».

251. La définition médicale de l'aliénation juridique est alimentée par un foisonnement de manuels médicaux destinés à l'usage des juristes. A la suite de Pinel et de ses disciples Georget⁴²⁵ et Esquirol⁴²⁶, les médecins Leuret, Marc⁴²⁷ et Calmeil⁴²⁸, Blanche⁴²⁹,

⁴²³ J.-L. SENON, « Histoire de la psychiatrie en milieu pénitentiaire, de Pinel à la loi de 1994 », *Annales médico-psychologiques*, vol. 156, n°3, 1998 ; A. ALLARD, *op. cit.*, p. 321 : « les tribunaux se trouvaient embarrassés, lorsqu'on prétendait invoquer ce moyen de défense ; cela se conçoit, la science médicale des aliénistes étant fort peu avancée à cette époque » ; en préface de l'ouvrage de P. AYRAULT, *Ordre et instruction judiciaire*, Paris, éd. A. Cotillon et A. Chevallier-Marescq, 1881, voir la contribution de V. JEANVROT, *Les progrès de la procédure criminelle en France*, qui participe à la construction du mythe de l'aliénisme en ces termes : « on sait aujourd'hui que ces malheureux [des sorciers] n'étaient que des malades atteints de troubles cérébraux, et que les prétendues sorcières et possédées n'étaient pour la plupart que des femmes hystériques. Pas plus que la possédée, que la femme folle ou hystérique, la sorcière n'était pas coupable. Son crime fut imaginé, inventé, créé de toutes pièces par les inquisiteurs et par les juges. Du jour où les procès pour cause de sorcellerie ont été interdits, la sorcière a disparu : elle a été supprimé », p. XXI ; L.-F. CALMEIL, *De la folie considérée sous le point de vue pathologique, philosophique, historique et judiciaire : depuis la renaissance des sciences en Europe jusqu'au dix-neuvième siècle : Description des grandes épidémies de délire, simple ou compliqué, qui ont atteint les populations d'autrefois et régné dans les monastères*, Paris, J.-B. Baillière, 1845, dont le glossaire en début d'ouvrage est parlant. L'auteur revisite des cas historiques d'aliénation mystique comme de cas de maladies mentales qui n'auraient pas été diagnostiqués à défaut de connaissances scientifiques. Il évoque la démonopathie de Grandier, l'hystéro-démonopathie des dix-huit religieuses de Louviers, et parle de contagion de la folie ; A. RIANT (docteur en médecine), *Les irresponsables devant la justice*, Paris, J.-P. Baillière, 1888, qui colporte le mythe pinélien à outrance, allant jusqu'à diagnostiquer chez Platon des signes de monomanie ; également F. PACTET et H. COLIN, *Les aliénés devant la justice (aliénés méconnus et condamnés)*, Paris, Masson et Cie, 1894.

⁴²⁴ Voir l'ouvrage très renseigné de C. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, Paris, éd. Tallandier, 2009 ; M. RENNEVILLE, *Crime et folie*, Fayard, 2009, spéc. p. 38, qui relève une superposition des termes péché, faute, crime, et criminel dans la littérature du XVII^e siècle. L'ancienneté de l'irresponsabilité pénale des malades mentaux reposait selon ces auteurs sur des motifs philanthropiques, avant que la science ne prenne finalement le relais. Ce travestissement de l'histoire se manifeste également chez G. LANTERI-LAURA, « Pathologie mentale et droit pénal : un regard rétrospectif », *Journal français de psychiatrie*, n° 13, Erès, 2001, p. 29 : « d'une part, les insensés, du fait de leur infortune, inspiraient une certaine compassion, d'abord chrétienne, ensuite philanthropique, qui les éloignait de tout châtement. Ensuite, dans la mesure où l'on tenait en général les desseins de Dieu pour insondables, l'on pensait qu'il avait déjà puni l'insensé par sa folie, sans que les hommes allassent se substituer à lui en infligeant une peine supplémentaire ; pareil comportement eût semblé cruel, mais surtout impie : personne ne saurait se substituer à Dieu ».

⁴²⁵ E.-J. GEORGET, *De la folie. Considérations sur cette maladie*, Paris, Crevot, 1820 ; du même auteur, *Discussion médico-légale sur la folie ou aliénation mentale, suivie de l'examen du procès criminel d'Henriette Cornier et de plusieurs autres procès dans lesquels cette maladie a été alléguée comme moyen de défense*, Paris, Migneret, 1826 ; où l'auteur explique que les fous autrefois suppliciés étaient en fait des malades mentaux victimes de leur état, dans la lignée de Pinel.

⁴²⁶ J.-E. ESQUIROL, *Des maladies mentales*, Paris, J.-B. Baillière, 1883.

cités dans l'ensemble des manuels et ouvrages de droit pénal, dressent des tableaux cliniques qui définissent un rapport strict entre crime et maladie mentale⁴³⁰. À les lire, la reconnaissance légale de la notion d'état de démence donne l'impression d'une victoire des lumières de la science sur l'obscurantisme passé⁴³¹.

252. Cependant au fond, ces auteurs ne reviennent pas sur l'idée que la seule folie susceptible d'entraîner l'effet d'irresponsabilité soit une « *folie morale* », celle qui corrompt l'existence du libre arbitre⁴³². Ils ne sanctionnent donc pas la folie médicale à travers la notion d'état de démence mais bien l'aliénation au sens canonique du terme : la privation de la capacité à distinguer le bien du mal. En droit pénal, il n'y aura donc pas eu de rupture en 1789. Bien que les médecins aient désormais pris la place des prêtres et curés pour expertiser les aliénés, ils s'expriment encore sur le fondement d'un critère moral issu du droit naturel.

253. Le critère de la *folie morale* n'est en rien illégitime. Le pénal de 1810 s'inscrit encore dans la justification antique de l'aliénation. En atteste le choix des termes par le législateur dans la rédaction de l'article 64 du Code pénal de 1810. *De-mens*, synonyme de *furor*, signifie littéralement *être hors de soi*. Cette aliénation prend la forme d'une *instrumentalisation mystique* dans les systèmes juridiques qui croient à l'existence d'Esprits malins. Mais la forme de cette justification n'est pas due à l'obscurantisme de l'époque. Elle prend sens dans un système juridique qui se fonde sur un ordre *ob-jectif*, celui qui est décidé par les dieux. L'aliénation y constitue donc une instrumentalisation divine. Les causes de cette aliénation sont extérieures à l'individu, mais elles deviennent internes à cet individu avec l'explication médicale. L'inconscient, tout autant mystérieux

⁴²⁷ C. C. H. MARC, *op. cit.*, t. 2, observation n° 80, spéc. p. 7. L'auteur fit ses études en Allemagne et devint docteur en médecine en 1792. En 1810, il publie un ouvrage mettant en scène un curé et un chirurgien qui parviennent à emporter la conviction de campagnards en faveur de la vaccine. L'année suivante, il rédige une thèse sur les maladies simulées qui le fit agréger à la Faculté. Sa définition de l'aliénation n'est pas complètement dissociée de ses racines chrétiennes. Il est évoqué par exemple des « monomanies d'orgueil ».

⁴²⁸ L.-F. CALMEIL, *op. cit.* Il fut l'un des disciples d'Esquirol, et avec Leuret, l'un des plus critiques envers la doctrine de Regnault.

⁴²⁹ E. BLANCHE (médecin, mémoire), *Des homicides commis par les aliénés*, Paris, éd. P. Asselin, 1878. L'ouvrage est un mémoire comprenant des observations cliniques dont la démonstration scientifique est peu crédible. Les crimes sont systématiquement expliqués par l'existence des troubles mentaux se manifestant notamment par de la fièvre ou des tics de langage. Ainsi par exemple l'auteur affirme que « *la maladie procède là, et c'est sa loi pathologique, par accès de courte durée en général ; l'homicide est une des conséquences ordinaires et faciles à prévoir de cette marche du mal* », p. 9.

⁴³⁰ La seule opposition connue à leur doctrine prône un retour à une définition de l'aliéné issu de la morale chrétienne. Cf. E. REGNAULT, *Du degré de compétence des médecins dans les questions judiciaires relatives aux aliénations*, Paris, éd. B. Warré, 1828. Il conteste le fait que le suicide fut causé par une maladie mentale pour l'attribuer aussitôt à la paresse (p. 121) et d'autres infractions à la jalousie (p. 159), autrement dit à des péchés capitaux.

⁴³¹ A. ALLARD, *op. cit.*, spéc. p. 113 : dans son passage le plus critique à l'égard des prétentions scientifiques du clergé, il note que les ecclésiastiques « *avaient combiné avec un art perfide les dispositions [du droit romain] qui pouvaient leur servir* ».

⁴³² Par exemple chez J.-A. MALATIER, *op. cit.*, p. 59, qui critique la classification des maladies mentales mais considère que *l'intelligence* est un don de Dieu.

et impalpable que les voix impénétrables de l'ordre divin, explique la folie morale en lieu et place de la Conscience des dieux.

254. Le législateur fait preuve de conservatisme en 1810. L'état de démence revêt ce même sens d'aliénation du sens moral chez les criminalistes de la fin du XVIII^e siècle. Le dictionnaire de Ferrière, au mot démence, ne propose aucune référence à des données médicales. Elle est définie conformément à son acception antique, celle d'une absence de raison. Il s'agit d'une « faiblesse ou *aliénation d'esprit*, qui est un obstacle à l'usage de la raison dans celui qui en est attaqué »⁴³³. Merlin ne fait pas référence à une définition médicale de la démence dans son Répertoire. Il la décrit comme un « *état habituel de privation ou de faiblesse de bon sens, au lieu que la folie ne dénote quelquefois qu'un dérangement fougueux de l'imagination, qui cesse par intervalles* »⁴³⁴. Les interprètes du Code pénal de 1810 envisagent donc légitimement cet état de démence comme un défaut d'intelligence, une incapacité à distinguer le bien du mal⁴³⁵. Ils séparent donc l'état de démence de la maladie mentale susceptible de le causer⁴³⁶ et considèrent que l'état de démence n'est pas réductible à une maladie mentale : il les embrasse toutes étant donné que chacune d'entre elles peut rendre l'individu inapte à distinguer le licite de l'illicite⁴³⁷.

255. Il faut ajouter que, si le législateur avait souhaité ériger une notion médicale en critère d'irresponsabilité pénale, il eût employé le terme de « manie ». Dès la fin du

⁴³³ Les propos qui suivent font référence à la « capacité de contracter », cf. J.-C. FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutume et de pratique*, Paris, chez Joseph Saugrain, 4^e éd., 1758, v^o Démence, p. 452. La définition qu'en donne Ferrière n'intéresse pas exclusivement le droit pénal, ce qui atteste bien du sens général de cette notion

⁴³⁴ *Ibid.*, v^o Démence, état dont les effets civils sont analysés avant les effets pénaux. Merlin ne fit que renvoyer démence et fureur à leurs racines juridiques romaines (le couple *furor vel dementia*) par une assimilation du *fol* au *furiosus*.

⁴³⁵ A. DESJARDINS, *Théorie des excuses en droit criminel*, Beauvais, Imprimerie d'Achille, 1858, p. 80. L'ouvrage est surtout consacré à l'étude du droit romain. La référence à la « monomanie » intervient dès l'abord du droit contemporain : « *si la monomanie étouffe la raison morale et la liberté, en quel nom et de quel droit demander une expiation ?* » ; J. CHANTAGREL, *Manuel de droit criminel (Code pénal et instruction criminelle)*, Paris, éd. Masson, 1858, p. 80, pour qui la démence détruit la culpabilité « *toutes les fois où il y aura absence de raison ou que les facultés mentales de l'agent seront affaiblies ou surexcitées au point qu'il se soit trouvé dans l'impossibilité de discerner le bien du mal* » ; E. TREBUTTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, Paris, éd. Auguste Durand, 1854, p. 127 et s., pour lequel la démence n'est même pas rattachable à la notion d'ignorance.

⁴³⁶ A. CARPENTIER et G. FRERREJOUAN DU SAINT (publié par), *Répertoire général alphabétique du droit français*, Paris, Sirey, 1904, t. XXXIII, sous « Responsabilité pénale », n^o 55 : « *il est un fait certain, c'est que l'aliénation mentale est une cause de non-imputabilité. L'article 64 du Code pénal impose cette solution (...). Il est certain que par ce mot de démence le Code a entendu viser toutes les maladies mentales qui ont pour conséquence de faire que la personne ne se rend plus compte exactement de ses actes* ».

⁴³⁷ J.-E. BOITARD, *op. cit.*, p. 229. Il distingue au sein de l'article 64 du Code pénal de 1810 l'ivresse, le somnambulisme et la monomanie ; A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit.*, t. 1, p. 495. La foi de ces auteurs envers la médecine aliéniste fut presque aveugle. Ils évoquent « la science médicale » et citent les ouvrages de Georget (*Observations médico-légales sur la folie*), Hoffbauer (*Médecine légale relative aux aliénés*), Fodéré, (*Essai médico-légal, et Traité de médecine légale*), Esquirol (*Des maladies mentales*), Orfila, (*Leçons de médecine légale*), Sacase (*De la folie considérée dans ses rapports avec la capacité civile*). Ils définissent l'absence de raison comme l'absence de connaissance du bien et du mal mais déclinent aussitôt cet axiome dans des sous-distinctions cliniques. Ainsi la monomanie, l'un des cas de démence, correspondrait à cette absence à l'égard de certains objets. Eu égard à la définition réaliste de l'infraction, ils classent cette cause d'irresponsabilité parmi les faits justificatifs.

XVII^e siècle, la notion de *manie* connaît une meilleure publicité au sein des écrits aliénistes (notamment la *monomanie homicide*, sorte de maladie mentale dont le seul symptôme serait qu'elle conduit un individu à tuer). Les termes « manie » et « mélancolie » font leur apparition dans le Dictionnaire de Furetière au XVII^e siècle pour désigner les sujets atteints de pathologie mentale⁴³⁸. La monomanie constitue le critère phare de la folie criminelle en médecine⁴³⁹. Le législateur lui préfère pourtant celui de l'*état de démence* qui se présente, jusqu'aux abords du XIX^e siècle, indépendamment de la théorie médicale.

b. La laïcisation du droit pénal, cause de la confusion des aliénations légale et médicale

256. A terme, la laïcisation du droit pénal a effacé ce fondement théorique commun aux premiers interprètes de l'article 64 du Code pénal de 1810. Ce n'est d'ailleurs que dans le courant du XIX^e siècle que la notion démence acquiert le sens d'une maladie mentale spécifique en médecine où il désigne la déchéance progressive des facultés intellectuelles⁴⁴⁰. S'en est suivi une assimilation indiscutée entre maladie mentale et démence légale, non seulement chez les psychiatres qui s'improvisent historiens du droit pénal⁴⁴¹ mais également chez les spécialistes de l'histoire du droit pénal qui, comme les juristes, furent séduits par l'explication scientifique de la démence. Les littératures historique⁴⁴² et juridique⁴⁴³ offrent un visage uni des aliénations légale et médicale.

⁴³⁸ A. FURETIERE, Dictionnaire universel contenant généralement tous les mots français, tant vieux que modernes, et les termes des sciences et des arts, 2^e éd., corrigé et augmenté par H. BASNAGE de BAUVAL, 1701.

⁴³⁹ Pinel fait paraître sa *Nosographie philosophique* en 1798, ce qui lui vaut une renommée qui favorise l'accueil, en l'an IX de la République (1800-1801), de son *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale, ou la manie*. Son ouvrage constitue la première classification moderne des maladies mentales. Lors de la réédition, les termes « manie » et « vésanies » sont reléguées au second plan d'un opus baptisé plus sobrement *Traité médicophilosophique*. Il est reçu à l'Académie des Sciences en 1803. Son disciple, le médecin Esquirol, poursuit ses travaux et qualifie la « folie raisonnante » de Pinel de « monomanie », soit la folie qui ne porte ses effets que sur une fonction unique de l'entendement.

⁴⁴⁰ E. REGIS, *Manuel pratique de médecine mentale*, Paris, éd. Octave Doin, 2^e éd., 1892, p. 332.

⁴⁴¹ R. SEMELAIGNE, *Etudes historiques sur l'aliénation mentale dans l'Antiquité*, Librairie de la Faculté de médecine, Paris, 1869, qui revisite notamment le sens du terme *phreneticos*, employé dans la Grèce antique, à l'aide d'une grille de lecture médicale, spéc. p. 17 et s. ; A. ALLARD, *op. cit.* ; L.-F. CALMEIL, *op. cit.* ; E. BLANCHE, *op. cit.* ; P.-L. LADAME, *La responsabilité criminelle des aliénés dans l'antiquité au Moyen-Âge et à la Renaissance*, Genève, Georg, 1886 ; A. Riant, *op. cit.* ; A. CULLERRE, *Traité pratique des maladies mentales*, *op. cit.* ; P. DUBUISSON et A. VIGOUROUX, *Responsabilité pénale et folie, étude médico-légale*, Paris, éd. Félix Alcan, 1911 ; H. VERGER, *L'évolution des idées médicales sur la responsabilité des délinquants*, Flammarion, 1923 ; B. CASSINELLI, *Histoire de la folie*, Paris, Bocca frères éditeurs, 1939 ; M. FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Plon, 1961 ; M. ADDAD et M. BENEZECH, *L'irresponsabilité pénale des handicapés mentaux en droit français et anglo-saxon*, Paris, Litec, 1978 ; J. POSTEL et C. QUETEL, *Nouvelle histoire de la psychiatrie*, Paris, éd. Privat, 1983, spéc. p. 66, et p. 252 où, évoquant la note que rédigea Pinel en 1808 pour l'*Encyclopédie méthodique*, ils avancent que ce médecin aurait officialisé l'expression « aliénation mentale », « terme heureux qui exprime dans toute leur latitude les diverses lésions de l'entendement » ; P. MOREL et C. QUETEL, *Médecines de la folie*, Paris, éd. Hachette, coll. Pluriel, 1985 ; M. COLLEE et C. QUETEL, *Histoire des maladies mentales*, PUF, 1987 ; A. CELLARD, *Histoire de la folie au Québec de 1600-1850*, Montréal, éd. Boréal, 1991.

⁴⁴² Pour la période de l'antiquité gréco-romaine, en sus des ouvrages précités, voir principalement J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2006, n° 126 ; pour la période du Moyen-Âge, P. MENARD, « Les

257. Cette conception médicale de l'état de démence invite à poser le constat suivant : les travaux préparatoires au Code pénal de 1810, ainsi que l'exposé de ses motifs, laissent entendre que le législateur a entendu le terme « démence » de manière large, sans l'identifier à une maladie mentale particulière. L'inverse est tout aussi défendable. Il est possible d'admettre que l'état de démence a vu son champ se réduire en doctrine à partir de sa compréhension exclusivement médicale.

258. Sous l'influence d'une interprétation médicale de l'état de démence, l'article 64 fit l'objet des critiques précédemment évoquées. En apparence, cet article présentait l'inconvénient de nier l'existence de l'infraction commise par le malade mental. Les victimes se trouvaient, d'après l'argumentaire, privées de la reconnaissance de leur préjudice, tout se passant comme si leur souffrance n'existait pas au regard de la justice pénale. Après tout, de quelle infraction pouvait-elle souffrir s'il n'y avait eu « ni crime ni délit » ? En outre, s'il n'y a ni crime ni délit, comment justifier qu'un complice, voire un coauteur puisse mériter de subir une peine à partir d'un fait dont il se dit qu'il n'a rien de pénal ? Avancer qu'« il n'y a ni crime ni délit » constituerait une vision trop manichéenne de la culpabilité pénale, tandis que l'atteinte au discernement serait affaire de degrés. Il faudrait donc adapter le principe d'irresponsabilité pénale à la mesure de l'altération du discernement.

fous dans la société médiévale ; le témoignage de la littérature aux XII^e et XIII^e siècles », *Romania*, 1977, t. 98, 4, p. 434, note 2 ; C. MARTINEAU, « Autour de la folie au Moyen Âge », *Razo*, n° 4, C. E. M., Nice, 1984, p. 59, pour lequel il n'existe pas d'histoire de la folie au Moyen-Âge ; M. LAHARIE, *La folie au Moyen-Âge*, éd. Le léopard d'or, 1991, l'ouvrage est purement historique. La première approche juridique couvrant la période du Moyen-Âge fut l'œuvre de G. TRIMAILLE, *Position sociale et statut juridique des aliénés du XV^e au XIX^e siècle*, thèse Dijon, 1992, qui limite ses recherches au XV^e siècle en raison de la pénurie de sources. Il faut encore citer l'apport conséquent de C. PENY, *Histoire d'une « publicisation » : le droit et les institutions de l'insanité d'esprit dans l'Ancien régime*, thèse Aix-Marseille III, 2007, qui a le mérite d'adopter un point de vue critique sur l'héritage foucauldien. Voir également L. MAYALI, « La folie et la norme dans la science juridique au Moyen-Age, Madness and Norm in the Juridical Science in the Middle Ages », in *Journal for History of Law*, juin 1987, p. 211 ; T. GREGORY, « La nouvelle idée de nature et de savoir scientifique au XII^e siècle », in *The Cultural Concept of Medieval Learning*, éd. J. E. MURDOCH et E. D. SYLLA, Dordrecht-Boston 1975, p. 193-212, spéc. p. 199 et s. L'ensemble des travaux cités, spécialisés en histoire du droit, adhèrent à l'idée que la définition scientifique moderne vaut en tout état de cause, confondant l'aliéné de la médecine avec celui du droit pénal.

⁴⁴³ B. CHAPLEAU, « Entre politique criminelle victimaire et politique criminelle sécuritaire. Regards sur le malade mental criminel pénalement irresponsable », *Mélanges C. Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 531, spéc. p. 532 : « consacré par le Code pénal de 1810, en son article 64, et repris par l'article 122-1 alinéa premier du Code pénal de 1994, le principe de l'irresponsabilité pénale des malades mentaux est ancré dans l'histoire » ; voir également V. RACHET-DARFEUILLE, *L'état mental de la personne : étude juridique*, thèse Paris I, 2001, p. 337 et s. ; G. LEVASSEUR, « Etude de l'élément moral de l'infraction », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, t. XVII, 1969, p. 88-89 : « M. Pinatel est optimiste en prêtant aux juristes une théorie générale ordonnée de l'élément moral de l'infraction, qui reste à faire et qui s'avère précisément de plus en plus difficile à mesure que les sciences humaines font davantage de progrès » ; le constat est saisissant chez R. MERLE, *La pénitence et la peine. Théologie, droit canonique et droit pénal*, Paris, Cerf-Cujas, 1985, p. 70-71 : « pour les trois grands auteurs, Muryart de Vouglans, Jousse, Rousseau de la Combe, ce qui compte c'est la procédure, car il serait fâcheux d'avoir à recommencé un procès. Les fondements du droit pénal devaient leur sembler évident. Il faut attendre les commentaires de l'ordonnance de 1670 pour voir apparaître l'idée d'un droit pénal ».

259. Cette proposition émanait surtout des spécialistes de la médecine de l'esprit et elle a trouvé un certain écho en doctrine⁴⁴⁴, notamment chez Merle et Vitu⁴⁴⁵. Ces auteurs furent, en leur temps, parmi les pénalistes les plus sensibles aux données criminologiques. Il n'est donc guère étonnant qu'ils aient été réceptifs aux arguments des médecins aliénistes. Ils reprochaient à l'article 64 du Code pénal de 1810 d'établir une politique du tout ou rien. Si le malade mental est incapable de comprendre la portée de ses actes, il est totalement irresponsable. A l'inverse, et c'est que le bât blesse, s'il jouit d'un tantième de raison, il devait répondre de ses actes alors qu'il n'en comprenait que partiellement le sens. Pour éviter cette iniquité, la responsabilité pénale devrait proportionner la peine à la culpabilité de l'auteur des faits et permettre la prise en compte de la demi-folie, cet état d'altération de la capacité à penser le mal d'un délit⁴⁴⁶.

260. La définition psychiatrique de l'atteinte au discernement procède donc d'une indistinction du champ scientifique avec le champ juridique. Partageant cette conception psychiatrique du manque de discernement, des auteurs affirment que l'article 122-1 du Code pénal présente la particularité d'actualiser l'appréhension de la maladie mentale en matière pénale⁴⁴⁷, par une mise au ban de la notion désuète de démence au profit de celle

⁴⁴⁴ E. GARCON préface ainsi l'ouvrage de P.-M. LEGRAIN (médecin), *L'évolution scientifique et le droit pénal. Eléments de médecine mentale appliqués à l'étude du droit* (cours professé à la faculté de droit en 1905), Paris, éd. Arthur Rousseau, 1906. D'après l'auteur, « l'analyse a démontré qu'à côté de l'homme dit normal et responsable, il y avait des êtres qui forment, vus dans leur ensemble, une sorte d'échelle graduée allant de l'aliéné au criminel, en passant par l'aliéné criminel et le criminel aliéné », p. 23. Garçon fait également référence à des ouvrages colportant le mythe pinélien. Cf. E. GARCON, *op. cit.*, p. 209, où il cite H. VERGER, *L'évolution des idées médicales sur la responsabilité des délinquants*, Paris, Flammarion, 1923.

⁴⁴⁵ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 625 et s.

⁴⁴⁶ Ce débat oppose historiquement Legrand du Saulle, favorable à la responsabilité partielle et à la création d'asiles-prisons, à Jules Falret. Les êtres qui sont entre la raison et la folie possèdent selon Falret « les principaux attributs de l'espèce humaine et, quelques faibles que soient leurs facultés, elles leur permettent pourtant d'apprécier dans une certaine mesure la moralité de leurs actions, de discerner le bien et le mal et de s'abstenir de commettre des actes contraires aux lois. Ce serait pousser trop loin l'indulgence que de les absoudre tout de même de tout ce qu'ils peuvent faire de mal. D'autre part, il serait excessif de les assimiler absolument aux hommes qui jouissent de la plénitude de leur intelligence. D'où la nécessité d'admettre pour cette catégorie d'individus une certaine atténuation de la responsabilité légale ». Voir également A. CULLERRE, *Les frontières de la folie*, J. B. Baillière et fils, Paris, 1888, p. 310 : « étant donné que le mot démence, dans le langage juridique, est synonyme d'aliénation mentale, la question de responsabilité légale se ramène donc strictement à une question de diagnostic. Le prévenu était-il aliéné au moment de l'acte ? Il est irresponsable. Était-il sain d'esprit ? Il est responsable et doit alors compte de sa conduite à la société. Hors de là, il n'y a que contradiction, discussion, intrusion d'incompétences et confusion. Tel n'est pas cependant, l'avis des partisans de la responsabilité partielle. Ces derniers n'admettent l'irresponsabilité totale qu'en cas de folie générale. Si l'accusé ne présente qu'une aliénation partielle, un délire restreint à un certain nombre d'idées, il ne sera pas responsable quand il aura agi sous l'influence de son délire, mais il devra être considéré comme tel toutes les fois que le mobile auquel il aura obéi sera étranger à la sphère de ses conceptions malades. On suppose que la lésion circonscrite de son intelligence n'a pas à ce point bouleversé sa raison qu'il n'ait plus la notion du bien et du mal et qu'il ne puisse plus opposer la moindre résistance à l'entraînement de ses passions ».

⁴⁴⁷ E. BONIS-GARCON, *Troubles psychiques – malades mentaux*, *Rép. pen.*, oct. 2002, n° 4. L'auteure explique la terminologie moderne par la désuétude du terme « aliéné » qui « n'a plus de nos jours qu'une place résiduelle », de sorte que « le code pénal se contente d'envisager le cas d'une personne atteinte d'un trouble psychique ou neuropsychique ». Elle évoque par la suite la localisation temporelle du trouble et son intensité, ce qui signifie que l'auteure s'en remet à une définition mathématique du temps et médicale de l'atteinte au discernement ; également S. PORTELLI, « La pratique de l'article 122-1 du nouveau Code pénal », *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique*, *op. cit.*, p. 153 : « on a changé le nom de la rue et le numéro de la plaque. Mais a-t-on vraiment changé de maison ? (...) nous sommes passés du temps de la démence à celui du trouble psychique ou neuro-psychique », et spéc. p. 157 où le magistrat attribue cet effet à la montée en puissance de la victime.

de trouble psychique⁴⁴⁸. Pourtant cette modification n'a pas eu pour effet de mettre le droit positif en conformité avec les évolutions de la médecine aliéniste, s'il faut entendre par là qu'un critère médical ait présidé à la désignation légale du malade mental irresponsable.

261. L'article 122-1 du Code pénal distingue à cet effet les *troubles psychiques*, critère médical, de *l'abolition du discernement* qui constitue un critère juridique. Il présente la particularité de rompre avec la terminologie antique qui permettait de définir l'aliénation en matière pénale par instrumentalisation d'origine extérieure (*demens* en droit romain, *amens* en droit canon). Cette compréhension des notions successives d'état de démence et de manque de discernement soulève finalement des contradictions avec le principe de légalité criminelle.

2. L'atteinte au principe de légalité des délits et des peines

262. Le principe de légalité des *délits* et des *peines*, *brevitatis causa* dit *principe de légalité criminelle*, est une règle fondamentale permettant d'assurer l'égalité de tous les citoyens devant la loi pénale. La justification psychiatrique l'irresponsabilité pénale (art. 122-1 du Code pénal) contrevient au principe constitutionnel de légalité, dans sa double dimension de définition légale des délits et de fixation légale du taux de la peine devant la sanctionner.

263. La légalité des « délits » vise la compétence de principe du législateur dans la création d'incriminations pénales⁴⁴⁹. En effet, le respect de la légalité criminelle garantit l'égalité de traitement de tous devant la loi pénale. Un même acte, quelle que soit sa nature, appelle une même sanction. Or l'expert psychiatre appose son jugement sur l'homme. Son diagnostic porte sur l'inconscient ou *surmoi* de l'individu. Le médecin se penche donc sur les qualités morales du sujet en scrutant les ressorts de son psychisme.

264. La légalité des « peines » correspond à l'obligation pour le juge de prononcer la peine fixée par le juge pour une infraction donnée. En 1791, le système était d'une rigidité extrême. Ce code faisait du juge un automate au point que les magistrats s'employaient à déjouer la qualification légitime pour prononcer des peines moins

⁴⁴⁸ Sénat, séance du 11 mai 1991, p. 650.

⁴⁴⁹ Voir *supra* n° 91 et s.

sévères. Le législateur est revenu sur ce rigorisme pénal avec le Code pénal de 1810 : il autorise les juges à prendre en compte des circonstances atténuantes. Cette règle reste inchangée sous l'empire du Code pénal de 1994 : les juges sont libres d'abaisser le montant de la peine jusqu'à son seuil minimal.

265. Si l'atteinte au discernement relevait de la science psychiatrique, le juge devrait avoir pour obligation de diminuer la peine du malade mental au discernement altéré. Pourtant, d'après l'article 122-1 al. 2 du Code pénal, celui qui souffre d'une altération du discernement *demeure pénalement responsable*. L'état mental de l'individu ne justifie pas la mitigation de sa responsabilité. La solution contraire emporterait une violation du principe de la légalité des peines. Si le mécanisme des peines planchers était à nouveau reconnu⁴⁵⁰, elle contreviendrait même peut-être à l'obligation pour le juge de prononcer une peine minimale à l'encontre du multirécidiviste.

266. La loi n° 2014-896 du 15 août 2014, qui supprime ces peines-plancher, semble donner une assise légale à l'atténuation de responsabilité des demi-fous. Cette loi, entièrement tournée vers *l'individualisation* de la peine, contient un article 17 qui modifie l'article 122-1 alinéa 2 du Code pénal qui, quant à lui, vise la *personne pénalement responsable*⁴⁵¹.

267. Il faut peut-être regretter l'insertion de cette disposition au sein d'un alinéa relatif à la *personne*, quand la modification provient d'une loi relative au traitement pénal des *individus*. Toutefois l'article 17 précité appartient à la section 2 du chapitre relatif aux « dispositions visant à assurer le prononcé de peines individualisées ». Or cette section 2 contient les « dispositions favorisant le recours aux modes de *personnalisation* de la peine ». L'emplacement de cette modification est donc parfaitement légitime. Elle assure la cohérence du *principe* (la responsabilité pénale en cas d'altération du discernement) avec ses *applications* (la possibilité pour le juge d'individualiser la peine du prévenu). Il convient en tout état de cause de distinguer le mécanisme légal de diminution de la peine

⁴⁵⁰ Avant son abrogation, la loi du 10 août 2007 avait réduit la liberté du juge dans la fixation du taux de la peine. Elle prévoyait l'existence de « peines planchers » en cas de commission d'infraction de nouveau en état de récidive. Le juge ne pouvait y déroger que lorsque l'accusé présentait « des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion » en matière criminelle (art. 132-18-1 du Code pénal) ou délictuelle (art. 132-19-1 du même code). Cette solution recéléait une incongruité juridique : les troubles mentaux doivent s'apparenter à ces « garanties exceptionnelles de réinsertion » pour justifier l'amoindrissement de la peine légalement prévue, alors même que ces troubles sont plus annonciateurs de dangerosité que de réinsertion sociale.

⁴⁵¹ Pour un exposé de la loi, voir J.-R. ROBERT, « Réforme pénale. Punir dehors (commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014) », *Dr. pén.* 2014, étude n° 16, spéc. n° 9, où l'auteur estime que « *l'individualisation* profite aussi, dans le sens de la clémence, *aux personnes* atteintes, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré, mais non aboli, leur discernement » (souligné par nos soins) ; également J. PRADEL, « Un législateur bien imprudent », *JCP* 2014, étude n° 952, p. 1642-1649.

qui relève de l'individualisation, de la question cartésienne tenant à l'existence ou à l'inexistence de la responsabilité pénale.

268. En droit pénal, l'atténuation de responsabilité reste une faculté ouverte au juge. La loi n° 2014-896 du 15 août 2014 ne fait que créer des limites à cette possibilité. L'atténuation de la peine, si elle est prononcée, consiste à réduire la durée d'incarcération. Le législateur a ainsi fixé un repère objectif à la dosimétrie pénale. Toutefois cette modification concerne *la peine* à prononcer, une fois le principe de sa responsabilité reconnu. Si l'atténuation de peine n'est pas prononcée, la décision du juge doit être spécialement motivée en matière correctionnelle, cette obligation n'étant pas prévue en matière criminelle. En effet, le jury est souverain et n'a donc pas à justifier sa décision d'atténuation de responsabilité. Enfin, l'avis médical que le juge doit quérir ne concerne pas du tout la détermination de l'altération du discernement : l'article 122-1 alinéas 2 du Code pénal modifié n'évoque cette consultation qu'en fin d'article⁴⁵², à la seule fin de préserver la possibilité d'une cure du condamné.

269. Pour ce qui regarde à l'application de la réforme, des précisions légales ont été apportées dans le Code de procédure pénale (articles 361-3, alinéa 3 et 362, alinéa 2 modifiés). Si la Cour d'assises répond négativement à la question de l'irresponsabilité de l'accusé, une seconde question est posée au jury sur l'altération de cette responsabilité. En cas de réponse affirmative à cette question, le jury peut encore refuser le bénéfice de l'atténuation de peine à l'accusé par un vote à la majorité des deux tiers.

270. En résumé, le législateur ne revient pas sur le principe : la responsabilité demeure pleine et entière en cas d'altération du discernement. Il propose un critère objectif de dosimétrie pénale le cas échéant, ce nivèlement de la peine ne concernant que la durée de l'*emprisonnement* et ne s'étendant pas à l'ensemble des autres peines que le juge pourrait prononcer. La loi n° 2014-896 du 15 août 2014 ne remet donc pas en cause la jurisprudence bicentenaire d'après laquelle la résolution de la question de l'état de démence est comprise dans celle de la culpabilité⁴⁵³, pas plus que celle suivant laquelle l'altération du discernement relèverait du fait et non du droit. Elles manifestent le rejet du critère de l'aptitude psychiatrique à la faute.

⁴⁵² Art. 122-1 du Code pénal *in fine* : « lorsque, après avis médical, la juridiction considère que la nature du trouble le justifie, elle s'assure que la peine prononcée permette que le condamné fasse l'objet de soins adaptés à son état ».

B. Les manifestations du rejet

271. Le rejet des critères médicaux se manifeste principalement à la lecture de l'article 122-1 al. 2 du Code pénal : il dispose que l'altération du discernement ne remet pas en cause l'existence de la responsabilité pénale et, en conséquence, il ne prévoit aucune obligation à l'atténuation de peine en cas d'altération du discernement (1). Par ailleurs la Chambre criminelle réduit systématiquement l'expertise psychiatrique à une question de fait, ce qui démontre bien qu'elle distingue le critère médical du critère juridique qu'est l'abolition du discernement (2).

1. La responsabilité pénale pleine et entière en cas d'altération du discernement

272. Confondre les causes de l'atteinte au discernement et le critère juridique de l'aliénation mentale (l'abolition du discernement) oblige à une mitigation de la peine en cas d'altération du discernement. L'article 122-1 al. 2 du Code pénal devrait alors poser l'obligation d'atténuer la peine du délinquant dont le discernement a été obscurci au moment des faits. Pourtant cet alinéa ne dispose pas que le juge doive atténuer cette peine proportionnellement à l'altération du discernement, œuvre par ailleurs impossible à réaliser en fait. Il dispose que le juge prend en compte cet état mais *que celui qui souffre d'altération du discernement demeure responsable*. Il n'y a donc aucune différence de nature, sur le plan juridique, entre les différents degrés d'atteinte au discernement.

273. Le rejet d'une définition psychiatrique du manque de discernement se manifeste d'ailleurs en jurisprudence. La Chambre criminelle juge ainsi que l'article 122-1 alinéa 2 du Code pénal n'oblige pas le juge à diminuer la peine en cas d'altération du discernement⁴⁵³. Le contraire eut été étonnant car il serait malaisé de comprendre comment le législateur pourrait dans le même temps aggraver les infractions de nature sexuelle et obliger le juge à atténuer la peine des délinquants sexuels en raison de leurs

⁴⁵³ Voir *infra* n° 537.

⁴⁵⁴ Crim., 30 mai 2006, inédit, n° de pourvoi : 05-86790 : « l'article 122-1 du Code pénal ne prévoyant pas de diminution de peine, le président n'a pas à poser de question à la cour et au jury sur le trouble psychique ayant pu altérer le discernement de l'accusé ou entraver le contrôle de ses actes » ; Crim., 18 janvier 2006, inédit, n° 05-83820 : « la Cour d'assise étant souveraine dans la détermination de la peine, il n'y a pas lieu de poser une question sur l'atteinte au discernement » ; dans le même sens Crim., 2 septembre 2005, inédit, n° 05-80109 ; Crim., 18 février 2004, Bull. crim. n° 46, p. 188 ; Crim., 7 janvier 2004, inédit, n° de pourvoi : 03-80807 ; Crim., 20 octobre 1999, Bull. crim. n° 228, p. 715 ; Crim., 31 mars 1999, inédit, n° de pourvoi : 98-83586 ; Crim., 28 janvier 1998, Bull. crim. n° 34, p. 83 ; Crim., 1^{er} octobre 1997, inédit, n° de pourvoi : 96-85.267 ; Crim., 5 septembre 1995, Bull. crim. n° 270, p. 755 ; et déjà sous l'empire du Code pénal de 1810, Crim., 27 avril 1976, Bull. crim. n° 129, p. 316 : « la question relative à la démence se trouve comprise dans celle de la culpabilité et n'a

troubles mentaux. Le législateur a notamment institué par une loi du 1^{er} février 1994 une peine de sûreté incompressible à l'attention des auteurs d'infraction de viol sur mineur⁴⁵⁵. La possibilité qui est ouverte au juge de diminuer le taux de la peine ne diffère donc pas suivant qu'il se fonde ou non sur l'article 122-1 du Code pénal.

2. La nature factuelle de l'altération du discernement

274. La responsabilité pénale reste cartésienne par essence : elle existe ou n'existe pas. Outre que l'altération du discernement ne commande pas à l'atténuation de responsabilité, nonobstant l'obligation de diminuer la peine encourue du tiers le cas échéant, elle est reléguée à une question factuelle en jurisprudence. La Chambre criminelle distingue systématiquement *le champ du fait* dans lequel elle intègre l'expertise de responsabilité *du champ juridique* propre à la détermination de l'abolition du discernement. Elle estime légitimement que la question de l'intensité des troubles psychiques relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond⁴⁵⁶, si bien qu'ils peuvent au vu des faits estimer qu'une expertise psychiatrique n'a pas lieu d'être⁴⁵⁷, sans contredire l'exigence du droit à un procès équitable prévu à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁵⁸. Qu'il s'agisse des actes de tortures et de barbarie⁴⁵⁹, de l'assassinat⁴⁶⁰, de l'homicide⁴⁶¹, de viol et d'agression sexuelle⁴⁶², y

pas à être posée séparément » ; Crim., 1^{er} juillet 1948, Bull. crim. n° 173, p. 255 ; Crim., 26 janvier 1949, Bull. crim. n° 29, p. 45 ; Crim., 7 avril 1967, Bull. crim. n° 106, p. 247 ; Crim., 16 juin 1971, Bull. crim. n° 191, p. 478.

⁴⁵⁵ Art. 6-1 de la loi du n° 89-94 du 1^{er} février 1994 ; voir les articles 221-3 al. 2 et 221-4 al. 2 du Code pénal renvoyant à l'art. 132-23 du même code.

⁴⁵⁶ Crim., 12 mars 2004, Bull. crim. n° 119, p. 462, pour des faits d'exhibition sexuelle par un homme sur ses petits-enfants : « les juges, après avoir souverainement apprécié les conclusions de deux rapports successifs d'expertise psychiatrique, ont retenu celles du second rapport, constatant qu'une pathologie psychiatrique avait altéré le discernement du prévenu au moment des faits » ; Crim., 25 février 2003, inédit, n° de pourvoi : 02-83635, la Cour de cassation employant généralement cette formule : « le moyen, qui se borne à remettre en question l'appréciation souveraine, par les juges du fond, des faits et circonstances de la cause, ainsi que des éléments de preuve contradictoirement débattus, ne saurait être admis » ; Crim., 29 mai 2002, inédit, n° de pourvoi : 02-82125 ; Crim., 15 mai 2002, inédit, n° de pourvoi : 01-85876 ; Crim., 2 mai 2002, inédit, n° de pourvoi : 01-84447 ; Crim., 26 janvier 2000, inédit, n° de pourvoi : 99-80066, au stade de l'instruction ; Crim., 12 décembre 2000, inédit, n° de pourvoi : 00-86249, cas d'altération du discernement de l'auteur de viols et agressions sexuelles aggravées ; Crim., 29 février 2000, inédit, n° de pourvoi : 99-85055.

⁴⁵⁷ Crim., 12 mars 2002, inédit, n° de pourvoi : 01-83500, s'agissant d'une personne titulaire de certificats attestant qu'elle n'était plus malade mental, ultérieurement hospitalisée en psychiatrie en raison d'un fort taux d'alcoolémie et poursuivie pour conduite sous cet état.

⁴⁵⁸ Crim., 27 septembre 2000, inédit, n° de pourvoi : 99-87693.

⁴⁵⁹ Crim., 16 novembre 2004, Bull. crim. n° 286, p. 1067 (faits d'émasculatation par une personne ne souffrant pas d'abolition du discernement d'après l'expert).

⁴⁶⁰ Crim., 23 novembre 2010, inédit, n° de pourvoi : 10-86262, pas d'altération du discernement de l'auteur de l'homicide de sa femme, les experts insistant au contraire sur sa perversité et son froid déterminisme (organisation d'un scénario faisant croire à un suicide) ; Crim., 10 mai 2010, inédit, n° de pourvoi : 10-80279, l'expert concluant à l'abolition du discernement de l'agent pénal.

⁴⁶¹ Crim., 23 juin 2004, Bull. crim. n° 168, p. 617, abolition du discernement constatée, conformément à appréciation souveraine des juges du fond.

⁴⁶² Crim., 31 mars 2005, inédit, n° de pourvoi : 05-80416.

compris l'agression sexuelle d'un mari sur sa femme⁴⁶³, de violences⁴⁶⁴, d'omission de porter secours⁴⁶⁵, de destruction d'un bien immobilier appartenant à autrui par un moyen dangereux pour les personnes (art. 322-6 du Code pénal)⁴⁶⁶, de refus d'obtempérer, outrage à personnes dépositaires de l'autorité publique et rébellion⁴⁶⁷, de dénonciation calomnieuse ou d'abus de confiance⁴⁶⁸, de recel de biens provenant d'un trafic de stupéfiants ou d'association de malfaiteurs⁴⁶⁹, de non représentation d'enfants⁴⁷⁰, d'appels téléphoniques malveillants⁴⁷¹ ou encore de fraude fiscale⁴⁷², la Chambre criminelle envisage la question de l'altération du discernement comme une donnée purement factuelle lors du résumé de la procédure pendante. En résumé, l'altération du discernement n'oblige pas à atténuer la responsabilité et constitue une question de fait, et l'abolition du discernement ne dépend pas de l'intensité de troubles psychiques.

Section 2. Le critère de l'aptitude psychiatrique à la peine

275. Si la qualification de l'abolition du discernement repose sur l'analyse du subconscient de l'auteur des faits, alors il faut réserver la possibilité de l'enfermer pour sa dangerosité latente. Le malade mental sujet à des pulsions incontrôlables, tel que le pervers sexuel ou encore le pyromane, devrait être neutralisé aussitôt identifié, de préférence avant qu'il ne passe à l'acte. Conformément aux articles 706-135 et suivants du Code de procédure pénale qui prévoient l'application de mesures de sûreté à l'égard de l'irresponsable de l'article 122-1 du Code pénal, la dangerosité psychiatrique justifierait son incarcération. Cependant par ailleurs, le Code de procédure pénale connaît une mesure de suspension de peine pour raisons médicales (art. 720-1 et 720-1-1 de ce code). Ainsi à l'inverse, l'intensité d'un trouble psychique devrait justifier l'élargissement provisoire du malade mental détenu, le temps pour lui de recevoir des

⁴⁶³ Crim., 10 novembre 2010, inédit, n° de pourvoi : 10-81114, où les experts ont conclu à l'absence d'abolition du discernement et à la dangerosité de l'agent pénal.

⁴⁶⁴ Crim., 9 juin 2010, n° de pourvoi : 07-84279, pour des faits de violences habituelles ayant entraîné une incapacité totale de travail n'excédant pas huit jours sur mineurs de 15 ans, en l'absence d'atteinte au discernement.

⁴⁶⁵ Crim., 12 mars 2002, inédit, n° de pourvoi : 01-84627, où aucune atteinte au discernement n'est relevée.

⁴⁶⁶ Crim., 18 janvier 2012, inédit, n° de pourvoi : 09-88699 ; Crim., 28 avril 2004, inédit, n° de pourvoi : 03-83717, étant entendu que cette infraction ne requiert pas la présence effective de personnes dans l'immeuble, cf. Crim., 30 septembre 2003, Bull. crim. n° 171, p. 678.

⁴⁶⁷ Crim., 7 septembre 2010, inédit, n° de pourvoi : 09-88216, les experts ayant conclu à l'altération du discernement de l'auteur au moment des faits.

⁴⁶⁸ Crim., 11 janvier 2001, inédit, n° de pourvoi : 00-82047.

⁴⁶⁹ Crim., 13 mars 2012, inédit, n° de pourvoi : 11-84354.

⁴⁷⁰ Crim., 2 mars 2011, inédit, n° de pourvoi : 10-88466.

⁴⁷¹ Crim., 17 janvier 2012, inédit, n° de pourvoi : 11-81756.

⁴⁷² Crim., 16 juin 2011, inédit, n° de pourvoi : 10-85866.

soins adaptés en institution asilaire. *Dès lors, les troubles mentaux aigus seraient tout à la fois cause d'incarcération du malade mental dangereux cause de suspension de sa peine.* Ce paradoxe découle d'une conception erronée de la dangerosité légale.

276. En effet d'une part, la définition psychiatrique de la dangerosité s'avère aussi inconstitutionnelle que l'acception psychologique du discernement. Dans un cas comme dans l'autre, il faut attribuer à l'expert psychiatre la compétence d'identifier les malades mentaux qui doivent être incarcérés, même s'ils n'ont commis aucune infraction, comme ceux qui méritent d'être remis en liberté malgré la commission d'une infraction. Il faudrait donc que le juge abandonne l'identification de l'individu dangereux à la médecine aliéniste, ce qui s'avérerait contraire à son rôle de gardien des libertés individuelles (art. 66 de la Constitution). Or, la création légale des mesures de sûreté n'a pas été censurée par le Conseil constitutionnel, ce qui indique bien que la définition psychiatrique de la dangerosité est erronée.

277. D'autre part, le législateur a prévu un mécanisme de suspension de peine pour raisons médicales. Or les troubles de l'esprit en sont expressément exclus : la peine continue de courir lorsque le malade mental condamné est interné. La maladie mentale ne constitue donc pas non plus un critère justifiant la libération temporaire du condamné. Quelles que soient les déclinaisons du critère de l'aptitude psychiatrique à la peine (§ 1), il doit être rejeté (§ 2).

§ 1. Les déclinaisons du critère

278. L'aptitude psychiatrique à la peine connaît deux déclinaisons contradictoires, allant respectivement dans le sens de la sévérité ou de la commisération vis-à-vis du malade mental.

279. Dans le sens de la sévérité, elle pourrait tout d'abord justifier l'incarcération de celui qui n'a encore commis aucune infraction, ou qui présente une très forte probabilité de commission d'une infraction grave, même lorsqu'elle est découverte à l'occasion d'un délit mineur. Cette acception médicale de la dangerosité est celle que les positivistes italiens proposèrent d'instituer au XIX^e siècle, en lieu et place du critère du libre-arbitre, pour justifier l'incarcération de l'individu voué à commettre des infractions. La dangerosité psychiatrique d'un individu autoriserait son incarcération *ante delictum*,

voire la prolongation de cette mesure d'éloignement de la société s'il a fini de purger sa peine. Elle intervient donc indépendamment de sa conscience morale.

280. Dans le sens de la commisération, l'aptitude psychiatrique à la peine pourrait justifier la libération provisoire du condamné souffrant de troubles mentaux. L'incapacité du malade mental à subir une peine, en raison de son état psychique, expliquerait qu'il soit préférable de le placer dans un établissement de santé pour une durée indéterminée, tant que persiste cet état maladif. L'intensité de ses troubles psychiques ou neuropsychiques fournirait l'indice de sa « capacité pénale ». La « dangerosité psychiatrique » (A) et la « capacité pénale » (B) constituent les deux facettes du critère de l'aptitude psychiatrique à la peine.

A. La dangerosité psychiatrique

281. Si l'expert psychiatre est compétent pour identifier le malade mental irresponsable, il peut tout aussi bien déceler les signes d'une forte probabilité de commission d'une infraction chez le fou. Suivant une grille de *normalité* propre à la science médicale, les malades mentaux *anormaux* devraient donc être surveillés ou incarcérés même s'ils n'ont commis aucune infraction, et leur dangerosité justifier l'application d'une *mesure de sûreté*. Cette mesure purement préventive a justement été reconnue par le législateur. D'après le Code de procédure pénale, elle concerne deux types d'individus : celui dont les troubles mentaux « *nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public* »⁴⁷³, ainsi que celui qui a fini de purger sa peine mais qui présente une « *probabilité très élevée de commission d'une infraction* »⁴⁷⁴.

282. Cependant cette reconnaissance légale de la dangerosité, si elle répond à une définition psychiatrique, pose un double problème : la mesure de sûreté se distingue difficilement de la peine étant donné qu'elle se traduit également par l'enfermement de l'intéressé ; or ses fondements contrarient la double vertu intimidante et rétributive de la peine. La dangerosité psychiatrique est donc synonyme d'une remise en cause des fondements traditionnels de la peine (1) à raison de l'indistinction de la peine et des mesures de sûreté (2).

⁴⁷³ Art. 706-135 du Code de procédure pénale.

⁴⁷⁴ Art. 706-53-13 du Code de procédure pénale.

1. Le problème tenant à la remise en cause des fondements traditionnels de la peine

283. La définition psychiatrique de la dangerosité tire ses racines de la théorie positiviste. Elle émerge au XIX^e siècle en Italie, en réaction contre la justification morale de la responsabilité pénale. L'explication scientifique des causes du passage à l'acte criminel offre une vision de la peine déliée du mysticisme que lui attachait l'Eglise. Le médecin Cesare Lombroso⁴⁷⁵, son disciple, le professeur de droit Enrico Ferri⁴⁷⁶ et le magistrat Garofalo⁴⁷⁷ proposent d'abandonner le critère chrétien du libre arbitre pour se focaliser sur la constitution organique de l'individu. Par postulat, l'auteur d'une infraction est *déterminé* à agir ainsi en raison de causes qui le dépassent. Le positivisme défend l'idée que le crime aurait une étiologie médicale : des causes naturelles et endogènes forceraient certains individus à commettre des infractions. Il situe les causes du crime dans l'organisation physique et mentale de l'individu.

284. Cette théorie prend l'exact revers de la traditionnelle sanction d'une faute morale⁴⁷⁸. Aux fondements traditionnels de rétribution et d'intimidation par la peine (reposant sur la conscience du bien et du mal), Lombroso préfère celui de la défense sociale (reposant sur la dangerosité de l'individu). L'individu dangereux pour la société devrait être identifié *ante delictum*, avant tout passage à l'acte, si bien qu'une nomenclature des profils criminels devrait remplacer la description des comportements infractionnels. L'impératif de « *traitement* »⁴⁷⁹ du délinquant devrait être préféré à l'application d'une punition expiatoire⁴⁸⁰.

285. Aussi afin de mettre en lumière l'existence d'une dépravation morale, les positivistes embrassent toutes sortes d'études portées sur le corps du criminel⁴⁸¹. Notamment, tout comme le médecin Gall qui entendait faire « parler » l'étude des formes du crâne des individus, Lombroso vante les mérites de la craniométrie pour

⁴⁷⁵ C. LOMBROSO, *L'homme criminel*, *op. cit.*.

⁴⁷⁶ E. FERRI, *La sociologie criminelle*, *op. cit.*

⁴⁷⁷ R. GAROFALO, *La criminologie, étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, *op. cit.*

⁴⁷⁸ C. LAZERGES, « Le concept d'imputabilité dans les doctrines de défense sociale », *RSC* 1983, vol. 1-2, p. 315 ; P. CUCHE, « De la possibilité pour l'école classique d'organiser la répression en dehors du libre arbitre », *Annales de l'Université de Grenoble*, 1897, p. 509.

⁴⁷⁹ J. DANET, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle », *RSC* 2010, p. 55, spéc. note 20.

⁴⁸⁰ M. ANCEL, « De la vengeance expiatoire au traitement des délinquants », *Mélanges J. LEBRET*, PUF, 1968, p. 10 et s.

⁴⁸¹ Cf. P. MORVAN, *op. cit.*, n° 52 ; R. GASSIN, S. CIMAMONTI, P. BONFILS, *op. cit.*, n° 205.

l'identification des criminels nés⁴⁸². Il reformule dans une sémantique scientifique la thèse du prédicateur J.-F. Senault pour en prendre le contre-pied⁴⁸³.

286. Au fond, justifier l'imputation d'une peine par le diagnostic médical de dangerosité revient à traiter l'auteur d'une infraction par des mesures de sûreté plutôt que de le punir⁴⁸⁴. L'examen porte sur l'individu davantage que sur ses actes : le critère de la dangerosité psychiatrique viole donc le principe constitutionnel de légalité criminelle⁴⁸⁵, en vertu duquel le Code pénal définit les actes ou omissions seuls susceptibles de répression. Pourtant, un avant-projet de loi rédigé en 1986 propose, par exception au supposé principe d'irresponsabilité pénale du malade mental, de soumettre le condamné déviant à un régime d'enfermement lorsque son état le justifie⁴⁸⁶. Le malade mental auteur d'un crime ou d'un délit serait soumis à l'internement de défense sociale (internement hospitalier) en raison de sa nocivité particulière ; l'anormal subirait quant à lui un traitement médico-répressif ayant pour but l'amélioration de son état mental, sa rééducation morale et sa réadaptation sociale. D'une durée renouvelable comprise entre six mois et dix ans, elle s'adressait à l'individu dangereux qui, d'après l'article 66 de l'avant-projet, « *n'est pas suffisamment réadapté aux conditions de la vie en société et que la persistance de son état rend probable dans l'immédiat la perpétration d'infractions graves* ».

287. Cette tendance se serait concrétisée avec la promulgation de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008⁴⁸⁷, achevant d'accomplir la décriée « pénalisation de la maladie

⁴⁸² Lombroso avait étudié plusieurs centaines de crânes pour parvenir à ces conclusions. Cependant sous cette objectivité prétendue, l'estimation de dangerosité masque un ostracisme latent, ostensiblement présent dans les ouvrages qui établissaient le profil de « l'homme criminel » à partir de ses cheveux hirsutes, de la proéminence de son front (connu comme étant « la bosse du crime ») ou de la couleur de sa peau. Elles séparaient l'homme sain et civilisé du « sauvage » recelant les traces d'un atavisme criminel. Au fond, ces critères constituaient la formalisation scientiste d'un pré-supposé ethnocentriste. Pour quelques exemples, voir notamment G. BECHTEL, *Délires racistes et savants fous*, Plon, 2002 ; L. MANOUVRIER, « Questions préalables dans l'étude comparative des criminels et des honnêtes gens (1892) », *Déviance et Société* 1986, p. 209-222.

⁴⁸³ J.-F. SENAULT, *L'Homme criminel, ou la Corruption de la nature par le péché, selon les sentiments de Saint Augustin*, Paris, chez la veuve Jean Camusat et Pierre Le Petit, 1644.

⁴⁸⁴ M. ANCEL, « Les mesures de sûreté en matière criminelle », in *Commission internationale pénale et pénitentiaire (CIPP)*, rapport, Melun, 1950.

⁴⁸⁵ Voir *supra* n° 91 et s.

⁴⁸⁶ Art. 1^{er} : « l' « aliéné » au sens de la présente loi tout individu qui, par suite d'un état psycho-pathologique dû à une maladie mentale ou à un développement mental incomplet, est totalement incapable d'apprécier le caractère délictueux de ses actes ou de se déterminer d'après cette appréciation » ; art. 2 : « [est dit] "anormal" au sens de la présente loi tout individu qui, par suite de troubles psychiques ou de déficiences mentales durables altérant ses fonctions supérieures de contrôle n'est pas pleinement capable d'apprécier le caractère délictueux de ses actes ou de se déterminer d'après cette appréciation ».

⁴⁸⁷ Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Cf. G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Sic et non, à propos de la loi du 25 février 2008 », *Mélanges G. Wiederkehr, De code en code*, Dalloz, 2009, p. 701 ; du même auteur, « Les rétentions de sûreté », *D.* 2008, p. 464 ; P. BONFILS, « La loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental », *RSC* 2008, p. 392 ; et l'opinion très critique de P. CONTE, « Aux fous ? », *Dr. pén.* 2008, Repère n° 4 ; S. DETRAZ, « La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *RSC* 2008, p. 873 ; B. LAVIELLE, « Une peine infinie (libres propos sur la rétention de sûreté) »,

mentale ». Par cette loi, le législateur aurait assuré le renouveau des théories déterministes⁴⁸⁸ : il légalise implicitement la possibilité d'établir un rapport de causalité entre une maladie mentale et la commission d'une infraction⁴⁸⁹. Il crée la mesure de sûreté, sanction préventive qu'il devient très difficile de distinguer de la peine.

2. *Le problème de la distinction de la peine et de la mesure de sûreté*

288. Les dispositions les plus controversées de cette loi posent des innovations procédurales qui concernent les malades mentaux condamnés ou irresponsables.

289. *S'agissant des condamnés*, cette loi crée un chapitre au sein du Code de procédure pénale, dédié à la rétention de sûreté et à la surveillance de sûreté⁴⁹⁰. Il y est prévu qu'à l'issue de l'exécution de leur peine, ceux qui présentent une « particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un grave trouble de la personnalité, peuvent faire l'objet, à l'issue de cette peine d'une *rétention de sûreté* » (art. 706-53-13 du Code de procédure pénale).

290. En substance, ces dispositions prévoient qu'une personne qui aura été condamnée à des crimes graves par une Cour d'assises, si la décision de condamnation le prévoit, pourra subir un enfermement postérieur à l'exécution de la peine d'incarcération et qualifié de « rétention de sûreté », ou être astreinte à des mesures de surveillance, telle que l'obligation de déclarer tout changement de domicile (« surveillance de sûreté »)⁴⁹¹. La notion de « surveillance de sûreté » rappelle un mécanisme juridique bien connu depuis la loi du 17 juin 1998, et en vertu duquel les auteurs d'infractions sexuelles sont exposés au suivi socio-judiciaire ou à la surveillance judiciaire. Cependant la durée de ce

LPA 2008, n° 64, p. 2, et les critiques connexes de C. LAZERGES, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », RSC 2008, p. 731 et s.

⁴⁸⁸ J. DANET et C. SAAS, « Le fou et sa « dangerosité », un risque spécifique pour la justice pénale, RSC 2007, p. 779 et s., qui constatent la fragilité du principe d'irresponsabilité pénale des malades mentaux mais entendent la dangerosité médicalement ; H. MATSOPOULOU, « Le renouveau des mesures de sûreté », D. 2007, p. 1607 et s., qui réalise un recensement quasi exhaustif de ces mesures, mais pour laquelle « le nouveau Code pénal procède à un amalgame entre peines et mesure de sûreté » ; N. TABERT, *L'influence du positivisme juridique sur la matière pénale moderne*, PUAM, 2007 ; dans le même sens P. BONFILS, RSC 2008, chr., p. 392 et s., spéc. p. 393.

⁴⁸⁹ Cette idée est au fondement même de l'implication des experts dans l'examen de la responsabilité morale du patient. Elle est donc présente de longue date chez les médecins aliénistes. Pour une illustration, voir l'ouvrage synthétique de J. PLANQUES, *La médecine légale judiciaire*, Paris, PUF, Que sais-je?, 1959.

⁴⁹⁰ L'article 1^{er} de la loi crée au sein du titre IX du livre IV traitant « De la procédure applicable aux infractions de nature sexuelle et de la protection des mineurs victimes », un chapitre III intitulé « De la rétention de sûreté et de la surveillance de sûreté », correspondant aux articles 706-53-13 à 706-53-21 du Code de procédure pénale.

⁴⁹¹ Ces mesures de « rétention de sûreté » ou de « surveillance de sûreté » interviennent après l'exécution d'une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour les crimes d'assassinat ou de meurtre, de torture ou acte de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration commis soit sur une victime mineure, sur une victime majeure à condition, dans ce dernier cas, que le crime ait été commis avec des circonstances aggravantes expressément énumérées.

suivi ou de la surveillance se calquait sur le reliquat de la peine du détenu. *Cette surveillance ne remettait donc pas en cause la durée matérielle de l'enfermement.* Avec la loi de 2008, cette « surveillance de sûreté » déborde la durée d'exécution de la peine. La personne concernée par la surveillance de sûreté est par exemple soumise à tout ou partie des obligations du suivi socio-judiciaire, à l'instar du placement sous surveillance électronique mobile (art. 706-10 du CPP) De même, *après l'exécution de sa peine*, elle peut faire l'objet d'un enfermement dans un centre dédié à cet effet⁴⁹².

291. *S'agissant des irresponsables pour cause de trouble mental*, la loi précitée prévoit que des *mesures de sûreté* peuvent être prononcées à leur encontre (art. 706-136 du Code de procédure pénale). Elles ne sont jamais privatives de liberté, comme l'est la *rétenion de sûreté* mais simplement limitatives de la liberté d'aller et venir le cas échéant. La mesure de sûreté consiste par exemple à interdire au malade mental de paraître dans tout lieu spécialement désigné (art. 706-136, 2° du Code de procédure pénale). Cependant l'article 706-135 du Code de procédure pénale dispose que l'irresponsable peut être placé sous le régime de l'hospitalisation complète « si ses troubles nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public ».

292. Il semble alors que la dangerosité psychiatrique justifie tant l'enfermement du délinquant que celui de l'irresponsable de l'article 122-1, dans un « centre socio-médico-judiciaire » pour le premier (art. 706-53-13 al. 5 du Code de procédure pénale) et dans un hôpital psychiatrique pour le second. La distinction peut sembler purement formelle étant donné que, dans les deux cas, le malade mental subit une incarcération de fait⁴⁹³. Elle semble donner raison au positivisme italien et opérer une métamorphose kafkaïenne du droit pénal, désormais complètement coupé de sa nature intimidante et rétributive.

B. La capacité psychiatrique à la peine ou « capacité pénale »

293. L'identification psychiatrique de l'irresponsable pénal devrait s'accompagner d'un corollaire indispensable : la vérification de l'aptitude mentale du délinquant à subir

⁴⁹² L'avant-projet de loi de 1986 soulevait déjà le problème du cumul de la peine avec la mesure de sûreté. Il fallait choisir entre la confusion des durées ou leur panachage. Le législateur aurait donc opté en faveur de cette seconde option : l'imputation d'une peine puis, à l'issue de la peine, l'application d'une mesure de sûreté.

⁴⁹³ L. GREGOIRE et F. BOULAN, « La détention de sûreté est une peine ! Qualification et conséquences », à propos de CEDH, 17 décembre 2009, M. c/ Allemagne, *Dr. pén.* 2010, Etude 9, p. 12.

la peine⁴⁹⁴. Si le psychiatre peut déterminer l'influence de l'inconscient de l'auteur des faits incriminés sur sa conscience au temps de l'action, il semble logique de s'en remettre à lui pour déterminer qui peut comprendre ou tout simplement supporter la peine d'incarcération. En effet certains délinquants ne sont pas en mesure de comprendre le sens de la peine à exécuter *en raison de leur maladie mentale*, ni même en capacité d'adapter leur comportement au milieu carcéral. Conformément à la terminologie médicale, ils sont « *inaccessibles à la peine* ». Dans cette hypothèse, peu importe qu'ils aient joui d'un discernement plein et entier au moment des faits. Leur état au jour du prononcé de la peine pourrait rendre la finalité rétributive⁴⁹⁵ de cette sanction inaccessible. En d'autres termes, l'expertise psychiatrique pourrait révéler l'inanité d'une peine d'emprisonnement, bien que le malade mental ait été reconnu coupable de l'infraction.

294. Ainsi comprise, la « capacité pénale » des malades mentaux se rattache à la question de *la césure du procès pénal*. D'après ses partisans, le procès répressif devrait être divisé en deux phases : l'une dédiée à la qualification de l'infraction et de la culpabilité de son auteur ; l'autre orientée vers l'individualisation du choix de la peine ou de la mesure de sûreté, en fonction de la personnalité de l'accusé⁴⁹⁶.

295. L'idée d'une césure nécessaire a germé chez des auteurs sensibles aux données criminologiques. L'expression « *capacité pénale* » se retrouve ainsi principalement chez des praticiens experts en médecine⁴⁹⁷ ou chez des juristes vouant une foi aveugle à la juridicité des critères médicaux. Elle apparaît notamment, au XIX^e siècle, chez Sacase⁴⁹⁸ ou Saleilles⁴⁹⁹. Dans l'ouvrage de référence du sociologue Fauconnet, la capacité pénale est même synonyme d'imputabilité : elle exprimerait une condition « *d'intelligence ou de moralité* »⁵⁰⁰. Stanciu exprime le vœu de la substituer à la notion

⁴⁹⁴ L.-M. RAYMONDIS, « Quelques aperçus sur le problème de la subsistance de l'aptitude à la sanction chez le malade mental interné », *RSC* 1963, p. 330 ; voir également C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 351 et s.

⁴⁹⁵ Sur la finalité rétributive de la peine, voir *supra*, n°5.

⁴⁹⁶ A. VITU, « La division du procès pénal en deux phases », Rapport au X^e congrès de l'association internationale de droit pénal à Rome en 1969, *RIDP* 1969, p. 485 (et s.)

⁴⁹⁷ R. GAUBERT, *La capacité pénale des psychopathes*, Paris, Les Editions Médicales, 1924, p. 8. A l'époque où il s'exprime, l'auteur franchit le Rubicon d'une application de ce critère au psychopathe pour éclairer sa dangerosité.

⁴⁹⁸ M. SACASE, *De la folie considérée dans ses rapports avec la capacité civile*, éd. Videcoq, Paris, 1851, p. 119 : « lorsque devant les tribunaux on agite la question de savoir s'il y a juste sujet d'interdire un citoyen, ou si un acte qui leur est dénoncé a été la manifestation d'une volonté libre et saine, il est d'usage de se demander si celui dont l'interdiction est provoquée, dont l'acte est attaqué sous le rapport de la capacité mentale, possède actuellement ou a possédé, au moment de l'acte, l'exercice régulier de sa raison ».

⁴⁹⁹ Saleilles définit la peine comme étant un « instrument de moralisation » et en tire la conclusion que cette fonction cesse d'être remplie lorsque l'individu est dépourvu de « capacité pénale », si bien qu'alors un changement d'orientation de la mesure s'impose, cf. R. SALEILLES, *De l'individualisation de la peine : étude de criminologie sociale*, Paris, Alcan, 2^e éd., 1909, p. 11.

⁵⁰⁰ P. FAUCONNET, *La responsabilité, étude sociologique*, Paris, Alcan, 1920, p. 90.

de responsabilité pénale⁵⁰¹, de même Merle et Vitu lui accordent une place autonome dans la troisième édition de leur traité. Ils s'inspirent alors notamment des travaux criminologiques de Heuyer⁵⁰² pour cantonner la « *capacité pénale* » à l'orientation du choix de la peine, avant de fondre à nouveau cette question dans l'imputabilité dès la quatrième édition de leur Traité⁵⁰³. La division du procès répressif en deux phases a par la suite été portée par le professeur et criminologue Marc Ancel⁵⁰⁴, théoricien de la « *défense sociale nouvelle* », qui adhère justement au critère de la dangerosité médicalement établie – situé aux antipodes du critère du libre-arbitre⁵⁰⁵. En résumé, cette idée suscite l'adhésion d'auteurs qui attribuent à l'état mental du délinquant une prime importance dans le choix de la sanction à lui appliquer. La première phase du procès aurait pour objet l'établissement de la culpabilité du sujet. La seconde, non publique, viserait à déterminer la peine en fonction de sa dangerosité et précéderait une décision unique sur le traitement du délinquant⁵⁰⁶.

296. Si l'état mental de l'accusé préside au choix de sa peine, alors celui qui souffre d'une maladie mentale aigue au jour du jugement devrait bénéficier d'un ajournement de peine. Le critère de la capacité pénale devait ainsi permettre d'expliquer les décisions de la Chambre criminelle qui accordent un effet à l'aliénation mentale au jour du jugement. De jurisprudence constante, l'état de démence de l'accusé au jour du jugement fait obstacle à sa mise en accusation⁵⁰⁷ comme à son jugement s'il n'est pas apte à comprendre le sens de sa condamnation⁵⁰⁸. Enfin durant l'exécution de sa condamnation, le condamné qui devient incapable de supporter l'incarcération en raison d'un trouble mental devrait bénéficier d'une suspension médicale de peine (art. 720-1- et 720-1-1 du Code de procédure pénale).

⁵⁰¹ V. V. STANCIU, « La capacité pénale », *RDPC* 1938, p. 854, qui reprend *in extenso* les propos développés dans son précis. Cf. M. LAIGNEL-LAVASTINE et V. V. STANCIU, *Précis de criminologie*, Paris, éd. Payot, 1950, spéc. p. 63-64.

⁵⁰² G. HEUYER, *Les troubles mentaux*, PUF, 1968, p. 34 et s.

⁵⁰³ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, éd. Cujas, 1967 (1^{ère} éd.), p. 473 et s. ; comp. 3^e éd., 1978, p. 721 et s. ; et, 4^e éd., 1981, n° 562 et s.

⁵⁰⁴ M. ANCEL (dir.), *L'individualisation des mesures prises à l'égard des délinquants*, éd. Cujas, 1954 ; du même auteur, « La césure du procès pénal », *Mélanges L. Hugueney*, 1964, p. 205.

⁵⁰⁵ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, spéc. p. 249. Toutefois l'auteur a sensiblement assoupli ses positions au fur et à mesure des rééditions de son ouvrage.

⁵⁰⁶ Voir également C. SAAS, *L'ajournement du prononcé de la peine. Césure et recomposition du procès pénal*, Nouvelle bibliothèque des thèses, éd. Dalloz, 2004, spéc. p. 8.

⁵⁰⁷ *Crim.*, 13 octobre 1853, Bull. crim. n° 508, p. 591, *DP* 1853, 5, p. 204, préc.

⁵⁰⁸ *Crim.*, 23 décembre 1859, Bull. crim. n° 287, p. 462 : lorsque le demandeur est dans un état de démence, « tant que cet état subsiste, il y a pour lui impossibilité de produire sa défense devant la cour avec la latitude que la loi lui accorde, et d'exercer la faculté, soit de s'inscrire en faux contre les actes authentiques de la procédure, soit de se désister de son pourvoi ». Ainsi « dans le silence de la loi, sur les effets du recours en cassation formé par un aliéné dans un intervalle lucide, ou par un individu atteint, postérieurement à ce recours, d'aliénation mentale, il appartient à la cour de prendre les mesures nécessaires à la conservation des droits de la défense, et à l'intérêt général de la justice » ; également *Crim.*, 31 janvier 1920, Bull. crim. n° 61, p. 94 ; et plus récemment *Crim.*, 5 juin 1997, Bull. crim. n° 228, p. 761, *JCP* 1997, II, 22908, rapp. M. LAROSIERE de CHAMPFEU.

§ 2. *Le rejet du critère*

297. Aucune des deux conclusions évoquées ci-avant ne se vérifie en matière pénale. L'individualisation de la peine ne doit pas être confondue avec la césure du procès pénal que la Chambre criminelle rejette systématiquement⁵⁰⁹. De plus, la dangerosité psychiatrique se distingue de la dangerosité légale. Enfin, la maladie mentale du condamné ne justifie pas la suspension de sa peine. Il faut justifier le rejet du critère de l'aptitude psychiatrique à la peine (A) avant d'illustrer cette affirmation par des décisions jurisprudentielles (B).

A. *La justification du rejet*

298. Le rejet du critère de l'aptitude psychiatrique à la peine se justifie à deux égards. D'abord, parce qu'il constitue une atteinte au principe de légalité des délits (1) ; ensuite, parce qu'il contrarie le rôle du juge dans la protection des libertés individuelles (2).

1. *L'atteinte au principe de légalité criminelle*

299. La définition psychiatrique de la dangerosité pose un problème fondamental. Si la mesure de sûreté créée par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 constitue une forme réactualisée du positivisme lombrosien, elle remet en cause les fondements traditionnels de la peine. Elle s'avère alors contraire au *principe de légalité des délits*, qui veut que les individus soient condamnés pour leurs actes et non pas pour ce qu'ils sont. En effet, le positivisme italien défend l'idée qu'il existe un lien entre certaines maladies mentales et des infractions : le pyromane serait incendiaire, le narcoleptique un voleur impénitent et ainsi de suite. L'économie psychique de l'individu justifie donc son incarcération suivant qu'il est plus ou moins déterminé à commettre une infraction donnée. Il devient nécessaire de s'en remettre aux qualités d'oracle du psychiatre afin qu'il examine la tension de l'individu vers l'infraction, même *ante delictum*. Définie médicalement, la dangerosité autoriserait l'enfermement d'un individu *parce qu'il est différent*.

⁵⁰⁹ D'après la Chambre criminelle, « le jugement doit, en même temps, faire aux faits qu'il déclare constants l'application de la loi réprimant l'infraction constatée ; ce mode de procéder est substantiel et tient à l'essence même de la procédure en matière correctionnelle », Crim., 30 mai 1829, Bull. crim. n° 111, p. 298 ; Crim., 23 mars 1999, Bull. crim. n° 66, p. 168 ; Crim., 10 janvier 1947, Bull. crim. n° 13, p. 18, S. 1948, 1, p. 44 ; voir également A. VITU, « La division du procès pénal en deux phases », préc., et la jurisprudence citée p. 489.

300. Le critère de la dangerosité psychiatrique s'oppose également au respect de la *légalité des peines*. En effet d'après ce mécanisme légal, le malade mental condamné est incarcéré sur une durée qui ne présente aucun rapport avec le taux légal de la peine. L'enfermement est d'ailleurs potentiellement perpétuel étant donné qu'il peut être reconduit chaque année. Certes, littéralement, la dangerosité psychiatrique fonde l'incarcération à titre de « mesure de sûreté » et non de « peine ». Toutefois cette nuance lexicale donne l'impression d'un artifice formel, un trompe-l'œil qui permettrait de contourner le respect du principe de légalité pour l'application d'une peine.

301. Dans les deux cas, l'individu étiqueté dangereux par l'expert est enfermé, pour sa dangerosité, sur une durée potentiellement hors de proportion avec la gravité de l'acte qu'il a commis. Officiellement, les conclusions de l'expert guident le juge mais ce magistrat n'étant pas expert, il ne saurait aller à leur encontre, de telle sorte qu'elles auraient la valeur d'avis conformes. L'arbitraire du jugement expertal s'avère ainsi plus grave que celui du juge que les Révolutionnaires souhaitaient pourtant conjurer en limitant son pouvoir d'appréciation.

2. *L'atteinte au principe de sûreté judiciaire*

302. Outre l'atteinte au principe de la légalité des délits et des peines, la définition psychiatrique du manque de discernement réduit le rôle du juge judiciaire à néant dans la protection des libertés individuelles. Le juge tient de l'article 66 de la Constitution la charge d'assurer le droit des individus à la sûreté. Il a pour rôle de les protéger contre les atteintes arbitraires de l'Etat à ses libertés fondamentales. Suivant l'article précité, « *nul ne peut être arbitrairement détenu (...). L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ».

303. Conformément au principe constitutionnel de légalité criminelle, le juge apprécie la culpabilité des individus déférés devant lui selon son intime conviction. Prévu aux articles 427 du Code de procédure pénale en matière délictuelle, 353 et 536 du même code respectivement pour les crimes et contraventions, le principe de l'intime conviction constitue le corollaire du rôle constitutionnel de gardien des libertés individuelles. Ce rôle est d'autant plus effectif que, depuis la promulgation de la loi organique du 10

décembre 2009⁵¹⁰, il a la possibilité de recourir à la Question Prioritaire de Constitutionnalité⁵¹¹, ce qui lui permet de vérifier la conformité des lois non déférées au Conseil avant leur promulgation. Le juge judiciaire est donc bien le gardien naturel des libertés individuelles. Par conséquent, l'appréciation qu'il porte sur la culpabilité d'un agent pénal ne devrait pas dépendre des conclusions de l'expert.

304. Pourtant, identifier l'abolition du discernement grâce à des critères médicaux, c'est reconnaître l'incompétence matérielle du juge dans l'arbitrage des batailles d'experts⁵¹². Le principe de l'intime conviction est préservé en apparence dans la mesure où le juge reste maître de la décision finale d'irresponsabilité ou de culpabilité⁵¹³. Cependant ce respect formel de la compétence du juge masque une atteinte matérielle à son pouvoir de *juris-dictio*, celui qui consiste à dire le droit. *En somme, la négation du principe de sûreté judiciaire est impliquée par la définition scientifique de l'atteinte au discernement.* Envisagée médicalement, l'atteinte au discernement relève exclusivement de la compétence de l'expert psychiatre. Le juge n'est donc plus maître du quantum de la peine à prononcer ou, pour le dire autrement, l'atténuation de la peine se trouve conditionnée par la preuve d'une altération psychiatrique du discernement. Le juge n'a pas son mot à dire et doit adhérer à une vérité déposée par les experts. Devant l'impossibilité d'opposer une quelconque contre-mesure à la critériologie psychiatrique, il lui faut effectivement se plier à cet impérialisme scientifique.

305. Une tendance à l'exotisme juridique mise à part⁵¹⁴, une grande majorité d'auteurs a saisi l'enjeu du rejet des théories pathognomoniques (celles qui lient l'aspect physique d'une personne à un type délinquant), tout en étant conscients de l'impérieuse nécessité d'intégrer la notion de dangerosité au sein de la théorie du droit pénal. Aucun n'est

⁵¹⁰ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

⁵¹¹ Pour la constitutionnalité de cette réforme, voir Cons. const., décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, JO du 11 décembre 2009, p. 21381.

⁵¹² M.-L. RASSAT, *J.-Cl. pén.*, « Trouble psychique ou neuropsychique », n° 31, dans le même sens que A. DECOCQ, *op. cit.*, p. 338, qui estime que le juge ne redevient compétent que lorsque l'expert ne l'est pas.

⁵¹³ Par exemple, Crim., 11 mars 1958, Bull. crim. n° 238, p. 407; Crim., 6 juin 1979, Bull. crim. n° 194, p. 537.

⁵¹⁴ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Précis Dalloz, 6^e éd., 2011, n° 135, p. 163 : « *l'escroc, tout d'abord, a une personnalité qui le sépare de celle de la grande majorité des délinquants, au moins contre les biens. Il est, le plus souvent âgé (autour de cinquante ans), alors que les autres délinquants sont souvent jeunes (le plus grand nombre se situe entre vingt-quatre et vingt-neuf ans au moment des faits). Il est d'une intelligence supérieure à la moyenne, alors que les autres délinquants sont souvent d'une intelligence relativement faible. Il est parfaitement adapté à la vie sociale, alors que beaucoup d'autres délinquants se caractérisent par une certaine inadaptation. Il est capable de plans, non seulement pour commettre son infraction, mais aussi pour gérer son butin, alors que les autres délinquants sont généralement imprévoyants. On trouve même, sur le plan clinique, un particularisme morphologique, l'escroc étant plutôt du genre petit-gros (bréviligne-sthénique) alors que la masse des délinquants, contre les biens, au moins, est plutôt de la catégorie grand-maigre (longiligne-asthénique)* ».

cependant parvenu à justifier la place de cette notion dans le système juridique⁵¹⁵. La majorité des auteurs rapprochent légitimement la dangerosité de la récidive pour tenter de justifier cette innovation légale⁵¹⁶. Cependant cette démarche s'avère nécessairement incomplète à partir d'une compréhension médicale de l'atteinte au discernement. Pour qualifier un état de récidive, il faut avoir reconnu une personne coupable et l'avoir condamnée, tandis que *la dangerosité psychiatrique devrait également concerner celui qui a été déclaré irresponsable*. Aborder l'atteinte au discernement sous l'angle médical conduit nécessairement à une impasse.

B. Les manifestations du rejet

306. Le rejet d'une définition psychiatrique de l'aptitude à la peine s'observe au niveau de chacun des deux déclinaisons de ce critère. Il faut donc aborder le rejet de la dangerosité psychiatrique (1) et celui d'une définition médicale de la capacité pénale (2).

1. Le rejet de la dangerosité psychiatrique

307. *Au niveau constitutionnel*, les sages censurent les dispositions légales qui reconnaissent à l'expert psychiatre un rôle supérieur à celui du juge. Le rejet d'une définition médicale de la dangerosité se manifeste dans une décision du 21 février 2008, rendue au sujet de la loi du 20 février 2008⁵¹⁷. Son article 12 disposait que « *la personne condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité ne peut bénéficier d'une libération conditionnelle qu'après avis favorable de la commission pluridisciplinaire des mesures*

⁵¹⁵ J. SYGUT, « Les faiblesses des mesures judiciaires françaises de lutte contre la récidive au regard de la dangerosité », *Mélanges A. FOURNIER*, Presses Universitaires de Nancy, 2014, p. 423 et s., pour laquelle « *l'absence d'approche scientifique de la délinquance est responsable de l'échec des mesures dites de lutte contre la récidive* », spéc. p. 430. Pour une critique des praticiens, voir le site www.contrelaretentiondesurete.fr.

⁵¹⁶ J. DANET, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle », préc., qui raisonne *en fait* à partir de critères médicaux : « *de facto, ces juridictions de sûreté pourront-elles faire autrement que suivre l'avis de la commission pluridisciplinaire rendu après évaluation et l'expertise de deux experts ?* », l'auteur se hasardant même à un parallèle entre la dangerosité légale et les mesures de sûreté des Etats autoritaires ; voir la position analogue de M. DELMAS-MARTY, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle », *RSC* 2010, p. 5 et s. ; comme de G. GIUDECELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité-droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2010, p. 69 ; et L. HALPERIN, « Ambivalences des doctrines pénales modernes », *RSC* 2010, p. 9, spéc. p. 12-13, qui propose une explication historique de cette dérive supposée ; ainsi que P. MISTRETTA, « De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénal », *JCP* 2008, actu, p. 145 ; pour un exposé plus neutre, comparatif avec le droit de *common law*, F. MASSIAS, « Légalité dangerosité perpétuité. Le contrôle de la Cour européenne sur les peines perpétuelles obligatoires et indéterminées », *Mélanges P. Couvrat, La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 279, qui note le recours à la dangerosité a d'abord figuré parmi les arguments des partisans du maintien de la peine de mort, avant de devenir celui des partisans de la « *perpétuité réelle* » et des peines « *incompressibles* ».

⁵¹⁷ Cons. const., décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, spéc. consid. 32 à 34 ; voir également C. GHICA-LEMARCHAND, « La rétention de sûreté (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2008) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger* 2008, n° 5, p. 1381 et s.

de sûreté dans les conditions prévues par le deuxième alinéa de l'article 706-53-14 ». Sur le fondement de l'article 66 de la Constitution principalement, qui concerne la prohibition des arrestations arbitraires et érige l'autorité judiciaire en gardienne de la liberté individuelle, il censure la disposition qui obligeait le juge à s'enquérir de l'avis émis par la commission comprenant un expert psychiatre. Il replace au premier plan la décision du juge sur l'avis des médecins psychiatres pour les décisions accordant la liberté conditionnelle. *Cela signifie que l'expertise médicale ne doit pas fonder la décision du juge.*

308. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a validé la création des mesures de sûreté⁵¹⁸. Il en ressort que ces mesures d'enfermement se fondent sur une dangerosité qui n'a rien de psychiatrique. Cependant leur juridicité demeure inintelligible une fois rapportée aux qualités mentales de l'individu.

2. Le rejet de la capacité psychiatrique à la peine

309. En outre, si la maladie mentale calibre l'aptitude de l'individu à subir une peine, elle devrait pouvoir s'opposer à l'incarcération du détenu dont le trouble mental s'avère incompatible avec le maintien en détention. La « capacité pénale » du malade mental constitue ainsi l'autre face de la dangerosité psychiatrique. Elle devrait jouer un rôle au stade de l'exécution de la peine. Par voie de conséquence, même chez celui dont il n'était pas possible de soupçonner qu'il souffrirait de troubles mentaux, l'irruption d'une maladie mentale grave – quand bien même serait-elle causée par l'incarcération – justifierait la suspension de cette mesure punitive.

310. Cette conclusion ne se vérifie pourtant pas au regard du droit positif. Le législateur a certes prévu la possibilité d'une suspension « médicale » de peine. Cependant les troubles psychiques en sont expressément exclus. Le rejet de la capacité psychiatrique se manifeste au fil de l'interprétation stricte des conditions de la suspension médicale de peine par la Chambre criminelle (a), jurisprudence qui plus est conforme à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (b).

⁵¹⁸ Cons. const., QPC n° 2011-199 du 25 novembre 2011, JO du 26 novembre 2011, p. 20016.

a. Le rejet de la capacité psychiatrique à la peine dans la jurisprudence de la Chambre criminelle

311. Jusqu'à la loi du 4 mars 2002 qui crée l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale⁵¹⁹, la suspension médicale de peine prévue à l'article 720-1 du même code avait des allants de philanthropie. Elle reposait sur un fondement humanitaire d'après certains auteurs⁵²⁰. Depuis lors, cette interprétation n'est plus tenable. Le législateur n'a entendu y viser que des troubles organiques, par exclusion des troubles psychiques. D'après l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale, « *sauf s'il existe un risque grave de renouvellement de l'infraction, la suspension peut également être ordonnée, (...) pour les condamnés dont il est établi qu'ils sont atteints d'une pathologie engageant le pronostic vital ou que leur état de santé est durablement incompatible avec le maintien en détention, hors les cas d'hospitalisation des personnes détenues en établissement de santé pour troubles mentaux* ».

312. Il n'existe que deux causes de suspension de peine : l'engagement du pronostic vital *ou* l'incompatibilité durable de l'état de santé avec le maintien en détention. Aucune d'entre elle n'admet que les troubles mentaux puissent la justifier. La maladie mentale, quelle que soit son intensité, ne justifie pas la suspension de peine. Il est donc difficile de soutenir l'existence d'un critère d'aptitude psychiatrique à la peine en droit pénal, d'autant que le rejet de ce critère se manifeste sans faille en droit prétorien.

313. L'indifférence du critère médical se répercute donc logiquement sur le régime légal de cette suspension de peine. L'article 720-1-1 al. 2 CPP la subordonne à une double expertise dont les résultats seraient concordants, et il n'est dérogé à cette règle qu'en cas d'urgence, dans le seul cas de la *suspension vitale de peine* (art. 720-1-1 al. 2 *in fine* CPP), celle qui repose sur un risque de mort à court terme. Il est donc permis de supposer qu'une double expertise devrait également avoir lieu pour en refuser l'octroi. Pourtant d'après la Chambre criminelle, cette disposition n'impose aucun parallélisme des formes. Les dispositions précitées lui imposent de collecter suffisamment de preuves pour asseoir son intime conviction, mais elles ne subordonnent pas la décision de refus à une double expertise. Partant, si une seule expertise convainc le juge que le détenu ne

⁵¹⁹ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO du 5 mars 2002, p. 4018, *D.* 2002, p. 1022, spéc. son art. 10. Ces deux articles composent à eux seuls une section relative à « la suspension et [au] fractionnement des peines privatives de liberté »

⁵²⁰ F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Le nouveau droit pénal*, 2001, Economica, n° 637 ; malgré la réforme, voir également M. HERZOG-EVANS, « La loi n'oblige pas à rechercher si la suspension médicale présente un risque pour l'ordre public », *AJ pénal* 2006, p. 273, sous Crim., 15 mars 2006, inédit.

remplit pas les conditions requises, il n'est pas nécessaire qu'il pourvoie à une seconde expertise⁵²¹.

314. Il peut donc se prononcer au vu d'une seule expertise pour refuser la suspension médicale de peine pour risque vital, comme d'accorder une troisième expertise, auquel cas il lui faudra motiver sa décision de façon telle qu'il démontrera en avoir tenu compte⁵²². La Chambre criminelle donne ainsi plein effet à la précision, contenue à l'article 720-1 du Code de procédure pénale, que le juge *peut* prononcer une suspension de peine ou en fractionner l'exécution⁵²³. Ces solutions sont d'autant plus fondées qu'elles ne sont pas contraires à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

b. La conformité du droit français à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme

315. La Cour européenne des droits de l'homme ne considère pas que l'incarcération d'une personne atteinte de troubles psychiques soit contraire à la Convention. Elle juge notamment que l'incarcération d'un malade mental ne présente pas un caractère inhumain ou dégradant : il n'y a aucune contrariété entre les articles 720-1 et 720-1-1 du Code de procédure pénale et l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Deux arrêts suffiront à l'étayer.

316. Ainsi, l'existence de troubles psychiques constitue au mieux la cause indirecte de la suspension médicale de peine, comme ce fut le cas dans l'arrêt Raffray Taddei *c/*

⁵²¹ Crim., 23 juin 2004, Bull. crim. n° 172, p. 628 ; *AJ pénal* 2004, p. 373, obs. M. HERZOG-EVANS ; *Dr. pén.* 2004, comm. 153, A. MARON ; *Gaz. Pal.* 2005, p. 19, note Y. MONNET. L'annotatrice de l'arrêt estime que cette décision « *heurte les droits de la défense* ». Au soutien de cette conclusion, elle avance l'article 167 al. 3 du Code de procédure pénale autorise la contre-expertise, que la Chambre criminelle aurait reconnu que ce droit s'impose dans le silence des dispositions de la loi (cf. Crim., 17 mars 1977, Bull. crim. n° 102, p. 246). Toutefois la décision de cassation invoquée par l'auteur n'en affirme pas tant. Dans l'arrêt du 17 mars 1977, la Chambre criminelle devait trancher la question de la possibilité d'opposer le caractère gracieux d'une décision d'octroi de suspension de peine à une procédure d'appel. Elle indique qu'il ne peut être dérogé à la possibilité de faire appel que lorsque le législateur a expressément attribué à une juridiction la pouvoir de statuer en dernier ressort. Cet arrêt signifie donc qu'il est possible de faire appel des décisions prises sur le fondement de l'article 720-1 du Code de procédure pénale, relatif à la suspension des peines, sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il s'agissait d'une décision gracieuse ou contentieuse. Autrement dit, cette décision concerne l'impératif du droit à un double degré de juridiction, ce qui ne saurait se confondre avec le respect de la règle du contradictoire. La décision des juges de refuser la suspension de peine pourrait très bien être frappée d'appel et en ce sens conforme à cette jurisprudence.

⁵²² Crim., 14 octobre 2009, *AJ pénal* 2010, p. 42, obs. M. HERZOG-EVANS.

⁵²³ L'article 720-1 du Code de procédure pénale a été créé par une loi du 11 juillet 1975. Modifié à maintes reprises, il dispose désormais qu'en « *matière correctionnelle, lorsqu'il reste à subir par la personne condamnée une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à deux ans, cette peine peut, pour motif d'ordre médical, familial, professionnel ou social et pendant une période n'excédant pas quatre ans, être suspendue ou exécutée par fractions, aucune de ces fractions ne pouvant être inférieure à deux jours* ».

France⁵²⁴. Dans cette affaire, deux expertises concordantes avaient établi qu'une détenue souffrait d'anorexie, ainsi que d'un syndrome de Münchhausen, maladie psychiatrique à cause de laquelle le sujet se sent obligé de simuler une maladie. La demanderesse ne pesait plus que trente kilos et avait commis des actes auto-agressifs qui l'avaient de nouveau conduite en hospitalisation d'urgence. Pourtant ces troubles psychiques n'ont pas légitimé la suspension de peine. Les juges de Strasbourg ont surtout fondé leur condamnation sur « la discordance entre les soins préconisés par les médecins et les réponses qui y ont été apportées par les juridictions nationales ».

317. La maladie mentale, critère individuel, présente la même nature que le consentement du détenu aux actes de soins ou d'incarcération : ils sont totalement indifférents. En effet, même si le refus du détenu peut laisser présager une simulation d'état maladif⁵²⁵, l'absence de consentement de l'intéressé à suivre des soins n'empêche pas la suspension médicale de peine dès lors que son pronostic vital est engagé⁵²⁶. En théorie, la tentative volontaire de suicide elle-même devrait donc autoriser la suspension médicale de peine.

318. De plus, même lorsque la Cour européenne des droits de l'homme aurait pu saisir l'occasion d'une condamnation de la France pour enfermement des malades mentaux, elle s'est défilée de cette solution. Dans l'arrêt *G. c/ France* du 23 mai 2012⁵²⁷, elle constate une violation de l'article 3, sans établir d'incompatibilité entre les qualités de malade mental et de détenu. En l'espèce, le maintien en détention du sujet atteint de maladie mentale chronique constituait un traitement inhumain et dégradant en raison des va et viens incessants qui avaient *aggravé* sa pathologie⁵²⁸. La Cour EDH ne critique pas la possibilité d'alterner le recours à l'hospitalisation et à l'incarcération dans son principe. Elle relève que cette alternance a rendu le recours au soin abusif, car ils rendaient la prise en charge de la maladie mentale du condamné contre-productive.

⁵²⁴ CEDH, 21 décembre 2011, *Raffray Taddei c/ France*, n° 36435/07, *D.* 2011, p. 793, note J.-F. RENUCCI ; J.-P. CERE, *AJ pénal* 2012, p. 357.

⁵²⁵ CEDH, 15 janvier 2004, n° 58749/00, *Matencio c/ France*, *RSC* 2005, p. 630, obs. F. MASSIAS ; *JDI* 2005, p. 511, obs. E. DECAUX.

⁵²⁶ CEDH, 14 décembre 2004, req. N° 25875/03, *Gelfmann c/ France*, *AJ pénal* 2005, p. 33, obs. M. HERZOG-EVANS. La CEDH n'a pas condamné la France au sujet d'une personne souffrant d'un traitement cancéreux et qui refusait de prendre ses médicaments.

⁵²⁷ CEDH, 23 mai 2012, *G. c/ France*, n° 27244/09.

⁵²⁸ *Ibid.*, § 77 : « si les hospitalisations d'office ponctuelles du requérant ont permis d'éviter la survenance d'incidents qui auraient pu mettre en péril son intégrité physique et mentale ainsi que celle d'autrui, l'extrême vulnérabilité du requérant appelait cependant, aux yeux de la Cour, des mesures aptes à ne pas aggraver son état mental, ce que n'ont pas permis les nombreux allers-retours de celui-ci entre la détention ordinaire et ses hospitalisations ».

319. Il faut en tirer deux enseignements. D'abord, l'existence de troubles mentaux ne justifient pas la suspension de peine au regard de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cependant et ensuite, la maladie mentale peut s'avérer incompatible avec le maintien en détention. Le condamné qui souffre de troubles psychiques peut faire l'objet d'un internement en milieu hospitalier. Si son état atteste d'une réelle « incapacité à la détention » du condamné⁵²⁹, il faut l'extraire de prison. Le recours aux soins n'a pas à être efficace mais il ne doit pas avoir pour effet d'aggraver l'état de santé du détenu, sauf à rendre l'hospitalisation de l'intéressé sans objet⁵³⁰. *Pour autant, cette prise en charge ne suspend la computation de la durée de la peine. La durée de l'enfermement en milieu hospitalier s'impute sur la durée d'exécution de la peine, y compris lorsqu'il est justifié par l'impossibilité de maintenir le malade mental en détention du fait de ses troubles mentaux.*

320. En résumé, l'intensité de troubles psychiques ou neuropsychiques ne constitue pas un critère susceptible de justifier la suspension médicale de peine. C'est ce qu'il ressort tant de l'analyse de l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale que de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relativement à l'article 3 de la Convention. En effet, si la capacité pénale dépendait de l'état psychique du délinquant, alors la maladie mentale devrait justifier le choix de l'internement en lieu et place de l'incarcération au moment du prononcé de la peine, comme elle devrait fonder la suspension d'une peine en cours d'exécution, lorsque ces troubles mentaux sont d'une extrême gravité. Or l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale exclut formellement les troubles psychiques des conditions susceptibles de la suspension médicale de peine. Au mieux, la maladie mentale ne joue qu'un rôle accessoire dans la suspension de peine : il peut s'agir d'une cause d'engagement du pronostic vital, mais qui reste insuffisante pour justifier la suspension de peine. Enfin, la maladie mentale peut nécessiter de placer

⁵²⁹ *Ibid.*, § 78 : « en premier lieu, la Cour est frappée par la répétition et la fréquence des hospitalisations de l'intéressé. Les nombreuses périodes de soins délivrés à la fois hors du milieu carcéral dans le cadre des hospitalisations d'office et au sein du SMPR (paragraphe 76 ci-dessus) soulignaient le caractère grave et chronique des troubles mentaux du requérant. Les décisions d'hospitalisations dans un établissement de santé prises à l'égard du requérant conformément à l'article D. 398 du code de procédure pénale en 2007, 2008 et 2009 étaient ordonnées chaque fois que son état de santé n'était plus compatible avec la détention. Il retournait ensuite soit au sein du SMPR de la prison soit en cellule ordinaire jusqu'à ce que son état se dégrade à nouveau. Dans ces conditions, il était vain d'alterner les séjours à l'hôpital psychiatrique et en prison, les premiers étant trop brefs et aléatoires, les seconds incompréhensibles et angoissants pour le requérant, dangereux pour lui-même et autrui (paragraphe 38 et 40 ci-dessus). La cour observe ainsi que l'alternance des soins, en prison et dans un établissement spécialisé, et de l'incarcération faisait manifestement obstacle à la stabilisation de l'état de l'intéressé, démontrant ainsi son incapacité à la détention au regard de l'article 3 de la Convention ».

⁵³⁰ En l'occurrence, la multiplication des internements de courte durée avait causé un traitement inhumain et dégradant. En conclusion de son argumentation, la Cour EDH estime que « le maintien en détention du requérant dans les conditions décrites ci-dessus, et sur une longue période, de 2005 à 2009, a entravé le traitement médical que son état psychiatrique exigeait et lui a infligé une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention » (§ 80).

le détenu en hôpital psychiatrique jusqu'à la rémission de sa crise. Cependant ce trouble mental suspend *l'incarcération*, situation de fait, pas *la computation de la peine* prononcée par le juge.

Conclusion du chapitre 2 :

321. Existe-t-il un principe d'irresponsabilité pénale du malade mental ? La réponse affirmative à cette question se fonde sur deux arguments de textes successifs l'une à l'autre.

322. D'abord, l'article 64 du Code pénal de 1810 qui disposait qu'il n'y a *ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action*. Cet article semble avoir été adopté sous l'impulsion des « Lumières » de la science psychiatrique. Contrairement aux systèmes pénaux antiques qui ne connaissaient pas l'existence de la maladie mentale, le Code pénal de 1810 aurait innové en reconnaissance un critère médical en son sein. Il scellerait dans la loi les travaux précurseurs du médecin Pinel, le père de l'aliénisme médical. Par la suite, l'existence de ce principe se fonde logiquement sur l'article 122-1 du Code pénal qui remplace l'article 64 précité. D'après cette disposition, « *n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement* ».

323. Or, des arguments historiques d'une part, et exégétiques d'autre part, mettent à mal le prédicat de départ. Les codificateurs du Code pénal de 1810 ne témoignent aucune commisération particulière à l'égard des malades mentaux. La notion d'état de démence, dont les ramifications remontent à l'antiquité, désigne l'aliénation mentale de celui qui ne peut avoir commis aucune faute, parce qu'il a été instrumentalisé par des Dieux (*de-mens* signifie littéralement hors d'esprit en latin). L'état de démence exprime alors l'instrumentalisation du délinquant par les Dieux, ce qui n'est qu'une autre forme de justification de l'infraction. Fondamentalement, l'économie de l'article 64 du Code pénal de 1810 reste conforme au critère tel qu'appréhendé par le droit romain qui, lui aussi, distinguait le malade mental de l'aliéné. Le législateur révolutionnaire fait donc preuve de conservatisme en reconnaissant cette cause d'irresponsabilité pénale. Il désigne par là celui qui est dépourvu de sens moral, ce critère apparaissant dans les écrits des aliénistes sous le nom de « *folie morale* ». Au temps de l'action, celui qui n'a plus conscience « du bien et du mal » ne peut pas être punissable.

324. Tous les problèmes d'interprétation qui ont touché l'article 64 précité découlent d'une dénotation médicale de l'état de démence, à commencer par celui de l'atténuation

de responsabilité pénale en cas de demi-folie. En théorie, le juge devrait infliger une peine du quart, de moitié ou de trois-quarts par rapport à celle qui est légalement prévue, en proportion de l'atteinte au discernement du malade mental. Cette dosimétrie de la responsabilité, impossible à réaliser, est au surplus *contra legem* : l'article 64 tranchait la question de l'existence ou de l'inexistence de l'état de démence de manière cartésienne (« *il n'y a ni crime ni délit* ») ; et l'article 122-1 alinéa 2 du Code pénal dispose que l'altération du discernement n'emporte aucun effet sur la responsabilité pénale. Elle reste pleine et entière, le juge ayant la faculté d'en tenir compte, dans le sens d'une aggravation du sort du délinquant comme dans celui d'un adoucissement de sa peine. Le malade mental est un délinquant comme un autre. Il n'y a donc aucun phénomène de pénalisation de la maladie mentale. Ce problème n'est qu'une conséquence de la lecture médicale de l'article 122-1 du Code pénal.

325. La définition psychiatrique de la dangerosité découle de ce même postulat : la découverte de la maladie mentale à la fin du XVIII^e siècle. Cette croyance a été alimentée par la construction d'une légende aliéniste autour de Pinel et de ses successeurs, afin de renforcer la distance du droit post-révolutionnaire d'avec le critère religieux du libre-arbitre. La règle d'irresponsabilité pénale des malades mentaux ne se vérifie pas à l'analyse, ni dans l'article 64 du Code pénal de 1810, ni dans l'article 122-1 du Code pénal. Celui-ci distingue en effet les troubles psychiques qui peuvent être la cause de l'abolition du discernement, de l'abolition du discernement elle-même qui constitue l'équivalent moderne de l'aliénation du sens moral. La vraie révolution, en droit pénal, a donc eu lieu plus d'un siècle après la Révolution de 1789, avec le remplacement du critère de la démence par celui du discernement aboli par l'article 122-1 du Code pénal.

326. Il est d'autant plus légitime d'écarter ce principe que ses deux corollaires contredisent les fondements du droit pénal. En effet, si le malade mental est irresponsable, alors les conclusions de l'expert sur l'intensité de ses troubles psychiques devraient s'imposer au juge. En présence d'un prévenu ou accusé malade mental, ne faudrait-il pas que le juge s'en remette au savoir de l'expert psychiatre pour trancher la question de la culpabilité ? Le jugement expertal serait alors entaché d'un vice fondamental : celui de l'arbitraire scientifique. Car l'expertise serait fondée sur des critères médicaux qui, en tant que tels, échappent complètement à la volonté du peuple souverain. La compétence du psychiatre dans l'identification des malades mentaux irresponsables contreviendrait donc directement au principe de légalité criminelle, car ce

principe garantit l'égalité de traitement des citoyens devant la loi pénale. La prétention du droit à la scientificité dévalue du même coup l'essence même de la matière : l'application d'une peine dissuasive et rétributive aux auteurs d'infractions.

327. Cette première atteinte se doublerait d'une violation du principe de l'intime conviction du juge judiciaire. En tant que garant des libertés individuelles, il devrait pouvoir s'éclairer d'un rapport d'expertise sans être lié par le diagnostic du médecin. Qui plus est, la reconnaissance d'une « dangerosité psychiatrique » par le législateur, pour justifier l'application d'une mesure de sûreté, remettrait en cause les fondements de la peine. Elle serait fondée entièrement sur les conclusions de l'expert si bien que, se prolongeant au-delà du temps de la peine, elle signifierait que l'individu est enfermé pour ce qu'il est et non plus pour les actes dont il se serait rendu coupable. Or, la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 qui crée la rétention de sûreté prévoit que le principe de la rétention doit être prévu dans la condamnation initiale, ce qui signifie qu'il s'agit encore d'une des modalités d'exécution de la peine. La dangerosité qui fonde l'application d'une mesure de sûreté n'est donc en rien psychiatrique. Le législateur n'emploie d'ailleurs pas ce terme à l'égard du malade mental irresponsable sur le fondement de l'article 122-1 du Code pénal. Celui-ci relève quant à lui du droit commun de l'enfermement asilaire, placé sous le contrôle du juge judiciaire depuis la loi du 27 juin 1990 sans que cela n'affecte la primauté du critère médical en l'espèce⁵³¹.

328. Enfin, si la maladie mentale fonde l'irresponsabilité pénale, comment expliquer que ce trouble soit explicitement exclu des causes de la suspension médicale de peine ? L'inaptitude psychiatrique du condamné à l'incarcération ne devrait-elle pas justifier son élargissement le temps pour lui de recevoir des soins hors des murs de la prison ? Le Conseil constitutionnel, comme la Cour européenne des droits de l'homme, ne trouvent rien à redire de cette exclusion. L'article 720-1-1 du Code de procédure pénale reconnaît tout type de causes médicales susceptibles de suspendre l'exécution de la peine, à l'exception de la maladie mentale nécessitant un internement. Si placement en hôpital psychiatrique il y a, afin de soigner le malade mental en crise, la durée de l'enfermement asilaire n'impacte pas celle de la peine qui continue de courir durant ce laps de temps. Il

⁵³¹ Loi n° 90-527 du 27 juin 1990, cf. J.-M. AUBY, « La loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux », *JCP*, 1990, I, 3463 ; M. CLEMENTE, « La loi du 27 juin 1990. Evaluation et propositions d'évolution », *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique, op. cit.*, p. 85. B. BOULOC, « Incidence sur le droit pénal de la réforme de l'internement des aliénés », *RSC* 1990, n°4, p. 809, qui relève que cet internement constitue une mesure de sûreté. Le statut juridique du malade mental a été modifié par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

n'existe donc aucun critère d'aptitude psychiatrique à la faute ou à la peine en matière pénale.

329. La raison véritable des confusions ici mises en exergue tient sans doute à la laïcisation des mœurs après la Révolution de 1789. Elle s'est traduite par l'abandon progressif de la condition morale d'imputabilité. *Avec l'éviction du fondement moral de la faute, le critère médical qui lui était accessoire a paru justifier à lui seul l'irresponsabilité pénale de l'individu en état de démence au temps de l'action.* De cause à effet, l'article 122-1 du Code pénal a semblé confirmer l'assise de la science médicale en matière pénale. Mais cette justification scientifique de l'irresponsabilité pénale pour troubles psychiques n'est pas fondée en droit pénal.

Conclusion du titre 1 :

330. Défini moralement comme la condition première d'imputabilité, le discernement n'intervient jamais positivement dans la qualification de l'infraction pénale. L'imputation de cette infraction sur un « compte pénal » appelle dès lors deux conditions.

331. La première veut qu'il ait commis un fait incriminé (art. 121-1 du Code pénal). Cette condition n'est pas discutée car elle dépendrait uniquement de considérations factuelles. Le meurtre, les violences, le harcèlement sont autant de faits qui donnent à se vérifier dans le réel. L'examen de la forme d'un acte permet de constater l'existence vraisemblable d'une infraction, indépendamment de l'examen de la conscience morale de son auteur⁵³². Comme s'il s'agissait d'une opération de pure physique quantique, le juge doit alors saisir l'acte pénal indépendamment de la volonté de son auteur. Il lui incombe, par emprunt aux discours des sciences naturelles, de mettre en exergue *l'élément matériel de l'infraction*⁵³³.

332. La seconde condition vérifie l'existence de *l'élément moral* de l'infraction, *ainsi nommé parce qu'il repose sur l'aptitude de l'individu à distinguer le bien du mal*. Son analyse doit apporter une réponse à la question suivante : la volonté de l'auteur des faits était-elle tendue vers la réalisation du résultat incriminé ? S'il a désiré le dommage survenu, l'infraction est intentionnelle. S'il n'a eu que la volonté du comportement sans adhérer aux conséquences de son fait, l'infraction est dite non intentionnelle. Cette définition psychologique de la faute pénale autorise d'admettre qu'une contravention puisse être intentionnelle, même si le législateur ne prévoit la condition d'intention qu'à l'égard des crimes et des délits. Réciproquement, la mention des termes « sciemment » ou « volontairement » devient superflète au sein des incriminations délictuelles ou criminelles.

333. Jusqu'à présent, la justification de la nature pénale d'une volonté a été recherchée du côté de ses effets. Mais cette justification de la nature pénale de l'intention présente des limites. D'après le critère du résultat de l'infraction, l'intention devient pénale à raison du résultat particulier (« juridique », « pénal », « redouté »,...) vers lequel la

⁵³² Raison pour laquelle le Code pénal de 1810 n'a d'égard que pour les « actes ».

volonté de l'agent est tendue. Cependant ce critère, qui n'est pas fondé légalement, conduit à rendre la condition de discernement obsolète. Il n'y a aucune utilité à s'assurer du discernement de l'auteur d'un fait pénal si son intention comprend la conscience de la nature répréhensible de sa volonté.

334. De plus, rechercher la spécificité de l'intention pénale du côté des effets de l'infraction rend les fautes civile et pénale d'imprudence complètement indistinctes l'une de l'autre. Le résultat causé par l'une ou l'autre semble être exactement le même dans le monde physique. Par conséquent, il faut soit admettre que la sanction civile peut revêtir une fonction intimidante et rétributive, soit considérer que ces fonctions n'innervent plus la sanction d'une faute pénale d'imprudence. La définition individuelle du discernement s'avère être à la source de certaines des « *apories* » apparentes de la logique juridique⁵³⁴.

335. L'analyse des causes de non-imputabilité intervient dans un troisième et dernier temps, étant donné que, définie moralement, l'imputabilité devient totalement synonyme de responsabilité⁵³⁵ et ne se manifeste en droit que sous sa version négative. Pourtant, il est possible d'admettre que le discernement intervienne dans la qualification de l'infraction. Pour le comprendre, il faut délaissier l'approche individuelle du discernement au profit d'une approche personnelle de cette notion.

⁵³³ Sur l'avènement de cette taxinomie, voir J.-H. ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », préc.

⁵³⁴ L. HUSSON, « Les apories de la logique juridique », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, t. XV, 1967, p. 30 et s.

⁵³⁵ J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 286 et s. ; A. LAINGUI, « L'homme criminel dans l'Ancien Droit », *RSC* 1983, p. 15 et s.

Titre 2. L'approche personnelle du discernement

336. L'approche individuelle du discernement présente deux constantes. Premièrement, si l'infraction est commise par l'individu, être fait de chair et de sang, il s'agit nécessairement d'un fait tangible, observable et palpable. Dès lors, si la réalisation de cet acte est impossible, il ne peut donc pas y avoir d'infraction. L'inexistence de la chose à voler dans la poche fouillée, la mort préalable de celui sur lequel un criminel assène des coups potentiellement mortels, voire l'annulation du contrat pourtant nécessaire à la constitution de l'abus de confiance sont autant de circonstances qui rendent la commission de l'infraction impossible. Deuxièmement, l'acte s'inscrit sur une échelle de temps « mathématique », celui de la computation « scientifique » du temps en heures, en jour et en années. Dès lors, à lire les articles 64 ancien ou 122-1 du Code pénal, l'état de démence ou l'abolition du discernement doivent respectivement exister « *au temps de l'action* » ou « *au moment des faits* » pour être efficaces. Autrement dit, la concomitance de l'aliénation mentale avec la réalisation de l'infraction s'apprécie *montre en main*. En résumé, l'approche individuelle du discernement s'accompagne des deux corollaires suivants : la définition réaliste de l'infraction (ou *réalisme infractionnel*) et l'appréciation scientifique du temps de réalisation de l'infraction (*le réalisme temporel*).

337. Cependant ces deux constantes ne permettent pas d'expliquer le droit prétorien dans son ensemble et les « erreurs » d'interprétation des textes par la Chambre criminelle. Il est possible de parvenir à une compréhension cohérente de l'ensemble de la matière pénale en remettant en cause ces deux constantes.

338. Au *réalisme infractionnel*, il est possible d'opposer une *définition intellectuelle de l'infraction*. Certes, le droit pénal ne punit pas les pensées coupables. Certes encore, il faut que cette conviction coupable s'extériorise pour être punissable. Le fait manifeste est indispensable à la punition de la conviction coupable. Mais les manifestations de cette conviction coupable ne se confondent précisément pas avec elle ? Il semble possible d'envisager l'infraction comme une conviction intellectuelle qui trouve à se matérialiser dans un fait manifeste, lequel devient « matériel » dès lors qu'il révèle la pensée coupable que le droit pénal souhaite atteindre. *Le fait objectivement punissable ou « élément matériel » de l'infraction, tire sa nature pénale d'une conviction coupable extériorisée : l'infraction*. Il en résulte que par sa nature intellectuelle, cette infraction existe toujours antérieurement à son extériorisation par un fait réel. La prime importance

de cette conviction coupable se manifeste au regard du régime de la tentative : le législateur punit du même tarif l'infraction tentée et l'infraction consommée (art. 121-5 du Code pénal). Les suites de l'activité incriminée sont indifférentes au droit pénal si tant est qu'une conviction coupable ait effectivement animé l'auteur des faits.

339. La réalité du dommage importe moins que la conviction qu'avait l'auteur des faits de parvenir à ses fins. Le délinquant peut avoir la conviction qu'en mélangeant du vinaigre à de l'eau de Cologne, il accomplira l'avortement proscrit par la loi pénale, ou qu'en frappant un corps à coups de barre de fer, il finira par tuer sa victime alors qu'elle était déjà morte. Il agit avec *intention*, cette volonté qui est vouée à ne pas atteindre le résultat vers lequel elle se tend. L'inaptitude réelle du procédé employé à produire le résultat escompté demeure complètement indifférente, tant que son auteur a foi en son efficacité. Persuadé d'atteindre son but, le résultat escompté lui paraîtra imminent. S'il doute de sa réalisation prochaine, le résultat lui paraîtra éloigné. En définitive, plus sa volonté d'atteindre le résultat incriminé est ferme, plus les moyens qu'il met en œuvre pour y parvenir le rendent immédiat à ses yeux. Le temps de l'infraction n'est donc pas régi par l'aiguille d'une montre ; il dépend du degré de conviction de l'auteur des faits. *Le rejet du réalisme infractionnel s'accompagne donc nécessairement d'une critique du réalisme temporel.*

340. Mais alors, où situer le point de départ de cette séquence temporelle ? La réponse est justement fournie par l'article 122-1 du Code pénal. Au point de départ de ce temps personnel, il y a une conscience : le discernement. Cette conscience n'est pas celle de *l'individu*, car il a ses propres codes et sa propre morale. Il vit symboliquement à l'écart de la société. La conscience saisie par le droit pénal est celle de *la personne*, le citoyen solidaire de ses pairs et conscient de ses devoirs en société. Cette conscience personnelle renvoie chaque citoyen à un devoir-être, celui qu'il a décidé pour lui-même par l'intermédiaire de ses représentants. En substance, le discernement est une *conscience réflexive*, la connaissance du rôle qu'un citoyen s'impose par la voix de ses représentants : celle de l'existence de la loi pénale.

341. Réciproquement, l'absence de discernement n'est pas l'ignorance d'un état de fait, ni ne résulte d'une erreur d'interprétation du contenu de la loi. Car *l'ignorance des suites d'un acte constitue justement le critère de la culpabilité pénale*. Celui qui sait que le droit répressif prohibe des comportements dommageables mais qui refuse de chercher à s'y conformer est punissable : il commet une négligence, vis-à-vis de la loi pénale, dès qu'il prend le risque de causer un dommage. C'est notamment le cas lorsque, après une

délibération interne, il manifeste son indifférence au respect de cette loi (« *la violation manifestement délibérée d'une obligation de prudence ou de sécurité* » de l'article 121-3 du Code pénal).

342. En conséquence, l'ignorance des suites d'un fait ne peut pas constituer le critère de l'irresponsabilité pénale. A cette « ignorance relative », celle qui correspond à la conscience d'un aléa, il faut opposer « l'ignorance absolue » : celle qui porte sur l'ignorance de cet aléa. Elle correspond alors à l'ignorance de *l'existence de la loi pénale*. La personne irresponsable n'ignore pas seulement la manière de se conformer à la loi pénale, ce qui serait une *ignorance consciente* punissable en droit pénal. Il devrait s'agir d'une *ignorance inconsciente*, celle dont elle ignore totalement l'existence. Celui qui sait ce qu'il ne sait pas est punissable ; en revanche s'il ignore ce qu'il ne sait pas, il ne peut avoir commis aucune faute. Autrement dit, *l'ignorance de sa propre ignorance constitue le critère de la responsabilité pénale*.

343. La personne qui est sous le coup de cette ignorance absolue se retrouve juridiquement à l'état d'enfance : l'état antérieur à celui où elle pouvait connaître l'existence de devoirs à accomplir. C'est pourquoi l'article 122-1 du Code pénal fait primer l'analyse temporelle de l'atteinte au discernement (« n'est pas pénalement responsable celui qui, *au moment des faits...* ») sur celle de son intensité (l'atteinte ayant aboli le discernement). Cet état, de démence ou d'abolition du discernement, correspond à l'ignorance d'un devoir-être en société, tel qu'il est défini dans la loi pénale, expression de la volonté générale. Il convient d'envisager le discernement sous cette double dimension. Matériellement, le discernement est une conscience personnelle (Chapitre 1). Sa présence est présumée mais cette présomption peut être renversée par la preuve qu'initialement, un individu ne pouvait savoir qu'il violerait la loi pénale. Ainsi c'est temporellement que doit s'analyser l'absence de conscience personnelle (Chapitre 2).

Chapitre 1. La conscience personnelle, l'approche matérielle du discernement

344. La distinction de l'individu et de la personne a un fondement constitutionnel. Elle existe déjà en substance dans la Déclaration des Droits de l' « *Homme* » et du « *Citoyen* » de 1789. L' « *homme* » n'est jamais visé dans cette Déclaration ensemble avec le « *Citoyen* » au sein des différents articles⁵³⁶. Cette séparation est justifiée à l'article premier qui énonce que « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ». L'affirmation s'accompagne d'une conséquence directe : si l'égalité en droits se distingue de l'égalité en fait, et que la Déclaration se défend d'établir l'égalitarisme, les différences de traitement ne doivent pas être fondées sur l'état de nature, celui de l'homme à sa naissance. Elles doivent donc être fondées, au-delà de la diversité des qualités individuelles, sur les différences de situations dans lesquelles chaque individu pourrait se trouver. Il incombe donc aux représentants du Peuple de les identifier : ce sont « *les distinctions sociales* » de l'article premier *in fine* de la Déclaration de 1789, qui ne peuvent être « *fondées [que] sur l'utilité commune* ».

345. Ainsi, dans l'ensemble des autres dispositions de la Déclaration de 1789, il n'est fait référence à l' « *homme* » que dans les hypothèses où il aurait à subir un traitement inégalitaire, afin de garantir ses *droits*, autrement dit en vue de lui conférer le statut de citoyen qui lui est indûment refusé. Le terme « *Citoyen* » n'apparaît quant à lui qu'au sujet de *devoirs*, car cette appellation implique qu'il jouisse des droits « *inaliénables* » visés par la Déclaration. Il est donc logique que l'article 6 de la Déclaration ne reconnaisse que l'égalité des « *Citoyens* », ceux qui ont des « *droits* » et qui doivent répondre de « *devoirs* », ainsi que l'énonce le préambule de la Déclaration⁵³⁷. Et c'est pourquoi, lorsque l'article quatorze impose de « *consentir* » à l'impôt, il n'en appelle pas au consentement individuel mais à celui du citoyen qui doit remplir cette obligation. En

⁵³⁶ Pour l' « *homme* », les articles 1, 2, 3 *in fine*, 4, 7 et 9. Notamment, d'après son article 3, « *le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément* ». L'individu n'est pas apte à jouer un rôle dans la direction de la Nation tant qu'il n'a pas été investi d'une qualité particulière. Pour le « *Citoyen* », les articles 6 et 14. Enfin la Déclaration ne vise pas l' « *homme* » mais l' « *Homme* » dans les articles 2, 11 et 12, dans ces deux derniers cas ensemble avec le « *Citoyen* ».

⁵³⁷ « *Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs* ».

somme, il existe une distinction entre les « *homme* » et « *individu* » d'une part, et le « *Citoyen* » d'autre part, celui qui doit jouer un rôle social.

346. Si le principe de souveraineté est « *gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple* »⁵³⁸, alors seuls ses représentants sont compétents pour établir des situations objectivement différentes. Et c'est en conscience de l'inaliénabilité des droits et devoirs de chaque individu qu'il soumet à la loi que le « *Citoyen* » doit participer à son élaboration. Conformément à l'article 6 de la Déclaration, il concourt « *personnellement* » à l'expression de la volonté générale, c'est-à-dire en conscience de sa soumission à un ordre supérieur. Cette distinction de l'homme doté de droits naturels et du citoyen agissant en conscience de sa sujétion à un ordre supérieur se décline, sur le plan du droit pénal, sous la forme d'une séparation de l'individu et de la personne.

347. En effet, sur le plan légal, il n'y aurait aucune raison de préciser qu'une « *personne* » est « *physique* » (art. 121-2 al. 3 du Code pénal) si cette qualité était impliquée par la notion de personne. Il faut donc admettre que, dans l'ordre normatif, la « *personne* » n'est pas un être fait de chair et de sang. A cet égard, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a reconnu la responsabilité pénale des personnes morales de manière généralisée⁵³⁹, pour les infractions qu'une personne physique commettrait pour son compte. Personnes physiques et morales peuvent donc se rendre auteur de toutes les infractions fulminées par le législateur. De plus, la faute de cette personne est d'imprudence ou intentionnelle. En règle générale, l'intention est comprise dans un sens qui la rend parfaitement synonyme de « *volonté* ». Pourtant le Code pénal n'établit aucune équivalence entre ces deux notions. Il précise d'ailleurs que certaines infractions intentionnelles doivent se commettre « *volontairement* »⁵⁴⁰ ou « *sciemment* »⁵⁴¹, ce qui indique bien que l'intention n'est pas de la même nature que la volonté.

La conscience personnelle peut donc être définie comme la connaissance, par l'individu, du rôle que la loi lui assigne en société. Celle-ci étant composée d'individus qui votent la loi, cette exigence collective constitue une forme de retour du groupe à l'individu. Le discernement correspond donc à une conscience réflexive : la conscience individuelle de

⁵³⁸ Art. 2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁵³⁹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 « *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* », JO du 10 mars 2004, p. 4567.

⁵⁴⁰ De manière non exhaustive, voir les articles 221-1 ; 222-12 ; 222-13 ; 223-5 ; 223-6 ; 223-7 ; 224-1 ; 312-2 ; 322-3 ; 431-4 du Code pénal.

⁵⁴¹ Dans le Code pénal, les articles 222-14-2 (« le fait pour une personne de participer *sciemment* à un groupement, même formé de façon temporaire, en vue de... ») ; 222-33-3 (« est constitutif d'un acte de complicité (...) le fait d'enregistrer

s'être assujetti au respect de la loi pénale par la voie de ses représentants. Pour le mettre en lumière, il faut envisager le critère de la conscience réflexive (Section 1) et en aborder les manifestations (Section 2).

Section 1. Le critère de la conscience réflexive

348. Définir le discernement comme une conscience réflexive rencontre un obstacle de taille : il n'est pas possible de connaître l'ensemble des lois pénales dans le détail. En raison du phénomène d'inflation législative, le risque qu'il commette un comportement incriminé à son insu est même accentué. Or, défendre une présomption de connaissance de la loi, c'est exiger de chaque citoyen qu'il connaisse, par avance, le contenu de l'ensemble des dispositions pénales.

349. Cette interprétation de la présomption de connaissance de la loi se méprend sur l'objet de la règle qu'elle invoque. *Nemo censetur ignorare legem* porte moins sur le contenu des lois que sur le principe même de leur existence. La présomption de connaissance de la loi n'enjoint pas une personne (l'individu doué de discernement) à connaître le détail du droit positif (*le contenu de la loi pénale*). Elle le contraint à obtenir la conviction qu'il ne se trouve pas dans l'une des situations incriminées par le législateur, parce qu'il est *conscient de l'existence de la loi pénale*. Pour ce faire, il doit mettre ses doutes quant à la nature de son fait à l'épreuve d'une vérification. Son ignorance constitue donc bien le critère de sa culpabilité.

350. De par cette conscience générale (encore appelée « dol général »), s'il n'est pas convaincu de la conformité de l'acte qu'il commet à la loi, mais qu'il agit néanmoins, il s'expose à la commission d'une infraction. La loi pénale l'astreint ainsi à un devoir de vigilance bien plus grand que si elle était fondée sur sa conscience du monde environnant. La justification du critère de la conscience réflexive (§ 1) précédera donc l'étude de ses déclinaisons (§ 2).

sciemment...); 224-8 (le fait « de compromettre *sciemment* » la sécurité d'un aéronef...), 434-7-2 relatif à l'entrave à la justice ; 441-6 al. 2 relatif aux faux (« le fait de fournir *sciemment* une fausse déclaration »).

§ 1. La justification du critère de la conscience réflexive

351. Le droit pénal rattache le discernement à la personne, celle qui le rappelle à un devoir de préservation des règles édictées par la société. Autrement dit, le discernement personnel est une conscience réflexive, ou conscience individuelle d'être en état de sujétion vis-à-vis d'un statut pénal. Or cette conscience personnelle nécessite la connaissance de l'existence de la loi pénale. La présomption de connaissance de l'existence de la loi pénale est donc au fondement du discernement juridique.

352. La persistance de cette présomption a cependant été décriée en doctrine, en raison principalement du phénomène d'inflation législative⁵⁴². La reconnaissance légale de ce que les auteurs appellent parfois, par commodité de langage, « l'erreur de droit » en attesterait. Ces critiques portent sur le détail des normes. Il est cependant possible de distinguer la connaissance de l'existence de *la loi pénale* de la connaissance du contenu *des lois pénales*. La lettre de l'article 122-3 du Code pénal vise l'erreur *sur le droit*, entendue au sens d'erreur *sur l'interprétation du droit positif*. Loin d'illustrer la remise en cause de la présomption de connaissance de la loi pénale, il en révèle la permanence (A), ce qui explique l'interprétation restrictive des cas d'erreur sur le droit par la Chambre criminelle (B).

A. L'erreur sur le droit, révélatrice de la présomption de connaissance de la loi

353. La présomption de connaissance de la loi s'exprime classiquement au moyen du critère du *dol général* (connaissance de l'existence de la loi pénale) opposé au *dol spécial*

⁵⁴² Sur ce phénomène, regardé comme une régression du droit, cf. R. SAVATIER, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977, p. 43 ; F. TERRÉ, « La "crise de la loi" », préc., p. 28 où l'auteur conclut au « recul de la normativité » et, empruntant les mots de G. Burdeau, affirme que le « règne de la loi (...) est l'histoire d'une grande espérance déçue » ; J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Deffrénois, 2^e éd., 1995 (1^{ère} 1979), chap. 7, p. 307 et s. ; *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, coll. Forum, 1996, p. 107 et s. ; A. OUTIN-ADAM et A. REITA-TRAN, « Excès et dérives dans l'art de légiférer. Quelques réflexions axées sur le droit des affaires », *D.* 2006, p. 2919, pour lesquelles la complexité du droit nuit à la compétitivité économique au service de laquelle il se trouverait ; M. MOREAU, « Sur un droit obèse », *RJC* 2006, p. 267 ; Y. BENHAMOU, « Réflexions sur l'inflation législative », *D.* 2010, p. 2303-2304, qui évoque l'idéal d'une « ère de sacralisation de la loi où le législateur est soucieux de ne pas légiférer avec ardeur » ; *Rapport annuel du Conseil d'Etat, Le droit souple*, La documentation française, 2013, spéc. p. 29 ; C. THIBIERGE, « La densification normative », *D.* 2014, p. 834 et s., spéc. p. 841-842, pour laquelle le droit serait gagné par une exigence moderne de rentabilité, ce dont il résulterait une « soft law » d'après l'expression consacrée ; P. DEUMIER, « Rapport sur la lutte contre l'inflation législative : enjeux et portée ? », *D.* 2013, p. 1264, au sujet de « l'interprétation facilitatrice de normes » ; J.-C. ZARKA, « A propos de l'inflation législative », *D.* 2005, p. 660 et s., qui dénonce une « dégradation de la qualité de la loi actuelle » ; comp. P. MBONGO, « De "l'inflation législative" comme discours doctrinal », *D.* 2005, p. 1300-1301, qui prend de la hauteur sur cette opinion doctrinale commune sans toutefois proposer d'explication à ce phénomène. En droit pénal, l'inflation législative est critiquée tout aussi vertement, parce qu'elle porterait atteinte à l'exigence constitutionnelle de clarté de la loi ou, plus largement, à l'effectivité du principe de légalité criminelle, cf. B. PENAUD, « De l'inflation législative à la surpopulation carcérale : pour une réforme des peines », *Gaz. Pal.* 2009, n° 265, p. 3-5, de la même auteure voir « Le juge irresponsable ? Mythes et réalités judiciaires », *Gaz. Pal.* 2011, n° 74, p. 11-12, où elle affirme

(intention de commettre une infraction pénale). Le dol général correspond à la condition d'« imputabilité ». Le « *dolus* » a été emprunté au droit romain par les criminalistes de l'Ancien Régime. Il colporte avec lui une dénotation morale de la faute pénale, celle qui est fondée sur le « *libre-arbitre* » du droit canon. Chez ces criminalistes, la dénotation morale du dol implique de ne conférer aucun effet à l'erreur, qui n'excuse jamais, qu'ils distinguent de l'ignorance qui peut excuser car elle porte sur l'existence du droit naturel⁵⁴³. Ce fondement moral était alors explicite ; il devient implicite chez les modernes⁵⁴⁴.

354. La laïcisation du droit pénal ne s'est pas accompagnée d'une remise en cause de ce fondement moral. L'adage *nemo censetur*, qui visait auparavant l'existence du droit naturel, a semblé viser la connaissance du contenu de la loi. De fait, le terme « erreur » correspond à la méconnaissance du droit positif chez les criminalistes de l'Ancien Régime. La présomption de connaissance de la loi a subséquemment suscité de nombreuses critiques qu'il est pourtant possible de neutraliser. La persistance de la présomption de connaissance de l'existence de la loi n'est pas remise en cause par l'inflation législative. Simplement, elle ne concerne plus la loi naturelle mais l'existence de la loi positive. Elle est donc insensible à la prolifération des normes. Le critère du dol, révélateur d'une connotation morale de la faute (1) atteste donc bien de la nécessité d'une présomption de connaissance de la loi ; mais elle néglige la distinction d'une connaissance de l'existence de la loi et celle de son contenu (2).

1. L'opposition du dol général au dol spécial, révélatrice de la connotation morale de la faute

355. Afin de justifier la nature pénale d'un fait, il convient de postuler que son auteur a une conscience préalable de l'existence de la loi pénale. Cette présomption a une force

que « trop de lois tue la loi » ; J. PRADEL, « Notre Code pénal, vingt ans à peine et déjà des dérives qui n'ont pas attendu le nombre des années », *JCP* 2014, n° 9, p. 414-415 ; F. DEBOVE, « L'overdose législative », *Dr. pén.* 2004, chr. 12, p. 6 et s.

⁵⁴³ M. MUYART de VOUGLANS, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, t. 1, Paris, La Société Typographique, 1781, chap. IV, « Du crime commis par ignorance », p. 31, n° II : « l'ignorance du droit divin et du droit naturel, qui sont censés gravés dans le cœur de tous les hommes, n'excuse jamais dans aucun cas », et n° II : « il n'en est pas de même de l'ignorance du droit positif, celle-ci peut servir d'excuse à certaines personnes », type d'erreur qu'il développe dans le chap. V, « Du crime commis par erreur ». Il distingue en somme le « défaut absolu de connaissance » qu'est l'ignorance, de l'erreur.

⁵⁴⁴ Voir notamment M. F. C. de SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. Guenous, Librairie Firmin, t. 3, 1855, p. 116 « on appelle erreur cet état intellectuel où l'idée de la réalité est obscurcie et cachée par une idée fausse. Néanmoins, le point essentiel est, ici, l'absence de l'idée vraie, car on peut bien n'avoir aucune notion d'une chose, sans avoir une notion fausse. Telle est la différence fondamentale qui existe entre l'erreur et l'ignorance, quoique leurs effets juridiques soient absolument les mêmes. On devrait donc, pour plus d'exactitude, ne jamais parler que de l'ignorance, puisque ce mot exprime

absolue mais, appliquée à un tout autre objet que celui qu'elle désignait, elle a été mal transposée au droit positif. Dans le contexte d'une coexistence du droit positif et du droit naturel, la présomption de connaissance de la loi concerne la loi divine, comme ce fut le cas en droit romain et en droit canon.

356. En droit romain, elle s'exprime à travers l'adage *nemo censetur ignorare legem*. Ulpien distinguait parmi les actes dommageables ceux qui offensent le droit naturel et ceux qui offensent le droit positif⁵⁴⁵. La présomption de connaissance du « *droit naturel* » justifiait notamment son application aux étrangers sur le territoire de l'Empire⁵⁴⁶. Le droit positif nécessitait, dans le Code Justinien, l'intelligibilité de ses prescriptions afin de garantir la conformité d'un comportement aux lois sacrées⁵⁴⁷. En droit canon, ce principe présomptif se présente encore sous la forme d'une connaissance acquise de la loi naturelle, chez Saint Augustin au V^e siècle après J.-C. comme au XII^e siècle chez Gratien⁵⁴⁸. Il se devine dans les pays de coutume au Moyen-Âge à partir de l'exigence de légalité criminelle⁵⁴⁹. Le droit positif est encore censé révéler une Volonté supérieure chez Tiraqueau⁵⁵⁰ qui cite volontiers le Code Justinien. La division du droit positif et du droit naturel est reconduite chez les criminalistes durant l'Ancien Régime, notamment par Muyart de Vouglans⁵⁵¹, Jousse⁵⁵² puis Guyot comme Merlin son successeur à la rédaction du Répertoire de jurisprudence⁵⁵³.

dans sa généralité la plus haute, cet état défectueux de l'intelligence » ; J. RADULESCO, De l'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale, Paris, 1923, p. 12, qui s'inspire des enseignements de Savigny.

⁵⁴⁵ ULPYEN, D. 50, 16, 42.

⁵⁴⁶ cf. O. DESCAMPS, « Ancrages historiques », in Droit et moral, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 124-125.

⁵⁴⁷ C. J., 1, 14, 9 : « Leges sacratissimae, quae constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi praescriptio earum manifestius cognitio, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur » (en substance : *les lois sacrées, qui s'imposent à la vie des hommes, doivent être connues de tous, afin que les prescriptions universelles soient présentes à son esprit, ou bien en ce qu'elles indiquent ce qui doit resté inhibé, ou bien pour ce qu'elles autorisent*).

⁵⁴⁸ GRATIEN, dont le fameux décret débute par le rappel de l'interdiction d'ignorer la loi naturelle ni les vérités nécessaires au salut (Dict. a. c. 1, D. I.) ; et plus loin, Décret, C. 1, qu. 4, c. 12 : « *item ignorantibus juris alia naturalis, alia civilis. Naturalis omnibus adultis dampnabilis est ; jus vero civile aliis permittitur ignorare, aliis non* » ; en substance : *une chose est d'ignorer le droit naturel, une autre d'ignorer le droit des gens. Le droit naturel est connu de tous les adultes, il n'est pas permis de l'ignorer à l'inverse du droit des gens. Sur l'ensemble de la question en droit canon, voir également P. DELHAYE, « L'ignorantia juris et la situation morale de l'hérétique dans l'Eglise ancienne et médiévale », Etudes d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras, Paris, 1965, t. 2, p. 1131 à 1141, spéc. p. 1132-1136.*

⁵⁴⁹ B. SCHNAPPER, Les peines arbitraires du XIII^e au XVIII^e s., T.V.R., 1973, p. 10 : il existe déjà des exigences de légalité pénale dans les coutumes ; en revanche ce principe n'acquiert son aura qu'à partir du moment où la loi n'est plus contrariée dans son hégémonie par l'existence de coutumes, d'arrêtés de parlements.

⁵⁵⁰ TIRAQUEAU, *De poenis temperandis*, cause 43, n° 13 ; également FARINACIUS dans sa qu. 90, n° 48 et n° 49.

⁵⁵¹ P.-F. MUYART de VOUGLANS, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, op. cit., p. 34 : « *l'ancien droit réunit à la loi naturelle, le droit divin et le droit des gens, dont les préceptes sont censés gravés dans le cœur de tous les hommes* ».

⁵⁵² Selon JOUSSE, il ne doit pas y avoir d'atténuation de peine « *dans les choses qui sont notoirement défendues par le droit naturel, ou divin, car dans ces choses, une cause ou crédulité injuste n'excuse point du dol* », cf. D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, op. cit., p. 612, n° 211 ; sur l'erreur de droit qui est toujours grossière et donc inexcusable lorsqu'elle porte sur le droit naturel, p. 613, n° 214.

⁵⁵³ GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de la jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, éd. Visse, 1784-1785, v° erreur, t. 23, p. 358, « en droit, « erreur » signifie souvent la même chose qu'ignorance ; c'est pourquoi on définit l'erreur de droit, l'ignorance de ce qui est prescrit par la loi ou par la coutume ». v° « ignorance » également, t. 30, p. 99 et s. sur la connaissance générale présumée du droit naturel ; et P.-A. MERLIN, op. cit., t. 7, p. 722 et s.

357. La règle « *nemo censetur ignorare legem* » constituait chez les canonistes, comme en droit antique, le fondement de l'imputation d'une peine mais elle n'a jamais signifié que le sujet de droit doive connaître l'ensemble des interdits pénaux.

358. L'éviction progressive des référents religieux par le droit d'origine étatique, amorcée au XVI^e siècle pour atteindre un point culminant à la Révolution, s'est accompagnée d'une émergence réciproque de la science de l'esprit dans la légitimation de la peine en droit pénal. La présomption de connaissance de la loi du droit canon a alors subi une dérivation psychologique qui en a déformé la fonction véritable. Cette laïcisation du droit pénal a fait disparaître l'objet premier de la présomption de connaissance de la loi : son fondement de droit naturel. Par la suite, elle fut comprise au sens d'une connaissance en temps et en contenu réel de la norme de droit positif, si bien qu'évoquer la présomption de connaissance du droit positif constitue un contre-sens historique.

359. Même antérieurement à l'explosion du volume des textes légaux, personne n'aurait pu prétendre avoir une connaissance complète des dispositions du droit canon. Affirmer que la présomption de connaissance de la loi est devenue une fiction revient à postuler qu'elle était encore possible aux siècles précédents, où les textes, certes moins nombreux, n'en étaient pas moins difficiles d'accès et délicats à interpréter.

360. La compréhension de l'erreur sur le droit ne peut pas prospérer sous l'angle d'une connaissance psychologique de la loi positive. Elle constitue l'équivalent d'une définition chrétienne de l'erreur sur le droit et reproduit en droit moderne la distinction antique du droit séculier et du droit canon. Seront présumées connues de manière irréfragable les dispositions paraissant relever du droit « naturel » et de la présomption simple celles qui relèvent du droit pénal technique. Or la délimitation respective de ces deux droits pénaux devient énigmatique dans un droit pénal entièrement laïcisé. Viennent à l'esprit, s'agissant des infractions « naturelles » celle de meurtre, de viol, ou autant d'infractions autrefois définies par la morale chrétienne comme des infractions gravissimes. Toutefois où faut-il arrêter cette liste ? Les partisans du caractère fictif de la présomption de connaissance de la loi justifient cette fiction au regard de la technicité du droit pénal⁵⁵⁴ ou la circonscrivent au droit pénal technique, ce qui revient toujours à

⁵⁵⁴ C. SAAS, p. 159, cite M. ANCEL pour lequel « *nemo censetur ignorare legem figure au nombre des fictions juridiques qui fondent le système pénal de manière bancale* », M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 206-207. Voir également M. LAINGUI, op. cit., p. 129 : « *même dans une minuscule nation dont le souverain se gouvernerait selon les thèses du Contrat social, le juge devrait compter avec la preuve et l'ignorance native du citoyen* » (en référence aux propos

épouser une ligne de découpe désuète et dangereuse. Par ailleurs, dirait-on que la définition du viol n'a rien de technique et qu'il se peut reconnaître en dehors de toute référence à la lettre du droit pénal ? Et faudra-t-il alors faire le reproche au violeur de n'avoir pas vérifié que son acte n'était pas, au regard du droit, l'agression sexuelle qu'il pensait commettre en mettant un préservatif sur un bâton⁵⁵⁵ ? Quand bien même serait-on informé de l'existence de cette règle, leur juste interprétation n'est pas une affaire commune.

361. En droit pénal, cette présomption ne porte plus sur la loi naturelle – celle qui relève de la Volonté de Dieux – mais sur la loi positive⁵⁵⁶, écrite et censée révéler la Volonté du peuple souverain. Sur le modèle de ces systèmes juridiques antiques, les partisans de l'irréfragabilité de la présomption font également référence au *dol*, critère qu'ils empruntent au droit romain (le *dolus*) où la présomption de connaissance de la loi avait un caractère absolu. Le *dol* se définit comme « la connaissance ou la conscience chez l'agent qu'il accomplit un acte illicite », ou la volonté de commettre un *acte* que l'on sait défendu par la loi⁵⁵⁷. Il avait notamment été abstrait par Garraud comme faisant partie des éléments de l'infraction au titre de « *l'élément légal* »⁵⁵⁸.

362. La connaissance de la loi constitue un préalable indispensable à l'existence d'un *dol spécial* qui correspond à la volonté tendue vers un résultat spécifique⁵⁵⁹, et qui diffère pour chaque infraction. Il s'agit par exemple de la volonté de s'approprier la chose d'autrui pour le vol, d'attenter à la vie d'autrui en matière d'empoisonnement ou d'homicide, comme ce peut être encore la volonté de nuire à l'honneur ou à la considération d'une personne en cas de diffamation. Ce *dol* peut être *aggravé* lorsque s'y ajoute une circonstance entraînant une peine plus sévère, à l'instar de la préméditation qui est définie comme le dessein formé avant l'action. Suivant ce système, la conscience

de E. GARCON) ; et p. 130 : « *paradoxalement, c'est avec le développement infini de la législation que l'on admit en aucun cas l'excuse fondée sur l'error juris* ». Voir encore J. RADULESCO, *De l'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale*, Paris, 1923, p. 12 où il cite Savigny chez lequel se reflète cette division : « *on appelle erreur cet état intellectuel où l'idée de la réalité est obscurcie et cachée par une idée fausse. Néanmoins, le point essentiel est, ici, l'absence de l'idée vraie, car on peut bien n'avoir aucune notion d'une chose, sans avoir une notion fausse. Telle est la différence fondamentale qui existe entre l'erreur et l'ignorance, quoique leurs effets juridiques soient absolument les mêmes. On devrait donc, pour plus d'exactitude, ne jamais parler que de l'ignorance, puisque ce mot exprime dans sa généralité la plus haute, cet état défectueux de l'intelligence* ».

⁵⁵⁵ En référence à Crim., 6 décembre 1995, Bull. n° 372, p. 1090, RSC 1996, p. 374, note Y. MAYAUD ; D. 2007, p. 2632, note G. ROUJOU de BOUBEE.

⁵⁵⁶ L'expression « *droit positif* » apparaît entre le XI^e et le XIII^e siècle. Chez Saint Thomas d'Aquin, elle exprime la complémentarité nécessaire de la loi écrite avec la loi naturelle qui la révèle. Cf. E. VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, 5^e éd., Paris, 1891, p. 104 : ces mots « *signifient que la règle posée, dans un groupe donné, par l'autorité politique, constitue du juste* ».

⁵⁵⁷ B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 271 ; J.-H. ROBERT, op. cit., p. 225.

⁵⁵⁸ R. GARRAUD, op. cit., qui ajoute aux éléments matériel et moral les éléments légal (l'incrimination) et *injuste* (les faits justificatifs), conformément à sa compréhension morale des causes d'imputabilité.

⁵⁵⁹ B. BOULOC, *ibid.*, n° 280 et s.

morale constitue le socle de l'intention ou de la non-intention et justifie l'appellation d'élément *moral* de l'infraction pour la définition de la culpabilité. La commission d'une infraction dépend d'une condition première d'imputabilité qui est elle-même inféodée de droit canon : la conscience de l'illicéité de l'acte commis ou tenté.

363. Le recours au critère de l'imputabilité est tout à fait légitime sous l'empire du Code pénal de 1810 qui s'appuie encore substantiellement sur la définition chrétienne de la faute pénale. Seul l'article 4 du décret-loi du 5 novembre 1870 avait admis la possibilité d'exciper de son ignorance d'une infraction contraventionnelle, dans la limite de trois jours francs après sa promulgation⁵⁶⁰. Cette règle, prévue pour les contraventions, ne connaissait aucun équivalent en matière délictuelle ou criminelle. Un auteur a proposé d'y voir l'indice de l'existence de la présomption de connaissance de la loi, principe auquel ce décret aurait fait exception⁵⁶¹. Par une interprétation *a contrario*, il reconnaît dans cette disposition l'unique illustration de cette présomption en droit positif. Cependant au lieu d'être irréfragable, cette présomption de connaissance de la loi serait devenue simple. Elle peut être renversée par la preuve de « l'erreur de droit ». Cet argument, paraissait d'autant plus séduisant que l'article 65 du Code pénal de 1810 disposait que « *nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigée que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse* » – cette disposition concernait les cas d'atténuation de peine personnels aux délinquants et figuraient à ce titre à la suite de l'article prévoyant l'irresponsabilité pénale en cas de démence ou de contrainte.

364. Cependant c'était faire dire à l'article 65 précité davantage qu'il n'affichait. Le décret-loi de 1870 ne concernait que les contraventions et pour cause : les infractions du Code pénal présumées connues de tous ne concernait que les infractions graves au sens du droit canon. La conception « morale » de la présomption de connaissance de la loi persista donc durant le XIX^e siècle dans le Code pénal de 1810. Le décret-loi de 1870 avait prévu une exception à cette présomption de connaissance de la loi tirée du « droit naturel » à l'égard des contraventions, ces infractions qui ne suscitaient aucun blâme

⁵⁶⁰ « *Les tribunaux pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs à partir de la promulgation* ».

⁵⁶¹ En ce sens notamment, N. HOSNI, « L'erreur de droit et son influence sur la responsabilité pénale », *RSC* 1999, p. 711, pour lequel ce texte traite de la question de « l'erreur invincible » ; son article s'inspire à profusion de A. LEGAL, « L'évolution de la jurisprudence française en matière d'erreur de droit », *Rev. Pénale Suisse* 1961, p. 310 et s., influencé lui-même par G. COUTURIER, « L'erreur de droit invincible en matière pénale », *RSC* 1968, p. 547.

moral. C'est d'ailleurs en ce sens que Garçon comprend l'article 4 du décret-loi précité au début du XX^e siècle⁵⁶².

365. Cette définition morale de l'imputabilité n'est plus légitime au regard du droit positif⁵⁶³. La parfaite laïcisation de la présomption de connaissance de la loi a été accomplie avec la reconnaissance de l'erreur sur le droit dans le Code pénal de 1994. Désormais, cette présomption présente un caractère aussi général qu'en droit canon mais elle fait référence au droit positif au lieu de viser le droit naturel.

2. La distinction de la présomption de connaissance de l'existence de la loi et de la présomption de connaissance de son contenu

366. La reconnaissance de l'erreur sur le droit dans le Code pénal constitue la première manifestation d'une définition laïcisée de la présomption de connaissance de l'existence de la loi pénale. Son intégration au droit positif a fait l'objet de plusieurs débats : une formule équivalente du texte de l'article 122-3 figurait à l'article 42 de l'avant-projet de Code pénal de 1978, puis à l'article 33 de celui de 1983 qui disposait explicitement que « n'est pas punissable celui qui, par la suite d'une erreur sur le droit qu'il n'était pas en mesure d'éviter, a cru que l'acte accompli par lui n'était pas une infraction ». Le projet gouvernement de 1986 la laissa de côté mais l'idée revit le jour durant les débats parlementaires, sous l'influence du Sénat. Auditionnés par la commission des lois de l'Assemblée nationale, une majorité de magistrats avait émis de sérieuses réticences, à l'inverse des avocats qui devinaient sûrement, derrière cette reconnaissance, la possibilité de faire échouer les tentatives de condamnations en excipant de la bonne foi de leurs clients⁵⁶⁴. Les craintes exprimées par le Gouvernement au sujet de l'adoption d'un amendement n'influencèrent cependant ni le Sénat⁵⁶⁵, ni les députés⁵⁶⁶. Le Code pénal de 1994 adopte finalement à l'article 122-3 l'irresponsabilité pénale pour cause d'erreur sur le droit qu'il libelle ainsi : « n'est pas pénalement responsable la personne

⁵⁶² E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Sirey, 1901-1906, t. 1, art. 1^{er}, p. 8, n° 86 : « qui peut prétendre connaître toutes nos lois répressives ? La solution ne s'explique, en réalité, que par son intérêt pratique. La règle "nul n'est censé ignorer la loi", est une sorte de présomption juris et de jure sans laquelle le droit pénal se ne comprendrait pas » ; voir également R. DECOTTIGNIES, « L'erreur de droit invincible en matière pénale », *RTD civ.* 1951, p. 309.

⁵⁶³ Voir *supra* n°72 au sujet de la dénotation morale de l'imputabilité.

⁵⁶⁴ Rapp. AN n° 896, p. 140.

⁵⁶⁵ JO Sénat CR, 11 mai 1989, p. 654.

⁵⁶⁶ JO du 11 octobre 1989, p. 3437.

qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte ».

367. D'un point de vue psychologique, cette disposition semble tempérer la rigueur de la présomption de connaissance de la loi, entendue comme une connaissance de son contenu. L'exégèse de cet article pourrait justifier d'opter en faveur de la conclusion opposée. Il adapte l'obligation de tout individu à connaître de l'existence de la loi pénale, indépendamment de son contenu. Il ne remet nullement en cause la présomption de connaissance de la loi. La connaissance du contenu de la loi (a) suppose une connaissance de son contenu (b).

a. La présomption de connaissance du contenu de la loi pénale : l'erreur de droit

368. Appréhender la présomption de connaissance de la loi de manière psychologique invite à y voir l'obligation, pour quiconque, de connaître par avance l'ensemble des dispositions répressives. Le caractère absolu de cette présomption devient alors difficile à défendre⁵⁶⁷. Un individu n'a plus la possibilité de connaître l'ensemble des lois et interdictions promulguées⁵⁶⁸. Envisagé du point de vue réprobateur de « la logorrhée législative et réglementaire »⁵⁶⁹ ou avec le regard plus neutre de l'accélération du temps en droit⁵⁷⁰, le phénomène de l'inflation législative s'avère alors néfaste pour la

⁵⁶⁷ Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 459 ; S. PLAWSKI, « L'erreur de droit », *RSC* 1962, p. 445, Il la définit comme une mauvaise compréhension du droit ou une absence de connaissance de la disposition légale, qui peut ressortir d'une autre branche que le droit pénal, par exemple lorsqu'un ouvrier découvre un trésor qu'il emporte pour lui seul. Voir également N. HOSNI, « L'erreur de droit et son influence sur la responsabilité pénale », préc., spéc. n° 2, où l'auteur envisage l'erreur de droit d'un point de vue individuel et ne la considère véritablement efficace qu'en matière intentionnelle.

⁵⁶⁸ Pour un aperçu de l'ancienneté de la question, voir R. GUILLIEN, « Nul n'est censé ignorer la loi », *Mélanges P. Roubier*, Dalloz-Sirey, 1961, I, p. 253 ; L. HUGUENEY, « L'erreur de droit », *RIDP* 1955, p. 343 ; G. DEREUX, « Etude critique de l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » », *RTD civ.*, 1907, p. 513 ; comp. A. FRANCON, « L'erreur de droit en droit pénal », in G. STEFANI (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, *op. cit.*, p. 227, qui considère comme S. Plawski que seule l'erreur « extrapénale » peut avoir un effet en droit pénal.

⁵⁶⁹ Conseil d'Etat, Rapport public 2006, Sécurité juridique et complexité du droit ; dans le même sens que dans son Rapport public 1991, *Qualité des normes et sécurité juridique : un enjeu pour l'Etat de droit*, éd. La documentation française, 1992 ; de manière anecdotique, voir les propos de Thibierge au lendemain d'une modification du régime de la publicité foncière, rapportés par G. DAUBLON, : « Mesdames (...), Messieurs, sachez que nous venons de pénétrer dans une ère nouvelle et que vous voilà désormais étudiants à perpétuité », in « Regards sur le vingtième siècle », Deffrénois, 15 janvier 2001 n° 1, p. 30.

⁵⁷⁰ L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, thèse Paris 1, 2008, p. 16 : « le marbre de la loi est donc devenu argile, et les lois dont il portait la lettre n'ont pas résisté à la pluie acide de la politique moderne. Le temps s'accélère, donc, et le droit prône cette accélération autant qu'il la subit » ; F. OST, « L'instantané ou l'institué ? L'institué ou l'instituant ? Le droit a-t-il pour vocation de durer ? », *Temps et droit*, sous la dir. de F. OST et M. VAN HOECKE, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 7 ; du même auteur, « Codification et temporalité dans la pensée de Bentham », in *Actualité de la pensée juridique de Bentham*, sous la dir. de P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 163 ; F. DEBOVE, « L'overdose législative », préc., d'après lequel « l'extrême précarité de la loi n'encourage pas son respect ».

connaissance de la loi⁵⁷¹. Le volume de l'ensemble des lois promulguées nécessite d'ailleurs de recourir à la codification à droit constant, méthode indispensable au maintien de l'intelligibilité du droit⁵⁷². Néanmoins la compilation des textes ne résout pas la difficulté. Les infractions sont dispersées au sein de différents codes tels que le Code de la route, le Code de l'environnement, le Code de la Santé publique, et potentiellement dans tout secteur spécialisé où le législateur estimerait bon d'en créer.

369. La prolifération d'incriminations tous azimuts compliquerait donc la connaissance de l'ensemble des comportements prohibés en matière pénale. Cette inflation législative semble poser un problème capital vis-à-vis des fondements de la peine. L'effet dissuasif suppose une parfaite connaissance délits et des peines fulminées par le législateur chez l'individu, car celui qui ignore l'existence d'une incrimination ne peut avoir conscience de violer le droit pénal. Or, le risque d'une ignorance de la loi pénale serait d'autant plus grand que les incriminations sont nombreuses et disparates. Tandis que la présomption de connaissance de la loi était sûrement valable lorsque l'interdit tenait en quelques commandements, elle ne le serait plus en raison du récent phénomène d'inflation législative.

370. Aussi, avant même l'entrée en vigueur du Code pénal de 1992, de nombreux auteurs considèrent que cet axiome est devenu une fiction⁵⁷³, sauf lorsqu'elle porte sur le « droit naturel »⁵⁷⁴. Il fallait donc remédier à ce risque de méconnaissance de l'incrimination. La reconnaissance de l'erreur « de » droit dans le Code pénal de 1994 répondrait à cette inquiétude. En attribuant des effets juridiques à l'erreur de droit, le législateur aurait tiré les conséquences de la complexification du droit pénal⁵⁷⁵. Il ne renonce pas à la présomption de connaissance de la loi mais il en aurait atténué la force de sorte que, autrefois irréfragable, la parfaite connaissance du droit pénal correspondrait

⁵⁷¹ F. TERRE, « La "crise de la loi" », préc., p. 19, constate d'un ton emprunt de nostalgie que « *la technicité altère la loi, telle qu'on la concevait il y a deux siècles* » ; du même auteur voir « Le rôle actuel de la maxime "nul n'est censé ignorer la loi" », *Travaux de recherche de l'institut de droit comparé*, Paris, t. 30, 1966, p. 91.

⁵⁷² M.-A. LA TOURNERIE, « La codification, condition de pérennité et d'intelligibilité de la loi », *Le Temps, la Justice et le Droit*, Presses Universitaires de Limoges, 2004, p. 87.

⁵⁷³ J.-P. DOUCET, « Une discussion sur l'erreur de droit », *RSC* 1962, p. 497, spéc. p. 498 : « *La règle nemo legem ignorare censetur voit son caractère fictif s'enfler d'une manière inquiétante, elle répond de moins en moins à la réalité* » ; E. DASKALAKIS, *Réflexions sur la responsabilité pénale*, Publications de l'Université Panthéon-Assas, PUF, 1975, spéc. la seconde partie de l'ouvrage dédiée à « l'erreur de droit ». C. SAAS, *op. cit.*, p. 159 ; M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle, op. cit.*, p. 206-207, pour lequel « *nemo censetur ignorare legem* » figure au nombre des fictions juridiques qui fondent le système pénal de manière bancal,

⁵⁷⁴ J.-F. LE GUNHEC, *J.-Cl. pén.*, « Erreur de droit », fasc. 20, n° 28 : « En revanche, il est peu vraisemblable que les lois réprimant des "infractions naturelles", qui portent atteinte aux valeurs essentielles de la société ou de l'individu, puissent faire l'objet d'une erreur de droit » ; et à sa suite G. BRABIER, *J.-Cl. pén.*, fasc. 20, « Erreur sur le droit », mars 2014, qui évoque l'erreur *sur* le droit mais n'en tire aucune conséquence.

⁵⁷⁵ B. CHAPLEAU-MUSSEAU, « Questions sur l'erreur de droit », in *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, éd. Pédone, 1995, p. 70 et s.

désormais une présomption simple⁵⁷⁶. Elle peut être renversée par la preuve contraire, celle de l'ignorance qu'il existait un texte incriminant le comportement adopté. L'écueil d'une adhésion à une règle fictive est ainsi évité. La reconnaissance de cette erreur de droit aurait pour fonction de tempérer l'exigence d'une connaissance exacte des lois pénales. A la vraisemblance d'une parfaite connaissance des incriminations par les citoyens, le législateur aurait substitué la certitude d'une impossible connaissance du spectre complet des infractions.

371. Cette conception de l'erreur « de » droit ne vaut qu'à la condition d'envisager la *connaissance* de la loi de manière psychologique. La présomption de connaissance du droit signifie de ce point de vue qu'un individu devrait connaître à l'avance l'ensemble des normes de droit positif en vigueur. Or, l'objet de connaissance n'est pas *une* loi en particulier *la* loi pour ce qu'elle existe, ainsi que l'étude du régime de l'erreur sur le droit le démontre.

b. La présomption de connaissance de l'existence de la loi : l'erreur sur le droit

372. D'après la lettre de l'article 122-3 du Code pénal, l'erreur porte *sur* le droit. Evoquer l'erreur « de » droit est un abus de langage. L'erreur *sur* le droit postule la connaissance préalable de *l'application vraisemblable de la loi pénale*. Si elle porte *sur* le droit, entendu comme étant le *droit positif*, il faut bien admettre que celui qui commet cette erreur connaît préalablement l'existence de la norme qu'il interprète mal. Cette fausse *croyance* (« qui justifie avoir *cru* ») ne présuppose pas que l'individu sujet à l'erreur ait une connaissance exacte du contenu de la norme pénale. Elle laisse entendre qu'il doit avoir eu conscience de l'application vraisemblable du droit pénal. Autrement dit, il sait qu'une disposition de droit pénal s'applique à une situation donnée bien qu'il ne sache pas comment s'y conformer.

373. Conscient de l'existence de la loi pénale, celui qui se trompe ne souffre pas d'une ignorance absolue : il connaît le périmètre de son ignorance. Conscient d'être potentiellement concerné par l'application du droit pénal, le sujet de l'erreur est

⁵⁷⁶ Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 459 : « l'erreur sur le droit, plus simplement l' « erreur de droit », a donc sa place parmi les causes d'irresponsabilité pénale, ce qui est appréciable, tant les lois sont de nos jours nombreuses, et d'une qualité souvent douteuse » ; B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 384, évoque l'infraction législative et « l'erreur de droit » ; E. DREYER, *op. cit.*, n° 268, qui évoque légitimement l'erreur « sur le droit », spéc. n° 262 et s. mais sans en tirer de conséquence majeure.

susceptible de s'informer, afin de prendre la mesure de ce que serait un comportement légal. C'est autrement dire qu'avant de s'engager dans une action qui pourrait s'avérer transgressive des règles pénales, il lui incombe de prendre connaissance des devoirs inhérents au statut juridique dont il relèverait.

374. Partant, la reconnaissance légale de l'erreur sur le droit ne remet pas en cause la présomption de connaissance de la loi, pas plus qu'elle n'atténue sa rigueur. Bien au contraire, la reconnaissance de ce type d'erreur illustre la persistance du caractère irréfragable de la présomption de connaissance de la loi. Cette erreur implique toujours la connaissance préalable de l'application vraisemblable du droit pénal à l'égard d'une action à venir.

375. La présomption de connaissance de la loi n'a d'ailleurs aucunement signifié qu'une personne doive connaître l'ensemble des dispositions « par cœur ». Comme le droit romain, le droit canon n'a jamais assujéti quiconque à l'obligation d'être capable d'ânonner les prohibitions qu'ils posaient⁵⁷⁷. Convenir du contraire, pour le droit pénal moderne, invite à faire passer la présomption de connaissance de *la loi pénale* pour une présomption de connaissance *des lois pénales*. La présomption de connaissance de *la loi* peut être interprétée comme l'obligation pour tout individu de respecter un devoir général de précaution. Il lui faut s'informer du droit applicable à une situation donnée. Globalement, le droit pénal n'est pas en lutte contre l'inflation législative ; il s'en abreuve viscéralement. La prolifération de lois, règlements et ordonnances participent à la modélisation objective du comportement obligatoire dans une situation donnée. Toute personne peut trouver dans ce monticule de normes celles qui régissent précisément le fait qu'elle souhaite commettre. La reconnaissance de l'erreur sur le droit constitue donc une illustration de la vivacité de la présomption de connaissance de la loi qui est au fondement du discernement personnel. La connaissance de l'existence de *la loi* est une condition indispensable à l'effectivité du droit pénal.

376. De ce point de vue, il apparaît logique que le système répressif français ait basculé d'un contrôle *a priori* à un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois. Face au phénomène d'inflation normative, le risque de promulgation d'une loi inconstitutionnelle est d'autant plus élevé. Il a donc fallu prévoir des garde-fous

⁵⁷⁷ St AUGUSTIN, *Dict.* a. c. 1, D. I., pour lequel aucun homme n'est censé ignorer la loi naturelle ni les vérités nécessaires au salut ; de même que pour GRATIEN, *Décret*, C. 1, qu. 4, c. 12 : « *Item ignoranti juris alia naturalis, alia civilis.* »

judiciaires permettant à toute *personne* de devenir le limier de l'inconstitutionnalité des lois. Avec la création de la question prioritaire de constitutionnalité, il est désormais possible de soumettre la norme à l'examen critique du Conseil constitutionnel dans une instance pendante devant la Cour de cassation, par la voie d'une question préjudicielle spécifique. La suprématie de la Constitution sur les normes internationales s'en trouve réaffirmée, car cette question conjure le risque d'un développement du contrôle de conventionalité de la loi par la Cour de cassation, pour évincer les dispositions qui lui semblent inconstitutionnelles. L'interprétation restrictive qu'elle opère de l'article 121-3 du Code pénal n'en est que plus légitime.

B. La légitimité de l'interprétation restrictive de l'erreur sur le droit en jurisprudence

377. La Chambre criminelle interprète l'article 122-3 du Code pénal conformément à la présomption de discernement de l'individu commettant l'erreur. De même que pour toute autre infraction, si l'individu n'a pas la certitude qu'il n'est pas concerné par l'application de la loi pénale, il demeure pénalement responsable. Seule la conviction erronée d'agir conformément à la loi pénale exonère de responsabilité (1), ce qui légitime l'interprétation jurisprudentielle de l'erreur sur le droit (2).

1. La conviction erronée d'agir conformément à la loi pénale, exonératoire de responsabilité

378. Si la connaissance de l'applicabilité du droit pénal justifie la punition de celui qui a un doute à cet égard, seule la certitude de n'être pas concerné par l'application de cette loi justifie l'irresponsabilité pénale de celui qui se trompe. Autrement dit, *ce qui justifie l'irresponsabilité pénale de celui qui commet l'erreur, ce n'est pas le fait sur lequel elle porte, mais son degré de conviction sur l'applicabilité du droit pénal à une situation donnée*. Elle est commise par l'individu qui, eu égard aux informations dont il dispose, a acquis la certitude qu'il pouvait agir comme il l'a fait. Il a bien conscience d'être soumis à l'applicabilité du droit pénal, mais il n'a pas l'ombre d'un doute sur la légalité de son comportement.

Naturalis omnibus adultis dampnabilis est ; jus vero civile aliis permittitur ignorare, aliis non ». En substance, une chose est l'ignorance de la loi naturelle, une autre est celle des lois civiles, seule la seconde pouvant être ignorée.

379. Pour illustration, dans l'arrêt rendu le 3 novembre 1954 par la Chambre criminelle⁵⁷⁸, les poursuites se fondent sur *l'abstention d'un maire de porter secours* à un individu blessé suites à une chute à bicyclette. Après en avoir été informé par un automobiliste, le maire décide de se rendre sur place afin d'envisager la nécessité d'un transport de l'individu à l'hôpital. Accompagné de sa compagne et d'un domestique, il prodigue des soins rudimentaires à l'accidenté et l'abandonne sur le côté de la. Revenant sur les lieux une demi-heure plus tard, il ne retrouve pas le blessé qui sera retrouvé le lendemain soir, gisant dans un entrepôt avant de succomber à l'hôpital d'une fracture au crâne non décelée plus tôt. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux relaxant le prévenu le 21 octobre 1947. Les juges du fond relèvent que le maire « *était convaincu dès l'abord qu'il se trouvait en présence, non d'un blessé grave, mais d'un homme pris de boisson et atteint d'un simple malaise passager, le prévenu [semblant] avoir persiste dans cette erreur jusqu'au moment où, vingt-quatre heures plus tard, la victime fut trouvée, privée de connaissance, dans le hangar où elle avait eu la force de se rendre* ».

380. D'après la Cour de cassation, ces faits établissent l'absence de culpabilité du prévenu, « *l'infraction exigeant [qu'il] ait eu personnellement conscience du caractère d'imminente gravité du péril auquel se trouvait exposée la personne dont l'état requérait secours, et qu'il n'avait pu mettre en doute la nécessité d'intervenir immédiatement, en vue de le conjurer* ». La certitude de l'absence de danger chasse le doute qui aurait été synonyme d'abstention fautive. Il faut gager que la solution eut été différente en présence d'un médecin car, titulaire d'un savoir qui devrait faire naître chez lui un doute sur l'état de santé d'un individu certes éméché, il aurait dû procéder à un examen médical même sommaire pour nourrir sa conviction personnelle.

381. En revanche, devrait être condamné l'employeur qui, en contravention de l'interdiction d'engager ou de conserver à son service un étranger non muni du titre l'y autorisant, recourt aux services d'un travailleur étranger qu'il croit être français⁵⁷⁹. En théorie, il aurait dû vaincre le doute afférant à la régularité de la situation de son employé au jour du renouvellement de l'autorisation de travail. Ce doute sur la légalité de son

⁵⁷⁸ Crim., 3 novembre 1954, D. 1955, jurisp., p. 64, note P.A. PAGEAUD qui fonde l'irresponsabilité sur le doute du prévenu quant à la nécessité d'intervenir immédiatement pour conjurer le danger, tandis que seule la certitude d'une absence de danger présente cet effet.

⁵⁷⁹ Crim., 1^{er} octobre 1987, Bull. crim. n° 327, p. 879 (l'arrêt de condamnation des juges du fond est cassé pour contradiction de motifs).

comportement est également celui qui justifie l'interprétation restrictive de l'erreur sur le droit.

2. *La légitimité de l'interprétation jurisprudentielle de l'erreur sur le droit*

382. La nature de l'erreur *sur* le droit légitime l'interprétation restrictive de la Chambre criminelle en la matière. Les travaux préparatoires au Code pénal de 1992 faisaient expressément référence à deux types d'erreurs sur le droit efficaces : l'information erronée fournie par l'administration préalablement à l'acte ou le défaut de publicité de la norme⁵⁸⁰. La seconde hypothèse constitue un très mauvais exemple. Le défaut de publicité de la norme fait obstacle à sa connaissance par le public. Or la loi pénale doit répondre aux principes constitutionnels d'intelligibilité et de clarté⁵⁸¹, ainsi qu'à l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité⁵⁸². Une incrimination qui n'aurait fait l'objet d'aucune publicité ne serait pas accessible et ne pourrait donc pas servir de fondement à une condamnation pénale.

383. En revanche l'information erronée transmise par l'administration illustre parfaitement l'erreur sur le droit efficace. Si une personne se renseigne auprès d'une entité qui ne pouvait pas lui assurer la *certitude* de la légitimité de son action, il reste conscient du risque de violation de la norme pénale malgré cette prise d'information et n'en demeure donc pas moins punissable. A l'inverse, la jurisprudence décide légitimement que l'erreur sur le droit causé par le renseignement erroné de l'administration est caractérisée lorsqu'elle découle d'une question écrite, précise et nécessitant une véritable recherche de la part des agents administratifs. Ainsi, le titulaire d'un permis de conduire international qui requiert, après l'annulation de son permis national, l'avis du vice-procureur de la République qui lui répond par écrit, peut légitimement croire qu'il peut conduire⁵⁸³. De même, la Chambre criminelle s'est

⁵⁸⁰ Cf. Rapport Marchand, Doc. AN 1992, n° 896, p. 140 ; également F. LE GUNEHÉC, *J.-Cl. pén.*, v° « Erreur de droit », fasc. 20, n° 29.

⁵⁸¹ Cons. const., décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, relative à la loi de modernisation sociale, JO du 18 janvier 2002, p. 1053, consid. 9.

⁵⁸² Cons. const., décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, préc.

⁵⁸³ « Caractérise l'erreur de droit, au sens de l'article 122-3 du Code pénal, une attestation remise au prévenu par un agent de police judiciaire agissant conformément aux instructions d'un vice-procureur de la République, selon laquelle la situation administrative du prévenu est parfaitement régulière malgré l'annulation de son permis de conduire français, en sorte que l'intéressé a pu légitimement croire qu'il était autorisé à conduire avec son permis international, même s'il est avéré que cette attestation lui a été remise par erreur », Crim., 11 mai 2006, Bull. crim. n° 128, p. 474, *Dr. pén.* 2006, comm. 109, note M. VERON ; *JCP* 2006, II, 10207, note O. FARDOUX. Cette solution fut la première à reconnaître une erreur sur le droit au visa de l'article 122-3 du Code pénal.

prononcée au sujet d'un contrevenant à la législation du travail s'étant fondé sur une information erronée qui lui avait été communiquée par la seule personne légalement habilitée. Il avait écopé, sur douze mois, d'autant de contraventions qui furent annulées⁵⁸⁴.

384. Il est des hypothèses où la mauvaise foi du prévenu est flagrante, de sorte que l'erreur sur le droit constituait en quelque sorte l'argument de la dernière chance. Le destinataire de fichiers à caractère pédopornographique ne peut pas invoquer l'erreur de l'administration des douanes dans la délivrance d'un colis pour échapper au fait coupable de recel par détention d'une chose du délit prévu à l'article 227-23 du Code pénal⁵⁸⁵. L'erreur sur le droit n'est pas non plus reconnue au profit du dirigeant d'une société qui essuie cinq refus d'autorisation d'extension de sa grande surface de la part de la commission d'équipement commercial, mais y procède néanmoins après avoir sollicité l'avis – erroné – de l'administration l'y autorisant⁵⁸⁶. Afin de bénéficier de l'article 122-3 du Code pénal, une personne doit avoir combattu son ignorance par des moyens efficaces. Il s'agit bien d'une erreur que « *la personne (...) n'était pas en mesure d'éviter* » (art. 122-3 du Code pénal), ce qui signifie que la nature de l'erreur sera toujours aborder au regard de ses qualités personnelles⁵⁸⁷. C'est pourquoi le juge est particulièrement attentif quant aux soins que l'agent a déployé afin de se conformer à la règle pénale lorsqu'il était conscient d'ignorer le moyen de le faire. Il semble donc bien que l'article 122-3 précité se fonde sur la présomption de connaissance de l'existence de la loi pénale, celle qui renvoie chaque individu à la conscience d'être assujetti droit répressif. Etant donné qu'il participe à la formation de la loi par la voie de ses représentants, cette conscience lui adresse le retour de sa propre volonté, après qu'elle a été sanctuarisée par le droit. La conscience qui est au fondement de la faute pénale est donc une conscience *réflexive*, celle qui rappelle constamment l'individu au rôle qu'il doit jouer en société d'après la loi pénale. Doté de cette conscience réflexive, l'*individu* accède au rang de *personne* pour le droit pénal, celle qui jouit du *discernement*. Aussi, le

⁵⁸⁴ Crim., 24 novembre 1998, n° 97-85.378, *JCP* 1999, II, 10208, note M.-A. HOUTMANN, s'agissant du premier arrêt ayant reconnu l'erreur sur le droit.

⁵⁸⁵ Crim., 9 juin 1999, *Dr. pén.* 1999, comm. 138.

⁵⁸⁶ Crim., 19 mars 1997, Bull. crim. n° 115, p. 380 ; *RSC* 1997, p. 827 ; *Dr. pén.* 1997, comm. 107 ; *JCP* 1998, II, 10095, note O. FARDOUX.

⁵⁸⁷ Il semble donc légitime d'admettre qu'un maire ne puisse utilement invoquer l'erreur sur le droit s'il lui était reproché d'avoir commis une prise illégale d'intérêt, alors qu'il aurait minutieusement suivi les recommandations de la Chancellerie (cf. Circulaire de la sous-direction des affaires économiques et financières du ministère de la Justice du 7 avril 1998 (NOR : JUSD9830041C) relative à la prise illégale d'intérêts envisage les diverses situations possibles en cas de passation de baux ruraux, destinée aux parquetiers et aux élus. En ce sens Crim., 11 juin 1998, *D.* 1999, somm. p. 159, obs. M. SEGONDS ; *JCP* 2000, I, 235, obs. M. VERON ; *Contra* F. LE GUNHEC, *J.-Cl. pén.*, v° « erreur de droit », spéc. n° 35.

droit pénal présume le discernement chez toute personne, ainsi que le révèle les différentes déclinaisons de ce critère.

§ 2. Les déclinaisons du critère de la conscience réflexive

385. Le principe de responsabilité pénale *personnelle*, auquel certains auteurs prêtent volontiers une nature constitutionnelle⁵⁸⁸, repose plus sûrement sur la lettre de l'article 121-2 du Code pénal qui vise, comme l'article 121-3, les *personnes physique et morale* au frontispice du titre dédié à la responsabilité pénale. Le caractère *personnel* de la responsabilité pénale a jusqu'alors été compris comme l'expression d'une évidence. Le fait imputable ne devrait l'être que parce qu'il a été commis par la personne à qui l'on souhaite l'imputer.

386. La responsabilité pénale *personnelle* ne s'oppose cependant pas à la responsabilité pénale d'*autrui*⁵⁸⁹, formulation qui apparaît dans l'index des Bulletins de la Chambre criminelle aux XIX^e et XX^e siècles, par facilité de langage, mais qui n'apparaît jamais dans le corps des arrêts. Elle s'y différencie de la culpabilité *individuelle*. Celle-ci renvoie l'individu à sa conscience morale ou à ses idéaux⁵⁹⁰, tandis qu'en droit, sa conscience devrait le renvoyer à sa responsabilité vis-à-vis de ses pairs : sa conscience personnelle. Elle englobe sa conscience individuelle sans ériger celle-ci en critère de culpabilité. L'individu n'est en faute que lorsqu'il doute de la rectitude de son comportement par rapport à la loi pénale, autrement dit dès lors qu'il a conscience de devoir assumer des devoirs que la loi lui attribue. Or, d'après l'article 121-2 du Code pénal, cette personne peut être aussi bien physique que morale, si bien que le

⁵⁸⁸ F. DESPORTES et F. Le GUNHEC, *Droit pénal général*, Économica, 14^e éd., n° 505 ; à partir de la décision du Conseil Constitutionnel du 2 décembre 1976, DC n° 76-70, JO du 7 Décembre 1976 : « *considérant que l'article 19 de la loi [relative au développement de la prévention des accidents du travail] soumise à l'examen du Conseil constitutionnel a pour objet de donner au tribunal la faculté, « compte tenu des circonstances de fait et des conditions de travail de l'intéressé », lorsque l'infraction aux règles d'hygiène ou de sécurité du travail commise par un préposé a provoqué un décès, des blessures ou une maladie, de « décider que le paiement des amendes prononcées et des frais de justice sera mis, en totalité ou en partie, à la charge de l'employeur »*. Sur le principe de responsabilité personnelle, voir notamment F. ROUSSEAU, « La répartition des responsabilités dans l'entreprise », *RSC* 2010, p. 804 ; P. SALVAGE, *J.-Cl. pén.*, art. 121-1 CP, fasc. 20, « Principe de responsabilité personnelle » ; J.-Y. LASSALLE, « Réflexions à propos de l'article 121-1 du futur Code pénal consacrant le principe de la personnalité de la responsabilité pénale », *JCP* 1993, I, 3695.

⁵⁸⁹ L'imputation d'une faute sur le compte de l'employeur ou de la personne morale est ainsi comprise en doctrine. Par exemple, G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *Droit pénal général et criminologie*, Dalloz, 1957, n° 297 : « *le responsable pénalement du fait d'autrui* » ; J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 375, « *c'est-à-dire que l'infraction qui cause sa répression est tout entière commise par une personne physique. C'est une responsabilité par reflet, une redondance ou un écho, une responsabilité sans culpabilité pour le fait d'autrui* » ; B. BOULOC, « Existe-t-il une responsabilité pénale du fait d'autrui », *Resp. civ. assur.* 2000, n° spécial « La responsabilité du fait d'autrui. Actualité et évolutions », p. 36.

⁵⁹⁰ Voir *supra* n° 91.

discernement constitue la condition *sine qua non* de la faute de la personne physique (A) comme de celle de la personne morale (B).

A. Le discernement de la personne physique

387. Bien qu'une telle expression semble tautologique au premier abord, elle n'a rien de redondant car, par définition, la personne n'est pas faite de chair et de sang. Du latin *persona* qui signifie « le masque », la personne correspond à l'identité d'emprunt d'un individu dans un contexte donné (d'où « personnage »). Il ne s'agit donc pas d'un être physique mais d'une entité désincarnée. En droit pénal, elle correspond au rôle que l'individu joue en société lorsqu'il jouit du discernement. Informé de l'existence de la loi pénale, il lui faut assumer les obligations qui lui sont légalement assignées.

388. Cette affirmation rencontre cependant un argument contraire : si la personne est un être désincarné, comment pourrait-elle se rendre auteur d'une infraction ? Cette contradiction apparente repose sur un postulat qui peut être écarté : *le réalisme infractionnel* – entendu comme l'identification de l'élément matériel de l'infraction à partir de sa forme réelle. En effet, le droit pénal ne punit pas les pensées coupables mais, dans le même temps, la réalisation parfaite du dommage incriminé est indifférent à l'application d'une peine, ainsi que le révèle l'identité de peine encourue par l'auteur de l'infraction ou d'une tentative d'infraction (art. 121-4 du Code pénal). Une explication peut être avancée. Il semble que le droit pénal s'inquiète avant tout de la conviction coupable qui a déterminé l'action. Il est donc nécessaire d'établir la nature intellectuelle de l'infraction (1) pour la rapporter à la personne de son auteur (2).

1. La nature intellectuelle de l'infraction

389. Traditionnellement, l'infraction se définit comme la réunion d'un « *élément matériel* » et d'un « *élément moral* »⁵⁹¹. Ces deux éléments dits constitutifs de l'infraction laissent entendre qu'elle n'existe pas tant qu'elle n'a pas été extériorisée. L'opération qui consiste à constater l'élément matériel de l'infraction est simplissime en apparence mais, au fond, elle est éminemment complexe. Il faut en détailler les étapes

⁵⁹¹ Voir *supra* n° 9.

pour la rendre intelligible, en vue de faire la lumière sur la nature intellectuelle de l'infraction.

390. Tout d'abord, la *réalisation* d'un fait dans le monde physique n'équivaut pas à la *commission* de ce fait. Car la *réalisation* d'un événement, d'un dommage, d'un accident, signifie uniquement que son objet est accessible aux sens. Peu importe qu'il soit la traduction en actes d'une volonté. En revanche, la notion de *commission* appelle ce support mental.

391. Or, *commettre* vient du latin *committere*. Ce verbe transitif signifie « mettre plusieurs choses ensemble », « assembler ». La « commission » décrit la réunion de la pensée à l'acte. Il présente ce sens chez Suétone dans la sentence « *committere pugiles Latinos cum Græcis* », lié dans un pugilat [des athlètes] Latins et Grecs⁵⁹², comme dans l'expression « *committere prælium* » qui signifie *engager* le combat⁵⁹³, autrement dit lier la volonté de se battre avec l'acte de guerre. De même « *committere ut* » a le sens de « *s'exposer à ce que* » ou de « *commettre la faute* » mais veut littéralement dire « mettre ensemble afin de », autrement dit faire advenir l'acte issue d'une conviction. Ce sens se retrouve également au Moyen-Âge : la « *commise* » est le nom donné à la trahison du sujet envers son vassal⁵⁹⁴. Elle nécessite la conscience d'un devoir manifestement violé par le vassal. Ainsi, dans le Code pénal, notamment aux articles 121-3, 121-4 et 121-7 du Code pénal, il est toujours question de *commission d'une infraction*. L'infraction *commise* est précisément celle qui concrétise une pensée coupable dans le monde physique. Commettre un crime se comprend littéralement comme la jonction de l'acte à la conviction criminelle qui le précède.

392. Pour autant, l'infraction commise englobe-t-elle un fait et la conviction coupable qu'il manifeste, ou est-elle réductible à la seule conviction coupable qui se traduit en acte ? *A priori*, l'acte et la volonté de le commettre sont tous deux nécessaires à l'existence de l'infraction. Celui qui pense être convaincu de vouloir commettre un acte n'est lui-même pas certain de la nature de cette idée. S'agit-il d'une simple pensée coupable, d'une résolution interne ou d'une véritable conviction ? Il lui est impossible de garantir sa foi dans une idée sans l'avoir traduite en actes. Pour en vérifier la nature, il

⁵⁹² SUETONE, *Vie d'Auguste* (trad. M. CABARET-DUPATY), Paris, éd. Garnier Frères, 1893, XLV.

⁵⁹³ CICÉRON, *Œuvres complètes* (dir. M. NISARD), Paris, Firmin Didot Frères, t. 4, *De divinatione*, livre 1, XXXV.

⁵⁹⁴ L. MACE, « La trahison soluble dans le pardon ? Les comtes de Toulouse et la félonie (XII^e-XIII^e siècles) », *La trahison au Moyen Âge, De la monstruosité au crime politique (V^e-XV^e siècle)*, PUR, 2009, sous la direction de M. BILLORE et M. SORIA, p. 378.

doit donc mettre sa volonté à l'épreuve de son comportement. Ce n'est qu'une fois sa résolution interne extériorisée qu'il aura la certitude qu'il s'agissait bien d'une conviction. Aussi, une conviction a besoin de l'épreuve d'une extériorisation pour prouver sa différence de nature avec une simple résolution interne. Néanmoins, cette extériorisation prouve l'existence antérieure de la conviction qui a impulsé le fait incriminé. La volonté, absente du monde observable jusqu'à son extériorisation, a nécessairement existé intellectuellement avant de se traduire en faits. *L'extériorisation* de la conviction coupable, par définition, tire sa source de la volonté de la voir advenir dans le monde observable. C'est alors qu'elle devient *objective*.

393. Il est donc possible d'admettre que la manifestation d'une conviction coupable intervient toujours postérieurement à sa formation intellectuelle. Dès lors, l'examen des faits observables doit permettre de répondre à la question suivante : le comportement individuel est-il subséquent à une conviction contraire au droit pénal ? Derrière l'observation de la forme réelle d'un fait se profile toujours l'identification de la conviction qui animait son auteur. Car l'infraction se distingue des faits qui la manifeste. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle elle *se commet*. Il serait illogique d'évoquer sa commission, c'est-à-dire son extériorisation dans le monde sensible, si elle était essentiellement réelle. *L'infraction, objectivée dans le monde réel est intellectuelle par nature. Sa manifestation permet à posteriori d'induire son existence préalable.*

394. Par voie de conséquence, le caractère répréhensible de cette conviction intellectuelle ne peut résulter de la comparaison physique du dommage réel avec celui qui est incriminé. Aucun résultat n'identifie idéalement une conviction intellectuelle. La mort d'autrui peut révéler la volonté assassine, meurtrière, la prise de risque quant à la préservation de la vie d'autrui, ou la conviction de venir en aide à autrui chez celui qui ignore que les quérulants se prêtaient à un jeu. Le fait de soustraire physiquement une chose peut révéler la volonté de la voler, comme à l'inverse la volonté de récupérer sa chose chez celui qui a été induit en erreur. L'exercice consiste toujours, en droit pénal, à tenter de cerner l'existence d'une conviction coupable qui serait à l'origine d'un fait.

395. Si l'infraction est une conviction avérée, comment pourrait-elle être contraire au droit pénal ? Pour que sa volonté soit coupable, il est nécessaire qu'elle aille à l'encontre d'une autre obligation dont il connaît l'existence : le *principe* de sujétion absolue à la loi pénale. Autrement dit, la faute est une conviction personnelle, celle de l'individu doué de discernement. Etant donné qu'il connaît l'existence de la loi pénale, il doit chercher par tous les moyens à rendre son comportement conforme au droit répressif. S'il manque à

cette obligation par un fait quelconque – un acte quand il doit s’abstenir, une abstention quand il a l’obligation d’agir – il commet une faute qualifiable pénalement. A cet égard, placer le seuil d’intervention du droit pénal au niveau d’une volonté de braver l’incrimination est bien trop permissif. La conviction coupable réprimée ne consiste pas à aller précisément à l’opposé d’une interdiction légale. Elle consiste, au degré le plus élémentaire, à douter de la légalité de son fait. Car douter, c’est encore avoir la certitude de ne pas en avoir. Cette conviction est précisément celle que le droit pénal punit en postulant la connaissance de l’existence de la loi pénale chez toute personne.

396. En résumé, pour le droit pénal, un fait tient sa matérialité de la conviction qu’a une personne de ne pas agir conformément au droit pénal. *L’élément matériel de l’infraction* est celui qui *révèle* cette conviction personnelle, celle de n’être pas certain de respecter le droit pénal.

397. En règle générale, les auteurs accordent une importance majeure à la description du comportement incriminé. Par exemple, il ne devrait pas y avoir de vol sans soustraction de la chose. Cette manière d’envisager l’infraction à partir de ses manifestations réelles – le réalisme infractionnel – a conduit Garçon à affirmer qu’il existait deux types de soustractions : la soustraction matérielle et la soustraction juridique. Il expliquait ainsi la jurisprudence d’après laquelle, même en dehors d’un acte réel de soustraction, la Chambre criminelle concluait néanmoins à l’existence d’un vol. Les auteurs sont encore largement favorables à la distinction de Garçon suivant laquelle la « *soustraction matérielle* » se serait doublée d’une « *soustraction juridique* »⁵⁹⁵. Ils constatent une « *dématérialisation* »⁵⁹⁶ de l’infraction de vol ou encore l’« *élargissement* »⁵⁹⁷ de la notion de soustraction. Pourtant dans cette jurisprudence, il n’y a semble-t-il qu’une constatation *in concreto* de la conviction coupable de voler, révélée même en dehors d’un acte physique de soustraction de la chose. Cette conviction peut exister chez celui qui la retient, lorsque cette détention précaire finit par manifester un refus définitif de la rendre à son propriétaire.

398. Plusieurs arguments de texte militent en faveur de cette définition intellectuelle de l’infraction. En matière intentionnelle, l’article 121-4 du Code pénal punit la tentative du même tarif que l’infraction consommée. Son *auteur* est celui qui « accroit » une

⁵⁹⁵ M.-P. LUCAS de LEYSSAC, *Rep. pén.*, v° Vol, n° 98 ; également, de manière non exhaustive, P. BOUZAT, *RSC* 1969, p. 410 ; R. de LESTANG, note sous note sous *Crim.*, 21 février 1968, *JCP* 1969, II, 15703.

⁵⁹⁶ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, Paris, Litec, 3^e éd., 2007, p. 302, n° 520.

conviction coupable en la concrétisant⁵⁹⁸, car la traduire en acte c'est la rendre accessible de sorte qu'elle pourrait être suivie comme exemple. Pour le législateur, il semble donc que la punition de la conviction coupable, si tant est que son existence soit assurée, est le fondement véritable de l'application d'une peine. Il n'est plus possible de douter de cette conviction une fois que les faits ont atteint un point de non-retour. Tant qu'un doute persiste sur sa fermeté, la volonté de l'auteur des faits ne semble pas avoir dépassé le stade des *actes préparatoires* ; au-delà commence la phase du *commencement d'exécution*. La prime importance de cette conviction personnelle autorise également d'incriminer des infractions « sans résultat »⁵⁹⁹ en matière non intentionnelle. L'infraction de risque causé à autrui (art. 223-1 du Code pénal), constituée à la condition qu'aucun dommage réel ne soit survenu, constitue ainsi l'équivalent non intentionnel de la tentative.

2. La personne physique auteur de l'infraction

399. Au vu des propos qui précèdent, il est possible d'avancer que la personne physique qui commet l'infraction est un individu conscient de sa sujétion absolue à la loi pénale, au gré des rôles qu'il est amené à endosser. Est-il médecin, il sait quels soins apporter en urgence à un blessé, si bien que son attitude sera appréciée plus sévèrement que celle du citoyen *lambda* en matière d'omission de porter secours. S'apprête-t-il à conduire un véhicule, il doit s'assurer qu'il remplit les conditions de ce statut juridique personnel (ne pas être en état d'ébriété, de fatigue extrême ou sous l'emprise de produits stupéfiants). Ces exemples renvoient communément à une conscience réflexive simple : l'individu concerné n'a à se soucier que son propre rôle.

400. Cependant il arrive qu'il endosse, en plus de ses obligations de personne physique, la charge d'agir au nom d'un groupe de personnes, responsable dans son entier devant la loi pénale, autrement dit d'agir pour le compte de la personne morale qu'il incarne.

⁵⁹⁷ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 4^e éd., 2009, p. 346, n° 714.

⁵⁹⁸ Le terme *auteur* provient du latin *auctorem*, de *augere* qui signifie *accroître*.

⁵⁹⁹ De manière analogue, voir J. CHACORNAC, « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles », *RSC* 2008, p. 871.

B. Le discernement de la personne morale

401. Il peut apparaître impropre d'évoquer le discernement de la personne morale. N'ayant ni corps ni conscience, comment pourrait-elle avoir un discernement ? Toutefois l'approche *individuelle* du discernement n'est pas valable en droit pénal⁶⁰⁰. S'il est exact que la conscience d'une personne passe par le truchement de celle d'un individu, le discernement personnel diffère de la conscience individuelle. Elle s'apparente à une conscience de l'existence de la loi pénale : celle qui renvoi l'individu à sa responsabilité vis-à-vis de la société.

402. Doté de cette conscience réflexive, l'individu devient une *personne pénalement responsable*. Ce statut personnel présente une double dimension. Relatif à la personne physique, il renvoie l'individu aux obligations qu'il assume en son nom. Relatif à la personne morale, il met l'individu face aux obligations qu'il assume au nom d'un groupe de personnes. Le discernement de la personne morale correspond donc également à une conscience réflexive, bien que son objet soit différent de celui de la personne physique. Elle ne peut exister que chez celui qui a la conviction d'agir comme s'il incarnait les membres de ce groupe légalement identifié.

403. L'indifférenciation de l'individu et de la personne a rendu la compréhension de la responsabilité pénale des personnes morale ardue. Elle apparaît notamment contraire au principe de responsabilité du fait personnel. Les problèmes soulevés par la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales (1) peuvent être résolus à l'aide de la notion de discernement (2).

1. Les problèmes soulevés par la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales

404. Avant d'être générale et de concerner potentiellement l'ensemble des infractions du Code pénal, la responsabilité pénale des personnes morales était restreinte à certains délits⁶⁰¹. Le Conseil constitutionnel la jugeait déjà conforme aux principes fondateurs du droit pénal. Par deux décisions antérieures à la promulgation de l'article 121-2 du Code pénal, les Sages ont scellé la constitutionnalité de cas épars de responsabilité pénale des

⁶⁰⁰ Voir *supra*, nos propos au titre 1^{er} de la Partie 1.

⁶⁰¹ Pour une perspective historique détaillée de la reconnaissance de cette responsabilité, voir D. GUERIN, « L'introduction en droit français de la responsabilité pénale des personnes morales », *LPA* 1996, n°149, p. 4 et s.

personnes morales. Dans la décision du 30 juillet 1982, en réponse aux députés qui critiquaient l'imputation d'une peine d'amende aux sociétés qui ne respecteraient pas la loi sur les prix et les revenus, le Conseil constitutionnel affirme « *qu'il n'existe aucun principe de valeur constitutionnelle s'opposant à ce qu'une amende puisse être infligée à une personne morale* »⁶⁰². La conformité de cette responsabilité pénale a par la suite explicitement été approuvée dans la décision du 5 mai 1998⁶⁰³.

405. Avec l'entrée en vigueur de l'article 121-2 du Code pénal, le législateur reconnaît que la responsabilité des personnes morales existe dans les cas qu'il détermine (le « principe de spécialité »). Il généralise ce mécanisme par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004⁶⁰⁴, si bien que depuis lors une personne morale peut commettre n'importe quelle infraction, intentionnelle comme non intentionnelle, à « égalité » avec la personne physique⁶⁰⁵. Depuis lors, la Cour de cassation ne considère que la question qui mettait en cause l'insuffisante précision de la loi pénale n'est pas sérieuse⁶⁰⁶, pas plus que celle qui invoquait une atteinte au principe de légalité des délits et des peines⁶⁰⁷.

406. Le caractère général de la responsabilité pénale des personnes morales oblige à définir sa faute sur les mêmes fondements que celle de la personne physique⁶⁰⁸. Jusqu'à présent néanmoins, aucune explication n'éclaire la nature cette responsabilité pénale de manière à emporter l'assentiment général. Cette innovation légale, à en croire les difficultés qu'elle recèle⁶⁰⁹, présente volontiers tous les stigmates de l'hérésie juridique.

⁶⁰² Cons. Const., décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, « loi sur les prix et les revenus », JO du 31 juillet 1982, p. 2470, consid. 10.

⁶⁰³ Cons. Const., décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998, Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, JO du 12 mai 1998, p. 7092, p. 245, considérant n° 7 notamment. La loi déferée comportait un article 13 dont un alinéa complétait l'article 21 ter de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de sorte que les personnes morales pourraient être déclarées responsables pénalement notamment de l'infraction d'aide directe ou indirecte à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger en France, sans que cela ne porte à conséquence au vu du bloc de constitutionnalité.

⁶⁰⁴ L'article 54 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, « *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* » porte réécriture de l'alinéa 1^{er} de l'article 121-2 afin de supprimer le principe dit de spécialité.

⁶⁰⁵ B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 333.

⁶⁰⁶ Cass., QPC du 11 juin 2010, n° 09-87.884 ; JCP 2010, p. 1030, note J.-H. ROBERT ; *ibid.* p. 1031, note H. MATSOPOULOU ; *Dr. pén.* 2010, comm. 111, note M. VERON.

⁶⁰⁷ Crim., 29 mars 2011, n° 11-90.007 ; également Crim., 27 avril 2011, inédit, n° de pourvoi : 11-90.013 ; JCP 2011, supplément au n° 41, p. 6, note J.-H. ROBERT.

⁶⁰⁸ E. DREYER, « L'imputation des infractions en droit pénal du travail », *RSC* 2004, p. 813, spéc. p. 817, qui réprovoque toute idée de responsabilité pénale du fait d'autrui, l'auteur rapportant la faute de l'employeur à ses qualités et prérogatives, cependant cette responsabilité ne se justifie à ses yeux que par le pragmatisme du législateur ; J.-H. ROBERT, « La responsabilité pénale des personnes morales », *Dr. pén.* 2000, hors série, Le risque pénal dans l'entreprise, p. 20 ; M.-E. CARTIER, « Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau Code pénal français », *LPA*, 1996, n°149, p. 18 et s., où l'auteur pressent la nécessité de fonder la responsabilité pénale des personnes morales sur la faute, notamment à l'aide du droit comparé ; sur ce point, évoquant également l'idée de responsabilité pénale du fait d'autrui, voir C. MAURO, *La responsabilité pénale des groupements dans l'espace international*, thèse Paris II, 1999, n° 391.

⁶⁰⁹ J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou de représentant d'une personne morale », *Mélanges B. BOULOC, Les droits et le Droit*, Dalloz, 2006, p. 1011 ; G. ROUJOU DE BOUBEE, « La responsabilité pénale des personnes morales. Essai d'un bilan », *Mélanges A. Decocq, Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 535 ; J.-Y. CHEVALLIER, « Fallait-il consacrer la responsabilité pénale des personnes morales ? », *Mélanges Paillusseau*, Dalloz, 2003, p. 109 et s. ; O. SAUTEL, « La mise en oeuvre de la responsabilité pénale des personnes morales :

Partant du constat que cette personne ne peut pas *réaliser* l'infraction ni émettre de volonté coupable, la plupart des auteurs en ont conclu que la faute de la personne morale était fictive. La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales appelle par conséquent plusieurs critiques.

407. Une première série de critiques tient à l'impossibilité, pour la personne morale, de ne commettre aucun fait réel. La commission d'une infraction par la personne morale nécessite effectivement l'intervention de la personne physique. Il faut donc imputer l'infraction commise par un individu sur le compte de la personne morale⁶¹⁰. Dépourvue de corps et de volonté propre, l'infraction de la personne morale serait systématiquement celle d'une autre « personne », si bien qu'il s'agirait d'un cas de responsabilité du fait d'autrui⁶¹¹. La responsabilité pénale des personnes morales contreviendrait donc au principe de responsabilité personnelle.

408. La seconde série de critiques découle de la première. Elles soulignent l'interdépendance de la volonté individuelle avec la faute de la personne morale. Il ne peut y avoir aucune faute de la personne morale sans que la personne physique qui la représente l'ait commise. Dès lors, la commission d'une infraction par la personne morale devrait impliquer celle de la personne physique. Pourtant l'article 121-2 du Code pénal dispose que la responsabilité des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs des mêmes faits. Aussi certains auteurs fustigent-ils ce qui leur semble être une approximation du législateur⁶¹². Réciproquement, il ne devrait pas y

entre litanie et liturgie », *D.* 2002, p. 1147 ; F. DESPORTES, « Les conditions d'imputation d'une infraction à une personne morale », *CJEG* 2000, p. 426 ; W. CASSIERS, « La responsabilité pénale des personnes morales : une solution trompe l'œil ? », *RDPC* 1999, p. 823 ; C. DUCOULOUX-FAVARD, « La responsabilité pénale des personnes morales », *LPA*, 1996, n°149, p. 36 ; F. FRANCHI, « A quoi peut bien servir la responsabilité pénale des personnes morales ? », *RSC* 1996, p. 277 ; A. PEZARD et G. INSOLERA, « Notions de responsabilité individuelle et de responsabilité collective », *LPA*, 1996, n°149, p. 12 ; J. RIFFAULT-TRECA et al., « La mise en oeuvre de la répression à l'encontre des personnes morales », *RSC* 1996, p. 262 ; F. LE GUNEHEC, M.-E. CARTIER et R. MERLE, « La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution ? » *Entretiens de Nanterre, JCP E* 1994, suppl. n°5, p. 30 et s. ; M.-E. CARTIER, P. CULIE, J.-J. HYEST, J.-M. DARROIS, J. LAUTOUR, J. LEAUTE, « La responsabilité des personnes morales », in *Le nouveau Code pénal, enjeux et perspectives*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1994, p. 35 ; J.-F. ESCHYLLE, « Les conditions de fond de la responsabilité pénale des personnes morales en droit du travail », *Droit Social* 1994, p. 638 ; B. BOULOC, « La responsabilité pénale des entreprises en droit français », *RID pén.* 1994, p. 669 ; C. MOULOINGUI, « L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales », *RTD com.* 1994, p. 441 ; J. MOULY, « La responsabilité pénale des personnes morales et le droit du travail », in *Actes du Colloque de Limoges du 11 mai 1993*, *LPA* 1993, n° 120, p. 33 et s. ; et dès avant l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994, voir P. FAIVRE, « La responsabilité pénale des personnes morales », *RSC* 1958, p. 551 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, « Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales », *RIDP* 1950, p. 342, qui expose que cette responsabilité ne peut exister qu'en « reflet » de celle de la personne physique.

⁶¹⁰ L. SAENKO, « De l'imputation par amputation ou le mode allégé d'engagement de la responsabilité des personnes morales », *Dr. pén.* 2009, n° 7, p. 9 ; M. FAVERO, « Responsabilité pénales des personnes morales et responsabilité des dirigeants : responsabilités alternatives ou cumulatives ? », *LPA* 1995, n°147, p.15 et s. ; D. GUIRIMAND, « La responsabilité pénale des personnes morales (la mise en oeuvre du nouveau dispositif) », *Droit social* 1994, p. 647 et s.

⁶¹¹ B. BOULOC, « Existe-t-il une responsabilité pénale du fait d'autrui », *préc.*, p. 36 et s. ; voir également J.-H. ROBERT, « Les préposés délégués sont-ils les représentants de la personne morale ? », *Mélanges P. Couvrat, La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 383.

⁶¹² P. CONTE, « La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal », in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, éd. Panthéon-Assas, 2001 p. 109 et s.

avoir de faute chez la personne morale lorsque son organe ou représentant n'en a commise aucune. Pourtant, l'article 121-3 du Code pénal dispose que la faute simple de la personne morale engage sa responsabilité, y compris lorsque le dommage présente un lien de causalité indirecte avec sa faute. Or, dans ce cas, la personne physique qui commet une faute simple n'est pas responsable⁶¹³. Il y a donc une incohérence à établir cette fiction pénale.

409. D'où une troisième série de critiques : si le législateur punit une faute fictive, cela ne revient-il pas à sanctionner une « infraction matérielle », celle qui existe indépendamment de l'imputabilité de son auteur ? En effet, si la commission du comportement incriminé par l'organe ou le représentant suffit à engager la responsabilité des personnes morales, ce mécanisme présente le travers de ressusciter les infractions matérielles à leur égard, alors même que la loi d'adaptation du 16 décembre 1992 les avait semble-t-il supprimé⁶¹⁴.

410. Enfin, une critique fondamentale devrait également s'adresser à cette définition fictive de la faute : la personne morale n'étant pas dotée de conscience morale, il est impossible de l'intimider par la menace d'une peine, comme de racheter sa faute en la soumettant à une souffrance qu'elle ne peut pas ressentir.

411. Pour tenter d'élucider la nature juridique de la faute d'une personne morale, plusieurs systématisations ont été élaborées, s'agissant principalement de la « faute diffuse »⁶¹⁵ et de la « responsabilité directe »⁶¹⁶. La théorie de la faute diffuse propose une explication des cas où, sans avoir identifié au préalable l'acte du représentant ou de l'organe, la jurisprudence conclut néanmoins à l'existence de sa responsabilité pénale. D'après les promoteurs de cette théorie, la Chambre criminelle sanctionnerait ainsi la mauvaise organisation d'une entreprise passée en habitude de fonctionnement⁶¹⁷. Elle

⁶¹³ L'exemple de la responsabilité non intentionnelle est ainsi présenté par J.-Y. MARECHAL, « Plaidoyer pour une responsabilité directe des personnes morales », *JCP* 2009, éd. G, n° 38, p. 46 et s.

⁶¹⁴ A. BRUNET, « Infractions matérielles et responsabilité pénale de l'entreprise », *LPA*, 1996, n°149, p. 27, spéc. n° 16 : « cette faute, réduite à la violation matérielle du règlement, ne mérite pas d'être qualifiée de faute pénale. Au mieux, elle se confond avec la faute civile, erreur abstraite de conduite qui n'implique pas la participation intellectuelle du responsable à la violation matérielle d'une norme ; au pire elle n'est qu'une application sournoise de la théorie du risque » ; voir également D. HENNEBELLE, « La place de l'infraction formelle en droit pénal du travail : regard d'un travailleur », *Droit social* 2001, p. 935, spéc. n° 3, qui tente de justifier la responsabilité du chef d'entreprise par la nature formelle des infractions du droit du travail.

⁶¹⁵ J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Lexis-Nexis, Carré droit, 2003, p. 71 ; idée déjà présente dans sa thèse, cf. *L'anonymat et le droit*, thèse Bordeaux IV, 1998.

⁶¹⁶ J.-Y. MARECHAL, « Plaidoyer pour une responsabilité directe des personnes morales », *JCP* 2009, éd. G, n° 38, p. 46.

⁶¹⁷ J.-C. PLANQUE, *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, éd. L'Harmattan, 2003, n° 589 ; F. DESPORTES et F. Le GUNHEC, *op. cit.*, n° 622 qui évoquent la « dilution de la faute au sein de la personne morale » ; J.-C. SAINT-PAU, « La faute diffuse de la personne morale », note sous Cass. Crim., 29 avril 2003, *D.* 2004, jurispr., p. 167 ;

défend donc encore implicitement l'idée qu'il faille un acte réel et physique qui corresponde à l'élément matériel d'une infraction, bien qu'il soit impossible d'identifier cet acte avec précision chez l'organe ou le représentant. Si cet acte n'est pas identifiable, il est sans doute diffus.

412. La théorie de la culpabilité « directe » tente également d'expliquer les arrêts où la Chambre criminelle conclut à l'existence d'une faute sans avoir identifié son auteur⁶¹⁸. Elle propose de justifier le rattachement de l'infraction à la personne morale parce qu'elle aurait été « réalisée dans le cadre du fonctionnement et des structures d'une société, dans le cadre de sa « politique » commerciale, économique, sociale etc. »⁶¹⁹. En d'autres termes, est direct l'acte qui s'inscrit dans l'activité réelle de la personne morale. Il faudrait donc s'en remettre à l'objet social de la personne morale pour identifier la nature de son activité.

413. Cependant de la même manière que ce qui a pu être proposé en matière d'abus de confiance ou de vol⁶²⁰, la qualification de l'infraction pourrait alors dépendre de critères consensuels, civilistes ou commercialistes. La nature pénale de l'acte de la personne morale dépendrait de l'activité de la personne morale, ce qui limiterait le champ d'infractions qu'elle pourrait causer. Pour chaque dommage survenu, il faudrait s'en remettre au domaine d'activité de la personne morale avant d'envisager sa responsabilité et, par exemple, vérifier qu'il s'agit d'une entité susceptible de faire des bénéfices avant de songer à la qualification de faits de blanchiment d'argent ou d'escroquerie. Pourtant en théorie, s'agissant du droit civil, le fait de dépasser l'objet social pour un dirigeant est inopposable au tiers. La limite de ses pouvoirs ne joue qu'avec les associés ; et s'agissant du droit pénal, une personne morale peut commettre n'importe quelle infraction. Le critère de la raison sociale ou de l'activité commerciale s'avère donc *contra legem*. De plus à suivre ce critère, il faudrait écarter la responsabilité de la personne morale lorsque

du même auteur, « La présomption d'imputation d'une infraction aux organes ou représentants d'une personne morale », note sous Cass. Crim., 20 juin 2006, *D.* 2007, jurispr., p. 617.

⁶¹⁸ J.-Y. MARECHAL, « Plaidoyer pour une responsabilité directe des personnes morales », *JCP* 2009, éd. G, p. 46, n° 9 : « bon nombre de cours d'appel s'affranchissent en effet largement, depuis plusieurs années, de l'exigence textuelle pour raisonner comme si l'infraction était réalisée directement, en tous ses éléments, par l'être moral ». L'auteur constate une évolution jurisprudentielle : dans un premier temps, la Chambre criminelle aurait forcé les juges du fond à relever une faute de l'organe ou du représentant, avant que cette exigence ne s'émousse devant l'habitude prise par les cours d'appel de se contenter d'une faute « directe » de la personne morale, c'est-à-dire sans passer par l'identification de l'organe ou du représentant fautif. Cependant l'auteur compare notamment des arrêts relatifs à des infractions intentionnels (n° 3 à 9) à d'autres rendus en matière non intentionnels (n° 9 et s.) pour poser ce constant évolutif. Il n'y a pourtant là aucune évolution mais application d'un seul et même critère dans deux schémas de faute différents.

⁶¹⁹ J.-Y. MARECHAL, « Plaidoyer pour une responsabilité directe des personnes morales », *JCP* 2009, éd. G, p. 46 et s., spéc. n° 19 ; C. MOULOUNGUI, « L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales », préc., spéc. p. 446 où l'auteur traite de la « politique d'entreprise fautive ».

⁶²⁰ Voir *supra* n°153.

son organe ou représentant a agi en dehors du cadre de ses attributions. Or sous l'empire du principe de spécialité, cette solution était écartée par certains auteurs. Ils faisaient légitimement remarquer que « *limiter la capacité délictuelle de la personne morale au domaine restreint des attributions fonctionnelles de l'organe qui a agi* » [créerait] une large zone d'irresponsabilité pénale injustifiée »⁶²¹.

414. Sans doute faut-il donc dénoncer la dérive anthropomorphique qui se dissimule derrière la responsabilisation des personnes morales⁶²². Toutefois cette critique, séduisante sur la forme, s'avère très limitée sur le plan technique, car elle décrit les effets sans permettre d'en comprendre les causes. Au surplus l'explication n'est pas « naturelle » à la matière pénale. Il faut rappeler que la théorie anthropomorphique trouve ses origines dans le droit canon à des fins purement civiles. Il s'agissait alors de garantir la dévolution des biens de l'Eglise par l'impossibilité pour chacun de ses membres d'en avoir le contrôle. Ce « *corpus mysticum* » était de la sorte distingué des membres le composant et doté d'une volonté autonome⁶²³.

415. Les systèmes proposés pour rendre compte du caractère personnel de la responsabilité pénale des personnes morales apparaissent perfectibles. Ils ne balayent pas totalement les réserves émises sur le respect du principe de responsabilité du fait personnel et la finalité rétributive de la peine. Ces efforts de systématisation, tout comme les critiques adressées à la jurisprudence qu'ils visent, reposent sur un seul et même postulat : l'idée que l'infraction est un acte réel qui doit être commis par un individu fait de chair et de sang, la faute pénale étant de nature psychologique. Alternativement aux deux systèmes proposés, une autre explication peut être émise. Si la personne commet une infraction *révélée* par ses manifestations physiques, l'identification de l'acte ou de l'omission qui devrait la concrétiser devient indifférente. Il apparaît alors que *la raison profonde de l'incompréhension de la nature de la faute des personnes morales tient au réalisme infractionnel*. Définir l'infraction de manière intellectuelle permet de résoudre l'ensemble de ces contradictions.

⁶²¹ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 605 ; dans le même sens, F. DESPORTES, « Le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales », *JCP E* 1993, I, p. 219 et s., spéc. n° 18.

⁶²² V. WESTER-OUISSE, « Responsabilité pénale des personnes morales et dérives anthropomorphiques », *Rev. pénit. et de Dr. pén.* 2009, p. 63 et s. ; « Dérives anthropomorphiques de la personnalité morale : ascendances et influences », *JCP* 2009, n° 16, p. 13.

⁶²³ Dans le même sens, B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris, 1963, p. 297 et s.

2. *La résolution des problèmes soulevés par la responsabilité pénale des personnes morales à l'aide du discernement*

416. A l'aide du critère du discernement, assorti d'une définition intellectuelle de l'infraction, il est possible de regarder l'article 121-2 du Code pénal sous un angle nouveau. Le Code pénal subordonne la responsabilité pénale de la personne morale à la commission d'un fait « pour son *compte* », c'est-à-dire donc à partir de la conscience, chez l'organe ou le représentant, que la personne morale sera *comptable* d'un groupe de personnes. Il se comporte en effet comme s'il était le corps en action de la personne morale. L'infraction qu'il commet sous l'empire de cette conviction engage la responsabilité de l'entité qu'il représente. Il existe donc bien une faute chez la personne morale, conditionnée par le discernement de la personne de son organe ou représentant

(a). Cette faute constitue le support de l'application d'une peine intimidante et rétributive

(b).

a. *Le discernement de l'organe ou du représentant, condition de la faute de la personne morale*

417. Le mécanisme d'imputation d'une faute à la personne morale est analogue à celui qui permet de qualifier la faute de la personne physique. Par exemple, quand le droit pénal exige d'un individu qu'il agisse comme s'il avait conscience d'être un professionnel pour lui imputer une omission coupable, en conscience d'être un conducteur pour lui reprocher de s'être enivré avant la conduite, ou qu'il apprécie sa faute plus sévèrement lorsqu'il s'agit d'un médecin pour l'omission de porter secours, il y a bien prise en compte de l'idée que cet homme se faisait de ses devoirs. Dans ce dernier cas, nul n'aurait idée d'invoquer au soutien de son irresponsabilité le caractère fictif de la condition de professionnelle ou de conducteur.

418. Suivant ce critère, il n'y a pas lieu d'opérer de distinction parmi les infractions fulminées par le législateur. *Toutes les infractions peuvent être commises par la personne morale, quel que soit son domaine d'activité.* Il est vrai qu'en psychologie pure, on imagine mal qu'une personne morale puisse violer, omettre de porter secours, se rendre coupable d'abandon de famille ou de non-respect de l'obligation scolaire. Y a-t-il pourtant plus de facilités à l'imaginer commettre un abus de biens sociaux ou un homicide involontaire ? Les critiques qui dénoncent le caractère fictif de cette responsabilité se fondent implicitement sur le *réalisme infractionnel*. Pourtant la « réalité » légale est toute autre. Dans l'ordre juridique, la personne morale a une existence aussi indiscutable que celle de la personne physique.

419. En d'autres termes, l'individu et la personne relèvent de deux champs autonomes : l'ordre réel pour l'individu, l'ordre normatif pour la personne. Car le réel répond à un principe ontologique (la science de ce qui est) mais le droit pénal dépend pour sa part d'un principe normatif (la science de ce qui doit être). Dans l'ordre normatif, l'infraction de la personne physique est aussi « réelle » que celle de la personne morale : elle est *matérielle*. La culpabilité de la personne morale ne constitue donc pas une fiction : elle est présomptive. L'individu qui a conscience d'incarner la personne morale est assujéti à un devoir général de précaution dans les faits qu'il accomplit pour son compte. Il lui faut donc assumer le risque, en tant que représentant ou organe de cette personne, des dommages causés par ses actes ou omissions sous cette qualité. La constatation d'un dommage manifétera justement que la personne morale a manqué à l'une des obligations liées à son statut personnel. En théorie, la personne physique incarnant cette personne devrait pouvoir rapporter la preuve de son ignorance absolue, en démontrant qu'il ne pouvait pas savoir qu'il avait été nanti de cette qualité. Mais la personne morale n'en serait pas moins coupable de négligence : elle ne serait pas assurée qu'une personne physique veille à l'absence de violation de la loi pénale (le défaut d'organisation de la personne morale). La personne morale douée de discernement est donc présumée fautive de manière quasi-irréfragable en matière non intentionnelle.

420. En somme, la punition des personnes physique ou morale nécessite une conscience objective : le discernement personnel. Il s'agit d'une conscience fondée dans l'ordre juridique. Elle ne s'inspire pas des qualités individuelles de ses membres mais uniquement des qualités juridiques que le droit reconnaît à ces personnes. L'article 121-2 du Code pénal ne déroge donc pas à la théorie kelsénienne, qui veut que la loi décide seule de ce qui peut prétendre à l'existence dans le champ normatif⁶²⁴. Son mécanisme ne constitue d'ailleurs pas une exception française⁶²⁵. Cette explication assure pour le surplus la cohérence de la responsabilité pénale des personnes morales avec les fondements traditionnels de la peine. L'aspect rétributif de la peine découle directement de cette conscience personnelle.

⁶²⁴ Voir à ce sujet B. OPPETIT, *op. cit.*, spéc. p. 410. La définition de la personne morale qu'il propose se situe, pour le droit civil, dans cette même perspective ; de même C. MAURO, *op. cit.*, par exemple au sujet du droit de la personne morale à un procès équitable, n° 522 et s.

⁶²⁵ Le système de pénalité français paraît finalement analogue au droit anglais qui punit l'organe ou le représentant en tant qu'incarnation de la personne morale (*vicarious liability*). Cf. Pour un exposé de droit comparé, voir ; G. GIUDICELLI-DELAGÉ, *La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales*, éd. Volumen, 2013 ; D. BATESON, « Le point de vue anglais » (à propos de la responsabilité pénale des personnes morales), Colloque de Sienne, *LPA*, 1996, n°149, p. 5 et s. ; J.-H. ROBERT, « La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais », *Dr. pén.* 1995, chr. 30.

b. La faute de la personne morale, support de l'application d'une peine intimidante et rétributive

421. L'imputation d'une peine à la personne morale, dont la responsabilité pénale est actionnée à partir du fait d'une personne physique organe ou représentant de celle-ci, fait réciproquement prendre conscience à son incarnation la qualité en vertu de laquelle il a été sanctionné. Ce n'est donc pas la volonté propre du groupement, telle qu'elle est reconnue en droit civil, qui fournit le support de la culpabilité de la personne morale⁶²⁶, mais bien la conscience d'une sujétion à ce statut pénal particulier.

422. Afin d'assurer une fonction intimidante à la peine imputée à la personne morale, le droit pénal dispose de deux facteurs de dissuasion majeurs. Le premier résulte du rétablissement de la peine de mort dans le Code pénal à l'égard des personnes morales. La peine de mort a été abolie à l'égard des personnes physiques par la loi du 9 octobre 1981⁶²⁷. Cependant la reconnaissance ultérieure de la responsabilité pénale des personnes morales comprend, dans l'éventail des peines prononçables, celle de la dissolution (art. 131-39, 1° du Code pénal), ce qui équivaut à la mise à mort de cette personne. En principe, encore faut-il que la personne morale ait été créée à dessein de commettre une infraction pour que cette sanction puisse être prononcée ; par exception, cette issue reste possible lorsque la personne morale a été manifestement détournée de son objet, à la fin de commettre une infraction punissable d'au moins cinq ans de prison⁶²⁸.

423. Par conséquent la rétribution joue potentiellement à plein en l'occurrence. La peine laisse intact le souvenir de sa sévérité. S'il est loisible à cette personne physique de créer une nouvelle personne morale, même unipersonnelle, ce sera désormais sous la crainte de devoir subir une peine en cas de violation de la loi. Intimidation et rétribution constituent donc également les fondements de la punition de la personne morale. L'extension de la notion de personne (des personnes physiques aux personnes morales) n'a pas remis en cause les fonctions traditionnelles de la peine.

424. Cette approche permet donc de fournir une explication cohérente des mécanismes de la responsabilité pénale. Elle éclaire en outre le sens d'hypothèses jurisprudentielles

⁶²⁶ En ce sens, J.-Y. MARECHAL, *J.-Cl. pén.*, art. 121-2, « Responsabilité pénale des personnes morales », fasc. 20, n° 5.

⁶²⁷ Loi n° 81-908 du 9 octobre 1981, JO p. 2759, en vigueur au 10 octobre 1981.

⁶²⁸ Pour un exposé de l'ensemble des peines applicables aux personnes morales, voir J.-P. DINTILHAC et F. CORBI, « Des peines et de leur exécution », *LPA*, 1996, n°149, p. 46 et s.

encore incomprises. L'étude des manifestations du critère de la conscience réflexive s'impose alors pour démontrer sa légitimité.

Section 2. Les manifestations du critère

425. L'analyse de la jurisprudence s'effectue, en règle générale, à partir d'une conception individuelle de la faute, ce qui nécessite alors de s'en remettre à un standard juridique pour apprécier la culpabilité de l'auteur des faits. Cependant cette méthode de qualification de l'infraction présente des limites. Elle ne permet pas d'expliquer les arrêts de la Chambre criminelle qui sanctionnent l'*intention* de l'individu qui n'a pourtant pas *voulu* commettre le fait incriminé. De même, en matière non intentionnelle, l'approche traditionnelle de l'infraction, ne met pas suffisamment en exergue la spécificité de la faute pénale sanctionnée en jurisprudence. Elle semble pareille à la faute civile, ce que démontrerait d'ailleurs son régime juridique : en matière d'imprudence comme en matière civile délictuelle, il faut rapporter la triple preuve d'un dommage, d'une faute et d'un rapport de causalité les liant. Aborder l'infraction à l'aide du discernement de l'auteur des faits, et non plus au regard de sa volonté, permet de justifier la spécificité de l'imprudence pénale. Cette approche dévoile la cohérence de l'ensemble des solutions admises par la Chambre criminelle.

426. Si toute personne est présumée jouir du discernement, elle sera en faute à chaque fois que, consciente de ses obligations personnelles, elle n'a pas tout fait pour s'y conformer. La réalisation du dommage incriminé démontre alors qu'elle n'a pas rempli les obligations auxquelles la loi pénale l'astreignait. Autrement dit, la faute ne résulte pas d'une *volonté* de commettre le résultat, ni de la volonté du comportement qui est à l'origine du dommage « involontaire ». Elle correspond toujours à une *ignorance* : le doute qu'elle peut avoir quant à la parfaite conformité de son comportement à la loi. Face à la conscience de ses devoirs, elle sera fautive de « *n'avoir pas pris les mesures qui lui auraient permis d'éviter le dommage* » (art. 121-3 du Code pénal). Le droit pénal oblige donc toute personne à une rigueur comportementale constante. A cet égard, la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 recèle un apport qui n'a pas été mis en exergue. Elle uniformise les conditions de la faute pénale en matière d'imprudence, en réalisant le

transfuge du critère de la causalité vers le « droit pénal général »⁶²⁹. Afin de qualifier la faute d'imprudence, les juges doivent viser les qualités au regard desquelles ils qualifient la faute. Il est donc possible de contrôler leur qualification du comportement imprudent, ce qui limite d'autant le risque d'arbitraire judiciaire. La faute résulte en effet *a minima* d'une abstention fautive, celle qui consiste à n'avoir pas vaincu le doute qu'un dommage pourrait survenir par la certitude qu'il ne se réaliserait pas, en matière intentionnelle (§ 1) comme en matière non intentionnelle (§ 2).

§ 1. En matière intentionnelle

427. Définir la faute de manière psychologique conduit à admettre que la Chambre criminelle sanctionne parfois une faute « antérieure » ou qu'elle reconnaît des « présomptions d'intention ». Pourtant ces fautes ne sont ni antérieures ni présumées : elles adviennent dès qu'une personne s'émancipe des obligations la concernant. La constatation du dommage incriminé révèle donc, *a posteriori*, l'existence préalable d'une faute. La définition personnelle du discernement permet ainsi de résoudre tant le problème des « présomptions d'intention » (1) que celui des « présomptions de mauvaise foi » (2).

A. La résolution du problème des présomptions d'intention

428. Sous l'intitulé des « présomptions d'intention », l'opinion doctrinale commune vise la jurisprudence désormais classique suivant laquelle « *la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique l'intention coupable* »⁶³⁰.

⁶²⁹ Le critère causal appartenait aux articles 319 et 320 du Code pénal de 1810. Il est désormais situé à l'article 121-3 du Code pénal.

⁶³⁰ Crim., 9 février 2010, Bull. crim. n° 19, au sujet du délit d'exercice illégal de la médecine par acupuncture (art. L. 4161-1 ancien du Code de la santé publique), « le prévenu a pris part habituellement au traitement par l'acupuncture de maladies réelles ou supposées sans être titulaire d'un diplôme exigé pour l'exercice de la profession de médecin, et dès lors que la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3 du code pénal » ; Crim., 15 décembre 2009, Bull. crim. n° 212, au sujet du délit de publicité de nature à induire en erreur prévue par l'article L. 121-1 du code de la consommation : « le prévenu n'a pas pris toutes les précautions propres à assurer la véracité des messages publicitaires, et dès lors que la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1er, du code pénal, la cour d'appel a justifié sa décision » ; Crim., 17 juin 2008, Bull. crim. n° 155, au sujet du délit de dissimulation d'emploi salarié, la bonne foi psychologique ne suffisant pas à établir l'irresponsabilité pénale (cassation pour contradiction de motifs) : « en se déterminant ainsi, sans répondre aux conclusions de la partie civile, qui faisait valoir que la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire, en l'espèce le défaut de remise de bulletins de paie, implique de la part de

429. Cette jurisprudence existe déjà sous l'empire du Code pénal de 1810. La Chambre criminelle qualifie par exemple la violation des articles 3 et 18 de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement (infraction de construction sans autorisation administrative préalable) de *volontaire* (l'auteur « a volontairement exploité sans autorisation l'installation précitée »), concluant que « la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1er, du Code pénal »⁶³¹.

430. La formulation est identique en matière d'urbanisme à l'égard de celui qui souhaite construire un immeuble⁶³², y compris lorsque la faute se double d'une poursuite des travaux au mépris d'un arrêté du maire ordonnant l'interruption⁶³³ ; en matière d'infraction économique⁶³⁴, notamment la condamnation d'un chef d'entreprise garagiste ayant vendu près de cent véhicules d'occasions sans établir de factures alors, conscient de cette qualité, il aurait dû y procéder⁶³⁵ ; en matière d'usurpation de la fonction de

son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1^{er}, du Code pénal, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision » ; Crim., 9 mai 2007, Bull. crim. n° 120 : « attendu que, pour le déclarer coupable de ce délit, prévu et réprimé par l'article L. 715-3, alors applicable, devenu l'article L. 6125-1 du code de la santé publique, l'arrêt relève que l'établissement géré par le prévenu, en raison de la nature et de la technicité des actes qui y étaient pratiqués ainsi que du niveau de ses équipements et installations, constituait un établissement de santé privé et précisément une structure de soins alternative à l'hospitalisation permettant l'exercice de la chirurgie ambulatoire ; que les juges constatent qu'un tel établissement était soumis, lors de sa création, à l'autorisation du ministre chargé de la santé ou de l'agence régionale de l'hospitalisation, conformément aux prescriptions de l'article L. 712-8 du code de la santé publique ; Attendu qu'en l'état de ces énonciations et constatations, d'où il résulte que l'établissement ouvert et géré par le prévenu, qui avait pour objet de dispenser, sans hébergement, des soins de courte durée en chirurgie, répondait à la définition des établissements de santé fournie par les articles L. 711-1 et L. 712-2 devenus les articles L. 6111-1 et L. 6111-2 du code de la santé publique, la cour d'appel, qui a retenu une incrimination exprimée par la loi de manière claire et précise, a caractérisé sans insuffisance l'élément matériel de l'infraction poursuivie ; Attendu que, par ailleurs, la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1er, du code pénal » ; Crim., 28 juin 2005, Bull. crim. n° 196, p. 688, *RSC* 2006, p. 561, note O. FARDOUX : « Attendu que la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par ce texte ; Attendu que, pour relaxer Thierry X... du chef d'acquisition d'oiseaux appartenant à des espèces protégées, l'arrêt attaqué retient que le prévenu en achetant ses anatidés dans un établissement inscrit au registre du commerce avec remise d'une facture officielle pouvait légitimement penser que cette acquisition se faisait en toute légalité, les oiseaux étant de plus exclusivement destinés à l'agrément de son plan d'eau ; Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors que le prévenu n'alléguait pas avoir commis une erreur sur le droit au sens de l'article 122-3 du Code pénal, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé » ; Crim., 7 janvier 2003, Bull. crim. n° 1, p. 1, pour le délit d'acquisition d'un chien d'attaque institué par l'article 2 de la loi du 6 janvier 1999 et désormais prévu et puni par les articles L. 211-15 et L. 215-2 du Code rural ; Crim., 10 octobre 1996, Bull. crim. n° 358, p. 1056, au sujet du délit de vente à prix illicite commis par un directeur de magasin à grande surface ; Crim., 10 janvier 1996, Bull. crim. n° 13, p. 29, pour un délit de construction sans permis de construire ; Crim., 30 octobre 1995, Bull. crim. n° 335, p. 969, au sujet du délit de publicité illicite en faveur du tabac.

⁶³¹ Crim., 16 juin 1999, inédit, n° de pourvoi : 08-87911 ; Crim., 30 octobre 2007, inédit, n° de pourvoi : 07-81505 ; Crim., 2 octobre 2007, inédit, n° de pourvoi : 07-81194 ; Crim., 13 décembre 2005, inédit, n° de pourvoi : 05-82161 ; Crim., 29 novembre 2005, inédit, n° de pourvoi : 05-83129 ; Crim., 11 janvier 2005, inédit, n° de pourvoi : 04-82716 ; Crim., 25 mai 1994, Bull. crim. n° 203.

⁶³² Crim., 25 mai 1994, Bull. crim. n° 203 p. 474, arrêt n° 1 ; Crim., 10 janvier 1996, Bull. crim. n° 13, p. 29 ; Crim., 18 juin 1997, Bull. crim. n° 247, p. 814 (construction sans permis, le requérant invoquait une autorisation tacite).

⁶³³ Crim., 12 juillet 1994, Bull. crim. n° 280, p. 692, où la Cour relève la nécessité d'un « élément intentionnel » pour la violation des articles L. 160-1, L. 480-4, L. 480-7 et R. 123-35-1-1 du Code de l'urbanisme.

⁶³⁴ Crim., 10 octobre 1996, Bull. crim. n° 358, p. 1056 (vente par le directeur d'une grande surface de produits à un prix inférieur au coût d'achat).

⁶³⁵ Crim., 25 mai 1994, Bull. crim. n° 203, p. 474, arrêt n° 2.

juriste⁶³⁶, au sujet d'une propagande illicite en faveur du tabac⁶³⁷, d'acquisition illicite d'animaux dangereux⁶³⁸, ou encore de pratique commerciale trompeuse⁶³⁹ ; les exemples sont légion⁶⁴⁰.

431. De cette jurisprudence ressort l'impression qu'il existe des délits intentionnels constitués par leur seule commission matérielle, l'intention paraissant n'être relevée qu'à titre formel, par égard à la nature délictuel de ces délits. Envisagée par rapport à la volonté de l'individu, cette jurisprudence semble présumer l'existence d'une faute à chaque fois que l'auteur des faits ignorait la nature de son comportement. Un auteur y devine une confusion entre une règle de preuve (et il serait alors légitime de poser ce rapport d'implication) et une règle de droit substantiel (et dans ce cas, la constatation de la violation n'*implique* pas mais *constitue* l'infraction coupable)⁶⁴¹. S'il faut un coupable, l'auteur dont la faute est cette fois bien caractérisée serait, peut-être, la Chambre criminelle elle-même⁶⁴². D'après cette interprétation, tout se passe en effet « *comme si* » la culpabilité résultait du seul accomplissement de l'action⁶⁴³. Ces solutions seraient dues à la sévérité naturelle des juges⁶⁴⁴ qui sanctionneraient une faute d'imprudence en lieu et place de l'intention légalement requise⁶⁴⁵. Que ces auteurs constatent la sanction matérielle d'une faute d'imprudence (dol éventuel ou *praeter-intentionnel*) ou le recours à une présomption d'intention, ils sont unanimes pour condamner cette jurisprudence.

432. Ces arrêts, dont le nombre suffit à laisser entendre qu'ils appliquent un critère juridique qui échappe encore à l'analyse, peuvent cependant être justifiés. La conscience personnelle, à la différence de la conscience individuelle, ne porte sur le fait mais sur les obligations que l'intéressé doit respecter. Par conséquent si le dommage redouté se

⁶³⁶ Crim., 8 juin 1995, Bull. crim. n° 211, p. 576, s'agissant de l'infraction d'usurpation de titre prévue à l'article 74 de la loi du 31 décembre 1971, en violation d'une prescription prévue à l'article 422-5 du Code de la propriété intellectuelle.

⁶³⁷ Crim., 30 octobre 1995, Bull. crim. n° 335, p. 969, condamnation d'une personne morale au titre de la publicité établie pour le compte de l'annonceur, en violation des dispositions de l'article 8 de la loi du 9 juillet 1976, « alors que les directeurs de publication des organes de presse ayant servi de support, qui ont accepté de la diffuser, ne pouvaient ignorer son illicéité manifeste ».

⁶³⁸ Crim., 7 janvier 2003, Bull. crim. n° 1, p. 1, infraction prévue aux articles L. 211-15 et L. 215-2 du Code rural. L'auteur, inconscient de l'illicéité de son acte, s'était présenté volontairement aux services de police afin d'obtenir un récépissé de déclaration.

⁶³⁹ Crim., 15 décembre 2009, JurisData n° 2009-050976, Bull. crim. n° 212 ; *Dr. pén.* 2010, comm. 41, note J.-H. ROBERT ; *AJ pénal* 2010, p. 73, note N. ERESEO et J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

⁶⁴⁰ Pour des exemples relatifs à l'abus de confiance et à la non-représentation d'enfant, cf. M. DANTI-JUAN, v° « Force majeure », respectivement aux n° 54 et 55.

⁶⁴¹ P. CONTE, « La dépénalisation : réalité ou mirage ? », in *Peine, dangerosité, quelles certitudes ?*, Dalloz, 2010, p. 27, n° 6 ; J.-H. ROBERT, *Dr. pén.* 2008, n° 132 ; M. VERON, *ibid.*, qui évoque la renaissance de cette théorie « *par la création d'une véritable présomption d'intention coupable, présomption quasi-irréfragable, que les juges font peser sur les « professionnels » (...) qu'ils ont à juger pour des infractions pénales* ».

⁶⁴² J.-H. ROBERT, *Dr. pén.* 2008, n° 132, dénonce le non-sens de cette jurisprudence.

⁶⁴³ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 578.

⁶⁴⁴ Notamment en droit de l'environnement, dans la continuité de la jurisprudence précitée sur l'article L. 432-2 du Code de l'environnement : Crim., 25 octobre 1995, Bull. crim. n° 332 ; Crim., 3 avril 1996, inédit, n° de pourvoi : 95-80062 ; Crim., 15 mai 2001, Bull. crim. n° 123, *Dr. pén.* 2001, n° 117 ; Crim., 7 novembre 2006, Bull. crim. n° 279.

réalise, cela fournira bien la preuve que la *personne* a adhéré à sa survenance, sauf à ce qu'elle renverse cette présomption en prouvant qu'elle ne pouvait avoir connaissance de l'obligation normative en cause. La Chambre criminelle vise ainsi légitimement la violation *en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire*. Elle fait référence à la connaissance de l'existence de la loi pénale chez la personne douée de discernement. Dès lors, la réalisation du dommage qu'elle aurait dû empêcher *implique* qu'elle ait eu une intention coupable. Autrement dit, *le doute individuel peut équivaloir à l'intention personnelle*.

433. Mais il faut surtout revenir sur l'affaire Trémintin⁶⁴⁶ pour son exemplarité. Le matelot qui, bénéficiant d'une permission, s'enivre à terre et ne rejoint pas son navire à temps le lendemain matin pour cause d'incarcération lié à son état d'ébriété, commet une faute à l'instant même où il commence à s'enivrer. La fermeté de sa volonté de désertier est indifférente en droit pénal. Son intention personnelle équivaut ici à une imprudence individuelle, car il avait la certitude qu'en s'alcoolisant outre mesure, il prenait le risque de ne pas rejoindre son bord.

434. De même en matière de tromperie⁶⁴⁷, la Chambre criminelle caractérise l'intention à partir d'un contrôle insuffisant de la marchandise⁶⁴⁸. L'omission est coupable au regard de la conscience réflexive du professionnel : il aurait dû procéder aux vérifications d'usage. Et s'agissant du conducteur, le bénéfice de la force majeure est refusé à celui qui n'a pas su éviter un accident en raison de l'irruption d'un obstacle, aléa qu'il aurait néanmoins pu anticiper⁶⁴⁹, comme lorsque le dommage est causé par le mauvais entretien

⁶⁴⁵ Cf. J.-Y. MARECHAL, *J.-Cl. pén.*, art. 121-3, fasc. 20, n° 34 et n° 63.

⁶⁴⁶ Crim., 21 janvier 1921, Bull. crim. n° 52 ; S. 1922, I, p. 185, note J. A. ROUX ; M. PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Cujas, 1976 ; confirmé par Crim., 6 mai 1970, Bull. crim. n° 154 ; cf. M.-L. RASSAT, *J.-Cl. pén.*, v° « Troubles psychiques ou neuropsychiques et contrainte », n° 96 ; également sur cette question, J. LEAUTE, « Le rôle de la faute antérieure dans le fondement de la responsabilité pénale », *D.* 1981, chr. p. 295 ; A. VITU, *RSC* 1986, p. 89 ; J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 311, d'après lequel le silence de la loi dans la rédaction de l'article 122-1 du CP s'interprète comme une condamnation légale de la faute antérieure ; P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*, n° 366, pour qui la prise en compte de la faute antérieure contrevient au principe de l'existence des éléments de l'infraction au moment de sa commission ; C. MARGAINE, *op. cit.*, n° 166, p. 115, pour lequel l'arrêt Trémintin confond l'imprudence et la volonté de désertier.

⁶⁴⁷ Crim., 25 janvier 1990, JurisData n° 1990-001530 ; *Dr. pén.* 1990, comm. 228, note J.-H. ROBERT ; Crim., 3 octobre 2000, JurisData n° 2000-006757 ; Crim., 2 octobre 2007 : JurisData n° 2007-041202.

⁶⁴⁸ Crim., 13 juin 2006, JurisData n° 2006-034487 ; voir également J.-H. ROBERT, *J.-Cl. pén. affaires*, v° Fraudes, fasc. 10, n° 58 et 59 ; voir également, Crim., 25 janvier 1990, JurisData n° 1990-001530 ; *Dr. pén.* 1990, comm. 228, note J.-H. ROBERT ; Crim., 3 octobre 2000, JurisData n° 2000-006757 ; Crim., 2 octobre 2007 : JurisData n° 2007-041202.

⁶⁴⁹ Crim., 21 juin 1972, Bull. crim. n° 214 ; Crim., 29 novembre 1972, Bull. crim. n° 367.

de son véhicule doté de freins défectueux⁶⁵⁰, ou encore parce qu'il fut pris d'un malaise prévisible au volant alors qu'il connaissait son mauvais état de santé⁶⁵¹.

435. La volonté ne constitue un critère de référence pour la qualification de l'infraction. Soumis à des obligations légales ou réglementaires impératives, une personne commet est responsable à chaque fois qu'un dommage démontre qu'elle a failli à ses obligations, où l'on comprend l'adage issu du droit romain, « *dura lex, sed lex* ». Ceci explique que la bonne foi n'entraîne aucun effet d'irresponsabilité pénale.

B. La résolution du problème des présomptions de mauvaise foi

436. La bonne foi individuelle ne justifie pas l'irresponsabilité pénale. Elle a la nature d'un mobile, indifférent au droit pénal, et n'a d'effet déresponsabilisant que lorsqu'elle reconnue dans un texte de loi, autrement dit lorsque le législateur attache explicitement un effet absolu à un mobile particulier. Sous le vocable de « *présomption de mauvaise foi* » se dissimule des hypothèses illustrant l'indifférence du droit pénal à la volonté individuelle (1), nonobstant toute reconnaissance légale de cette volonté ou des mobiles individuels (2).

1. La bonne foi psychologique, mobile indifférent au droit pénal

437. Un exemple retient l'attention en matière intentionnelle : celui des infractions prévues à l'article 35 bis de la loi du 29 juillet 1881 qui pose une « *présomption de mauvaise foi* » à l'égard de toute personne publiant des faits diffamatoires⁶⁵². La jurisprudence a cependant étendue cette présomption aux contraventions de diffamations et injures non publiques⁶⁵³.

438. Deux méthodes ont été suivies pour expliquer la justification de la publication de propos diffamatoires. *La première*, à l'instar du premier président Mimin, consiste à

⁶⁵⁰ Crim., 8 juillet 1971, Bull. crim. n° 222.

⁶⁵¹ Crim., 12 février 1976, Bull. crim. n° 57, des suites d'une hypotension chronique ; Crim., 8 mai 1974, Bull. crim. n° 165, en raison d'un état de fatigue accentué par l'absence de prise de nourriture ; également Crim., 11 mai 2004, Bull. crim. n° 115, RSC 2004, p. 878, obs. Y. MAYAUD.

⁶⁵² « Toute reproduction d'une imputation qui a été jugée diffamatoire sera réputée faite de mauvaise foi, sauf preuve contraire par son auteur ».

⁶⁵³ Cf. P. AUVRET, « Eléments constitutifs des infractions à la loi de 1881 », Juriscl. Communication, fasc. 3020, n° 121, qui considère que la jurisprudence est « casuistique » en la matière.

étoffer la définition psychologique de la bonne foi de critères adjuvants⁶⁵⁴. *La seconde* consiste à s'extraire purement et simplement du cadre d'analyse formel de la bonne foi, qualifiée de « *faux ami* »⁶⁵⁵, pour y voir l'émanation d'un fait justificatif⁶⁵⁶. D'après cette opinion, celui qui reproduit des faits diffamatoires agit nécessairement avec intention de nuire⁶⁵⁷ ; « *à moins d'être inconscient* »⁶⁵⁸. L'infraction ne concernerait donc que celui qui sait que les propos qu'il tient ou écrits qu'il publie sont de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne. La nécessité de cette volonté maligne induirait donc l'existence d'un « *élément injuste* » dans les infractions de diffamation et d'injure, la bonne foi n'ayant aucun effet disculpant dès lors qu'elle n'atteindrait pas cet élément⁶⁵⁹. Toutefois, d'après ces mêmes auteurs, il faut alors regretter que la diffamation soit punie même lorsqu'elle résulte d'une imprudence, par exemple chez la journaliste qui n'aurait pas suffisamment vérifié l'exactitude des faits qu'elle rapporte⁶⁶⁰.

439. Pourtant ce défaut de vérification constitue justement la faute qui précède les manifestations de l'infraction avec la publication de données infamantes. Cette faute se qualifie au regard du statut personnel du journaliste. Il n'y a donc pas justification de l'infraction mais commission d'un fait répréhensible par l'individu jouissant du discernement. La mauvaise foi dont il est question ne correspond pas à la conscience que l'auteur avait de la portée illicite du propos rapporté, mais de la conscience qu'il aurait de ses devoirs au regard de sa fonction professionnelle. Il revient au même d'affirmer que l'auteur de la publication aurait dû s'abstenir de publier « l'information » litigieuse, s'il n'était pas certain d'agir en conformité avec la loi du 29 juillet 1881.

440. Dès lors, le renversement de cette présomption passe alors par la preuve d'une *conviction* que la publication litigieuse ne violait pas la loi pénale. C'est pourquoi la

⁶⁵⁴ Note P. MIMIN sous Crim., 27 octobre 1938, *D.* 1939, p. 77. Quatre critères sont proposés, dont le premier serait la sincérité de l'agent (cumulativement avec la légitimité du but poursuivi, du caractère proportionnel du dommage causé aux victimes par la recherche de ce but et une certaine prudence. Il distingue les qualités subjectives de l'auteur et objectives du faits qui doivent être réunies afin d'écarter la culpabilité de l'agent. La condition de *sincérité* est remplie lorsque l'auteur associe à la franchise de sa démarche une connaissance directe des éléments publiés ou des sources de premières main ; celle de *prudence* répond à l'exigence de vérification des sources et un contrôle personnel de vérification de la véracité des faits ; la *légitimité du but poursuivi*, tous les faits rapportés devant y répondre strictement ; enfin la *correction* des moyens employés ou que l'auteur ne connaissait pas la personne visée.

⁶⁵⁵ B. de LAMY, note sous Crim., 1^{er} octobre 1996, *D.* 1998, p. 499, y voit une cause objective d'irresponsabilité davantage qu'un obstacle à l'émergence d'une intention coupable.

⁶⁵⁶ J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 246 ; dans le même sens L. TEILLOT, *op. cit.*, p. 124 ; voir également G. ROUJOU DE BOUBEE, « Essai d'une théorie générale de la justification », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1982, p. 11 et s.

⁶⁵⁷ En ce sens P. CONTE, « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », *Mélanges A. CHAVANNE*, Litec, 1990, p. 49 et s.

⁶⁵⁸ A. CHAVANNE, « Diffamation », in H. BLIN, A. CHAVANNE, R. DRAGO et J. BOINET, *Traité du droit de la presse*, remis à jour sous la direction de J.-H. ROBERT et E. DERIEUX, n° 99.

⁶⁵⁹ P. CONTE, « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », préc.

⁶⁶⁰ « Le devoir d'objectivité du journaliste lui impose de vérifier avant la publication l'exactitude des faits qu'il publie », cf. Crim., 14 mars 1962, Bull. crim. n° 131 ; Crim., 12 juin 1978, Bull. crim. n° 191.

« *vraisemblance* » des faits imputés ou leur « *notoriété* » ne suffisent pas à l'irresponsabilité pénale du diffamateur⁶⁶¹ ; et qu'est coupable celui qui avait « *l'opinion* » d'accomplir un acte légitime ou qu'il « *croyait* » en la réalité des faits allégués⁶⁶². L'auteur de la publication commet encore l'infraction suite à une erreur, due à une mauvaise transmission téléphonique, qui le conduit à confondre dans un journal le nom du complice d'assassinat avec celui du commissaire de police d'une localité⁶⁶³, voire lorsqu'il souhaitait informer le public⁶⁶⁴. La publication survenue en contradiction de cette conscience réflexive établit une *intention personnelle* de nuire⁶⁶⁵, présomption qui ne pourrait être renversée que par la preuve d'une conviction absolue de n'avoir pas pu violer la loi. Cette preuve sera alors très difficile à fournir. Elle n'a plus à l'être en revanche lorsque celui qui commet l'acte objectivement punissable agit conformément à un statut personnel qui intègre la prise en compte de ses mobiles

2. *Le rôle exceptionnel de la bonne foi : la reconnaissance par la loi du statut légal justificatif*

441. En principe, au même titre que les convictions psychologiques, la bonne foi est un motif indifférent au droit pénal. L'inefficacité de la bonne foi s'apprécie par exemple avec le délit d'insoumission de l'article L. 321-1 du Code de justice militaire, ou du refus d'obéissance prévu aux articles L. 323-6, L. 323-7 et L. 323-8 du même code⁶⁶⁶. Sous l'empire de l'article 447 ancien qui prévoyait ce devoir d'obéissance, les juges du fond

⁶⁶¹ Crim., 15 novembre 1900, *D. P.* 1901, 1, p. 286 ; Crim., 10 juillet 1903, *D. P.* 1904, 1, p. 446 ; Crim., 6 mars 1952, *D.* 1952, p. 340.

⁶⁶² Crim., 26 février 1875, *D. P.* 1877, 1, p. 186 ; Crim., 16 mars 1948, *Dr. pén.* 1948, p. 192 ; Crim., 20 juin 1952, *Dr. pén.* 1952, p. 353 ; Crim., 3 janvier 1970, Bull. crim. n° 7, particulièrement explicite : « l'intention de nuire peut être écartée seulement lorsque les juges relèvent des faits justificatifs suffisants pour faire admettre la bonne foi (...) ni la croyance en l'exactitude des faits allégués, fût-elle démontrée, ni l'intention d'éclairer le public, ni des réserves ultérieures ne constituent des faits justificatifs », *D.* 1970, somm. 68, *JCP* 1970, II, 16279, note M. B.

⁶⁶³ Crim., 15 février 1955, *D.* 1955, p. 487 ; Crim., 19 octobre 1960, Bull. crim. n° 460.

⁶⁶⁴ Crim., 5 novembre 1970, Bull. crim. n° 291 : « la bonne foi du journaliste ne peut résulter d'une prétendue volonté d'informer le public, alors que (et non pas « dès lors que ») l'article incriminé ne contenait pas tous les renseignements que le *devoir d'objectivité* du journaliste *commandait* d'y insérer ».

⁶⁶⁵ Crim., 24 janvier 1920, *D. P.* 1920, 1, p. 48 ; Crim., 7 février 1945, *D.* 1945, p. 254 ; Crim., 23 janvier 1947, *D.* 1947, Somm. 9, Bull. crim. n° 36 ; Crim., 17 février 1949, *Gaz. Pal.* 1949, 1, p. 127 ; Crim., 8 août 1949, *Dr. pén.* 1949, p. 53 ; Crim., 18 janvier 1950, *D.* 1950, p. 281 ; Crim., 28 avril 1950, Bull. crim. n° 132 ; Crim., 14 juin 1951, Bull. crim. n° 172 ; Crim., 23 décembre 1968, Bull. crim. n° 356 ; Crim., 3 janvier 1970, *préc.* ; Crim., 5 novembre 1970, *préc.* ; Crim., 12 juillet 1971, Bull. crim. n° 229 ; Crim., 3 mai 1972, Bull. crim. n° 151 ; Crim., 24 janvier 1973, Bull. crim. n° 41.

⁶⁶⁶ Un délit équivalent est prévu pour insoumission à la présentation au service national (art. L. 124 du Code du service national, qui renvoie à l'article 397 du Code de justice militaire pourtant abrogé par l'ordonnance du n°2006-637 du 1 juin 2006, en vigueur le 12 mai 2007).

restaient légitimement sourds aux raisons morales, religieuses ou politiques invoquées par les requérants⁶⁶⁷.

442. Cependant la loi érige parfois exceptionnellement les convictions individuelles au rang de fait justificatif, à l'instar du statut personnel d'objecteur de conscience. Le droit positif ne reconnaissait pas la possibilité pour le citoyen d'échapper à son devoir militaire jusqu'à ce qu'une loi du 21 décembre 1963, fondue dans celle du 10 juin 1971 instituant le Code du service national crée la possibilité pour un citoyen soumis aux obligations militaires de s'en soustraire, pour des raisons religieuses ou philosophiques. La loi du 8 juillet 1983 institua le statut légal de l'objecteur de conscience, prévu à l'article L. 116-1 du Code du service national⁶⁶⁸. En tout état de cause, la qualification de la bonne ou de la mauvaise foi n'est jamais individuelle : elle est objective en ce sens qu'elle est attachée à la qualité personnelle de l'auteur des faits. La lecture individuelle des conditions de la responsabilité n'est pas non plus valable en matière non intentionnelle.

§ 2. En matière non intentionnelle

443. La causalité « physique » ne régit pas la qualification des infractions non intentionnelles. En droit pénal, la chaîne de causalité s'arrête parfois là où l'enchaînement des événements se poursuit, ou s'étend là où il n'y a eu aucun dommage⁶⁶⁹. La causalité y lie non pas un *fait* mais une *faute* à un dommage⁶⁷⁰. Il ne faut donc pas accorder d'importance majeure à la circulaire parue le 11 octobre 2000 qui propose une définition physique du rapport de causalité directe⁶⁷¹, car la qualification de la causalité est intimement liée à la qualification de la faute elle-même.

⁶⁶⁷ Trib. mil. cass. des forces armées de Metz, 14 novembre 1957, *RSC* 1958, p. 387, au sujet de témoins de Jéhovah ; CA. Colmar, 8 décembre 1987, *D.* 1988, p. 131, note R. KOERING-JOULIN, en présence d'opposants politiques ayant cependant bénéficié d'une dispense de peine après avoir vainement invoqué la contrainte morale.

⁶⁶⁸ « Les jeunes gens soumis aux obligations du service national qui, pour des motifs de conscience, se déclarent opposés à l'usage personnel des armes sont, dans les conditions prévues par le présent chapitre, admis à satisfaire à leurs obligations, soit dans un service civil relevant d'une administration de l'Etat ou des collectivités locales, soit dans un organisme à vocation sociale ou humanitaire assurant une mission d'intérêt général, agréé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ».

⁶⁶⁹ C'est l'exemple du risque causé à autrui, art. 223-1 du Code pénal, où l'auteur est punissable en l'absence de tout dommage concret.

⁶⁷⁰ Par exemple, Crim., 12 septembre 2006, Bull. crim. n° 219, p. 772, où pour les juges du fond la *faute* du médecin n'ayant pas décelé l'évolution du patient vers un coma diabétique a causé le dommage, tandis qu'on peut lire dans la solution de droit que la prévenue a causé directement le dommage. Pour d'autres exemples, voir la jurisprudence citée par le rapporteur Rolland, sous Crim., 11 décembre 1957, *JCP* 1958, 10423.

⁶⁷¹ Circ. Crim-00-9/F1 du 11 octobre 2000, BOMJ, n° 80, p. 81 : « la définition de la causalité indirecte est particulièrement large et permet de considérer qu'en pratique il n'y aura causalité directe que lorsque la personne en cause aura elle-même

444. Traditionnellement, la qualification de cette faute s'opère à l'aide d'un standard de comportement, celui du « *bon père de famille* ». Par sa fonction, il correspond au modèle de la *personne juridique*. Toutefois ce modèle antique reste très vague et n'a aucune légitimité textuelle en droit pénal. En revanche, le discernement personnel offre des perspectives précises pour la qualification de l'imprudence, en rapport des normes auxquelles l'article 121-3 du Code pénal renvoie implicitement. Il faut donc justifier *la définition personnelle de la causalité* (A), avant d'évoquer *ses manifestations* (B).

A. *La définition personnelle de la causalité*

445. Le critère de la causalité concernait les infractions d'imprudence prévues aux articles 319 et 320 du Code pénal de 1810⁶⁷². Sous l'empire du Code pénal de 1994, la loi du 10 juillet 2000 l'introduit au sein de l'article 121-3 du Code pénal. Cette modification a des conséquences directes pour la compréhension de la faute d'imprudence. Les critères qui permettent de qualifier l'existence ou l'inexistence d'un rapport de causalité entre une faute et un dommage sont identifiés, tandis qu'il convenait auparavant de s'en remettre au modèle imprécis du « bon père de famille ». Ces critères sont ceux qui correspondent aux qualités objectives de la personne auteur d'une imprudence. *La qualification standardisée de la faute d'imprudence* (1) a donc gagné en précision avec *la qualification personnelle de la faute d'imprudence* (2).

1. *La qualification standardisée de la causalité*

446. La notion de causalité n'est pas propre au droit pénal et répond à une acception très large⁶⁷³. Mais en droit pénal, elle présente une nature particulière. Loin de décrire

frappé ou heurté la victime, soit aura initié ou contrôlé le mouvement d'un objet qui aura heurté ou frappé la victime ». Ce texte, dépourvu de valeur normative, se méprend sur le rôle de la cause en droit pénal.

⁶⁷² Art. 319 du Code pénal de 1810 : « *quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, aura commis involontairement un homicide, ou en aura involontairement été la cause, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, et d'une amende de cinquante francs à six cents francs* » ; et art. 320 du même code : « *s'il n'est résulté du défaut d'adresse ou de précaution que des blessures ou coups, l'emprisonnement sera de six jours à deux mois, et l'amende sera de seize francs à cent francs* ».

⁶⁷³ J.-S. MILL, *A system of logic*, 5^e éd., t. 1, p. 370. L'auteur la définit comme « *l'ensemble des facteurs qui ont, en quelque mesure, participé à sa production* ». Cet ensemble constitue « la cause ». En philosophie juridique moderne, voir également P. RICOEUR, « Le concept de responsabilité, essai d'analyse sémantique », *Le juste*, éd. Esprit, 1995, not. p. 68-69, qui jugeait nécessaire de concilier deux visions de la responsabilité : « *la vision courte d'une responsabilité limitée aux effets prévisibles et la version longue d'une « responsabilité illimitée* » ; H. KELSEN, trad. C. EISENMANN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 105 et s. ; P. MARTEAU, *La notion de causalité dans la responsabilité civile*, thèse Marseille, 1913, p. 124 : « *analyser les conséquences possibles d'un acte demeure une prévision, la possibilité n'étant en elle-même qu'un moyen de constater la causalité, et non une règle qui lui soit inhérente* » ; P. CONTE, *Rép. civ.*, v^o « Fait personnel » (juin 2014), n^o 127 et s.

une succession physique d'événements, la causalité juridique désigne l'écoulement du temps d'un point de vue personnel. Elle délimite ainsi le champ de la responsabilité pénale en matière d'imprudence.

447. En l'absence de critères légaux permettant de qualifier la faute d'imprudence, il était nécessaire de s'en remettre à un standard abstrait : celui du bon père de famille. Les deux principales théories de la causalité qui ont été élaborées par des auteurs allemands invitaient à comparer le comportement individuel à ce standard de comportement. La théorie de « l'équivalence des conditions », proposée par Von Buri⁶⁷⁴, tendait à démontrer que l'acte humain, de par son caractère conscient, surpassait l'ensemble des autres conditions (physiques, naturelles, matérielles) du dommage. Cette théorie ne militait pas en faveur d'une imputation aveugle de l'ensemble des conséquences liées à une intervention humaine comme le voudrait sa caricature. Elle avait pour objet de mettre en avant le fait de l'homme par rapport à l'ensemble des autres causes matérielles contribuant à créer le dommage. D'après Von Buri, l'acte humain demeure le véritable déclencheur de la force causale des autres conditions en raison de la conscience de l'auteur d'un acte. Son fait constitue la cause de la causalité de l'ensemble de ces dernières, impuissantes avant sa survenance à produire le dommage⁶⁷⁵. *Ne sont équivalentes, d'après cette théorie, que les causes matérielles, autrement dit celles qui ne sont pas déclenchées par un fait conscient.*

448. La théorie dite de la « causalité adéquate » fut élaborée par Von Bar⁶⁷⁶, puis améliorée par Von Kries⁶⁷⁷. D'après ces auteurs également, parmi l'ensemble des conditions dont est résulté le dommage, seul l'acte humain peut constituer une cause du dommage. Elle ne se différencie de la théorie de l'équivalence que dans la manière d'identifier l'acte générateur de dommage car elle en avait une vision plus restrictive. Ne sont des causes que celles qui pouvaient adéquatement créer le dommage.

⁶⁷⁴ Cf. N. HOSNI, *op. cit.*, p. 71.

⁶⁷⁵ Cf. T. GIVANOVITCH, *op. cit.*, p. 137.

⁶⁷⁶ L. von BAR, *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Rechte*, Leipzig, 1871, spéc. p. 13 au sujet du « bon père de famille ».

⁶⁷⁷ J. KRIES, « Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben », in *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie*, vol. 12, 1888, p. 179 et s., il existerait d'après Von Kries un écoulement normal des événements, perturbé par un acte, nécessairement humain et qu'il qualifie d'irrégulier (« *die Regel des Lebens* »), contraire aux règles ordinaires de la vie, l'irrégularité (« *die regelwidrigkeit* ») serait donc le critère de la causalité ; voir également N. HOSNI, *Le lien de causalité en droit pénal*, Le Caire, 1955, spéc. p. 143. Voir également K. BINDING., *Die Normen und ihre Ubertretung*, 2^e éd., t. 1, Leipzig, 1890, p. 115 et s., l'auteur propose de rechercher ce critère dans la comparaison des forces favorables et défavorables à la production du dommage ; J.C.W. THYREN, *op. cit.*, p. 25 et p. 76, qui prend l'exemple de l'intervention physique de C auprès de A qui s'appretait à tuer B, de telle sorte que B soit seulement blessé à l'épaule. Il conclut à ce que l'acte de C est défavorable au dommage parce qu'opposé à la réalisation du résultat illicite.

449. Ces théories influencèrent notamment Ortolan⁶⁷⁸ qui distingue la « *causalité physique* » de la « *causalité juridique* » – à laquelle le « *dément* » ne peut pas participer – et Garraud chez qui cette division deviendra celle des causalités « *matérielle* » et « *juridique* »⁶⁷⁹. Ainsi en doctrine, les questions portent moins sur la nécessité de s'en remettre à un standard de comportement que sur la manière d'identifier les qualités de ce standard⁶⁸⁰. Sur ce point, l'intégration du critère de la causalité parmi les conditions de la faute personnelle marque une nette évolution.

2. *L'intégration du critère de la causalité parmi les conditions de la faute personnelle par la loi du 10 juillet 2000*

450. Le législateur a progressivement objectivé la notion de causalité, en indiquant les critères à partir desquels ce lien devait être établi. Cette évolution est amorcée par la loi du 13 mai 1996⁶⁸¹, par laquelle le législateur devait substituer l'appréciation subjective *in concreto* à l'appréciation *in abstracto* redoutée par les « décideurs publics ». Néanmoins, eu égard au principe de l'égalité des citoyens devant la loi⁶⁸², il n'était pas possible de créer un statut pénal dérogatoire à l'attention des maires de France. Aussi cette loi a-t-elle prévu en des termes généraux qu'il fallait envisager la faute de l'auteur d'un délit non intentionnel « *compte tenu de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait* »⁶⁸³.

451. Cependant cette modification légale n'a pas fait varier la jurisprudence de la Chambre criminelle qui s'est contentée d'une modification formelle dans la motivation de ses arrêts⁶⁸⁴. Et pour cause, il reste à démontrer comment les juges auraient pu établir la culpabilité non intentionnelle autrement. Par définition, une faute est un manquement à

⁶⁷⁸ J.-L.-E. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, 5^e éd., t. 1, Plon, 1886, p. 231.

⁶⁷⁹ R. GARRAUD, *Droit pénal français*, 2^e éd., 1898, p. 549.

⁶⁸⁰ A. NASRI, *Contribution à l'étude de la notion de causalité en droit pénal*, thèse Paris I, 2006, notamment p. 8 : « *la causalité est essentiellement liée à la volonté de l'homme de violer une norme juridique* » ; P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, thèse Poitiers, 2005, p. 9 et s., spéc. p. 21, où la causalité est intégrée à l'élément moral de l'infraction, opinion également développée dans ses « *Quelques réflexions sur la causalité en droit pénal* », *Rev. pénit.* 2006, p. 291 et s. ; M. A. SABET, *Essai sur la notion de lien de causalité en droit pénal français*, thèse Paris II, 1987 ; T. GIVANOVITCH, *Du principe de la causalité efficiente et de son application en droit pénal*, éd. Rousseau, 1908 ; F. G'SELL MACREZ, *op. cit.*, p. 113 ; J. COUPERET, *Essai sur l'imputation*, thèse Toulouse, 1967, p. 7 : « *toutes les fois qu'il convient de faire appel à des postulats ne résultant pas d'une analyse factuelle (du type si A est, B est) mais qualitative (si A est, B doit être), alors nous ne sommes plus en présence d'une analyse causale mais d'une imputation* » ; N. HOSNI, *Le lien de causalité en droit pénal*, Le Caire, 1955, p. 8, qui y voit une « *opération matérielle et objective* » ; R. MERLE, *Droit pénal général*, Thémis, PUF, 1957, p. 177 ; A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit.*, t. 4, p. 49 ; E. GARÇON, *op. cit.*, art. 295, n° 7, au sujet du rapport *direct* de causalité entre l'acte de commission de l'agent et le résultat homicide ; Y. MAYAUD, « *De l'article 121-3 du Code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle* », *D.* 1997, chr., p. 37 et s.

⁶⁸¹ Loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence.

⁶⁸² Sur ce principe, voir *supra* n°91.

⁶⁸³ Art. 121-3 al. 3 du Code pénal.

⁶⁸⁴ Entres autres exemples, voir *Crim.*, 19 novembre 1996, *Dr. pén.* 1997, comm. 33, M. VERON.

une obligation préalable. La faute d'un décideur public dépendait donc nécessairement de l'appréciation de l'ensemble de ces critères. Aussi le législateur a-t-il réitéré l'essai en procédant à des modifications d'envergure dans la structure de l'article 121-3 précité. La loi 2000-647 du 10 juillet 2000 modifie son alinéa 3 et crée un alinéa 4. Il aurait ainsi atteint son but : neutraliser le risque d'une « pénalisation » des décideurs publics.

452. A dire vrai, les motifs de promulgation de cette loi en ont masqué l'intérêt principal⁶⁸⁵. La loi du 10 juillet 2000 crée un alinéa 4 au sein de l'article 121-3 du Code pénal qui fait passer la critériologie causale du droit pénal spécial au droit pénal général⁶⁸⁶. Elle intègre donc le critère causal dans le champ de la faute personnelle. Elle est contemporaine la loi du 9 septembre 2002 qui intègre le terme « *discernement* » au sein de l'article 122-8 du Code pénal, alors qu'il constitue déjà la condition de la faute des majeurs (art. 122-1 du Code pénal). La loi du 10 juillet 2000 a donc participé à la création légale du statut de la personne responsable, à l'endroit des infractions d'imprudence. Le législateur définit en effet les « *diligences normales* » de l'auteur des faits en rapport avec « *la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait* ».

453. Autrement dit, tandis que l'anormalité d'un comportement se déduisait d'une comparaison vague avec un standard abstrait, elle doit désormais être établie au vu de d'obligations précisées dans différents textes normatifs – celles qui décrivent la nature des missions, fonctions ou compétences de la personne. Les lois du 13 mai 1996 et du 10 juillet 2000, par leur effet conjugué, ont donc contribué à construire le maillage des obligations personnelles. L'article 121-3, en ses alinéas 3 et 4, opèrent un renvoi implicite et général à un ensemble de textes dans lesquels l'obligation personnelle se trouve objectivée.

454. Cette conclusion vaut également pour certaines contraventions, celles qui se commettent par imprudence. Par application de l'article 339 de la loi d'adaptation n° 92-

⁶⁸⁵ L'attention fut surtout portée sur les motifs de gestation de cette loi. L'« Association des Maires de France », craignant que la responsabilité pénale de chaque décideur public ne soit mise en jeu pour des dommages quelconques qui surviendraient dans leur commune, avait à la manière d'un lobby sollicité l'intervention du législateur afin qu'il promulgue une loi protectrice de leurs intérêts. Dans les faits pourtant, aucune statistique sérieuse ne démontrait l'objectivité de telles craintes, seules quelques affaires médiatiques avaient suffi à semer le désarroi parmi cette classe politique.

⁶⁸⁶ Article 121-3, al. 4 du Code pénal : « *dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer* ». Cet article élargit à l'ensemble des infractions non intentionnelles le mécanisme connu au sujet de l'incrimination de l'homicide involontaire du Code pénal de 1810 (art. 320 CP).

1336 du 16 décembre 1992, les délits qui ne sont pas intentionnels nécessitent une faute d'imprudence. Or le décret n° 2001-883 du 20 septembre 2001, qui applique le dispositif de la loi du 10 juillet 2000 en matière contraventionnelle, modifie l'article R. 610-2 du Code pénal et pose l'existence de contraventions d'imprudence⁶⁸⁷. La commission d'une contravention exige donc bien une faute, qualifiée de la même manière qu'en matière délictuelle, c'est-à-dire au regard de la conscience qu'une personne *doit avoir* des obligations qui la concernent⁶⁸⁸.

455. En résumé, la loi du 10 juillet 2000 ne remplace pas l'appréciation *in abstracto* par l'appréciation *in concreto* ; elle *personnalise* l'appréciation de la causalité en matière d'imprudence, toute la question étant de savoir quels sont les textes qui auront vocation à qualifier une faute d'imprudence.

B. Les manifestations de la définition personnelle de la causalité

456. En droit pénal, l'utilisation du critère du bon père de famille n'a jamais eu d'assise légale. Il est donc difficile de s'y fonder pour établir, par avance, les obligations auxquelles une personne doit se soumettre. Depuis que la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 a lié la qualité personnelle (*les pouvoirs, compétences et fonctions* de l'intéressé) à la détermination de la nature du lien causal, il est possible de définir, au préalable, le comportement qui serait fautif. Il s'agit du fait qui ne respecte pas une ou plusieurs obligations contenues dans un texte normatif s'appliquant à la personne en cause. Deux conclusions peuvent en être tirées.

457. Le rapport de causalité existe dès lors que les normes en question font un lien entre le dommage et les obligations qu'elles visent. Et inversement, lorsqu'elles n'opèrent pas ce lien, aucun rapport de causalité ne peut exister entre la faute et le dommage.

⁶⁸⁷ Il prévoit que « les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 121-3 sont applicables aux contraventions pour lesquelles le règlement exige une faute d'imprudence ou de négligence ».

⁶⁸⁸ L'imprudence constitue explicitement l'élément moral de *certaines contraventions*, par exemple en matière de violences involontaires contre une personne (art. R. 622-1 du Code pénal ; R. 625-2 du Code pénal), contre un animal (art. R. 653-1 du Code pénal), de dégradations d'ouvrages publics (art. 1324-2 du Code de la santé publique) ou encore de comportement négligent de la part d'un membre d'équipage ayant occasionné un abordage ou un échouement (art. 82 du Code disciplinaire et pénal de la marine marchande).

458. Ainsi, lorsque ce lien existe objectivement, seule l'existence de la faute peut être discutée. Ainsi, dans un arrêt du 14 mai 2008⁶⁸⁹, la Chambre criminelle rejette par exemple le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel ayant relaxé un médecin ayant pratiqué une liposuction puis prescrit une injection de calmant ayant précédé le décès de la patiente, sans contester qu'un rapport de causalité existe entre la qualité personnelle de l'intéressé et le dommage. En l'occurrence, le médecin avait respecté les règles de l'art, aucune faute n'était établie à son encontre ; pour autant, le décès d'une victime suite à un acte de chirurgie présente un lien de causalité objectif avec l'obligation personnelle du chirurgien.

459. De même, les personnes chargées d'ordonner une hospitalisation psychiatrique peuvent commettre une faute en lien avec les infractions qu'un malade mental commettrait, lorsqu'ils ont été informés des troubles que celui-ci cause à l'ordre public. Dans un arrêt du 4 mars 2008, la Chambre criminelle censure la condamnation des juges du fond parce qu'ils auraient dû « *rechercher si la saisine du médecin psychiatre aurait nécessairement conduit à l'hospitalisation d'office de cette personne* »⁶⁹⁰. Elle admet donc implicitement que cette preuve peut être rapportée, ce qui revient constater l'existence de ce rapport de causalité objectif.

460. A l'inverse, comme l'illustre l'arrêt du 5 octobre 2004⁶⁹¹, le décès de la victime d'un accident de la route bénin, des suites d'une maladie nosocomiale, ne présente aucun lien de causalité objectif avec la faute d'imprudence du conducteur. Le conducteur ébloui par le soleil doit répondre de la contravention prévue à l'article R. 415-11 du Code de la route. En revanche, il ne peut pas être poursuivi pour homicide involontaire au regard de la nature du dommage. D'après l'arrêt de cassation de la Chambre criminelle, les juges du fond auraient dû « *rechercher si l'infection n'était pas le seul fait en relation de causalité avec le décès* ». Il s'avère donc que l'existence du lien de causalité entre la faute et le dommage dépend d'une comparaison de la nature du dommage avec les qualités objectives du mis en cause.

461. Comme l'illustre cet arrêt, la méthode de qualification n'est pas différente en matière contraventionnelle, où la qualité de l'auteur des faits justifie également la

⁶⁸⁹ Crim., 14 mai 2008, Bull. crim. n° 112 : les faits « *ne suffisent pas à établir à la charge du médecin une faute entretenant un lien de causalité certain avec le décès* ». Voir également Crim., 4 octobre 2005, Bull. crim. n° 251 p. 883, RSC 2005, n° 3, p. 64 et s., obs. Y. MAYAUD.

⁶⁹⁰ Crim., 4 mars 2008, Bull. crim. n° 55.

⁶⁹¹ Crim., 5 octobre 2004, Bull. crim. n° 230, p. 827.

caractérisation d'une faute⁶⁹². Etant donné qu'une personne est présumée jouir du discernement, elle doit tout faire pour éviter la réalisation du dommage incriminé. S'il survient, cela prouvera son abstention fautive, quelle que puisse être sa bonne foi. C'est notamment le cas en matière de jet de substances nuisibles dans les eaux, qui « implique » une faute de la part du responsable⁶⁹³, la preuve de la commission volontaire de l'infraction étant alors superfétatoire⁶⁹⁴. A cet égard, la présomption de discernement suffisant à établir la faute, les arrêts qui évoquent « l'intention » pour ces faits contraventionnels sont systématiquement censurés par la Chambre criminelle. La jurisprudence ne reconnaît l'existence d'aucune contravention intentionnelle⁶⁹⁵.

⁶⁹² En faveur de l'exigence d'une faute en matière contraventionnelle, cf. H. DONNEDIEU de VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947, n° 191 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd., 2006, n° 298 ; J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 341 ; P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*, n° 387. Mais ces auteurs évoquent des « présomptions d'imprudence » en matière contraventionnelle. Voir également M. VERON, « La querelle de l'« ancien » et du « nouveau » Code pénal », *Peine, dangerosité, quelles certitudes ?*, Dalloz, 2010, p. 12, qui évoque un « élément intentionnel ». Comp. A. LEGAL, « La responsabilité sans faute », *préc.*, p. 131 et s. : l'auteur conditionne l'infraction matérielle à l'existence de l'imputabilité, qu'il définit hors de l'infraction comme une qualité de la personne ; J.-P. MARTY, « Les délits matériels », *préc.*, p. 43.

⁶⁹³ Crim., 30 mars 1954, *D.* 1954, p. 455, note F. GOLLETTY ; Crim., 19 mars 1974, *RSC* 1974, p. 867, n° 5, obs. A. VITU ; Crim., 28 avril 1977, *Bull. crim.* n° 148, p. 365, *D.* 1978, *jurisp.*, p. 149, note critique de M.-L. RASSAT qui considère que « le prévenu a été immolé sur l'autel d'un arrêt de principe », l'arrêt se situe pourtant dans le droit fil de la jurisprudence précitée ; *JCP* 1978, II, 18931, M. DELMAS-MARTY ; *RSC* 1978, p. 335, n° 4, obs. A. VITU ; Crim., 19 février 1991, inédit, n° de pourvoi : 90-81695 ; Crim., 23 février 1983, *Bull. crim.* n° 65, p. 141 ; Crim., 4 janvier 1983 (non publié) ; Crim., 5 octobre 1982 (non publié) : « le délit de pollution de cours d'eau ayant seulement le caractère d'une infraction matérielle, le fait d'avoir laissé s'écouler dans une rivière des substances nuisibles implique une faute et que le prévenu ne peut être exonéré de sa responsabilité que par la force majeure ». Voir également J.-P. MARTY, « Les délits matériels », *préc.*, p. 42 ; M. DESPAX, *La pollution des eaux et ses problèmes juridiques*, *Libr. techn.* 1968, p. 73, n° 26.

⁶⁹⁴ Crim., 5 mai 1883, *Bull. crim.* n° 113, p. 185 ; Crim., 12 juin 1896, *Bull. crim.* n° 186, p. 295, « au surplus, qu'il est expressément dit dans l'arrêt [attaqué] que Camuset n'ignorait pas que les eaux provenant de ses râperies étaient de nature à enivrer ou détruire le poisson » ; Crim., 2 juillet 1910, *Bull. crim.* n° 356, p. 668 ; Crim., 11 août 1921, *Bull. crim.* n° 345, p. 579 ; Crim., 2 novembre 1923, *Bull. crim.* n° 376, p. 627

⁶⁹⁵ Crim., 20 janvier 1911, *Bull. crim.* n° 577, p. 1093 : « en matière de contravention, la criminalité de l'intention n'est pas nécessaire pour entraîner l'application de la loi pénale, il suffit que le fait soit matériellement constaté ». L'appendice du Bulletin retranscrit erronément cet arrêt comme l'illustration de la criminalité de l'intention en matière contraventionnelle : il y figure qu'il suffit que « l'intention » soit rapportée. Voir également Crim., 10 décembre 1910, *Bull. crim.* n° 623, p. 1144 ; Crim., 1^{er} avril 1911, *Bull. crim.* n° 186, p. 364.

Conclusion du chapitre 1 :

462. La présomption de connaissance de la loi, indispensable à l'existence d'une faute, semble être devenue une fiction en droit pénal. L'inflation législative rend la connaissance parfaite de l'ensemble des lois pénales impossible. Le législateur aurait tiré les conséquences des limites de cette présomption en reconnaissant l'effet absolu de *l'erreur de droit* à l'article 122-3 du Code pénal. Toutefois à lire cette disposition, il apparaît que le législateur n'a pas reconnu *l'erreur de droit* mais *l'erreur sur le droit*. Il semble donc qu'il fasse référence à une erreur d'interprétation du droit positif (« *sur* » le droit écrit). Or, ne peut commettre pareille erreur que celui qui connaît l'existence de la règle pénale. Par conséquent, l'erreur sur le droit postule une connaissance initiale de l'existence de la loi et une méprise subséquente sur sa signification. La reconnaissance de l'erreur sur le droit ne tempère donc pas la force de la présomption de connaissance de la loi : elle en manifeste la permanence. La personne qui doute de l'applicabilité du droit pénal doit donc s'engager dans une démarche positive, aux fins de se renseigner sur la portée du fait positif qu'elle s'apprête à commettre. L'article 122-3 du Code pénal conditionne ainsi le champ de l'erreur absolue à la commission d'un « acte » que la personne estimait légitime. En s'informant, la personne concernée prend conscience du statut juridique qui s'applique à l'action projetée. La conscience qu'elle a de sa propre ignorance la rend pénalement responsable. Elle ne peut agir sans avoir acquis la certitude de la légalité de l'acte envisagé. Toute l'impérativité du droit pénal tient à cette présomption de connaissance de l'existence de la loi pénale.

463. Aussi la force de cette présomption n'est pas atteinte par le phénomène dit de « l'inflation législative ». Il ne s'agit pas d'un « dérèglement hormonal » de la loi, qui ferait du législateur un ennemi du droit. Au-delà des apparences, *la multiplication des normes est parfaitement cohérente au sein d'un système répressif qui a la volonté du peuple pour guide*. Le droit positif n'y constitue plus le reflet d'une Volonté divine mais celui de la volonté des citoyens. Il leur appartient d'exprimer, par l'intermédiaire de représentants, une certaine conception du juste. Ils ne peuvent y parvenir qu'au moyen d'une floraison de lois. *Ce pointillisme légal dresse le tracé d'une ligne de démarcation entre le bien et le mal, qu'il faut suivre au gré d'une stricte interprétation du droit positif*. En tant qu'elles expriment la Volonté du peuple souverain, ces lois doivent être connues non pas tant dans leur contenu que dans le principe même de leur existence.

464. Ainsi, la connaissance de *la loi* constitue la condition *sine qua non* de la responsabilité pénale. Elle ne doit pas être confondue avec la connaissance *des lois* pour ce qu'elles recèlent de détails. Conscient de l'application probable de lois pénales à certaines situations, le citoyen raisonnable doit agir avec la conviction constante de n'en violer aucune. Aussi cette conscience première l'oblige, lorsqu'il n'est pas certain de la parfaite légalité de son comportement, à s'assurer qu'il ne commet pas d'infraction. Ce n'est qu'alors qu'il est susceptible de commettre une erreur sur le droit pénal. Cette conscience conditionne l'existence d'une faute pénale. Elle est *réflexive* en ce sens qu'elle renvoie chaque individu aux obligations par lesquelles il se lie, par la voix de ses représentants. Autrement dit, tout individu conscient de l'existence de la loi pénale jouit d'une *conscience personnelle*, celle qui lui permet de distinguer ce qui est bien ou mal au regard du droit positif : *le discernement*. En conséquence, toute personne est censée connaître les obligations que la loi attache à ses qualités.

465. Lorsqu'elle agit en son nom propre, la personne physique est notamment soumise aux obligations prévues à l'égard de son rôle de médecin, de chirurgien, ou encore de conducteur d'un véhicule terrestres à moteur. Dès lors, en principe, la seule constatation du dommage que cette qualité devait empêcher établira qu'elle a failli à ses devoirs. Par exception, il sera nécessaire de prouver qu'elle a eu la volonté de commettre le fait incriminé ; mais il n'en va ainsi que dans les incriminations qui font référence à une condition de volonté, à l'instar des adverbess « *sciemment* » ou « *volontairement* ».

466. Mais elle peut encore agir « *pour le compte* » d'un groupe de personnes dont l'existence est reconnue par la loi (art. 121-2 du Code pénal). Les faits qu'elle commet avec la conscience d'incarner la personne morale engagent la responsabilité de cette personne, sans exclure la possibilité d'un cumul de faute. S'agissant de la personne morale, la qualification s'opère de la même manière que pour la personne physique. La constatation d'un dommage qu'elle aurait dû prévenir établit systématiquement sa faute, intentionnelle ou non intentionnelle. Ce n'est pas la nature fictive de la personne morale qui la rend incapable de commettre une infraction impossible mais l'absence éventuelle de discernement chez l'organe ou le représentant. A la lumière des propos qui précèdent, le fait personnel s'avère être celui qui est commis en conscience d'une qualité objective, celle que reconnaît le droit positif. Il correspond en principe à une abstention fautive, sauf lorsque la loi invite à vérifier la volonté de l'auteur des faits.

Chapitre. 2. L'absence de conscience personnelle, l'approche temporelle du discernement

467. Le Code pénal évoque le « *discernement* » aux articles 122-1 et 122-8, au sein d'un chapitre dédié au « *causes d'irresponsabilité et d'atténuation de responsabilité* ». Pour ces deux causes d'irresponsabilité, il admet que le discernement puisse être en voie de formation (dans le cas du mineur « *capable de discernement* ») ou partiellement obscurci par l'effet d'un trouble psychique ou neuropsychique (dans le cas du majeur, l'*altération* du discernement). L'article 122-1 dispose, en son alinéa premier, que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes* ». L'abolition concerne une qualité nécessairement présente initialement, faute de quoi elle ne pourrait pas être anéantie. A l'égard des *personnes*, cet article pose donc une présomption de discernement. A l'inverse, l'article 122-8 du Code pénal prévoit que « *les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables* ». L'emploi du terme « *capacité* » révèle l'existence d'une présomption inverse. Les mineurs étant en principe incapables de discernement, seuls sont « *responsables* » ceux qui ont été « *reconnus coupables* ». Il semble alors que l'âge et l'intensité des troubles psychiques constituent des critères efficaces pour établir la culpabilité pénale.

468. Cependant présumer n'est pas définir. Quelle est la nature du critère qui permet au juge de renverser chacune de ces présomptions ? Aucun des deux critères individuels évoqués (l'âge, les troubles psychiques) ne semble avoir cet effet.

469. L'altération du discernement n'empêche pas la punition du majeur au discernement altéré. En effet, l'article 122-1 du Code pénal dispose en son alinéa premier que la personne au discernement aboli n'est pas pénalement « *responsable* »⁶⁹⁶. Son alinéa second précise que lorsque la « *personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique* » a « *altéré son discernement* », elle demeure « *punissable* ». Cet alinéa a été complété par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, sans qu'elle ne remette en cause la division cartésienne établie à l'article 122-1 du Code

⁶⁹⁶ Art. 122-1, al. 1^{er} : « *n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes* ».

pénal. Les dispositions de cette loi relative à « *l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales* », ne s'appliquent pas aux personnes. Ils encadrent la liberté laissée au juge de moduler leur responsabilité pénale. Autrement dit, une fois le principe de la culpabilité admis chez la personne douée de discernement, se pose la question du taux de la peine. L'intensité des troubles psychiques peuvent alors être pris en compte par le juge. Toutefois ils n'ont aucun effet sur la culpabilité de l'auteur au discernement altéré.

470. Les divisions opérées au sein de l'article 122-8 du Code pénal sont analogues. Son alinéa premier règle la question de la présence ou de l'absence de discernement⁶⁹⁷, et son alinéa second en tire des conséquences au regard du taux et de la nature de la sanction qui pourrait être prononcée s'il était établi que le mineur était capable de discernement⁶⁹⁸.

471. Il apparaît donc que les critères individuels, ceux qui ont trait aux troubles psychiques ou à l'âge, se distinguent des critères de détermination de la culpabilité. Le cas échéant, les qualités individuelles causent un état juridique ; et elles n'influencent la détermination du taux de la peine. Mais elles n'éclairent qu'indirectement la nature du critère employé. Il semble donc qu'il faille envisager l'incapacité de discernement indépendamment de l'âge du mineur⁶⁹⁹, qui présume cet état sans le définir, de même qu'il faut définir l'abolition du discernement sans recourir à des critères issus des sciences sociales – les troubles psychiques ou neuropsychiques.

472. La définition personnelle du discernement, qui correspondrait à une conscience présumée de l'existence de la loi, semble d'autant plus préférable qu'elle éclaire l'appréhension, par le droit pénal, du *temps de l'incapacité de discernement* (Section 1), et du *temps de l'atteinte au discernement* (Section 2).

⁶⁹⁷ Art. 122-8, al. 1^{er} : « les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables ».

⁶⁹⁸ Art. 122-8, al. 2 du Code pénal : « *cette loi détermine également les sanctions éducatives qui peuvent être prononcées à l'encontre des mineurs de dix à dix-huit ans ainsi que les peines auxquelles peuvent être condamnés les mineurs de treize à dix-huit ans, en tenant compte de l'atténuation de responsabilité dont ils bénéficient en raison de leur âge* ».

⁶⁹⁹ Comp. P. BONFILS, « Pour un article préliminaire en droit pénal des mineurs », *Mélanges C. Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 469 et s., spéc. n° 7 et 8, évoquant une incohérence du droit pénal en la matière. De manière générale, l'approche criminologique s'en tient à la question de l'âge du mineur. Cf. *Le traitement des délinquants jeunes et adultes*, Travaux du VI^e congrès français de criminologie, Toulouse, éd. Dalloz, t. IV, 1966, spéc. p. 81 où l'accent est mis sur la prophylaxie, terme qui étymologiquement vise « la partie de la médecine qui a pour objet les précautions propres à garantir contre les maladies » ; P. COUVRAT, « La précocité face aux concepts d'imputabilité et de culpabilité », *Délinquance et précocité*, XXIX^e Congrès de l'Association française de criminologie (Beauvais, 26-28 mai 1994), Actes, 1994, p. 67 ; M. ANCEL, « Le statut légal et le traitement de jeunes adultes délinquants », Rapport de synthèse, in *Actes du VI^eème Congrès internationale de Défense Sociale*, Belgrade, 1962, p. 163 ; voir également J. APPLETON, « De la fixation d'un âge d'irresponsabilité pénale », *Rev. gén. dr.*, Mélanges, 1894 ; du même auteur, « Le fou et le prodigue en droit romain », *Rev. gén. dr.* 1893, t.

Section 1. Le temps de l'incapacité de discernement

473. Le Code pénal ne présume pas la présence du discernement chez le mineur et, par voie de conséquence, n'envisage pas l'*atteinte* à son discernement mais sa *capacité de discernement*. De plus, à la différence de l'article 122-1 du Code pénal, l'article 122-8 du même code n'établit pas qu'il s'agisse d'une personne pour le droit pénal. En effet, le discernement n'est pas seulement absent, ce qui serait une forme de carence momentanée, il est présumé *inexistant* mais en voie de formation.

474. Durant tout le temps de la minorité, le droit pénal s'inquiète donc de l'émergence du discernement chez l'intéressé. L'ensemble des « *mesures* » prononcées à son encontre ont pour finalité d'assurer son *éducation*⁷⁰⁰. Ces mesures sont destinées à l'éloigner de l'itinéraire délinquant qu'il semble avoir emprunté. Les sanctions éducatives visent donc à corriger l'imperfection du discernement du mineur. Il faut analyser ce critère d'incapacité de discernement (A) et en étayer le sens au vu de ses manifestations (B).

§ 1. Le critère de l'incapacité de discernement

475. L'article 122-8 du Code pénal s'inscrit dans la justification traditionnelle de l'irresponsabilité pénale du mineur, inapte à comprendre sa sujétion à la loi pénale. A défaut d'avoir atteint ce seuil minimum d'*intelligence*, le mineur qui se rendrait auteur d'un fait incriminé ne devrait subir aucune peine car, en le *réalisant*, il n'était pas en mesure d'en comprendre la signification légale.

476. Traditionnellement, cette incapacité correspond à « l'ignorance du bien et du mal ». Toutefois ce critère n'a de sens qu'à la condition de s'en remettre à un fondement moral qui ne vaut plus dans le système répressif laïcisé. L'incapacité de discernement ne s'explique plus par une ignorance morale, non écrite et révélée par le droit positif ; elle correspond à l'ignorance de ce qui a été décidé par la société. La société décide de ce qui est bien ou mal au moyen de la promulgation de lois. Le discernement devient, dans ce contexte juridique, la conscience de l'existence du droit positif. Or, la conscience que le mineur a de lui-même est insuffisante pour intégrer cette dimension sociale : il n'a

17, p. 136, Appleton regarde dans ces deux articles respectivement l'enfant au regard du critère de l'âge, et l'aliéné du point de vue médical, de surcroît en droit civil. Voir également

⁷⁰⁰ L'article 122-8, al. 1^{er} vise, au sujet des mineurs capables de discernement reconnus coupables, « *les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dont ils peuvent faire l'objet* ».

encore jamais eu accès à la réflexivité de son être. Il ne parvient à ce niveau de conscience qu'à partir de sa majorité, voire antérieurement s'il comprend prématurément le concept de loi pénale.

477. Il convient de vérifier la prise en compte de cet état d'incapacité de discernement en droit positif. La hiérarchie des normes impose d'analyser en premier lieu les normes constitutionnelles et conventionnelles qui ont valeur supérieures à la loi, afin de vérifier la conformité du critère pose à l'article 122-8 du Code pénal. Il apparaîtra alors qu'il existe une *spécificité du mineur au niveau supra-légal* (A), qui se décline *au niveau légal* (B). L'analyse du droit positif sera également l'occasion de démontrer les racines historiques de cette spécificité. Les termes employés pour justifier l'irresponsabilité pénale du mineur sont issus d'une tradition juridique de protection des individus incapables de discernement.

A. La spécificité du mineur au niveau supra-légal

478. La spécificité du mineur se vérifie dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a admis la spécificité du droit pénal des mineurs.

479. Les Sages ont consacré l'autonomie du droit pénal des mineurs délinquants dans une décision du 29 août 2002, *relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice*⁷⁰¹. Ils y ont reconnu la spécificité de la justice pénale des mineurs illustrée par une diminution de peine fondée sur l'âge. Et dans sa décision du 9 août 2007⁷⁰², le Conseil constitutionnel a considéré que « *l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées, ont été*

⁷⁰¹ Cons. Const., décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, JO 10 septembre 2002, p. 14953 ; *Gaz. Pal.* 4-5 septembre 2002, p. 3, note J.-E. SCHOETTL ; N. DEFFAINS, « Le cadre constitutionnel de la justice pénale des mineurs » ; *Gaz. Pal.* 12 juillet 2012 n° 194, p. 13.

⁷⁰² Cons. Const., décision n° 2007-554 DC du 9 août 2007, au sujet de la loi « *renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs* », spéc. consid. n° 24 et 25 ; *Gaz. Pal.* 2007, n° 223, p. 2. Voir également, dans la suite de la décision QPC du 8 juillet 2011, Cons. Const., décision n° 2011-635 DC du 4 août 2011, LEFP 15 novembre 2011, n° 10, p. 5, A. CERF-HOLLENDER. Cette décision a cependant vu sa portée atténuée étant donné que les tribunaux correctionnels avec citoyens assesseurs ne verront pas le jour, ce qui conforte la spécificité du droit pénal des mineurs jugés à des fins éducatives par des spécialistes de l'enfance délinquante.

constamment reconnues par les lois de la République depuis le début du vingtième siècle »⁷⁰³.

480. La spécificité du mineur est également reconnue au niveau international⁷⁰⁴. Les conventions reconnaissent, en substance, la mitigation de la responsabilité pénale et le rôle éducatif du *traitement* des mineurs⁷⁰⁵, ce qui implique qu'ils ne puissent pas encourir la peine de mort⁷⁰⁶. Est également affirmée la nécessité de préserver la liberté d'aller et venir du mineur : il n'est porté atteinte à cette liberté qu'exceptionnellement et préférablement pour une courte durée⁷⁰⁷. Si cela était nécessaire, les mineurs ne pourraient néanmoins pas être enfermés avec les majeurs⁷⁰⁸.

B. La spécificité du mineur au niveau légal

481. Au niveau légal, la spécificité du mineur ne fait pas débat⁷⁰⁹. Elle a traversé les âges étant donné qu'elle existe depuis le droit romain⁷¹⁰. Les origines de ce critère expliquent la persistance de sa dénotation morale⁷¹¹.

482. En droit romain, la responsabilité pénale des mineur connaît aussi des seuils d'âge : *l'infans* jusqu'à sept ans⁷¹², *l'impubère* jusqu'à douze⁷¹³ ou quatorze⁷¹⁴. Mais cet

⁷⁰³ Les requérants critiquaient, sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, relatif à la nécessité des peines, l'article 5, I, 1° de la loi déferée qui modifiait l'article 20-2 de l'ordonnance du 2 février 1945. D'après cette disposition, le mineur âgé de plus de seize ans qui se trouvait en état de récidive légale ne pourrait pas bénéficier d'une atténuation de peine. La discussion qu'un intérêt limité depuis que la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, « *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales* » a supprimé les peines plancher.

⁷⁰⁴ C. LAZERGES, « Seuils d'âge et responsabilité pénale en Europe », *RSC* 1991, p. 414 et s. ; C. BLATIER et M. ROBIN, *La délinquance des mineurs en Europe*, PUG, 2000, p. 45 et s. ; P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, n° 66 et s., et n° 1368 ; P. COURBE, « L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant », *D.* 2006. 1487.

⁷⁰⁵ Les « règles de Beijing » adoptées par les Nations Unies le 29 août 1985, certes dépourvues de force obligatoire, prévoient à l'article 4.1 que « *dans les systèmes juridiques qui reconnaissent la notion de seuil de responsabilité pénale, celui-ci ne doit pas être fixé trop bas eu égard aux problèmes de maturité affective, psychologique et intellectuelle* ». S'agissant de textes ayant force obligatoires, la recommandation n° R (87) 20 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 17 septembre 1987 insiste également sur le rôle pédagogique de la sanction du mineur. Elle prévoit dans son article 15 b) que les « *mineurs (...) nécessitent des interventions et, s'il y a lieu, des traitements spécialisés s'inspirant notamment des principes contenus dans la Déclaration des droits de l'enfant des Nations Unies* ». Elle précise que « *le système pénal des mineurs doit continuer à se caractériser par son objectif d'éducation et d'insertion sociale* ». Il suit le modèle posé à l'article 14 § 4 du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (1966) qui dispose que « *la procédure applicable aux jeunes gens qui ne sont pas encore majeurs au regard de la loi pénale tiendra compte de leur âge et de l'intérêt que présente leur rééducation* ».

⁷⁰⁶ Notamment, le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques, d'application directe prévoit à l'article 6-5 qu'une « *sentence de mort ne peut être imposée pour des crimes commis par des personnes âgées de moins de dix-huit ans* ».

⁷⁰⁷ Art. 37 de la Convention des Nations Unies relatives aux droits de l'enfant la France.

⁷⁰⁸ Art. 10 du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques ; art. 5, al. 2, d) de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

⁷⁰⁹ J.-C. SAINT-PAU, « La capacité pénale de l'enfant », in *Le droit et les droits de l'enfant, rev. Champs libres*, n° 6, L'Harmattan, 2007, p. 87 et s. ; R. GASSIN, « Faut-il réviser l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante ? », *Problèmes actuels de sciences criminelles* 2003, p. 62.

⁷¹⁰ Voir *supra* n°, 47 ; voir également A. LEFEBVRE-TEILLARD, « A propos de la responsabilité de l'enfant, pèlerinage aux sources romano-canoniques, *Etudes G. VINEY*, LGDJ ; M. GALLIOU-SCANVION, *L'enfant dans la responsabilité civile*, éd. Septentrion, 2000.

âge présume l'état d' « *incapacité dolosive* » qui peut être renversé par la preuve contraire⁷¹⁵, ainsi que l'exprime la formule *malicia supplet aetatem* (la malice supplée à l'âge).

483. Le mineur fait encore l'objet d'un traitement spécifique dans les systèmes barbares de tarification des dommages⁷¹⁶, système qui inclut la prise en compte du dol dans le montant dû à titre de réparation⁷¹⁷, comme le démontre l'analyse des conditions du paiement du *fredum*⁷¹⁸ : le mineur de douze ans n'en était pas comptable⁷¹⁹, et il n'est pas non plus soumis à la peine de l'exclusion hors de la communauté⁷²⁰.

484. Au Moyen-Âge, l'éparpillement des sources⁷²¹ a rendu la compréhension du statut pénal du mineur difficile. Toutefois il semble qu'en règle générale, la présomption d'absence de raison des mineurs demeure. Des arrêts attestent que des mineurs pouvaient subir une peine, parfois même la peine de mort, lorsque les faits révélaient une immoralité acquise. Beaumanoir, dans son recueil de coutumes, fait référence au critère de la malice des mineurs⁷²². Et au XVI^e siècle Grimaudet estime que l'enfant mineur de sept ans ne peut « *discerner* s'il fait bien ou mal », étant entendu qu'il faut déterminer

⁷¹¹ J. COMBES, *Du défaut de discernement des mineurs en matière pénale*, thèse Toulouse, 1901, p. 30 ; M. et H. VEILLARD-CYBULSKÝ, *Les jeunes délinquants dans le monde*, Delachaux et Niestlé, Neuchâtel, 1963, spéc. p. 84.

⁷¹² Code Théodose, 8, 18, 8 ; Code Justinien, 6, 30, 18 ; THEOPHILE, *Paraphrase des Institutes*, D. 3, 1, 19, 10, « *infans, qui adhuc lactant* » (*qui est encore à la mamelle*).

⁷¹³ Code Justinien, 5, 40, 3.

⁷¹⁴ Cf. A. BURDESE, « Qui infanti proximi sunt », *Labeo*, 1955, p. 1.

⁷¹⁵ S'il est *doli capax*, D., 47, 8, 2, 19 ; 10, 3, 1 ; *injuria capax*, D., 9, 2, 5, 2 ; *ejus aetatis, ut rei intellectum capere possent*, D., 29, 5, 14. Voir également T. MOMMSEN, *op. cit.*, p. 87, § 76.

⁷¹⁶ O. DESCAMPS, « Ancrages historiques », in *Droit et morale*, Dalloz, 2011, p. 125-126, la chute de l'Empire romain en occident, aux alentours du VII^e siècle après J.-C. ne s'accompagne pas d'une disparition de ses préceptes juridiques.

⁷¹⁷ N. DESGRUGILLERS, *La loi salique*, éd. Paleo, 2011, p. 41 et s. Des compositions tarifaires règlent les différends. Pour autant la loi salique fait figure d'un objectivisme douteux. Il y est fait mention du but poursuivi par l'auteur d'un meurtre (XVII. Des blessures, 1. Celui qui aura voulu tuer quelqu'un, mais aura échoué dans son entreprise, sur preuve, [*Malb. nifo ido efa*] sera condamné à payer 2.500 deniers ou 63 sous d'or) ou d'un vol (XXVII. Des vols divers, 6. Celui qui sera entré dans le jardin d'autrui pour y commettre un vol sera condamné à payer 600 deniers ou 15 sous d'or) ainsi que du « contrat d'homicide » correspondant à une forme de complicité par instigation (XVIII. Le contrat d'homicide, 1. Celui qui aura payé un homme pour commettre un vol, s'il est confondu, [*Mail. theolosina*] sera condamné à payer 2.500 deniers ou 63 sous d'or). Pareillement, la loi salique distingue suivant l'âge de la victime, critère qui constitue bien la marque d'une appréciation morale des forfaits, à l'instar de l'aggravation de la sanction en cas d'infanticide (XXIV. Des infanticides, 1. Celui qui aura tué un enfant de moins de dix ans, jusqu'à douze ans, sur preuve, [*Malb. famis fith*] sera condamné à payer 24.000 deniers ou 600 sous d'or).

⁷¹⁸ Comp. A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, Paris, Cujas, 1980, p. 6, pour lesquels ces tarifs n'ont pas de caractère pénal, également A. LAINGUI, *op. cit.*, p. 71 : « *aux yeux des criminalistes, le domaine propre du droit criminel est l'infraction intentionnelle* ».

⁷¹⁹ Loi salique, titre XXVIII, § 6.

⁷²⁰ Décret de Clotaire II, an 595 ; Capitulaire incerti anni, cap. LVII, Loi des Angles, titre I, § 1, titre V, § 6 ; loi des Frisons, titre XV ; Loi d'Ina, Loi des Saxons, c. III, § 4 ; c. XVIII ; Loi des Ripuaires, titre XVIII, § 11 ; c. IXXXIX ; Loi des Lombards, liv. 1, titre IX, § 8, 34 et 38, titre XXV § 21, titre XXXVII, § 1 et 2 ; Loi des Allemands, titre XLV, § 1 et 2 ; Capitulaire de Charlemagne, *De villis* ; Capitulaire de Charlemagne, an 779, c. XXII, an 802, c. XXXII, an 805, c. v. ; Formules de Merculfe, livre 1, f. III et IV ; Grégoire de Tours, *Histoire ecclésiastique de la Gaule*, Livre VII, c. XLVII.

⁷²¹ A. LEBIGRE et A. LAINGUI, *op. cit.*, p. 10, n'hésitent pas à baptiser cette période du Moyen-Âge de « *légalité coutumière* », la pluralité des sources faisant écho à la multitude des foyers de pouvoirs susceptibles de rendre la justice ; N. SECRETO, *op. cit.*, p. 11.

⁷²² P. de BEAUMANOIR, *Les coutumes de Beauvaisis*, publié par le Comte Beugnot, Paris, Jules Renouard, 1842, t. 2, p. 268, n° 9 *in fine*.

l'âge à partir duquel il a la capacité dolosive⁷²³. Il incombe encore au juge, dans son arbitrage, « *d'estimer non tant du nombre des ans du mineur, que de la qualité du fait s'il est capable de dol, et s'il a forfait par malice ou par défaut de conscience [conseil] et par débilité de son âge qui ne voit et n'entend ce qu'elle fait* »⁷²⁴.

485. Le Code criminel révolutionnaire de 1791 ne traite pas de l'aliéné et il utilise la notion de discernement à l'égard des mineurs de seize ans⁷²⁵. De même au sein du Code pénal de 1810, il n'est également question de discernement qu'au sujet des mineurs, distingué de celui qui est en état de démence au temps de l'action. D'après son article 66 qui reprend tel quel et sans discussion à l'Assemblée l'article 2 du Code pénal de 1791, le mineur de seize ans n'encourt aucune condamnation s'il a manqué de discernement.

486. Le législateur reconduit ce critère par la loi du 1^{er} avril 1906 qui porte l'âge de la majorité à dix-huit ans. Elle permet d'acquitter, dans les cas où ils ont agi sans discernement, les mineurs de seize à dix-huit ans, de prononcer à leur égard des mesures éducatives. La loi du 22 juillet 1912 introduit un seuil d'irresponsabilité⁷²⁶. Elle supprime la question du discernement pour tout mineur de treize ans, posant à leur égard une « *présomption irréfragable de défaut de discernement* »⁷²⁷ ; elle la maintient par ailleurs à l'égard des personnes âgées de treize à dix-huit ans et, pour rendre cette distinction effective sur le plan procédural, elle crée les premières juridictions spécialisées : les tribunaux pour enfants et adolescents⁷²⁸. La loi du 27 juillet 1942, qui n'a pu être appliquée en raison du contexte de sa promulgation mais dont l'ordonnance du 2 février 1945 rend le contenu effectif, supprime la condition de discernement au prétexte de

⁷²³ F. GRIMAUDET, *Des causes qui excusent de dol*, Paris, Chez Hierosine de Marnes, et la veuve Guillaume Cauellat, au mont Saint Hilaire au Pélican, 1585, p. 16.

⁷²⁴ F. GRIMAUDET, *ibid.*

⁷²⁵ L'article 1 du Titre 5 de la partie générale de ce Code dispose : « *lorsqu'un accusé, déclaré coupable par le jury, aura commis le crime pour lequel il est poursuivi, avant l'âge de seize ans accomplis, les jurés décideront, dans les formes ordinaires de leur délibération, la question suivante : Le coupable a-t-il commis le crime avec ou sans discernement ?* ». Les articles 2 et 3 disposent respectivement que « *si les jurés décident que le coupable a commis le crime sans discernement, il sera acquitté du crime ; mais le tribunal criminel pourra, suivant les circonstances, ordonner que le coupable sera rendu à ses parents, ou qu'il sera conduit dans une maison de correction, pour y être élevé et détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminera, et qui toutefois ne pourra excéder l'époque à laquelle il aura atteint l'âge de vingt ans* », d'autre part que « *si les jurés décident que le coupable a commis le crime avec discernement, il sera condamné ; mais à raison de son âge, les peines suivantes seront commuées* ».

⁷²⁶ L'absence de seuil objectif d'irresponsabilité pénale avait alimenté les critiques d'une large partie de la doctrine, à l'instar de Chauveau, Faustin et Hélie, Ortolan et Appleton notamment. Cf. G. MABILLE, *De la question du discernement relative aux mineurs de seize ans*, thèse Paris, éd. Rousseau, 1898, p. 23, J. COMBES, *op. cit.*, p. 37 et s.

⁷²⁷ Circulaire de la Chancellerie du 30 janvier 1914, *Journal des parquets*, 1914, n° 4-5, p. 39.

⁷²⁸ L'article 1^{er} de la loi du 22 juillet 1912 dispose que « *le mineur de l'un ou de l'autre sexe de moins de treize ans, auquel est imputée une infraction à la loi pénale, qualifiée crime ou délit, n'est pas déféré à la juridiction répressive. Il pourra être soumis, suivant le cas, à des mesures de tutelle, de surveillance, d'éducation, de réforme et d'assistance qui seront ordonnés par le tribunal civil statuant en chambre du conseil* ». Il précise en outre que les décisions de condamnations ne seront pas inscrites au casier judiciaire.

l'inutilité de ce critère⁷²⁹. Ainsi l'ordonnance du 2 février 1945, texte de référence en matière de responsabilité pénale des mineurs, ne fait pas référence à cette notion.

487. C'est à la suite de ces réformes successives que fut rendu l'arrêt *Laboube*⁷³⁰. Le retentissement conféré à cet arrêt s'explique par son contexte : celui d'un vide juridique dans la définition des conditions minimales de la culpabilité. En l'espèce, un enfant de six ans blesse l'un de ses camarades de jeu par imprudence. La Cour d'appel de Colmar⁷³¹ décide qu'il ne possédait pas le minimum de raison nécessaire pour comprendre la nature et la portée de son acte. Le pourvoi formé dans l'intérêt de la loi donne lieu à un arrêt de cassation mais la Chambre criminelle avalise l'arrêt de la Cour d'appel sur ce point⁷³². L'arrêt *Laboube* est moins révolutionnaire qu'il n'y paraît⁷³³. Au siècle précédent, la Chambre criminelle avait déjà eu l'occasion de préciser que la minorité constitue une cause d'exonération pénale plus péremptoire que l'absence d'intention. Dans une décision du 20 mars 1841⁷³⁴, confirmée à plusieurs reprises⁷³⁵, elle affirme dans une formule limpide que l'absence de discernement se distingue de l'absence d'intention. Elle décide de manière classique que la question du discernement doit être posée avant tout débat au fond s'agissant de l'enfant, à l'inverse de ce qui se passe pour le « dément »⁷³⁶.

⁷²⁹ Loi du 27 juillet 1942 relative à l'enfance délinquante. *Rapport au maréchal de France, chef de l'État français*, JO du 13 août 1942, p. 2778 : « la question du discernement paraît donc inutile ; le projet la supprime. Désormais, la loi sera en harmonie avec les réalités ».

⁷³⁰ Crim., 13 décembre 1956, *Laboube*, préc., D. 1957, jur. 349, note M. PATIN ; J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 8^e éd. 2012, n° 43.

⁷³¹ CA COLMAR, 2 février 1954, D. 1955, Somm., p. 3 ; *Gaz. Pal.* 1954, 2, p. 147 ; *Gaz. Pal.* 1955, 1, p. 26 et s. ; S. 1954, II, p. 65 et s. ; voir également Crim., 1^{er} décembre 1953.

⁷³² « (...) encore faut-il, conformément aux principes généraux du droit, que le mineur dont la participation à l'acte matériel à lui reproché est établie, ait compris et voulu cet acte ; que toute infraction, même non intentionnelle, suppose en effet que son auteur ait agi avec intelligence et volonté ».

⁷³³ Conformément aux articles 66 (Loi des 25 septembre et 6 oct. 1791, 1^{ère} partie, Titre V : « lorsqu'un accusé, déclaré coupable par le jury, aura commis le crime pour lequel il est poursuivi avant l'âge de seize ans accomplis, les jurés décideront, dans les formes ordinaires de leur délibération, la question suivante : le coupable a-t-il commis le crime avec ou sans discernement ? ») et 340 anciens du Code d'instruction criminelle qui impose également au jury de répondre à la question de la culpabilité, avant de trancher celle du discernement.

⁷³⁴ Crim., 20 mars 1841, S. 1841, 1, p. 463. L'article 16 de la loi du 9 floréal an 7 portait que le prévenu de contravention douanière ne pouvait bénéficier d'aucune excuse tirée de l'intention (comprendre de l'absence d'intention). Cette solution étend le bénéfice de l'article 66 du Code pénal de 1810 aux contraventions. La Cour jugea que cette disposition ne faisait pas obstacle à l'application de l'article 66 du Code pénal étant donné que « l'intention n'est pas la même chose que le discernement, celui-ci se rapportant à la conscience de commettre que l'on a de ses actes, et l'intention à la volonté qui les fait commettre ; que l'intention criminelle peut manquer là où le discernement existe, ce qui est le cas prévu par ledit article 16 ; mais que l'absence de discernement est une cause de justification beaucoup plus péremptoire, à laquelle on ne peut appliquer par extension la prohibition de cet article ».

⁷³⁵ Crim., 1^{er} avril 1842, S. 1842, 1, p. 465. Dans cette affaire, une femme avait été convaincue d'avoir introduit de la poudre à feu et du tabac de fabrication étrangère, prohibés à l'entrée. Elle fut relaxée la condamnation à l'emprisonnement, mais demeura redevable d'une amende contraventionnelle qui, en raison de la spécialité de la matière, n'avait pas le caractère d'une sanction pénale, mais celui d'une réparation envers l'Etat au titre du préjudice qu'il subit, sur le fondement des articles 1382 du Code civil et notamment 20, titre 13 de la loi du 22 août 1791 ; voir également Cass. 10 juin 1842, S. 1842, 1, p. 832.

⁷³⁶ Crim., 9 Messidor an VII, Bull. crim. an VII, t. II, n° 400, p. 206 : « Marguerite Morcan, âgée de quinze ans, était prévenue de délits d'incendies. Les jurés de jugement auraient dû décider la question du discernement, d'après l'article 1^{er} du titre 5 du Code pénal, ce qu'ils n'ont pas fait » ; et concernant une malade mentale, Cass., 6 Ventôse an IX, Bull. crim. n° 118, p. 216 : « la faiblesse d'esprit n'est pas une excuse légale propre à faire obstacle à la peine de mort pour homicide ».

488. Dans la suite de cette jurisprudence, la notion de discernement est définie de la même manière en doctrine comme une *capacité de l'individu d'apprécier et de comprendre* la portée de ses actes⁷³⁷. La définition de son manque d'intelligence renvoie encore implicitement à la définition de la faute ancrée dans la doctrine du droit naturel. Elle concerne sa capacité dolosive.

489. *Cependant la dénotation morale de cette conscience n'est plus valable en droit séculier. Le législateur ne définit plus la faute au regard d'une conscience d'une énigmatique différence entre le bien et le mal réglée en droit naturel. Aussi le terme « discernement », autrefois employé à l'égard du mineur, réapparaît au sein du Code pénal de 1994 où il n'a plus le même sens.*

490. Dans la lignée de l'avant-projet de Code pénal de juin 1983 qui annonçait déjà cet emploi⁷³⁸, la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 réintroduit la condition de discernement au sein du droit pénal des mineurs, conformément aux vœux du rapport au nom de la commission des lois⁷³⁹. Cependant cette condition devient celle de « *capacité de discernement* » et non plus de discernement *stricto sensu*. Car la notion de discernement est désormais rattachée à la *personne*, celle qui peut être physique ou morale, et dont il devient douteux qu'elle puisse avoir un discernement s'il s'agit encore d'une aptitude de l'homme ou de l'individu à comprendre que ce qu'il fait est bien ou mal.

491. Cette définition morale antique devient incompréhensible au sein du droit pénal moderne. Surtout, elle travestit le sens originel de cette condition de « *capacité dolosive* » devenue « *capacité de discernement* ». Elle désignait auparavant l'aptitude d'un individu à savoir qu'il existait un ordre supérieur, le droit naturel, auquel il devait se soumettre. Cette capacité dolosive avait un sens juridique strict, au sein d'un système juridique pyramidal ayant à son sommet une loi divine. Dans un système juridique

⁷³⁷ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 787 ; A. DECOCQ, *op. cit.*, p. 201 ; J.-M. AUSSEL, « La contrainte et la nécessité en droit pénal », préc., p. 256 ; P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*, p. 204, n° 358 : « *le développement insuffisant des facultés intellectuelles et mentales doit être pris en compte lorsqu'il est naturel, c'est-à-dire lorsqu'il procède de l'âge* » ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, 17^e éd., Cujas, 2009, p. 434, n° 463 ; Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 434 ; V. PETEREAU-MAHRACH, *op. cit.*, p. 232 ; N. SECRETO, *op. cit.*, p. 103 ; M. ON, *Essai sur la notion de discernement en droit pénal. Contribution à l'étude de l'élément moral de la responsabilité pénale*, thèse Montpellier I, 2009, p. 17 « *une capacité de l'homme à faire des choix et à être maître de ses actes* » ; N. STONESTREET, *La notion d'infraction pénale*, thèse Bordeaux, 2006, p. 238 ; C. MARGAINE, *op. cit.*, qui ne fait pas de distinction substantielle entre les notions de capacité et d'imputabilité.

⁷³⁸ Article 31 : « N'est pas punissable celui qui était atteint, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes ».

⁷³⁹ Rapport de J.-P. SCHOSTECK et P. FAUCHON, au nom de la commission des lois, n° 370 (20012002), qui font notamment référence à la jurisprudence Laboube. D'après ce rapport, la jurisprudence aurait dégagé la condition de discernement du mineur, entendu dès lors comme une capacité de comprendre et de vouloir.

« inversé » tel que celui du droit pénal moderne, où le Peuple souverain occupe la place suprême, cette condition n'appelle plus le même sens.

492. Rapportée à la personne, le discernement exprime l'aptitude d'un individu à *réfléchir* ses actes, c'est-à-dire à les envisager au regard du sens qu'ils ont pour la société. Inversement, l'incapacité de discernement est une absence initiale de conscience réflexive. *L'individu* incapable de discernement se distingue ainsi de *la personne* qui, quant à elle, a d'ores et déjà accédé à ce niveau de conscience. Sauf preuve contraire, l'incapable de discernement ne peut jamais commettre d'infraction : il réalise un fait purement matériel.

§ 2. Les manifestations de l'incapacité de discernement

493. Le mineur incapable de discernement *réalise* des faits complètement indolores pour la société. En revanche, il peut avoir causé un préjudice civil délictuel car le discernement n'est pas une condition de la faute prévue à l'article 1382 du Code civil⁷⁴⁰. Autrement dit, ce qui distingue la faute civile de la faute pénale, *c'est la nature de cette obligation première*. Le mineur n'a pas encore conscience de l'existence de la loi pénale. Il ne peut donc commettre aucun manquement aux normes répressives. En revanche, il peut avoir acquis, par l'expérience, la conscience des suites probables de ses actes. Cette conscience justifie qu'il doive répondre de ses actes dommageables. Mais alors, la réparation du dommage *réalisé* n'appelle ni souffrance ni rétribution. Elle est entièrement dédiée au dédommagement pécuniaire, pour le préjudice matériel ou moral issu des conséquences prévisibles de cette faute. Pour le comprendre, il faut redéfinir les différents compartiments de la faute au sens large. Schématiquement, la faute contient deux dimensions : l'une personnelle (la conscience de la gravité d'un acte), l'autre matérielle (la conscience du monde sensible)⁷⁴¹.

⁷⁴⁰ Sur l'état de la question en droit civil, voir nos propos aux n° 39 et 142.

⁷⁴⁰ Au sujet de l'« imputabilité » qui ne serait plus exigée en matière civile délictuelle pour la faute de l'aliéné ou de l'*infans*, cf. Ass. pl., 9 mai 1984, *D.* 1984, p. 525, concl. J. CABANNES, note F. CHABAS ; *JCP* 1984, II, 20255, note N. DEJEAN de la BÂTIE ; *ibid.* 20256, note P. JOURDAIN ; *RTD civ.* 1984, p. 508, obs. J. HUET ; *JCP* 1984, I, 3155 et *JCP* 1985, I, 3189, notes G. VINEY. Voir également P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 41 et s. ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 696 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 109 ; P. BRUN, *op. cit.*, n° 298 ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *op. cit.*, n° 615, ainsi que le préambule explicatif de l'article 1340-1 de l'avant-projet Catala.

⁷⁴¹ Cf. *supra* n° 110.

494. En droit civil, le critère de la *conscience matérielle* est pris en compte. Cette conscience correspond à une capacité d'anticipation de l'individu sur le cours des événements. Elle lui permet d'entrevoir les suites de ses faits et gestes constitue aussi bien le support de la faute civile délictuelle que celui de la faute pénale. Toutefois en droit civil, elle est suffisante pour qualifier une faute, sauf à ce que le texte de référence n'exige aucune faute⁷⁴². Dans l'hypothèse de la responsabilité du *fait* d'autrui notamment⁷⁴³, la responsabilité des parents est encourue du seul fait de leur enfant, fautif ou non⁷⁴⁴.

495. De l'enfance à la majorité, la conscience temporelle du mineur s'enrichit d'un second volet : la conscience personnelle. Le mineur *comprend* l'identité personnelle que la société lui renvoie. L'apprentissage moral de la notion d'interdit durant l'enfance prépare ainsi la formation d'une conscience réflexive : la connaissance des devoirs qui lui incombent en tant que membre d'une société indivisible. *Une fois cette conscience réflexive acquise, elle devient le support de sa conscience matérielle. Il doit envisager les suites de ses actes de manière à ce qu'ils ne violent pas la loi pénale.*

496. Dans les arrêts d'Assemblée plénière rendus en 1984, la Cour de cassation a tiré des conséquences de cette double dimension de la faute. Ces décisions laissent apparaître une unité « subjective » dans l'approche temporelle de la faute en droit civil et en droit pénal. En revanche le foyer de rattachement de cette faute n'est pas le même dans chacune de ces matières.

497. En matière civile délictuelle, la responsabilité est fondée à partir des articles 1382 et 1383 du Code civil. Le premier dispose que « tout fait quelconque de l'homme, qui *cause* à autrui un dommage, oblige celui par la *faute* duquel il est arrivé à le réparer » ; le suivant que « chacun est responsable du dommage qu'il a *causé* non seulement par son fait, mais encore par sa *négligence* ou par son *imprudence* »⁷⁴⁵.

498. Dans l'arrêt Derguini, une enfant est renversée par un véhicule alors qu'elle rebrousse chemin sur un passage piéton après s'être aventurée inopinément sur la route. Cette décision tirait des conséquences de *l'absence de capacité d'anticipation* chez un

⁷⁴² L'article 1384 du Code civil qui régit la responsabilité civile délictuelle des parents du fait de leur enfant.

⁷⁴³ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°150 et s.

⁷⁴⁴ Ass. pl., 13 décembre 2002, Bull. civ. ass. pl., n° 4 ; D. 2003, p. 231 et p. 591, note P. JOURDAIN ; JCP 2003, II, 10010, note A. HERVIO-LELONG ; Gaz. Pal. 7-8 mars 2003, p. 52, note F. CHABAS, au sujet du dommage « *même non fautif* » directement causé par le fait du mineur.

⁷⁴⁵ Ce qui implique que lorsqu'une personne commet une faute qui participe à son propre dommage, sa faute réduit d'autant son droit à réparation.

enfant âgé de 5 ans et 9 mois. La Cour de cassation retient le « *défait* de discernement » de l'enfant, « beaucoup trop jeune pour apprécier *les conséquences* de ses actes ». Par ailleurs, l'état d'enfance présuait l'absence de *conscience temporelle* chez le mineur, si bien que son fait ne constituait pas une faute susceptible d'amoinrir celle du conducteur. S'agissant du mineur victime d'un fait civil délictuel, la Chambre criminelle écarte l'atténuation de responsabilité dont aurait pu bénéficier le conducteur en raison de l'incapacité de l'enfant à jauger des suites de son comportement. Elle considère que le comportement à risque de l'enfant était parfaitement prévisible, ce qui la conduit à retenir une faute chez le conducteur qui ne pouvait l'ignorer⁷⁴⁶.

499. Cette hypothèse rappelle d'ailleurs un cas déjà réglé par la loi Aquilia en droit romain, d'après laquelle le dommage causé par l'animal sauvage devait être distingué, pour sa réparation, de celui causé par un animal domestique. Dans ce dernier cas, il ne peut être reproché à la personne blessée de ne pas avoir anticipé le comportement dangereux de l'animal qu'elle croyait apprivoiser. A l'inverse, le dommage causé par un animal fougueux ou sauvage invite ceux qui l'approchent à la prudence, si bien que la réalisation du dommage, sauf cas de force majeure dont la preuve doit être rapportée, constituera immanquablement la preuve d'un défaut de diligence fautif. Il fallait donc distinguer, en droit romain, suivant que l'animal aura *agi naturam* – à cause de sa nature – ou non⁷⁴⁷.

500. A l'inverse lorsque l'individu qui jouit de cette conscience temporelle peut commettre une faute d'imprudence. Ainsi dans l'arrêt *Lemaire*, également rendu par l'Assemblée plénière le 9 mai 1984, la Cour de cassation a conclu à un partage de responsabilité eu égard à la faute civile commise par le mineur. Un *adolescent* avait trouvé la mort par électrocution après avoir tenté de changer la douille d'une ampoule en l'absence de tout marqueur permettant de s'assurer que le commutateur était hors tension. Il avait sûrement été induit en erreur par son habitude, mais il aurait dû faire

⁷⁴⁶ Suivant ce même raisonnement, elle condamne notamment le professeur qui a laissé les fenêtres d'une classe où se trouvaient des enfants ouvertes, coupable de n'avoir pas pris les mesures qui auraient empêché la mort de l'enfant tombé par la fenêtre. Cf. Crim., 6 septembre 2005, Bull. crim. n° 218, p. 776 : « *justifie sa décision au regard de l'article 121-3 du Code pénal la cour d'appel qui, pour déclarer un instituteur coupable d'homicide involontaire à la suite du décès de l'une de ses élèves, victime d'une chute de la fenêtre du deuxième étage de la classe sur laquelle elle s'était placée à son insu, retient que, connaissant la dangerosité de la situation résultant de l'ouverture des fenêtres pour les enfants, il n'a pas pris à leur arrivée dans la classe les mesures de fermeture permettant d'éviter le dommage et a ainsi commis une faute caractérisée exposant les élèves à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer* » ; également Crim., 10 décembre 2002, Bull. crim. n° 223, p. 822.

⁷⁴⁷ ULPIEN, D. 9, 1, 1, 7. Les romanistes citent également souvent l'exemple de la nourrice éborgnée par un bambin, totalement inconscient des conséquences de ses gestes. D'après notre analyse, elle ne devrait s'en prendre qu'à elle-même.

preuve de plus de précaution étant donné qu'un ouvrier était intervenu peu auparavant sur la ligne électrique.

501. De fait, l'employé avait inversé le sens des fils. La responsabilité civile de l'ouvrier fautif à la réparation fut amoindrie en raison de celle du mineur présumé jouir d'une capacité d'anticipation des dommages. Âgé de treize ans, l'adolescent décédé aurait dû avoir conscience des suites possibles de son acte. Il a commis une faute d'imprudence qui a contribué à son décès. Cette conscience n'a rien de commun avec le discernement infractionnel. Il y aurait un non-sens à s'appuyer sur le discernement pénal du mineur pour caractériser une infraction qu'il aurait commise... contre lui-même. En revanche d'un point de vue strictement temporel, la prévisibilité sous-jacente semble répondre aux mêmes critères en matière civile et pénale, bien qu'elle semble admissible bien plus tôt qu'en matière pénale.

502. Toujours en matière de responsabilité civile délictuelle, dans l'arrêt *Fullenwarth* relatif à un tir à l'arc aux conséquences malheureuses, le moyen au pourvoi du père condamné sur le fondement des articles 1382 et 1384 alinéa 4 du Code civil *alléguait l'absence de discernement de son fils* âgé de sept ans au moment des faits. La Cour de cassation substitua un moyen de pur droit aux motifs des juges du fond : « *il suffit que celui-ci ait commis un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime* ». En effet d'après l'article 1384 al. 1^{er}, « on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est *causé* par le *fait* des personnes dont on doit répondre », l'alinéa 4 prévoyant que « le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux ».

503. Contrairement à l'article 1382 du Code civil, l'article 1384 du même code n'émet aucune condition de *faute* chez l'auteur matériel du dommage. Le législateur conditionne la responsabilité du fait d'autrui à la commission d'un *fait* par le mineur, cette condition minimaliste supposant sans doute une faute des parents dans leur défaut de surveillance ou d'éducation (« leurs enfants mineurs *vivant avec eux* »). La Cour de cassation affirme donc que la Cour d'appel n'avait pas à vérifier la capacité de discernement du mineur dans l'arrêt où le mineur en a blessé un autre en tombant d'une balançoire. Elle a fait une stricte application d'un cas de responsabilité délié de la preuve d'une faute, en ce qui concerne la responsabilité civile délictuelle des parents du fait de leur enfant.

504. Parce que la faute civile délictuelle requiert, comme la faute pénale, la conscience des suites prévisibles d'un comportement – une conscience temporelle – la survenance du dommage engage la responsabilité civile délictuelle de son auteur lorsqu'il pouvait en éviter la réalisation. Les arrêts d'Assemblée plénière de 1984 se fondent sur ce critère en matière civile pour équilibrer les fautes respectives des auteurs et victimes d'un accident. Cette conscience temporelle est toutefois insuffisante en droit pénal. Il faut qu'elle procède d'une conscience réflexive que le mineur peut avoir acquise prématurément.

505. Dans le seul des arrêts rendus par l'Assemblée plénière le 9 mai 1984, où la commission d'une infraction pénale par un mineur est discutée⁷⁴⁸, la Cour de confirme cette position. En l'espèce, un enfant de neuf ans avait provoqué un incendie. D'après les faits, il avait préalablement volé les clés d'un véhicule auquel il a par la suite mis le feu. Les juges en déduisent sa culpabilité. Le moyen au pourvoi reprenait *in extenso* les motifs de la solution de droit de l'arrêt Laboube. Il reproche aux juges de n'avoir pas établi que le mineur a voulu et compris l'acte qu'il a commis.

506. En l'espèce, *contrairement aux faits de l'arrêt Laboube*, le mineur est âgé de plus de sept ans, ce qui rend peu nécessaire la justification expresse de sa capacité de discernement, comme ce devrait être le cas s'il s'était agi d'un enfant. La Chambre criminelle répond à la question de discernement implicitement, considérant que la réponse affirmative sur la question de la culpabilité implique nécessairement d'avoir conclu à l'existence du discernement. En l'espèce, la conclusion des juges du fond relativement à la commission volontaire des faits par le mineur indique bien qu'ils ont implicitement caractérisé sa conscience de la gravité des faits.

507. La Chambre criminelle évoque alors la nécessité d'une « conscience du *délit* » chez le mineur incendiaire, puis elle se range cependant derrière l'appréciation souveraine des juges du fond qui ont conclu à un acte volontaire de la part du mineur de neuf ans. Le juge du fait a conclu à l'existence du discernement chez le mineur, par renversement de la présomption d'absence de discernement, si bien que la Cour de cassation ne pouvait que suivre ses constatations souveraines. En effet, dès lors que le Ministère public rapporte la preuve de la présence du discernement, cette question se fond dans celle de la preuve de la culpabilité⁷⁴⁹. Cette décision se conforme parfaitement

⁷⁴⁸ Ass. Pl., 9 mai 1984, Bull. crim. n° 162, préc.

⁷⁴⁹ Crim., 19 juin 2002, publié, n° de pourvoi : 11-85324, qui offre un exemple de poursuite implicitement possible contre un mineur de dix ans (dénonciation calomnieuse).

à sa jurisprudence traditionnelle qui veut que la question du discernement soit comprise dans celle de la culpabilité. En revanche, tant que cette présomption d'incapacité de discernement n'est pas renversée, le mineur commet des faits réels insusceptibles de qualification pénale.

508. Partant, le mineur âgé de dix ans qui commet des faits de pénétration sexuelle sur une victime âgée de sept ans ne commet pas l'infraction de viol, faute pour l'enfant d'être mu par une « intention sexuelle »⁷⁵⁰. Il est donc inutile de recourir à une expertise psychiatrique pour le dédouaner de responsabilité pénale. La circonstance qu'un mineur souffre de troubles psychiques, inutile en droit pénal, n'apparaît pas dans les recueils du Bulletin de la Chambre criminelle à une exception près. Le cas échéant, elle résulte du renversement de la présomption d'absence de discernement⁷⁵¹.

509. En résumé, le critère de l'incapacité de discernement reflète l'acquisition progressive de la notion d'interdit pénal. L'incapacité de discernement désigne l'état de l'individu qui ne peut prendre conscience d'un devoir-être. *Le mineur n'a pas encore conscience de sa qualité de personne et c'est pourquoi le droit pénal ne l'envisage pas comme tel* (art. 122-8, comparativement à l'article 122-1 du Code pénal). *L'individu au discernement absent n'ignore pas seulement ce qu'il devrait savoir, il ignore jusqu'à l'existence abstraite d'un devoir de conduite.*

510. Pour autant, il peut encore avoir conscience des suites temporelles de ses actes. Sa faute renferme donc, par définition, une dimension « subjective ». Certains auteurs postulent que, par ses décisions d'Assemblée plénière du 9 mai 1984, la Cour de cassation aurait mis fin à l'unité des fautes civile et pénale. Ces arrêts excluraient la dimension « subjective » de la faute civile délictuelle⁷⁵², revirant par rapport à celui du

⁷⁵⁰ Dans le même sens V. MALABAT, v° Infractions sexuelles, *Rép. pén.*, n° 34, qui considère que l'âge de la victime ne saurait fournir la preuve de son absence de consentement. L'arrêt sur lequel se fonde cette opinion n'en affirme cependant pas tant. Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 1^{er} mars 1995 (Crim., 1^{er} mars 1995, Bull. crim. n° 92, p. 230) la Chambre criminelle casse l'arrêt d'appel pour contradiction des motifs « *qui déduisent la surprise, malgré la répétition des faits, du seul âge des victimes* ».

⁷⁵¹ Crim., 24 novembre 2010, Bull. crim. n° 187. Un mineur avait vu sa détention provisoire prolongée car il existait contre lui des charges d'avoir commis les faits homicides sur ses père et frères durant leur sommeil en vue de dérober le contenu d'un coffre-fort. D'après l'arrêt, un collège d'experts s'était prononcé en faveur de l'abolition du discernement quand le second collège était parvenu à un accord concernant « *la responsabilité atténuée* », expression cela dit en passant malheureuse dans la mesure où le constat de la *responsabilité* pénale dépend du juge, l'expert n'ayant à se prononcer que sur l'atteinte au discernement. En l'espèce, ils n'ont pu se prononcer sur l'abolition du discernement sans avoir établi au préalable, implicitement mais nécessairement, l'existence du discernement chez le mineur auteur des homicides. C'est à la condition que la présomption d'absence de discernement ait été renversée qu'il devient légitime d'aborder la question d'une atteinte au discernement au moment des faits.

⁷⁵² Ass. pl., 9 mai 1984, *D.* 1984, p. 525, concl. J. CABANNES, note F. CHABAS ; *JCP* 1984, II, 20255, note N. DEJEAN de la BÂTIE, *ibid.* 20256, note P. JOURDAIN ; Rapport FEDOU, obs. J. HUET, *RTD civ.* 1984, p. 508 ; G. VINEY, *JCP* 1984, I, 3155 et *JCP* 1985, I, 3189.

18 décembre 1912⁷⁵³. Il existe bel et bien une différence de nature entre fautes civile et pénale. En revanche il n'est pas certain qu'elle fut créée par les arrêts d'Assemblée plénière, et même de postuler qu'elles furent de même nature au cours du XX^e siècle.

511. La maturation du discernement se faisant à rythme constant, le droit pénal recourt à des paliers d'âge censés révéler les degrés de maturation du discernement. L'incapacité de discernement du mineur s'amenuise à dix puis à treize ans. A partir de seize ans notamment, le droit pénal regarde le mineur comme une personne très prochainement en devenir qui, à ce titre, peut encourir une peine⁷⁵⁴. Toutefois, la formation imparfaite du discernement justifie l'atténuation de sa peine par moitié⁷⁵⁵. *Néanmoins le droit pénal n'est pas attaché au critère de l'âge qu'il n'utilise qu'à titre d'indice présomptif*. Face à une réalité douteuse à laquelle il doit appliquer un régime strict⁷⁵⁶, il présume l'incapacité de discernement du mineur en fonction de la tranche d'âge à laquelle il appartient. A l'âge adulte, la présomption s'inverse : il ne peut donc être question que d'atteinte au discernement.

Section 2. Le temps de l'atteinte au discernement

512. Par définition, l'atteinte au discernement postule la présence initiale de cette conscience chez la personne concernée. Tandis que l'absence dépend de l'aléa initial d'une présence, l'abolition suppose une entité réellement présente et sa disparition postérieure. Aussi vrai que ce qui est absent ne peut être aboli, l'abolition dépend de la présence certaine de son objet. Cette conscience abolie n'est pas celle de l'individu, au sens où elle relèverait de sa conscience morale⁷⁵⁷. Il s'agit d'une *conscience personnelle*, celle qui oblige l'individu à dépasser son ignorance pour se conformer à la loi pénale. Elle peut exister indifféremment chez la personne physique ou chez la personne morale au regard de l'analyse comparée des articles 122-1 et 121-2 du Code pénal. Il semble légitime d'avancer que l'intensité de troubles psychiques ne décide pas de l'existence de

⁷⁵³ Cass., Civ., 18 décembre 1912, S. 1914, p. 249, note R.-L. MOREL ; D. 1915, 1, p. 17 et *Gaz. Pal.* 1913, 1, p. 107.

⁷⁵⁴ Le problème se présente sous la même forme en droit romain, où la distinction de l'*infans* qui approche de la puberté pose autant problème que celle de l'adolescent avec l'adulte. Le droit romain s'aide du critère individuel de l'âge à titre présomptif. Cf. A. BURDESE, « Qui infanti proximi sunt », *Labeo*, 1955, p. 1.

⁷⁵⁵ Art. 2 de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁷⁵⁶ R. MERLE, *Les présomptions légales en droit pénal*, LGDJ, 1970, p. 6 et s., qui distingue ainsi la présomption de la fiction juridique. Dans le mécanisme de présomption, la connaissance que l'on peut avoir du réel est simplement douteuse. Au contraire, dans la fiction, le réel, lui, est certain, et le juriste le contredit hardiment, à l'instar de l'existence des personnes morales.

⁷⁵⁷ Voir *infra* n° 91 et s.

l'abolition du discernement. L'abolition du discernement porte sur la conscience de l'existence de la loi pénale. A l'intensité des troubles, critère indifférent, il est préférable de regarder au moment où ils se sont manifestés.

513. C'est pourquoi, au sein de l'article 122-1 du Code pénal, l'approche temporelle de l'atteinte au discernement prime l'approche matérielle : « n'est pas pénalement responsable la personne qui, *au moment des faits...* », a subi un trouble mental ayant aboli son discernement. En somme l'abolition du discernement, critère *juridique*, se distingue des troubles psychiques ou neuropsychiques qui peuvent en être la cause *factuelle*. A la lumière de ce critère, le malade mental se révèle être un délinquant comme les autres pour le droit pénal, et la jurisprudence offre un visage d'une cohérence sans faille. L'analyse du critère de l'abolition du discernement (§ 1) précèdera donc celle de ses multiples illustrations en droit prétorien (§ 2).

§ 1. Le critère de l'abolition du discernement

514. La compréhension psychiatrique de la notion d'état de démence a perturbé la définition doctrinale de la faute pénale, et par effet d'entraînement celle de la faute civile délictuelle. Si le dément de l'article 64 du Code pénal de 1810 est un malade mental, c'est que la maladie mentale fait obstacle à l'exercice du libre-arbitre. Dès lors, le malade mental ne peut commettre aucune faute. Or la faute est une condition exigée des articles 1382 et 1383 du Code civil pour la responsabilité civile délictuelle. Comment expliquer que le « malade mental » de l'article 489-2 ancien du Code civil, obligé à réparation en vertu de ce texte, puisse commettre une faute alors même qu'il serait dépourvu de libre-arbitre ? L'opinion doctrinale commune considère que, en droit civil délictuel, la faute était devenue « objective », tandis qu'en droit pénal elle requerrait en outre une composante « subjective » : la conscience du bien et du mal. Cette faute objective serait donc dénuée de toute dimension morale. La seule réalisation d'un dommage suffirait à l'établir.

515. Les fautes civile délictuelle et pénale sont effectivement différentes. Toutefois le postulat qui permet de les dissocier rend leur démarcation difficile. Non seulement le critère de la faute morale ne peut plus valoir en droit positif, mais encore le droit pénal ne contient aucun principe d'irresponsabilité pénale des malades mentaux, postulat implicite qui a pourtant fondé la lecture des articles 489-2 ancien puis 414-3 du Code civil.

516. En effet, d'une part, le législateur distingue l'abolition du discernement (art. 122-1 du Code pénal) de la contrainte (art. 122-2 du Code pénal). La maladie mentale, qui compte parmi les troubles psychiques, ne peut donc pas constituer une contrainte morale efficace. D'autre part, au sein même de l'article 122-1 du Code pénal, il distingue l'abolition du discernement des troubles psychiques susceptibles de la causer, ce qui laisse entendre que ces deux notions sont de natures différentes. Il apparaît nécessaire d'explicitier ces deux distinctions légales : l'abolition du discernement diffère de la contrainte (A) comme de l'aliénation psychiatrique (B).

A. La distinction de l'abolition du discernement et de la contrainte

517. Par définition, la contrainte appelle une résistance : elle s'exerce nécessairement à l'encontre d'une volonté opposée. Or si cette volonté est elle-même infractionnelle, alors l'existence d'une contrainte reste sans effet sur la responsabilité pénale de l'auteur des faits. Pour qu'elle ait un effet absolu, il faut qu'elle force une personne douée de discernement à commettre un fait dont, à tout le moins, elle n'est pas sûre qu'il soit conforme au droit pénal. Le discernement constitue donc une condition de la contrainte. C'est justement la raison pour laquelle le législateur a édicté la condition de discernement dans l'article 122-1 du Code pénal qui précède celui relatif à la contrainte (article 122-2 du même code).

518. Cependant la contrainte, qu'elle soit physique ou morale, peut être conjurée par des mesures préventives. Si la personne contrainte savait qu'elle pourrait en subir les effets, elle est nécessairement fautive de n'avoir pas pris toutes les mesures qui lui auraient permis de ne pas s'exposer à la commission d'une infraction. Ceci explique que la contrainte physique prévisible (1) soit aussi inefficace que la contrainte morale prévisible (2).

1. L'inefficacité de la contrainte physique prévisible

519. Suivant l'article 122-2 du Code pénal, « *n'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister* ». A la différence de l'article 121-3 qui présume la faute à partir du discernement de l'agent pénal (« qu'il *ne pouvait ignorer* »), l'article 122-1 du Code pénal invite à une appréciation concrète de la contrainte (« à laquelle elle *n'a pas pu résister* », ce qui est

encore différent de « à laquelle elle *ne pouvait* résister »), sans rien changer du contenu de l'article 64 du Code pénal de 1810 sur ce point (l'article 64 ancien disposait qu'il « n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu (...) a été contraint par une force à laquelle *il n'a pu* résister »). La raison en est fort simple. Il ne peut y avoir de contrainte ou de recours à la force sans résistance. Or cette résistance, qu'elle soit d'ordre physique ou moral, doit être impulsée par une conscience : la volonté de se conformer à la loi pénale.

520. La contrainte postule le discernement de celui qui résiste. Aussi pour être exonératoire de responsabilité, il faut encore que cette contrainte n'ait pas été prévisible par celui qui s'y trouve soumis. A défaut, sa situation signerait l'existence d'une imprudence : celle qui consiste à avoir pris le risque de ne pas pouvoir éviter de violer la loi pénale. La contrainte se caractérise par l'irrésistibilité mais elle a besoin du renfort de l'imprévisibilité pour jouer son rôle exonératoire de responsabilité.

521. Etant donné que la contrainte implique le discernement, la faute ne consiste pas à n'avoir pas prévu la soumission au droit pénal mais à n'avoir pas anticipé l'existence de la force contraignante qui obligerait l'agent à commettre une infraction. Autrement dit l'imprévisibilité requise ne porte pas sur l'existence probable d'une faute mais sur l'existence concrète du fait contraignant. En résumé l'agent reste conscient de la nature pénale de l'acte qu'il commet. En revanche s'il *n'a pas prévu* la survenance de la contrainte, il est irresponsable face à cet événement s'il est irrésistible.

522. Le droit romain établissait déjà cette distinction. La contrainte exprimée à l'aide du terme *vis* (la force, la violence) constitue une cause d'irresponsabilité pénale à la condition d'être une *vis major* (la force majeure), soit l'hypothèse dans laquelle la survenance du fait irrésistible n'était pas prévisible pour l'agent pénal⁷⁵⁸. Dans ce système pénal antique, l'aliénation mentale (*demens*) se distingue donc de la contrainte (*vis major*), comme ce fut encore le cas sous l'empire des codifications modernes, les auteurs séparant légitimement la contrainte des causes « de non-imputabilité »⁷⁵⁹.

⁷⁵⁸ V. CHAPOT, in *Dictionnaire des Antiquités Grecques-Romaines*, sous la direction de C. Daremberg et E. Saglio, Paris, Hachette, 1873, v° *Vis privata et publica*, p. 927-928 : « dans le droit romain le mot *vis* signifie d'abord en général tout acte accompli contre la volonté d'une personne ; c'est le sens qu'il a dans la formule de nombreux interdits (...). Dans le droit civil et pénal, avec les épithètes *atrox, corporalis*, il désigne à la fois la contrainte exercée sur la volonté d'autrui par la peur (*metus*, cf. *Dig. IV, 2, 1*) et les voies de fait, les violences en général (*Dig., XLIII, 10, 1-29 ; IV, 2, 3, § 1*) ». Egalement sur l'équivalence de ce sens en matière civile, voir C. LECRIVAIN, *Dictionnaire des Antiquités Grecques-Romaines*, sous la direction de C. DAREMBERG et E. SAGLIO, Paris, Hachette, 1873, v° *Vis major* : « le mot *vis*, avec cet épithète ou d'autres, *divina, naturalis*, désigne les cas de force majeure qui, dans différents contrats, ainsi que dans le contrat de garde (*custodia*), n'engagent pas la responsabilité de la personne qui a contracté l'obligation ».

⁷⁵⁹ J. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal, Résumé des éléments de droit pénal*, Plon, 1867, p. 25, n° 88. « ce sont l'intelligence et l'activité qui nous offrent en l'homme les deux conditions constitutives de l'imputabilité : l'intelligence, non pas dans toutes ses aptitudes si variées, mais seulement dans la plus haute, la raison morale ou la connaissance du bien ou

523. Ceci permet de comprendre les solutions rendues par la Chambre criminelle en la matière. Par exemple, la jurisprudence écarte l'irresponsabilité pénale au sujet du conducteur d'un véhicule verbalisé pour défaut de port de la ceinture de sécurité⁷⁶⁰. Dans cette espèce, l'intéressé invoque la contrainte physique étant donné qu'il souffre d'une importante plaie à l'épaule droite qui l'aurait empêché de satisfaire à cette obligation. Cette blessure, attestée par certificat, était la conséquence d'un accident survenu la veille du contrôle de police. La juridiction de proximité de Liévin accueille cet argument par décision du 26 mai 2009, ce qui conduit le ministère public à intenter un pourvoi devant la Chambre criminelle. Les juges de proximité avaient considéré que l'état de santé du conducteur constituait à la fois une contrainte et un cas de force majeure au sens des articles 122-2 et 121-3 du code pénal, avant de conclure à son irresponsabilité pénale. La Cour de cassation y voit cependant une violation de l'article 122-2 du Code pénal.

524. Elle rappelle la définition de la contrainte physique exonératoire de responsabilité dans le chapeau de sa décision. Cette contrainte « ne peut résulter que d'un événement imprévisible et insurmontable qui place l'auteur de l'infraction dans l'impossibilité de se conformer à la loi ». La question de droit posée par l'arrêt était la suivante : la blessure qui empêche un conducteur de mettre sa ceinture de sécurité peut-elle constituer un cas de contrainte physique au sens de l'article 122-2 du Code pénal ? La Chambre criminelle répond à cette question en se focalisant sur le temps qui sépare l'existence de la blessure de celui de la commission de l'infraction. Pour casser la décision des juges de proximité, elle relève que « l'état de santé invoqué par le prévenu était antérieur à la commission de l'infraction ».

525. Il faut en déduire que l'état de santé peut constituer un cas de contrainte physique exonératoire de responsabilité. Pour ce faire, encore faut-il qu'il existe concomitamment au temps de commission de la contravention. En l'espèce, l'individu avait tout loisir de ne pas prendre le volant. Il a pourtant pris la décision de conduire en conscience de ne pouvoir satisfaire à l'obligation du port de la ceinture de sécurité. Il ne peut donc

*du mal moral de l'action ; l'activité, non pas dans toutes les puissances qui sont en elle, mais seulement dans la plus haute, celle de librement décider de l'action ou de l'inaction » ; R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, 2^e éd., 1898, p. 428 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 401 ; également J. PRADEL, *Droit pénal général*, 17^e éd., Cujas, 2009, p. 443, n° 474, qui distingue parmi les conditions d'imputabilité, la liberté d'agir ou contrainte, de la connaissance de la réalité factuelle ou juridique (erreur) elle-même distincte de la démence ; comp. Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 434 et n° 451 : l'auteur traite de la contrainte comme d'un défaut de libre-arbitre, alors que l'absence de libre-arbitre constitue traditionnellement un critère de non-imputabilité. L'auteur semble confondre le manque de liberté physique, celle de se mouvoir dans le monde sensible, et l'arbitrage moral qui correspond au manque de discernement. Cette classification n'a de sens qu'à partir d'une définition psychologique de la faute car, d'un point de vue individuel, celui qui subit une contrainte morale n'est pas plus libre que celui qui souffre d'un trouble psychique ou neuropsychique.*

prétendre au bénéfice de la contrainte physique. Au contraire, il provoque cette chaîne de causalité pénale par son abstention fautive. Il est donc coupable de n'avoir pas adopté le comportement adéquat pour éviter la commission du fait contraventionnel, comme ce peut être le cas en matière délictuelle. Sa culpabilité résulte de la conscience qu'il aurait dû avoir, au moment de prendre le volant, de ne pouvoir se conformer au statut légal de conducteur en raison de son état de santé.

526. La contrainte purement irrésistible (celle qui ne pouvait pas être prévue) a donc un champ d'application réduit : elle ne justifie que les dommages qui ont surpris le discernement de la personne mise en cause. Elle est valablement retenue dans l'affaire tranchée le 20 septembre 2005 lorsqu'une rafale de vent déporte le véhicule et provoque un accident⁷⁶¹, ou encore dans l'arrêt du 15 novembre 2005, lorsque le malaise imprévisible du conducteur entraîne dans sa course la mort de plusieurs victimes, sans que la passagère ne puisse rien y faire⁷⁶². Bénéficie également d'une contrainte efficace l'automobiliste causant un accident après que son véhicule a glissé sur une plaque de verglas lorsqu'il ne roulait pas à une allure vive⁷⁶³, ou le cycliste pris dans un peloton ayant mortellement blessé un gendarme⁷⁶⁴.

527. La solution n'est pas différente lorsque le propriétaire de bestiaux épouvantés et dispersés par des loups doit répondre de l'infraction de divagation d'animaux⁷⁶⁵ ; ou quand l'égarement s'explique par le vol⁷⁶⁶ ou le bris de la clôture de leur enclos⁷⁶⁷, comme autant de circonstances purement irrésistibles.

528. A l'inverse, la Chambre criminelle ne la reconnaît pas au bénéfice de la femme enceinte qui s'est garée sur un emplacement réservé aux véhicules des handicapés en invoquant s'être sentie défaillir⁷⁶⁸. De même, il n'est pas possible d'invoquer sa qualité de marin pour invoquer l'absence d'intention d'entrer dans les eaux françaises⁷⁶⁹. Ainsi que l'exprime la solution de droit : « *le prévenu (...) ne peut donc invoquer son statut de*

⁷⁶⁰ Crim., 28 octobre 2009, inédit, n° de pourvoi : 09-84484, RSC 2010, chr., p. 143, obs. C. MASCALA ; *Dr. pén.* 2010, Comm. 4, obs. A. VERON ; *D.* 2010. Pan. 2735, obs. G. ROUJOU de BOUBEE.

⁷⁶¹ Crim., 20 septembre 2005, inédit, n° de pourvoi : 04-85764.

⁷⁶² Crim., 15 novembre 2005, Bull. crim. n° 295, p. 1007, *Dr. pén.* 2006, comm. n° 32, note A. VERON ; *D.* 2006, p. 1582, comm. E. DREYER.

⁷⁶³ Crim., 11 avril 1970, Bull. crim. n° 117, RSC 1971, p. 927, obs. A. LEGAL ; Crim., 18 décembre 1978, Bull. crim. n° 357, RSC 1979, p. 558, obs. G. LEVASSEUR.

⁷⁶⁴ Crim., 5 janvier 1957, Bull. crim. n° 17, RSC 1958, p. 95, obs. A. LEGAL.

⁷⁶⁵ Crim 1^{er} avril 1808, cité par E. GARCON, *Code pénal annoté*, t. 1, Sirey, 1901-1906, art. 64, n° 96.

⁷⁶⁶ Crim., 12 octobre 1850, S. 1853, 1, p. 464.

⁷⁶⁷ CA Papeete, 21 septembre 2000, JurisData n° 2000-136011.

⁷⁶⁸ Crim., 15 novembre 2006, n° de pourvoi : 06-80-087, JCP 2007, II, 10062, note MARECHAL ; *D.* 2007, p. 2632, G. ROUJOU de BOUBEE ; voir également Crim., 28 décembre 1900, DP 1901, 1, p. 81, note LE POITEVIN Crim., 8 février 1916, DP 1936, 1, p. 44, note H. DONNEDIEU DE VABRES.

marin, [car il] savait nécessairement que le projet auquel il était associé (...) pouvait le conduire à entrer dans les eaux territoriales françaises ».

529. Enfin, étant donné que la contrainte a besoin du discernement pour que son effet justificatif opère, la jurisprudence ne la reconnaît pas dès lors qu'elle entre directement en contradiction avec l'objet du discernement. Par exemple, le changement de signalétique dans une rue où un riverain se gare régulièrement ne constitue pas un événement imprévisible assimilable à la force majeure⁷⁷⁰. Au terme d'une argumentation digne du juge Magnaud⁷⁷¹, l'arrêt confirmatif d'appel avait fait une application bienveillante de la loi pénale en prononçant une légère amende contre le conducteur qu'elle condamnait néanmoins, décision confirmée par le rejet du pourvoi. La faute du riverain consistait donc à ne s'être pas assuré, avant de reprendre son véhicule, qu'il ne s'apprêtait pas à rouler à contre sens.

2. *L'inefficacité de la contrainte morale prévisible*

530. Le discernement constitue également une condition de la contrainte morale⁷⁷². Le droit romain définissait cette contrainte morale en référence à la crainte (*metus*) qui devait être d'une intensité telle qu'elle justifiait la commission du forfait⁷⁷³. Il fallait qu'elle engage un mal gravissime, Ulpien citant à titre d'exemples la crainte de la mort⁷⁷⁴, de l'emprisonnement⁷⁷⁵ ou encore d'être revendiqué comme esclave⁷⁷⁶. A l'inverse, la crainte de faire l'objet de procédures judiciaires⁷⁷⁷ ou d'être considéré comme infâme⁷⁷⁸ ne la caractérisait pas. Cette forme de contrainte n'est acquise que si la crainte inspirée est de nature à intimider un homme fort (*vir constantissimus*), distinction

⁷⁶⁹ Crim., 11 juin 2008, Bull. crim. n° 147.

⁷⁷⁰ Crim., 27 octobre 2010, inédit, n° de pourvoi : 10-80596.

⁷⁷¹ Ce magistrat fut réputé pour la motivation morale de ses décisions.

⁷⁷² Par exemple Crim., 29 décembre 1949, *D.* 1950, p. 419 : « Les juges refusent à bon droit de prendre en considération la simple allégation d'une menace qui n'était ni assez pressante, ni assez directe pour enlever au prévenu sa liberté d'esprit, et déjà Crim., 11 juin 1926, *D. H.* 1926, p. 378 ; et Crim., 28 décembre 1900, *D. P.* 1901, 1, p. 81, note G. Le POITTEVIN ; voir également Crim., 10 novembre 1948, *D.* 1949, p. 76, « Si fâcheux qui puisse être le rôle d'agents chargés de la répression qui provoquent les prévenus au délit, la responsabilité pénale de ces derniers doit être admise, dès lors qu'ils agissent dans des conditions de libre volonté et de réflexion suffisantes ».

⁷⁷³ F. BAUDRY, in *Dictionnaire des Antiquités Grecques-Romaines*, sous la direction de C. DAREMBERG et E. SAGLIO Paris, Hachette, vol. 7, 1889, v° *Metus*: « expression technique du droit romain pour désigner la contrainte morale appliquée à une personne, afin de lui faire faire un certain acte, en la menaçant d'un mal imminent ». Elle doit être de nature à faire impression sur un homme raisonnable. Gaius va même plus loin et veut qu'elle impressionne un homme fort moralement.

⁷⁷⁴ ULPIEN, *D.* 4, 2, 3, 1.

⁷⁷⁵ ULPIEN, *D.* 4, 2, 7, 1.

⁷⁷⁶ PAUL, *D.* 4, 2, 8, 1.

⁷⁷⁷ *C.* 2, 19, 10 (*Diocl. et Max.*)

⁷⁷⁸ ULPIEN, *D.* 4, 2, 7 pr.

également connue en droit civil⁷⁷⁹. En droit canon, cette pression morale absolue fut connue sous l'expression de « *coacta voluntas* » qui signifie littéralement « *volonté agi de concert* »⁷⁸⁰.

531. La notion de contrainte existe dans le Code pénal de 1810 à l'article 64 (« il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, *ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister* »). Sous l'empire du Code pénal de 1994, il faut justifier son rattachement à l'article 122-2 du Code pénal (« n'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une *force* ou d'une *contrainte* à laquelle elle n'a pu résister ») ou 122-1 du même code. En effet, si la maladie mentale pouvait avoir un effet d'irresponsabilité, il faudrait admettre que l'abolition du discernement de l'article 122-1 du Code pénal constitue une forme de contrainte morale d'ordre interne. L'hypothèse vise celui qui ne sait pas résister aux pulsions criminelles causées par son trouble mental. Lorsque le fou est obligé de commettre une infraction en raison de ses troubles psychiques, il faudrait reconnaître son irresponsabilité par l'effet d'une contrainte morale. En résumé, fonder l'irresponsabilité pénale sur l'intensité d'un trouble psychique aurait donc pour conséquence de malmener la séparation des articles 122-1 et 122-2 du Code pénal.

532. La préservation de la *ratio legis* voudrait donc que la maladie mentale ne puisse pas constituer une contrainte morale. Cela revient à exiger de cette contrainte qu'elle résulte d'une cause *externe* à l'agent. Elle ne saurait donc résulter de l'impulsivité du délinquant, « *fait personnel à l'agent lui-même* »⁷⁸¹.

533. En somme, tandis que la contrainte morale suppose l'existence du discernement au moment des faits, la maladie mentale n'entraîne l'irresponsabilité pénale qu'à la condition d'abolir le discernement, *autrement dit uniquement lorsqu'elle intervient suffisamment tôt pour rendre une personne ignorante de sa propre ignorance.*

⁷⁷⁹ On retrouve de manière analogue la « force » chez Beaumanoir au XIII^e siècle, dans un registre civil, cf. BEAUMANOIR, *Coutumes du Beauvoisis*, t. 2, p. 15.

⁷⁸⁰ Elle permettait de justifier l'impunité de femmes qui avaient répondu à la menace de maux plus grands si elles ne cédaient pas aux demandes sexuelles d'envahisseurs, comme celle des prêtres forcés de pratiquer les rites religieux pendant les persécutions de l'empereur Dioclétien cf. GRATIEN, *Décret*, C. 32, q. 5, *pr.* ; 50, c. 32 ; voir également R. METZ, « La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval », in *La responsabilité pénale*, Travaux du colloque de philosophie pénale (Strasbourg, 12 au 21 janvier 1959), Paris, Dalloz, p. 105.

⁷⁸¹ Crim., 11 avril 1908, Bull. crim. n° 161, S. 1909, I, p. 473, note J.-A. ROUX. La Chambre criminelle censure la Cour d'appel de Nancy qui pour acquitter la prévenue s'était fondée sur une expertise concluant à l'état malade du sujet et ayant produit chez lui une impulsivité irrésistible, sans assimiler cet état à celui de démence. Pour l'annotateur, cette décision mutilerait l'article 64 « *qui établit la contrainte à côté de la démence, comme cause d'irresponsabilité pénale, sans déterminer la nature matérielle ou immatérielle ni la provenance extrinsèque de la force que le législateur suppose seulement irrésistible pour la déclarer cause de non-culpabilité* ». Dans le même sens, H. RISER, *L'expertise neuro-psychiatrique devant les juridictions criminelles*, LGDJ, 1956, p. 26.

534. Par conséquent l'humeur d'un individu ne peut s'assimiler à une contrainte morale. Cette cause d'empotement de nature psychique devrait présenter l'intensité de l'abolition du discernement pour emporter ses effets. Comme la maladie mentale, la contrainte morale d'origine externe doit répondre à un même critère d'imprévisibilité être efficace. Celui qui prend le risque de se soumettre à cette contrainte se rendrait auteur d'une faute préalable à l'irruption de la contrainte morale. Il faut en conclure que la contrainte morale n'a aucun effet absoluire lorsque celui qui en est le sujet pouvait anticiper cette situation.

B. La distinction de l'abolition du discernement et de l'aliénation psychiatrique

535. L'intensité d'une maladie mentale ne constitue pas la cause de l'abolition du discernement. Le malade mental est appréhendé par le droit pénal comme n'importe quelle autre personne. Il n'y a donc aucune « pénalisation » de la maladie mentale qui tienne. En outre, il serait erroné d'établir un parallèle entre l'obligation du malade mental à réparation en droit civil et son irresponsabilité supposée en droit pénal pour conclure à l'objectivité de la faute civile. La distinction de l'abolition du discernement et de l'aliénation psychiatrique permet donc de résoudre deux problèmes : celui de l'atténuation de responsabilité des demi-fous (1), et celui de l'identité des fautes civile et pénale d'imprudence (2).

1. La résolution du problème de l'atténuation de responsabilité des demi-fous et de la « pénalisation de la maladie mentale »

536. L'article 122-1 du Code pénal n'impose pas l'irresponsabilité pénale du malade mental. Il vise des « *troubles psychiques ou neuropsychiques* » qui serait la cause de l'abolition du discernement qui constitue, quant à elle, un critère juridique. Ce critère est relatif au renversement de la présomption de connaissance de la loi pénale.

537. Le discernement est une composante de la théorie générale de la faute pénale, comme par conséquent l'abolition du discernement et avant elle l'état de démence sous

l'empire de l'article 64 du Code pénal de 1810⁷⁸². Ceci explique que la Chambre criminelle juge régulièrement qu'en se prononçant sur la culpabilité pénale, les juges ont nécessairement tranché la question de l'abolition du discernement⁷⁸³, sous diverses formules : « *le fait d'aliénation mentale excluant le crime se trouve nécessairement renfermé dans la question de culpabilité* »⁷⁸⁴ ; « *la question "l'accusé est-il coupable" renferme implicitement celle de savoir s'il était sain d'esprit au moment du crime* »⁷⁸⁵ ; il « *n'importe que l'ordonnance de renvoi ait été rendue et la citation à comparaître délivrée à une époque à laquelle le prévenu se trouvait en état de démence, dès lors qu'il est établi que cet état est apparu postérieurement aux faits poursuivis* »⁷⁸⁶.

538. La question de l'état de démence illustre l'appartenance de la notion d'état de démence à la théorie de la culpabilité⁷⁸⁷, comme traditionnellement la spécificité de la notion d'aliénation en droit pénal⁷⁸⁸.

539. La preuve de l'abolition du discernement ne déroge donc pas à l'article 353 du Code de procédure pénale relatif à l'intime conviction des juges de la Cour d'assises d'après lequel la loi « *leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa*

⁷⁸² « *Le fait d'aliénation mentale excluant le crime se trouve nécessairement renfermé dans la question de culpabilité* », Crim., 28 mai 1818, Bull. crim. n° 71, p. 224 ; « *la question « l'accusé est-il coupable » renferme implicitement celle de savoir s'il était sain d'esprit au moment du crime* », Crim., 9 septembre 1825, Bull. crim. n° 181, p. 490 ; « *en déclarant l'accusé coupable, les jurés, à qui il appartient d'apprécier son état intellectuel, ont implicitement déclaré qu'il n'était point en démence au temps de l'action* », Crim., 24 février 1842, Bull. crim. n° 33, p. 45 ; « *la démence est nécessairement comprise dans la question intentionnelle et par suite dans la question relative à la culpabilité* », Crim., 1^{er} mars 1855, Bull. crim. n° 71, p. 126.

⁷⁸³ « *Attendu qu'en déclarant le prévenu coupable, la cour d'appel a nécessairement estimé qu'il n'était pas atteint d'un trouble psychique ou neurologique ayant aboli son discernement, au sens de l'article 122-1, alinéa 1er, du Code pénal ; Que, par ailleurs, les dispositions de l'alinéa 2 dudit texte ne prévoient pas une cause légale de diminution de la peine* », cf. Crim., 4 novembre 2003, inédit, n° 03-81256 ; ou « *attendu qu'en répondant affirmativement aux questions relatives à la culpabilité de l'accusé, la Cour et le jury ont, de façon irrévocable, nécessairement estimé qu'il n'était pas atteint d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes, au sens de l'article 122-1, alinéa 1^{er}, du Code pénal* », cf. Crim., 3 octobre 2001, inédit, n° 01-80458 ; Crim., 28 février 2001, inédit, n° 00-84447 ; Crim., 20 octobre 1999, n° 99-80596, Bull. crim. ; Crim., 28 janvier 1998, Bull. crim.

⁷⁸⁴ Crim., 28 mai 1818, Bull. crim. n° 71, p. 224.

⁷⁸⁵ Crim., 9 septembre 1825, Bull. crim. n° 181, p. 490.

⁷⁸⁶ Crim., 10 juin 1985, Bull. crim. n° 221, p. 566.

⁷⁸⁷ Crim., 29 avril 1837, Bull. crim. n° 139, p. 173. Un certain Daumaygon avait été arrêté par la gendarmerie pour vagabondage mais d'après l'arrêt, il ne jouissait pas de ses facultés intellectuelles et fut donc relaxé. De plus l'accusé qui était en état de démence au temps de l'action, et qui a été déclaré non coupable, n'est passible d'aucune condamnation de dépens ; Crim., 24 février 1842, Bull. crim. n° 33, p. 45 : « *il n'y a pas nullité pour cause de démence, par cela seul que l'accusé, frappé d'interdiction, a été jugé au sortir de l'hospice des aliénés sans qu'au préalable on eût fait constater son état par des gens de l'art, lors, d'ailleurs, qu'il ne résulte pas du procès-verbal des débats que l'accusé, ou son défenseur, se soit prévalu de cet état devant la cour d'assise. En déclarant l'accusé coupable, les jurés, à qui il appartient d'apprécier son état intellectuel, ont implicitement déclaré qu'il n'était point en démence au temps de l'action* ».

⁷⁸⁸ Crim., 12 frimaire an XI, Bull. crim. n° 44, p. 77-78 : « *Attendu qu'il résulte des pièces du procès, que le réclamant donna des preuves d'aliénation d'esprit avant de commettre le délit à raison duquel il a été poursuivi et jugé ; que les preuves paraissent avoir existé encore lors de la consommation du crime ; (qu'aucune question n'a été proposée au jury à cette égard), qu'à la vérité, le jury de jugement a déclaré que le réclamant avait commis volontairement le délit en question* ».

défense »⁷⁸⁹. Il incombe au juge de répondre à la question suivante : l'auteur du fait incriminé avait-il ne serait-ce qu'un doute sur la possible contrariété de son comportement avec la loi ?⁷⁹⁰ Si le mis en cause n'est pas certain de la légalité de son fait, il est coupable au regard du droit pénal. Son ignorance constitue le critère de sa faute. Pour être irresponsable, il faut qu'il ignore jusqu'aux causes de son ignorance.

540. Une fois le principe d'une culpabilité dégagee, le prononcé du *quantum* de la peine appartient à la compétence du juge qui est libre de prononcer une sanction allant de la simple admonestation à une peine maximale. Ceci explique que la jurisprudence n'interprète pas l'article 122-1 al. 2 du Code pénal comme la source d'une obligation pour le juge de mitiger la peine lorsque l'agent pénal souffre d'une altération du discernement. La maladie mentale n'étant pas le critère de l'irresponsabilité pénale de l'article 122-1 du Code pénal, elle ne préside pas non plus à l'atténuation légale de peine⁷⁹¹. La Cour est libre de fixer le montant de la peine⁷⁹², comme c'était déjà le cas en droit canon⁷⁹³. La circulaire Chaumié de 1905 qui invitait les juges à tenir compte des troubles mentaux du prévenu dans l'appréciation de sa culpabilité ne remet pas ces règles en cause. S'agissant d'une circulaire, elle est dotée d'une valeur normative quasi nulle et en tout état de cause inférieure à celle de la loi. Enfin l'article 17 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, relative à *l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, n'a pas modifié le droit positif sur ce point. Elle a précisé les

⁷⁸⁹ L'article 304 du même code concernant les jurés leur impose de « se décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant [leur] conscience et [leur] intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre ».

⁷⁹⁰ Mais si le juge a un doute sur l'abolition du discernement, l'auteur du fait incriminé demeure coupable, car le discernement est présumé, cf. Crim., 21 mars 2012, n° 12-80.178.

⁷⁹¹ « L'article 122-1 du Code pénal ne prévoyant pas de diminution de peine, le président n'a pas à poser de question à la cour et au jury sur le trouble psychique ayant pu altérer le discernement de l'accusé ou entraver le contrôle de ses actes », cf. Crim., 30 mai 2006, inédit, n° 05-86790 ; Crim., 18 janvier 2006, inédit, n° 05-83820 ; Crim., 2 septembre 2005, inédit, n° 05-80109 ; Crim., 18 février 2004, Bull. crim. n° 46, p. 188 ; Crim., 7 janvier 2004, inédit, n° 03-80807 ; Crim., 20 octobre 1999, Bull. crim. n° 228, p. 715 ; Crim., 31 mars 1999, inédit, n° 98-83586 ; Crim., 28 janvier 1998, Bull. crim. n° 34, p. 83 ; Crim., 1^{er} octobre 1997, inédit, n° 96-85.267 ; Crim., 5 septembre 1995, Bull. crim. n° 270, p. 755 ; et déjà sous l'empire du Code pénal de 1810, Crim., 27 avril 1976, Bull. crim.

⁷⁹² Crim., 18 janvier 2006, inédit, n° 05-83820 : « la Cour d'assise étant souveraine dans la détermination de la peine, il n'y a pas lieu de poser une question sur l'atteinte au discernement ».

⁷⁹³ Les canonistes adhèrent également au principe de la mitigation de la peine lorsqu'ils traitent de l'ivresse, de la colère ou de l'état du fou qui prononce un blasphème : « *alias cum blasphemante benignius ageretur* », GOFFREDUS de TRANO, *Summa in titulos Decretalium*, Venise, 1570, *Rubrica de clerico maledico, c. Statuimus*, § 6, ou HOSTIENSIS, *Summa aurea*, Lyon, 1576, *Rubrica de maledicis, c. Statuimus*, § 5 ; fol. 317 ; LUCAS de PENNA, *Commentaria in tres posteriores libros Codici Justiniani*, Lyon, 1582, sur C. 10, 11, 4, § 12, p. 59 : « *si vero per dementia[m] [blasphemat] videtur excusandus ff. de sicar l. infans cum concordant., nam quod per insaniam admittitur est miseratione dignissimum* » (« si en vérité il blasphème par démence, il semble qu'il doive être excusé, comme on le voit dans le Digeste, à la loi infans du titre De sicariis (D. 48, 8, 12), car ce qui est commis par déraison est fort digne de commisération » ; TIBERIUS DECIANUS, *Tractatus criminalis*, Venise, 1590, 2, 6, 5, § 7, fol. 11, en référence au Code Justinien : « *dementia tamen, vel insaniam, aut furor, proculdubio excusabunt, nisi sit simulata, ut probatur in l. Divus ff. de offic. Praesidis et habetur in lege prima C. si quis imperat. maled. et in l. infans ff. ad l. Cornel. de sicar.* » (« la démence, la déraison ou la fureur constitueront sans aucun doute des excuses, sauf si elles sont simulées, comme le prouvent la loi Divus du Digeste (D. 18, 14), la première loi du Code sous la rubrique Si quis imperatori maledicidit (C. 9, 7, 1) et le Digeste avec la loi infans (D. 48, 8, 12) »).

proportions dans lesquelles le juge devait atténuer la peine s'il décider de le faire, en complétant l'article 122-1 du Code pénal en son alinéa second.

541. Il apparaît donc critiquable d'ériger la maladie mentale ou l'intensité des troubles psychiques en critère d'irresponsabilité pénale. Or c'est à partir de ce postulat qu'une large partie de la doctrine s'est prononcée en faveur d'une identité des fautes civile et pénale.

2. *La résolution du problème de l'identité des fautes civile et pénale d'imprudence : l'explication du sens de l'article 414-3 du Code civil*

542. L'interprétation de l'article 489-2 du Code civil a pâti d'une confusion des aliénations juridique et psychiatrique⁷⁹⁴. Le mythe psychiatrique pinélien a conforté l'idée d'une parfaite identité entre le malade mental et l'irresponsable pour cause d'état de démence en droit pénal. La conclusion fut tirée que la faute civile est dénuée de composante « subjective », si bien que le mineur pourrait la commettre quelle que soit son âge⁷⁹⁵. Mais cette considération, qui en appelle au critère de la faute morale, est d'un usage difficile sur le plan technique. Qu'un mineur ne puisse commettre aucune faute pénale devrait-il signifier qu'il est incapable de volonté ? Le cas échéant, comme justifier la diminution de son droit à réparation, à l'instar de l'arrêt Derguini de l'Assemblée plénière du 9 mai 1984 ? Définir le discernement sur des fondements de droit positif, en distinguant la volonté de l'intention, permet de résoudre ces difficultés.

543. En droit civil délictuel, le mineur est capable de *volonté*, cependant cette *volonté* ne procède pas du discernement. Il n'est titulaire d'aucune qualité reconnue par la loi qui permette de qualifier une faute pénale à son égard. S'il est capable de volonté, en principe, il n'est pas possible de la qualifier d'*intention*⁷⁹⁶. Le seuil d'âge y sert exclusivement à établir la projection des suites de ses actes dans le réel quand, en droit

⁷⁹⁴ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^e éd., 2011, p. 24 et s., notamment n° 41 et 42 ; les auteurs traitent du mineur ensemble avec l'aliéné du droit pénal sous le sous-intitulé de *l'inconscience*, et assimilent « celui qui est sous l'empire d'un trouble mental » (art. 414-3 du Code civil) à cet aliéné ; voir également n° 54 où ils adoptent la critériologie de l'*imputabilité* ; A. BLANCHOT, « De la responsabilité... à la culpabilité », *Mélanges Soyier*, LGDJ, 2000, p. 27, spéc. p. 29 où l'auteur assimile également le malade mental de l'article 489-2 du Code civil au dément de l'article 64 du Code pénal de 1810 ; voir également G. VINEY, *op. cit.*, p. 38 : « avant cet arrêt, la Cour de cassation avait inauguré un principe d'irresponsabilité s'étendant au malade mental en matière civile », citant Cass., 14 mai 1866, DP 1867, 1, p. 296 ; S. 1866, 1, p. 237 ; C. LARROUMET, *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé*, t. 1, 5^e éd., Economica, 2006, n° 138, p. 80, qui considère qu'il n'est pas juste de condamner le dément à réparer – par des dommages-intérêts – le dommage qu'il a causé à autrui, puisqu'il ne disposait pas de son libre arbitre.

⁷⁹⁵ Voir *infra*.

pénal, ce facteur est insuffisant à caractériser l'infraction. Les fautes civile et pénale ont en commun l'appréciation « subjective » du temps, ce qui explique que le juge pénal reste compétent pour se prononcer sur les dommages civils lorsqu'il a écarté l'existence d'une infraction pénale d'imprudence (art. 470-1 du Code de procédure pénale).

544. Chez le responsable du droit pénal qui est censé jouir du discernement, seule la preuve d'une aliénation mentale (« état de démence » sous l'empire de l'article 64 du Code pénal de 1810, désormais « abolition du discernement ») permet de renverser cette présomption de conscience personnelle. Or, le statut pénal d'aliéné ne découle pas de la qualité de malade mental, comme d'autre part la maladie mentale n'a jamais été une cause d'irresponsabilité civile. L'article 489-2 du Code civil (aujourd'hui art. 414-3 du Code civil) disposait simplement que, comme en droit pénal, la maladie mentale n'exclut pas la responsabilité.

545. La jurisprudence a donc légitimement retenu que la faute civile délictuelle du malade mental s'insère dans la théorie de droit commun de la faute posée à l'article 1382 du Code civil. *La remise en cause des fondements de la faute civile délictuelle découle en grande partie d'une compréhension erronée du rôle de la maladie mentale en droit privé.*

§ 2. Les manifestations du critère

546. L'irresponsabilité pénale de l'article 122-1 du Code pénal s'intègre à la théorie de la culpabilité pénale. Il ne s'agit nullement d'une mesure philanthropique qui serait justifiée, notamment, par la commisération qu'inspire le malade mental. Le droit pénal oblige l'individu à se connaître lui-même et à modéliser son comportement au regard de cette connaissance réflexive. Partant, s'il connaît l'existence des troubles psychiques qui l'assaillent, ainsi que du même coup celle de leurs conséquences pénales prévisibles, il ne peut bénéficier des effets de l'article 122-1 du Code pénal, quelle que soit l'intensité de son trouble mental. Ainsi la définition personnelle de l'abolition du discernement se manifeste à maints égards en jurisprudence. Elle s'illustre surtout au vu de l'inefficacité du trouble psychique (1) ou des troubles psychiques (2) prévisibles dans leurs effets.

⁷⁹⁶ Comp. P. JOURDAIN, « Retour sur l'imputabilité », *Mélanges B. Bouloc, Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 520. L'auteur considère que l'abolition du discernement laisse subsister une faute.

A. L'inefficacité du trouble psychique prévisible dans ses effets

547. Parmi l'ensemble des causes susceptibles d'abolir le discernement, l'ivresse, le sommeil ou la consommation de substances illicites ont la même nature juridique. Cette liste n'est d'ailleurs pas limitative, le législateur visant largement « *les troubles psychiques ou neuropsychiques* ».

548. La Chambre criminelle a pu juger que l'état de stress, dans une espèce donnée, n'équivalait ni à une altération, ni à une abolition du discernement, sans exclure pourtant qu'il puisse avoir cet effet⁷⁹⁷. La jurisprudence juge également que la prise de médicaments traitant la maladie de Parkinson n'excusant pas la commission d'infractions sexuelles⁷⁹⁸.

549. Afin d'entraîner l'irresponsabilité pénale de leur sujet, ces troubles doivent être imprévisibles et irrésistibles. Imprévisibles, parce que l'agent pénal serait coupable de n'avoir pas pris les mesures permettant d'éviter leurs suites ; irrésistibles, parce qu'à supposer ces troubles imprévisibles, le sujet du droit pénal sera néanmoins coupable de n'avoir pas su se montrer plus fort qu'eux en vue de ne pas violer l'interdit légal.

550. Dans les systèmes répressifs antiques, en droit canon et dans l'Ancien droit, cette question apparaît sous la forme d'une opposition de la folie volontaire à la folie involontaire⁷⁹⁹, problème qui est encore abordé dans la doctrine du XXI^e siècle comme celui de la « faute antérieure »⁸⁰⁰. La folie dont il est question correspond au critère juridique de l'aliénation mentale. Toute personne qui jouit du discernement reste responsable des dommages qu'elle pourrait causer en provoquant d'elle-même les causes de son aliénation, notamment en s'enivrant.

⁷⁹⁷ Crim., 29 avril 2009, inédit, n° de pourvoi : 08-87488, la Cour d'appel de Toulouse relève, le 21 octobre 2008, « *qu'il n'y a aucun élément permettant de penser que [l']état de stress (...) qui est incontestable, avait altéré ou aboli [le] discernement [de l'intéressé]* ».

⁷⁹⁸ Crim., 21 novembre 2007, inédit, n° de pourvoi : 06-88631, pour des faits de séquestration et de complicité d'agression sexuelle commis sur son épouse, « *aux motifs que les déclarations de Guy X..., relatives aux effets des médicaments qu'il consomme pour lutter contre la maladie de parkinson, s'avèrent sans emport dès lors que ces médicaments ne génèrent pas une abolition ou une altération de son discernement mais que les rapports des experts révèlent le comportement déviant de Guy X... ; qu'en conséquence, la culpabilité de ce dernier est établie* ». L'emploi du présent de l'indicatif semble exclure cette médication de la catégorie des troubles psychiques.

⁷⁹⁹ En droit canon, la question se pose dans les mêmes termes qu'en droit romain. Pour expliquer la punition de l'insensé, théoriquement irresponsable mais qui, d'après un canon du Concile de Worms de 868 après J.-C. (C. 15, qu. 1, c. 12 : « *si quis insaniens aliquem occiderit, si ad sanam mentem pervenerit, levior ie penitentia imponenda est* », qui concerne l'insensé auteur d'un meurtre) devrait voir sa peine atténuée, Gratien propose de résoudre cette discordance des canons en établissant l'existence d'une faute antérieure. Le fou responsable de son état commet une faute antérieure qui justifie sa punition. La résolution de ce problème pose de véritables difficultés théoriques, l'interprétation de Gratien soulevant l'opposition du théologien Huguccio. Au Moyen-Âge, Tiraqueau aborde également la question en ces termes et, sans trancher véritablement, adhère à l'atténuation de responsabilité du fou, cf. A. TIRAQUEAU, *De peonis temperandis*, 1559, trad. A. LAINGUI, Paris, Economica, 1986, cause 6, à propos de l'ivresse.

⁸⁰⁰ Voir *supra*, n° 195.

551. En droit positif, un rapport de causalité est établi entre des troubles psychiques et certains dommages. Ce lien ne fait par exemple aucun doute lorsque, conscient de sa qualité personnelle de conducteur – qui l’assujettit par conséquent à l’ensemble des règles du Code de la route – un individu doit savoir que la consommation d’alcool pourrait causer un accident. *Ce lien est objectivement établi dans la lettre du droit positif.*

552. Par conséquent celui qui décèle l’état d’imprégnation alcoolique d’une personne qu’il laisse néanmoins conduire commet une faute d’imprudence (art. 121-3 alinéa 4 du Code pénal). Il commet en effet une faute caractérisée qui peut être aggravée par sa qualité de professionnel. Tel est le cas de l’enseignant d’un centre de formation qui reçoit des jeunes majeurs lors d’un repas de fin d’année et introduit des boissons alcoolisées dans l’établissement. Durant son absence momentanée que rien ne justifiait, un élève éméché s’en alla en voiture et trouva la mort après avoir percuté un camion. L’enseignant a donc bien contribué à créer la situation ayant permis la réalisation du dommage et n’a pas pris les mesures permettant de l’éviter⁸⁰¹, eu égard à *la prévisibilité objective des effets de l’alcool chez le conducteur d’un véhicule automobile.*

553. Le caractère prévisible des suites de l’ivresse s’induit *a fortiori* de l’enivrement volontaire. Lucide au moment où il commence à boire, l’agent pénal connaît le cours causal dans lequel son action s’inscrit. Ainsi l’enivrement ne fait obstacle à la contravention d’ivresse publique étant donné que l’agent a conscience, en commençant à boire, du risque d’alcoolisation excessive. De même l’aggravation de certaines infractions est admise dès lors qu’elles sont commises sous cet état à partir d’un état primaire lucide. L’état d’inconscience de l’agent pénal au moment de la réalisation du dommage ne suffit pas à lui ôter toute responsabilité. Sa faute est toujours antérieure à la réalisation du dommage et consiste à n’avoir pas anticipé sa survenance possible.

554. Par exemple l’individu qui, sous l’influence manifeste de l’alcool, commet des violences volontaires n’ayant pas entraîné d’incapacité de travail de plus de huit jours ne bénéficie d’aucune cause d’irresponsabilité, son alcoolisation l’aurait-elle privé de ses facultés de sa lucidité au moment de commettre ces faits⁸⁰². La Chambre criminelle se livre à cette analyse lorsqu’elle condamne l’automobiliste qui a écrasé le passager d’un

⁸⁰¹ Crim., 12 janvier 2010, Bull. crim. n° 5.

⁸⁰² Crim., 1 septembre 2011, inédit, n° de pourvoi : 10-82490.

cyclomoteur⁸⁰³. Le prévenu fut condamné en appel pour homicide involontaire et son pourvoi devant la Chambre criminelle rejeté sur le fondement des articles R 413-17 du Code de la route, 121-3, 122-2 et 221-6 du Code pénal. Le conducteur était sous un état d'alcoolémie avancée qui avait accru son temps de réaction, ce qui ne lui a pas permis de manœuvrer afin d'éviter la victime, alors pourtant qu'il avait pris le temps de le klaxonner avant l'accident. Son trouble est bien irrésistible au regard de l'enchaînement des faits ; toutefois sa faute consiste à avoir pris le risque, au moment où il s'est installé au volant, de ne pas maîtriser la vitesse de son véhicule ou d'éviter toute atteinte à l'intégrité physique d'autrui.

555. Conscient de sa qualité de conducteur, l'individu qui boit à outrance s'expose à l'ensemble des infractions aggravées par l'état d'alcoolémie. La conscience de l'alcoolisation et de sa conjugaison avec l'état de fatigue établit la conscience coupable de l'auteur antérieurement à la réalisation du dommage.

B. L'inefficacité des troubles psychiques prévisibles dans leurs effets

556. La mesure scientifique de l'altération de la conscience ne pas de rôle décisif dans la détermination de l'irresponsabilité. Si un malade mental était ivre, il faudrait encore régler un conflit d'interprétation entre les conclusions de l'expertise toxicologique et celles de l'expert psychiatre. Et il faudrait toujours, au final, s'en remettre au champ de savoir qui permet d'envisager l'effet respectif des différents troubles psychiques sur l'intégrité du discernement du fautif. Ceci démontre encore la nécessité de s'en remettre à l'intime conviction du juge. Ainsi, lorsque l'entremise de plusieurs facteurs altère la conscience du monde environnant d'une personne, elle demeure responsable du dommage finalement survenu. L'état d'inconscience n'est pas l'abolition du discernement.

⁸⁰³ Crim., 16 janvier 2007, inédit, n° de pourvoi : 06-85086, jugeant notamment « *que [le] défaut de maîtrise et l'homicide qui en a résulté ont pour cause évidente l'alcoolisation massive du prévenu, dont les effets ont été accrus par la fatigue, augmentant son temps de réaction ; que l'accident s'est produit sur une route rectiligne et éclairée, que la route et ses trottoirs, d'une largeur totale de 16,70 mètres, étaient dégagés, ce qui aurait dû permettre à Bruno X... d'apercevoir suffisamment à l'avance le cyclomoteur de la victime ; que les deux véhicules circulant dans la même direction, selon des trajectoires différentes, Bruno X..., d'une part, disposait, eu égard à la vitesse relative des véhicules, d'un temps notablement supérieur pour réagir, d'autre part, pouvait voir, outre le casque de la victime muni d'un dispositif réfléchissant, l'éclairage arrière du cyclomoteur* ».

557. L'altération de la conscience matérielle peut être causée par l'ivresse conjuguée à la prise d'anxiolytiques⁸⁰⁴. L'exemple typique est celui du conducteur qui roule à grande vitesse sous l'influence de produits stupéfiants et d'alcool, et qui emprunte sans s'en rendre compte une voie sans issue avant de percuter un mur en béton. La Chambre criminelle peut s'en tenir aux constatations des juges du fond qui relèvent, sur le fondement des articles R. 413-17 du code de la route et 121-3 du code pénal, qu'en dépit de l'absence de signalisation indiquant la voie sans issue ou une limitation de vitesse, un faisceau d'indices indiquent la faute d'imprudence de l'accidenté⁸⁰⁵. Si le conducteur n'a pas commis la contravention volontairement, il aurait néanmoins dû avoir conscience de l'impossibilité de maîtriser son véhicule dans ces conditions. Sa condamnation est donc tout à fait légitime.

558. L'analyse est logiquement reconduite au sujet d'un conducteur malade et emprunt à l'état de fatigue. La force majeure invoquée par le conducteur âgé de soixante-huit ans ne fut pas retenue. En effet, malgré son âge et la conscience d'être atteint d'une maladie, il n'avait dormi que trois heures et entrepris un long trajet durant lequel il s'assoupit avant de causer un accident⁸⁰⁶.

559. En définitive, la Chambre criminelle s'enquiert de la connaissance qu'a l'agent pénal d'être assujéti à un statut pénal particulier, et vérifie qu'il a adopté un comportement préventif conforme aux impératifs du droit pénal au regard d'une conscience de sa condition.

560. S'agissant du conducteur, peu importe qu'il ignore la quantité exacte d'alcool qu'il a ingérée dans la mesure où ce facteur peut être lié avec d'autres considérations rédhibitoires pour une conduite sécuritaire. Le conducteur en état d'ivresse ne peut se dédouaner de sa responsabilité s'il affirme qu'il ignore avoir bu une quantité d'alcool infime d'alcool.

561. La constitution de l'infraction prévue à l'article R. 234-1 dépend de taux d'alcoolémie différent en fonction de la qualité objective du conducteur. Toutefois cet état est « un fait matériel qui peut être constaté à l'aide de témoignages des sens »⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ Crim., 7 novembre 2007, inédit, n° de pourvoi : 07-82325 ; l'ivresse associée à la prise d'anxiolytiques n'emporte pas nécessairement l'abolition du discernement. Il y a donc une appréciation *in concreto* de l'abolition du discernement.

⁸⁰⁵ Crim., 9 octobre 2012, inédit, n° de pourvoi : 11-88523.

⁸⁰⁶ Crim., 11 mai 2004, Bull. crim. n° 115 ; *AJ pénal* 2004, p. 285, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; *RSC* 2004, p. 878, obs. Y. MAYAUD.

⁸⁰⁷ Crim., 24 avril 1990, Bull. crim. n° 152, p. 400.

L'article L. 234-1 alinéa 2 ne précise en revanche aucun palier d'alcoolémie et révèle l'identité de la faute commise dans les infractions prévues aux articles L. 234-1 et R. 234-1 du Code de la route. S'en rend coupable le conducteur dans la conscience duquel existe un doute quant à savoir s'il présente la qualité requise par le texte d'incrimination. Conscient d'avoir ingéré de l'alcool, celui qui prétend à la qualité de conducteur alors qu'il n'a pas la certitude de présenter un taux d'alcoolémie inférieure à la limite légale se rend coupable de l'infraction visée (infraction contraventionnelle) ou de rester maître de son véhicule (infractions délictuelles).

562. L'objectivité d'une conscience des effets conjugués de l'alcool avec d'autres troubles psychiques apparaît à l'analyse de dispositions réglementaires : les articles R. 5121-139 et R. 5143 du Code de la santé publique prévoient l'apposition d'un pictogramme informant le consommateur de la contre-indication du mélange du médicament avec de l'alcool. Un prévenu ne peut exciper de la contrainte prévue à l'article 64 du Code pénal de 1810 s'il s'est mis dans cet état par un acte volontaire. « Est en effet reconnu coupable de conduite sous l'empire d'un état alcoolique celui qui a absorbé une quantité non anodine d'alcool alors qu'il aurait dû s'abstenir d'une telle consommation eu égard aux médicaments qu'il prenait alors ». Le prévenu commet une faute « en provoquant délibérément dans son organisme un phénomène qu'il n'a plus été en mesure, ensuite, de maîtriser »⁸⁰⁸.

563. Le législateur se désintéresse par ailleurs de la mesure d'une intoxication par stupéfiants⁸⁰⁹, qui ne pourrait d'ailleurs être précisée⁸¹⁰. A défaut de détermination objective de la quantité de stupéfiants dans l'organisme⁸¹¹, leur consommation antérieure à la conduite caractérise la culpabilité de l'infraction prévue au Code de la route. Encore une fois, le doute du conducteur quant aux effets de l'ingestion de la substance sur la maîtrise du véhicule constitue le critère de sa culpabilité, à cette différence près que le législateur présume la conscience d'une ignorance (absence de certitude) des effets de la consommation de stupéfiants sur la conduite de manière irréfragable.

564. Il apparaît donc bien que les troubles psychiques ou neuropsychiques, même d'une intensité absolue, n'abolissent pas nécessairement le discernement du mis en

⁸⁰⁸ CA Metz, ch. corr., 20 novembre 1991, Juris-Data n° 048798, JCP 1992, IV, 1837.

⁸⁰⁹ Art. L. 235-1 du Code de la route : « toute personne qui conduit un véhicule ou qui accompagne un élève conducteur alors qu'il résulte d'une analyse sanguine qu'elle a fait usage de substances ou plantes classées comme stupéfiants ».

⁸¹⁰ Cf. J.-P. CERE, *Rép. pen.*, v° Conduite sous influence, n° 41.

⁸¹¹ Sur ce point, voir le texte critique de E. PIRE, « Conduite automobile et usage de stupéfiants : à trop vouloir en faire... », *D.* 2003, chr., p. 771.

cause. Il importe qu'il plonge cette personne dans un état d'ignorance de sa propre ignorance, soit l'état de celui qui ignore l'existence d'interdictions pénales, ou qui a la conviction de ne pas agir contrairement à la loi pénale. Dans ce cas, il bénéficie d'une déclaration d'irresponsabilité pénale, rendue sur le fondement de l'article 122-1 alinéa premier du Code pénal.

Conclusion du chapitre 2 :

565. Le droit pénal envisage l'absence de discernement de deux manières : l'incapacité de discernement du mineur (art. 122-8 du Code pénal) et l'abolition du discernement de la personne (art. 122-1 du Code pénal).

566. Dans le premier cas, l'absence de discernement est présumée, si bien que le Code pénal ne qualifie pas le mineur de « *personne* ». Certes, le libellé de l'article 122-8 alinéa premier du Code pénal, de même que la spécificité constitutionnellement reconnue du droit pénal des mineurs, pourraient laisser entendre que l'âge constitue le critère de son irresponsabilité pénale. Pourtant le critère véritable de son irresponsabilité pénale tient à son *ignorance absolue* : il ne connaît pas l'existence de la loi pénale et ne peut donc *commettre* aucun fait qui inquiète la société. Toutefois, bien qu'il n'ait pas conscience de ses devoirs vis-à-vis de la société, il peut accéder à un niveau de conscience suffisant pour anticiper la « *réalisation de dommages* », précisément lorsqu'il a atteint l'adolescence. Dans ce cas, la faute civile délictuelle qu'il commet peut justifier la diminution de son droit à réparation dans une mesure que les juges du fond apprécient souverainement, comme l'illustre l'un des arrêts d'Assemblée plénière du 9 mai 1984 (affaire *Derguini*). Pour ce qui est du droit pénal, la présomption d'incapacité peut être renversée par une preuve contraire, raison pour laquelle le législateur a choisi le terme « *capacité* », qui laisse entendre que le discernement est une qualité qu'il est possible de reconnaître chez le mineur.

567. La présomption joue de manière inverse à l'égard des personnes censées jouir du discernement. Pour la renverser, il faudra établir qu'un trouble psychique a fait obstacle à la conscience d'un doute, chez l'auteur des faits, sur la conformité de son comportement à la loi pénale. S'il prend le risque de laisser un dommage se réaliser, alors qu'il avait la responsabilité d'empêcher cette réalisation pour le droit pénal, il se rend coupable par abstention. Son ignorance ne l'exonère pas de responsabilité. C'est pourquoi les troubles psychiques, quelle que soit leur intensité (condition d'irrésistibilité) n'exonère pas le fautif de responsabilité s'il pouvait prévoir qu'ils surviendraient (condition d'imprévisibilité). Il faut en déduire que le droit pénal astreint toute personne à un devoir général de précaution, quitte à punir celles qui ne se seraient pas informées de la seule manière de se conformer à la loi pénale.

568. Pour établir l'irresponsabilité pénale, il est donc nécessaire de prouver une ignorance absolue, équivalente à celle du mineur. Pour le droit pénal, la personne au discernement aboli est celle qui ne pouvait pas connaître les causes par lesquelles elle commettrait le fait objectivement punissable, commet des faits insusceptibles de qualification pénale.

Conclusion du titre 2 :

569. La présomption de connaissance de la loi existe toujours en droit pénal. En témoigne la reconnaissance de l'erreur *sur le droit* à l'article 122-3 du Code pénal : ne peut l'avoir commise que celui qui connaissait l'existence du droit pénal. Cette présomption a la même force que dans les systèmes de pénalités antiques, et elle n'oblige pas à la connaissance du contenu des dispositions légales et réglementaires de nature pénale, mais à la seule conscience qu'elles existent. Ceci démontre que la faute que le droit pénal sanctionne n'est pas une volonté tendue vers un résultat – ce qui serait le principe – ou non-tendue vers le résultat survenu – ce qui serait l'exception. Elle correspond plutôt à une abstention de se conformer à la loi, et par exception à la volonté de violer cette loi. L'abstention, comportement matériel, correspond à une faute qui s'apparente bien plus à une ignorance qu'à une volonté. Le seul doute sur la conformité de son propre fait à la loi suffit à rendre l'auteur de l'infraction coupable. Car douter, c'est encore avoir conscience des limites de son ignorance. De la sorte, la réalisation du dommage qu'une personne avait pour rôle d'empêcher *implique* sa faute, que l'infraction soit intentionnelle ou non intentionnelle.

570. Aussi deux causes peuvent justifier l'irresponsabilité de l'auteur du fait incriminé. La première tient à son incapacité de discernement. L'absence de discernement du mineur est présumée car, de par son jeune âge, il n'a pas encore conscience des devoirs qu'il a vis-à-vis de la société. Il en fait l'apprentissage, si bien qu'en principe il ne peut que subir des sanctions éducatives, celles qui sont censées garantir l'éveil de cette conscience. La jurisprudence de la Chambre criminelle est constante depuis deux siècles en la matière. La Chambre criminelle ne considère pas, bien avant l'arrêt Laboube, que l'« imputabilité » soit une condition de la faute du mineur. La seconde cause d'irresponsabilité concerne la personne majeure, que le droit pénal présume douée de discernement. Pour la renverser, démontrer l'intensité d'un trouble psychique ne suffira pas, sauf à ce qu'il ait pour effet d'empêcher la naissance d'un doute, dans l'esprit de l'auteur du fait incriminé, sur la nature de son comportement. Le cas échéant, il ne doit son irresponsabilité qu'à ignorance des causes par lesquelles il n'a pas su se conformer à la loi pénale.

Conclusion de la partie 1

571. Deux critères servent traditionnellement à la compréhension des mécanismes de la responsabilité pénale en doctrine : la volonté, au sujet des conditions de la responsabilité pénale ; l'imputabilité ou faculté de libre-arbitre, au sujet des conditions de l'irresponsabilité pénale.

572. S'agissant des conditions de la responsabilité pénale, la faute est définie comme une volonté tendue vers le résultat incriminé (la faute intentionnelle), ou tendue vers le comportement ayant causé le résultat prohibé (la faute non-intentionnelle, aussi dite faute d'imprudence). Toutefois cette définition rend la délimitation des fautes pénale et civile incertaine. En matière intentionnelle, la distinction serait sauve car il est précisé que la volonté se trouve tendue vers une « valeur sociale protégée » par le droit pénal. Or il s'avère que le droit civil protège des valeurs sociales analogues, telles que la propriété ou l'intégrité physique d'autrui. En matière d'imprudence, à défaut de volonté tendue vers un résultat, la question reste ouverte. Globalement, un consensus veut que l'imprudence civile soit « moins grave » que l'imprudence pénale, depuis que la loi du 10 juillet 2000 aurait dépenalisé la *culpa levissima*, la faute très légère que le droit civil sanctionne à titre exclusif. Mais au fond, le flou règne. Or, la séparation des matières civile et pénale est consubstantielle au principe de légalité criminelle. Si elle n'est pas clairement assurée, il devient impossible de vérifier qu'un citoyen ne fait pas l'objet d'une peine ayant l'apparence d'une sanction civile, ni de justifier la finalité rétributive de la punition d'une imprudence. Enfin à suivre cette définition traditionnelle de la faute, de nombreuses décisions de la Chambre criminelle restent inexplicables, à l'instar de celles qui sanctionnent une « faute antérieure », des « présomption d'intention », tout comme il est délicat de définir la faute contraventionnelle ou celle de la personne morale, nécessairement dépourvue de volonté.

573. S'agissant de l'irresponsabilité pénale des articles 122-1 et 122-8 du Code pénal, elles sont justifiées par un critère inspiré du droit canon : est irresponsable celui qui n'avait plus son libre-arbitre au moment des faits (la « non-imputabilité »). Il semble alors nécessaire de faire appel à l'expert psychiatre pour déterminer l'irresponsabilité pénale des malades mentaux. Se fonder sur de tels critères contrevient pourtant à la fois à

l'intime conviction du juge, qui n'a pas le savoir de l'expert, ainsi qu'au principe de légalité criminelle. En effet, si le médecin psychiatre peut identifier les irresponsables, il faut admettre la réciproque : sa compétence pour refuser le bénéfice d'irresponsabilité à ceux qu'il juge psychiatriquement dangereux. Mais cela revient à l'autoriser à responsabiliser des auteurs d'infractions. Partant, la reconnaissance légale de la rétention de sûreté par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008, qui permet de maintenir incarcéré celui qui a purgé sa peine s'il présente une forte probabilité de récidive, semble conférer à l'expert un pouvoir décisif dans la « pénalisation » des malades mentaux.

574. Les définitions respectivement « volontaire » de la faute d'une part, et « morale » de la condition d'imputabilité d'autre part, ont une source commune. Elles procèdent de l'idée que la faute procède d'une conscience individuelle. De ce point de vue, il est logique de s'attendre à ce que la bonne foi ait un effet d'irresponsabilité en matière intentionnelle, ou de conclure que la jurisprudence sanctionne des imprudences en lieu et place de l'intention requise.

575. Pourtant le droit pénal ne confère aucun effet juridique à cette conscience individuelle. Celle-ci abrite des motifs d'action qui lui sont indifférents. Pour comprendre la nature de la faute que le droit pénal réprime, il est nécessaire d'envisager les termes employés par le Code pénal dans leur sens strict, ce qui implique notamment d'en éclairer le sens au regard de l'histoire du droit pénal.

576. Ainsi il apparaît tout d'abord que, d'après l'article 122-1 du Code pénal, l'abolition du discernement concerne des *personnes*. L'abolition désignant l'état de ce qui a été anéanti, force est d'admettre que tout personne est censée jouir du discernement. Cette première conclusion se confirme à la lecture de l'article 122-8 du Code pénal, d'après lequel les *mineurs capables de discernement* peuvent être reconnus coupables, ce qui laisse entendre qu'en principe, ils ne sont pas capables de discernement. Dès lors, il apparaît cohérent que le Code pénal n'emploie pas le qualificatif de « personne » aux mineurs chez qui cette qualité intellectuelle est absente. En revanche, depuis que le législateur a reconnu la responsabilité pénale des personnes pour tout type d'infraction, il faut en déduire qu'elles ont un discernement. Cette conclusion n'est originale qu'à la condition d'admettre qu'une personne soit nécessairement faite de chair et de sang. Pourtant, si tel était le cas, le Code pénal ne préciserait pas que les personnes peuvent être physiques ou morales (art. 121-2 du Code pénal) ? Il semble donc qu'il faille établir une distinction entre les personnes, dépourvues de toute corporéité et qui sont en conséquence physique ou morale, et les individus.

577. La personne, en droit pénal, se substitue au standard juridique du « bon père de famille », qui fut emprunté aux systèmes juridiques antiques mais qui n'a plus aucune assise légale. Elle en constitue l'équivalent moderne. Elle est dotée de qualités objectives – celles qui sont définies dans la loi – en conscience desquelles chaque individu qui les détient doit régler son comportement. Rétrospectivement, il est possible d'observer les étapes qui ont marqué son avènement en droit positif. Avec l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994 tout d'abord, la reconnaissance de l'erreur sur le droit, à l'article 122-3, éradique les fondements de droit naturel qui subsistaient encore sous l'empire du Code pénal de 1810. Dans le même temps, le droit pénal reconnaît la responsabilité pénale des personnes morales avec l'article 121-2 du Code pénal, avant que la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 ne supprime le principe de spécialité. Celle-ci est contemporaine de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 qui uniformise les conditions d'irresponsabilité pénale de la personne. Enfin les lois n° 96-393 du 13 mai 1996 et 2000-647 du 10 juillet 2000 intègrent à l'article 121-3 du Code pénal objectivent les qualités personnelles qu'il faut prendre en compte pour qualifier une faute d'imprudence. La loi n° 2014-896 du 15 août 2014 quant à elle a contribué à distinguer ce qui relève de l'individu, sans revenir sur l'évolution légale en faveur de la création du modèle de la personne juridique.

578. Le rattachement du discernement à la personne, modèle juridique abstrait qui permet notamment de qualifier la faute pénale, permet ouvre ainsi de nouvelles perspectives de lecture du droit positif et de la jurisprudence. Il convient donc d'aborder le rôle du discernement en droit pénal

Partie 2. Le rôle du discernement

579. Le rôle du discernement demeure relativement méconnu, pour deux raisons. D'abord, parce que cette notion semble relever de la morale et non pas du droit. Par conséquent, elle n'est abordée que sous sa version négative pour établir l'irresponsabilité pénale des mineurs ou des personnes souffrant de troubles psychiques ou neuropsychiques – les *causes subjectives de non-imputabilité*. Ensuite, d'une part, parce que la justification de l'irresponsabilité pénale du mineur paraît dépendre entièrement du critère de l'âge, alors qu'il ne s'agit pas d'un critère substantiel mais présomptif. D'autre part, parce que l'irresponsabilité pénale de celui qui souffre de troubles psychiques ou neuropsychiques donne l'apparence d'être justifiée par l'intensité de troubles mentaux, alors cette analyse médicale du manque de discernement individuelle relève d'un principe ontologique (la connaissance de ce qui est), tandis que le droit est soumis à un principe normatif (la connaissance de ce qui doit être).

580. Une fois la notion de discernement déliée de toute axiologie morale ou scientifique, il devient possible de découvrir le rôle de cette notion en droit pénal. Le système répressif révèle alors une cohérence d'ensemble. Le discernement est la forme que prend la présomption de connaissance de la loi dans le système pénal moderne. Il y constitue l'équivalent de la conscience du bien et du mal des systèmes répressifs fondés sur le droit naturel. Dans le droit pénal laïcisé, la seule véritable différence tient à la manière d'opérer cette distinction. Celle-ci ne dépend pas de la Volonté d'un Être immanent qui déciderait du faste et du néfaste, mais de la volonté générale des hommes réunis en société. L'ensemble des lois promulguées trace le sillon entre bien et mal dans tous les pans du droit pénal.

581. Toutefois au fond, le discernement correspond encore à la conscience de l'existence d'une Loi, qu'elle soit d'origine divine ou sociale. Elle renvoie chaque individu au rôle qu'il lui appartient de jouer en société. La différence fondamentale tient à ce que cet individu n'est plus étranger à l'existence de la loi. Il participe à l'élaboration de la norme, si bien qu'en s'y pliant, il se soumet en quelque sorte à la déformation de sa volonté initiale. La Volonté générale se compose des volontés individuelles sans se réduire à leur addition. La loi promulguée reflète la synthèse de ces volontés qu'elle

crystallise en *droit* : le seul chemin qui peut être suivi par tous, étant donné qu'il ne dépend pas des inflexions de chacun des membres de la société. Conscient de l'existence de la loi pénale, l'individu acquiert dans une certaine mesure la conscience des limites de son être : la conscience personnelle.

582. Il est donc punissable pour tous les actes qu'il *commettrait* avec discernement, aussi vrai qu'il *réalise* des faits indolores pour la société s'il agit sans discernement. Défini abstraitement comme une conscience réflexive, le discernement joue un rôle fondamental en droit pénal. Toutefois cette définition permet d'aborder le rôle de cette notion au-delà du strict champ de la qualification des infractions.

583. Conformément au préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, tout individu a des droits et des devoirs vis-à-vis de sa nation. Or, l'individu ne pourrait pas se défendre contre la tyrannie éventuelle de l'Etat s'il était maintenu dans l'ignorance absolue des droits que la société lui reconnaît. Son droit à la sûreté (art. 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) s'en trouverait neutralisé de fait. C'est pourquoi, de la même manière que l'individu doit prendre conscience des limites de sa liberté en respectant des obligations personnelles, l'Etat marque à son égard les limites de son intervention en lui attribuant des qualités personnelles. Les titulaires de la force publique ont ainsi pour obligation d'informer le mis en cause du statut personnel (de gardé à vue, mis en examen ou encore de prévenu) qui fonde une atteinte à ses libertés fondamentales.

584. En d'autres termes, la société ne peut soumettre l'individu à des obligations sans lui assurer, réciproquement, l'assurance qu'il peut jouir du reste de sa liberté en toute quiétude. En conséquence, toute atteinte à ses droits et libertés fondamentaux implique qu'il soit informé des raisons objectives qui les justifient, information à défaut de laquelle il ne pourrait vérifier la légitimité des actes coercitifs dont il fait l'objet. Il ne serait alors même pas en mesure de s'insurger contre des atteintes arbitraires à ses libertés, alors même que la résistance à l'oppression est le premier devoir du citoyen.

585. Le discernement constitue le meilleur moyen d'assurer l'effectivité du droit constitutionnel à la sûreté, autant qu'il conditionne le droit de chacun à la sécurité. Il joue donc un rôle non seulement en droit pénal (Titre 1), mais également en procédure pénale (Titre 2).

Titre 1. Le rôle du discernement en droit pénal

586. Le discernement constitue la condition indispensable de commission d'une infraction. Sans lui, les faits causés par l'homme ont la même nature que ceux commis par l'enfant : ils sont strictement réels. Ils prennent place dans le monde physique sans justifier aucune réponse pénale. S'ils sont dommageables, ils n'appellent qu'une réparation pécuniaire sur le fondement du droit civil délictuel.

587. Afin que ces faits réels accèdent à une *qualification* pénale, littéralement, il convient de s'en remettre à l'examen des *qualités* personnelles de l'individu. Dès lors qu'il a connaissance de ses qualités, il a nécessairement *conscience* des obligations *objectivement* (ou *légalement*) liées à son état. L'ensemble de ces obligations constituent son *statut juridique personnel*. Elles sont effectivement liées, *en droit positif*, à la fonction ou à la qualité d'une personne. Est-il chirurgien, il sait qu'il doit respecter des obligations légales et réglementaires particulières liées à son statut. Est-il représentant d'une personne morale, il n'ignore pas l'ensemble des mesures de sécurité dont il doit veiller à la bonne application, notamment pour éviter que des dommages surviennent au sein d'une entreprise. Par conséquent, *la qualité personnelle de l'auteur des faits oriente la nature de la faute qu'il peut commettre*.

588. La seule possibilité de conclure à l'irresponsabilité pénale consiste finalement à prouver qu'une personne ne savait pas qu'elle agissait en violation de l'un de ses devoirs. A cette fin, il ne suffit donc pas d'établir qu'elle ne connaissait pas la nature du dommage qui surviendrait à cause de son fait ou de son abstention. N'étant pas devin, elle ne peut dire ce qui adviendra à partir de son manque de prudence en matière non intentionnelle. Cette connaissance absolue n'est pas exigée en matière intentionnelle. Elle n'est pas non plus exigée, *a fortiori*, en matière non intentionnelle où l'auteur d'une imprudence ne maîtrise pas les conséquences réelles de son comportement. L'ignorance des suites de ses faits constitue un impondérable. Elle n'a donc pas vocation à exonérer une personne de responsabilité. *Cette ignorance est inhérente à l'existence d'une faute. Dès lors, si la faute est une violation d'une obligation préalable, seule la conscience de cette ignorance peut constituer une faute en droit pénal*. Ce critère explique qu'une personne soit *pénalement responsable des faits qu'elle pourrait causer*. Le conducteur ivre, qui ignore les conséquences futures de sa conduite sous cet état, n'en reste pas

moins fautif au titre de l'imprudence consciente qu'il commet en prenant le volant. Il ne serait irresponsable, à la rigueur, que s'il avait ingéré à son insu des substances susceptibles d'altérer son attention. Dès lors s'il causait un accident, pour qu'il soit irresponsable, il faudrait établir la preuve qu'il ignorait la cause initiale (l'absorption d'une substance quelconque) qui l'aurait mis en situation de provoquer un dommage incriminé, c'est-à-dire *établir qu'il ignorait la cause de son ignorance*.

589. L'article 122-1 tire les conséquences de ce critère. Il concerne les *personnes*, c'est-à-dire les individus conscients de l'existence de la loi pénale. Ainsi lorsqu'elles perdent la conscience d'être comptables d'une obligation personnelle, qu'elle que soit la nature du trouble psychique qui cause l'abolition du discernement (l'ébriété, le sommeil, la maladie mentale), elles ne peuvent avoir commis aucune infraction, pas même d'imprudence. C'est précisément ce qui arrive lorsque leur ivresse, état de somnolence ou, plus largement, tout autre trouble mental a été provoqué par une cause dont elles ignorent l'existence. Il s'agira de la main d'un tiers qui aura mis de la drogue dans l'eau d'une conductrice, ou de celui qui ingère un médicament dont les effets sur la concentration sont inconnus au moment de sa mise en vente. Ainsi, il n'y a aucune distinction à opérer, du point de vue du droit pénal, entre les causes individuelles d'atteinte au discernement. *Le malade mental est un sujet du droit pénal comme les autres. Il est irresponsable dès lors qu'il ignore les causes par lesquelles il est devenu ignorant de ses obligations personnelles*. Le trouble psychique qui abolit le discernement est un trouble dont l'intéressé ne pouvait connaître l'existence. Le cas échéant, la personne qui en souffre redevient, tant que perdure cette ignorance absolue, un individu qui ne commet que des *faits purement physiques* (ou *faits réels*), insusceptibles de toute qualification juridique à son encontre.

590. Il convient donc d'analyser le rôle du discernement en droit pénal lorsqu'il est présent ou absent. Présent, il conditionne la qualification de l'infraction pénale (Chap. 1). Absent, il fait obstacle à la qualification du fait matériel en infraction (Chap. 2).

Chapitre 1. Le rôle du discernement dans la qualification de l'infraction

591. Traditionnellement, la qualification de l'infraction consiste à vérifier l'existence de son élément matériel, puis à vérifier que son auteur a voulu (infraction intentionnelle) ou n'a pas voulu (infraction non intentionnelle) le commettre. De la sorte, au fond, la volonté individuelle guide l'exercice de qualification. Or cette volonté peut prendre des formes infinies : *aucun fait réel particulier n'identifie l'élément matériel*. Les faits réels consistant à scier une branche ou acheter du cyanure n'ont aucune signification intrinsèque. Scier une branche sur laquelle un individu est assis peut constituer un acte homicide ou suicidaire suivant la place occupée par chacun des protagonistes ; l'achat de cyanure par un chimiste diffère de son acquisition par un Borgia. Il faut donc compter sur les talents de psychologue du juge pour déterminer la nature exacte de la volonté du délinquant. Il faudrait donc systématiquement s'en remettre à l'exercice de divination des oracles de la pensée par les magistrats, comme à une forme d'ordalie moderne qui s'opérerait sous les hospices des sciences de l'esprit⁸¹².

592. Pour autant, quand bien même les juges parviendraient-ils à calibrer très précisément la volonté du prévenu, ne leur faudrait-il pas, pour conclure à l'existence d'une infraction, comparer cette *volonté* à celle que le législateur incrimine ? Ces deux « volontés », l'une concrète et propre à l'auteur des faits, l'autre abstraite et visée par le Code pénal, doivent être distinguées.

593. En effet dans le Code pénal, il n'existe aucune équivalence de principe entre *intention* et *volonté*⁸¹³. Le terme « volonté » n'apparaît pas dans les articles qui définissent la faute pénale (art. 121-3 du Code pénal notamment), pas plus que dans ceux qui établissent des causes d'irresponsabilité pénale. De plus, dans le seul article de la partie générale du Code pénal où ce terme apparaît, il est subordonné au critère de l'intention : l'article 121-5 du Code pénal (les « circonstances indépendantes de la volonté de son auteur ») ne s'applique qu'en matière *intentionnelle*. Pour ce qui regarde au droit pénal spécial, les grandes divisions du Code pénal font référence aux *atteintes*

⁸¹² Sur ce mode de preuve, voir J. GAUDEMET, « Les ordalies au Moyen-Âge », *Rec. Société Jean Bodin*, t. XVII ; B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, 24^e éd., 2014, n° 63.

volontaires ou involontaires à la vie, de sorte qu'encore une fois l'*atteinte* prime sur le critère de la volonté.

594. En outre, le terme volonté apparaît dans l'incrimination d'infractions intentionnelles, soit en référence à l'auteur des faits⁸¹⁴, soit en référence à la victime⁸¹⁵. D'après l'analyse classique, dans le premier cas cependant, cette précision apparaît surabondante, au même titre que la mention des termes « *sciemment* » ou « *en vue de* » dans d'autres incriminations. Dans le second cas (référence à la volonté de la victime), il est encore possible d'admettre que volonté et intention sont analogues ; mais alors la volonté ou, plus largement, le consentement de la victime devrait avoir un effet justificatif. Toutefois, cette affirmation serait contraire au principe d'indisponibilité du droit pénal⁸¹⁶, sans compter qu'elle n'expliquerait pas l'inefficacité de la bonne foi pour établir l'irresponsabilité pénale.

595. En résumé, la définition psychologique de la faute invite à définir l'intention comme une volonté tendue vers un résultat, mais cette définition individuelle de l'intention laisse sans réponse certaines précisions légales tenues pour superfétatoires, de même qu'elle soulève le problème du rôle exceptionnel de la bonne foi en droit pénal, problème qui s'imbrique dans l'hypothèse plus large des présomptions d'intention.

596. Une explication alternative permet de résoudre l'ensemble de ces contradictions. Pour mettre en lumière l'harmonie des rapports de la volonté et de l'intention, il faut admettre que ces deux entités ne sont pas de même nature. Si la faute est individuelle, elle est effectivement volontaire et dépend du but poursuivi par l'auteur des faits. Cette volonté révèle ainsi ce que l'individu voulait et se fonde sur sa *conscience psychologique*. Toutefois en matière pénale, le droit a besoin que les citoyens reconnaissent le principe de son existence pour les assujettir aux obligations qu'elle définit. *Son caractère impératif s'évince donc moins de son verbe (« le fait de... est puni de ») que de la force de la présomption qu'il pose : tout citoyen doit connaître l'existence de la loi.* L'intention visée par le Code pénal est donc une « volonté » qui provient de cette conscience : celle d'avoir à assumer des devoirs définis dans la loi

⁸¹³ Les auteurs tiennent ces deux termes pour synonymes. Cf. notamment M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 6^e éd., Dalloz, 2011, n° 357 ; P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*, n° 349 : « l'élément moral (...) nécessite une analyse de la psychologie de l'individu ».

⁸¹⁴ Art. 411-11 du Code pénal qui vise la provocation à commettre un crime qui « n'est pas suivie d'effet en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur ».

⁸¹⁵ Art. 433-21-1 du Code pénal qui punit « toute personne qui donne aux funérailles un caractère contraire à la volonté du défunt ou à une décision judiciaire, volonté ou décision dont elle a connaissance ; art. 461-4 du Code pénal qui vise le fait de « stériliser [une personne] contre sa volonté ».

pénale : *le discernement personnel*. Les actes commis par une personne sont toujours analysés au regard de cette conscience. Il se peut qu'elle ignore la manière de se plier à la loi mais, étant donné qu'elle en connaît l'existence, elle est nécessairement consciente qu'elle ne sait pas comment accorder son comportement à cette loi. Autrement dit, une personne peut être en faute dès lors qu'elle est *consciente de son ignorance (l'ignorance relative)*.

597. Pour que ses actes soient toujours en parfaite adéquation avec le droit, un individu a pour obligation de trouver le moyen de conformer ses faits – de commission ou d'omission – à la loi pénale. La concrétisation du résultat prohibé *impliquera* donc qu'il ait manqué à ses obligations : il n'a pas *voulu* l'empêcher ou, ce qui revient au même, il n'a pas eu la conviction de la rectitude de son comportement. Il faut en tirer la conclusion qu'en principe, la réalisation du dommage incriminé prouve l'existence d'une faute personnelle, tant et si bien que *l'intention personnelle peut donc exister à partir d'une simple imprudence individuelle*. Par exception, lorsque les termes « sciemment »⁸¹⁷, « en vue de », « volontairement » ou tout autre qualificatif propre à la psychologie individuelle est mentionné dans l'incrimination, le juge a l'obligation de vérifier que l'auteur des faits tendait sa volonté vers le résultat incriminé. La qualification de la faute s'opère alors *in concreto*.

598. Aussi, ce n'est pas en bout de parcours qu'il est possible de rechercher les moyens de qualifier une infraction, mais au regard des obligations légales qu'une personne était consciente d'avoir à respecter. *L'infraction devient donc qualifiable à l'examen de qualités objectives, celles qui sont attachées à certaines fonctions ou qualités par des textes normatifs*.

599. En somme, la méthode de qualification alternative préconisée ici consiste à envisager la faute sans la rapporter à la volonté individuelle. Elle s'établit à partir de *qualités objectives* de la personne qui, dans un même trait de temps, peut être assujettie à une ou plusieurs obligations légales. Par conséquent, il faut observer le rôle du discernement dans la qualification d'une (section 1) ou de plusieurs infractions (section 2).

⁸¹⁶ Voir *supra* n°153 et s.

⁸¹⁷ Par exemple, les articles 222-14-2 ; 222-33-3 ; 224-8 ; 441-6 al. 2 du Code pénal.

Section 1. Le rôle du discernement dans la qualification d'une infraction

600. La définition personnelle du discernement emporte deux conséquences. D'abord, le discernement oriente la qualification d'un fait réel. Ensuite, eu égard à la nature intellectuelle de l'infraction, il faut admettre que deux individus puissent agir en violation d'une même obligation personnelle à laquelle ils sont tous deux assujettis. Certes, celui qui concourt à la commission d'une infraction ne partage pas exactement la même *volonté* coupable que l'auteur des faits : s'il a conscience d'aider autrui à voler, escroquer, tuer, ou violer une autre personne, il ne veut pas commettre ces infractions à proprement parler mais aider à leur commission. Les volontés individuelles de l'auteur et du complice sont différentes.

601. Néanmoins le complice dispose d'une parfaite connaissance de la signification légale du fait que l'auteur principal s'apprête à accomplir, dès lors qu'il connaît le contenu des obligations qu'il contribue à enfreindre. Or il ne peut connaître la nature du fait principal, c'est connaître les qualités objectives de l'auteur principal. Dès lors le complice doit certainement vouloir commettre le fait de complicité, toutefois il le commet en conscience de son accessoriété à la violation d'une obligation personnelle à l'auteur du fait principal. C'est dire qu'il adhère à titre autonome à la violation d'une obligation personnelle à l'auteur des faits. Il est donc légitime de le punir *comme s'il en était l'auteur*.

602. Ainsi d'une part, le discernement paramètre le choix d'une qualification unique en présence d'un seul auteur, et résiste d'autre part à la pluralité d'auteurs matériels pour justifier l'identité de qualification. Il apparaît respectivement personnel à l'auteur des faits (§ 1) ou partagé par le complice agissant *comme auteur* (§ 2).

§ 1. Le discernement personnel à l'auteur des faits

603. La loi pénale détaille le comportement que la personne juridique doit respecter au moyen de multiples *statuts juridiques personnels*, à l'instar du contenu des obligations liant le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur, la sage-femme pratiquant un accouchement difficile ou l'expert-comptable censé vérifier les comptes d'une société. Car, en principe, l'examen d'une qualité personnelle est électif de qualification. Or choisir, c'est également renoncer à d'autres qualifications, de telle sorte que de critère électif de qualification (A), le discernement se révèle réciproquement exclusif de

qualification (B), précisément lorsque l'auteur des faits à la conviction exclusive de relever d'un statut personnel rendant son acte strictement réel.

A. Le discernement personnel, électif de qualification

604. Fonder le choix d'une qualification sur le critère du discernement personnel impose un renversement total de perspective dans l'approche de la faute pénale. Rappporter la culpabilité à la volonté individuelle invite à une gradation de cette faute, gradation qui irait depuis la faute simple d'imprudence jusqu'à la faute intentionnelle, en passant par la faute qualifiée.

605. La faute d'imprudence simple révélerait une simple négligence dans la protection d'une « *valeur sociale* » (selon l'expression du professeur Decocq). Plus grave, la faute qualifiée se décomposerait elle-même en deux fautes qui poursuivent cette gradation : la faute caractérisée et la faute délibérée. La faute caractérisée serait un manquement plus grave à cette valeur sociale protégée ; et la faute délibérée une faute quasi-intentionnelle. L'exemple typique de la faute délibérée est celui de l'as du volant dépassant une ligne continue dans un virage n'offrant aucune visibilité⁸¹⁸. Il ne désire effectivement pas la réalisation d'une collision mortelle mais il adopte un comportement révélant un véritable dédain pour la protection de l'intégrité physique d'autrui⁸¹⁹. La causalité directe peut alors être définie comme une « *absence d'intermédiaire entre l'indiscipline et le risque* »⁸²⁰. Enfin la faute intentionnelle serait une volonté ferme de causer le résultat escompté.

606. A cette *gradation psychologique* de la faute, envisagée sur le fondement d'une définition morale du discernement, il est possible de substituer une *gradation juridique* dépendant directement de la conscience personnelle de l'auteur des faits. Instruit de l'existence de la loi pénale, il sait qu'il est assujéti à divers types de règles. Ainsi plus le statut juridique dont l'auteur des faits décrit un comportement précis, plus sa marge de manœuvre pour s'y conformer est réduite. *Le degré de contrainte des obligations personnelles constitue donc le critère de la gradation juridique de la faute.*

⁸¹⁸ P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*, n° 390 ; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 603 et s.

⁸¹⁹ Qualifié de « volontaire » par un auteur qui considère que le Code pénal de 1994 a inséré la volonté dans la non-intention, cf. Y. MAYAUD, « La volonté à la lumière du nouveau code pénal », *préc.*, p. 203.

⁸²⁰ M. PUECH, « De la mise en danger d'autrui », *D.* 1994, chr., p. 153 et s.

607. Les statuts personnels très contraignants sont ceux qui invitent l'individu à remplir une obligation avant un *terme* donné. A défaut, la constatation du manquement à l'obligation prévue *implique* justement l'existence d'une faute. *La précision temporelle de l'obligation personnelle transcende alors la distinction des infractions intentionnelles et non intentionnelles.* La qualification s'opère de la même manière pour certaines infractions intentionnelles qu'en matière d'infractions contraventionnelles qui, pour la plupart, contraignent littéralement l'individu à un comportement à terme. A son degré ultime de contrainte, la proximité de ce terme est si immédiate que l'obligation en devient comportementale. Il n'est donc pas besoin de préciser que les contraventions sont intentionnelles : elles imposent la personne à une constante obligation de résultat. En revanche il est parfois possible d'exiger que son auteur la commette volontairement, sans que cela n'en fasse l'infraction intentionnelle qu'elle est déjà implicitement. En définitive, la gravité individuelle de la faute n'est pas réflexive de sa gravité personnelle. La nature de la faute dépend du contenu du discernement, suivant que l'obligation personnelle est *générale* (1), et alors elle n'est que relativement contraignante, ou *particulière* (2), et alors elle est extrêmement contraignante.

1. L'obligation générale

608. L'obligation est générale lorsque le législateur laisse une personne libre de la manière dont elle entend se conformer à la loi pénale. Réciproquement, la forme de la violation de cette obligation renvoie à une grande variété de faits réels. L'aspect général de l'obligation se déduit de l'étude de la description légale du comportement : la généralité de l'obligation est *objective* (a). Il est alors nécessaire de rapporter la preuve d'une volonté infractionnelle (b).

a. L'obligation générale objective

609. Le contenu de l'incrimination fournit le plus souvent les paramètres en connaissance desquels le discernement peut donner naissance à une intention. L'objectivité du statut personnel est alors expresse. Si ce n'est pas le cas, la Chambre criminelle doit objectiver le statut personnel de référence. Il faut donc distinguer l'objectivité expresse (a-1) de l'objectivation prétorienne (a-2).

a-1. L'objectivité expresse

610. Afin de préciser le contenu du discernement, le législateur intègre parfois dans l'incrimination des critères tels que le consentement ou la confiance. Ces termes peuvent être interprétés littéralement comme une reconnaissance de la validité, en droit pénal, de critère relevant pour leur définition du droit civil. Toutefois leur dénotation civile soulève de sérieuses contradictions en droit pénal⁸²¹. Mais il est également possible de déceler dans l'emploi de ces termes autre chose qu'une référence à des critères de droit civil. La référence au contrat constitue certes une aide précieuse pour caractériser la faute de l'auteur des faits. Mais le législateur ne fait sans doute rien de plus qu'identifier le contenu du discernement personnel.

611. Ainsi, pour être coupable, l'individu doit avoir *conscience de l'inexistence du consentement de la victime*, par exemple en matière d'agression sexuelle. Et dans l'hypothèse de l'abus de confiance, il faut qu'il ait la conviction d'agir en qualité de détenteur précaire d'un bien après avoir été nanti de la confiance d'autrui. La Cour de cassation procède donc à un contrôle de la qualification opérée par les parties – contrôle réduit à la dénaturation de la convention⁸²². Par exemple, la Chambre criminelle a jugé le 5 novembre 1980⁸²³ que l'absence de précision sur la nature et les modalités du contrat en vertu duquel les fonds ont été reçus par la prévenue ne lui permettait pas d'exercer son contrôle en matière d'abus de confiance. Car il lui faut vérifier que l'agent pénal avait conscience d'assumer une fonction juridique dans la détention du bien⁸²⁴, si bien qu'elle casse les arrêts qui, fondés sur le chef d'abus de confiance, ne lui permettent pas d'exercer son contrôle⁸²⁵.

612. La nullité du contrat n'a donc aucun effet sur la conscience personnelle de l'auteur des faits. *Le contrat remplit une fonction spécifique dans la définition de la*

⁸²¹ Voir *supra* n° 160.

⁸²² Notamment Crim., 13 décembre 1978, Bull. crim. n° 354, p. 924, s'agissant d'un contrat intitulé de compte courant dont le contenu ne répond pas à cette qualification.

⁸²³ Crim., 5 novembre 1980, Bull. crim. n° 288, p. 736, où « *les constatations vagues et imprécises ne spécifient pas expressément si les fonds qui auraient été détournés par la prévenue, lui avaient été remis à charge de les rendre ou de les représenter* » ; également, Crim., 12 décembre 1988, Bull. crim. n° 416, p. 1104.

⁸²⁴ Crim., 25 novembre 1985, Bull. crim. n° 371, p. 952 : « *il n'importe que l'arrêt ne spécifie pas de manière expresse le contrat en vertu duquel le prévenu détenait les objets ou valeurs détournées par lui, dès lors que les énonciations de la décision permettent de dégager la nature dudit contrat* » ; Crim., 24 juin 1992, Bull. crim. n° 251, p. 690, où la Chambre criminelle aurait pu écarter la qualification d'abus de confiance au seul motif que le contrat de construction de maisons individuelles ne relevait pas de la liste établie légalement. Voir également Crim., 14 février 1957, Bull. crim. n° 148, p. 248, s'agissant d'une remise de son vivant par une personne souhaitant que le destinataire fasse « *fructifier les fonds* », énonciations vagues et imprécises qui ne permettent pas de déterminer s'il s'agit d'une convention de gage ou d'un contrat en compte courant insusceptible d'abus de confiance.

⁸²⁵ Crim., 19 février 1990, Bull. crim. n° 80, p. 206. L'arrêt d'appel ne précisait pas s'il y avait eu affectation spéciale d'une remise.

culpabilité pénale requise : l'objectivation du discernement du détenteur précaire de la chose.

613. En matière d'imprudence, la méthode de qualification est la même. La Chambre criminelle peut s'en remettre à l'intitulé de la fonction contractuellement attribuée à un individu. Ainsi elle a pu approuver les juges du fait d'avoir condamné le coordinateur en matière de sécurité lorsqu'il a ordonné de desceller un panneau d'affichage publicitaire et de l'entreposer près d'un mur d'une salle de sport municipale, sans attaches et sans interdire l'accès à cette partie du chantier, de sorte qu'un enfant est décédé à cause de sa chute. La Chambre criminelle a précisé que le prévenu avait commis une faute caractérisée en insistant sur sa qualité personnelle dans la solution de droit de l'arrêt : « *il incombe en effet au coordinateur en matière de sécurité, dans la phase de réalisation de l'ouvrage, d'anticiper les situations à risque pouvant résulter notamment des dispositions prises par les entreprises intervenant sur le chantier* »⁸²⁶.

614. La conscience personnelle de l'individu, c'est-à-dire la connaissance qu'il a d'être nanti de la qualité objective de détenteur précaire, donne à l'intention qui en découle une teinte particulière. Le discernement personnel permet ainsi de distinguer l'intention de l'article 314-1 du Code pénal de celle du voleur, conscient pour sa part d'agir sans droit aucun sur la chose. En effet, la remise ou la détention *strictement réelle* d'une chose ne fait pas naître chez le détenteur précaire la conscience d'avoir été nanti d'une confiance juridiquement sanctionnée. Ce rapport de confiance est plus moral que juridique. Partant, lorsque le cadre de travail a fourni la possibilité d'une appropriation de la chose simplement mise à disposition, seule l'infraction de vol semble pertinente.

615. Ainsi, le fait pour l'employée d'un magasin de vêtement d'emporter clandestinement à son domicile et sans les payer des vêtements ne constitue pas un abus de confiance mais un vol⁸²⁷, car elle *sait* que les choses qu'elle a sous sa surveillance ne lui ont pas été *confiées*. Il en va pareillement pour l'appréhension de marchandises laissées à disposition de celui auquel le propriétaire n'a pas abandonné la possession de la chose⁸²⁸. C'est encore l'exemple du client qui remet à son créancier son portefeuille afin qu'il y prélève le montant de sa dette et qui en profite pour s'emparer du double,

⁸²⁶ Crim., 16 juin 2009, Bull. crim. n° 122.

⁸²⁷ Crim., 6 mars 1968, D. 1968, jurisp., p. 396.

⁸²⁸ Crim., 4 novembre 1964, Bull. crim. n° 288, JCP 1965, II, 14066, note A. CHAVANNE.

cette détention de courtoisie n'engageant aucun rapport d'obligation⁸²⁹. Juridiquement, cette hypothèse ne se distingue pas de la remise d'une liasse de billets de banque à un individu aux fins de les compter et qui en soustrait un⁸³⁰, ou du retrait d'une somme excédant les quotités disponibles sur un compte en banque⁸³¹.

616. A l'inverse, la détention d'une chose en vue d'exécuter un contrat de travail justifie la qualification d'abus de confiance : le fait, pour un individu conscient d'agir comme entrepreneur ou pour un ouvrier d'utiliser à une autre fin les matières premières reçues pour les façonner⁸³², comme pour le salarié d'un garage de ne pas utiliser l'huile neuve qui lui a été confiée pour remplir des moteurs vidangés, correspond au détournement caractéristique de l'abus de confiance⁸³³. Finalement, la référence à la qualité objective d'une personne permet de choisir le texte d'incrimination de référence⁸³⁴. Elle conditionne l'état d'esprit coupable de l'auteur d'un abus de confiance⁸³⁵.

a-2. L'objectivation prétorienne

617. On comprend donc que lorsque la qualité personnelle du détenteur précaire du bien ne correspondait pas à l'une des qualités personnelles visées dans l'incrimination dans l'article 408 du Code pénal de 1810, la Chambre criminelle n'ait pas hésité à abstraire un statut personnel innomé pour caractériser l'abus de confiance. La Chambre criminelle a par exemple su s'extirper de la liste limitative que cette disposition prévoyait opérations contractuelles complexes⁸³⁶, en assimilant le contrat de vente ou le contrat de société au contrat de mandat⁸³⁷.

⁸²⁹ Crim., 21 avril 1964 (2^e espèce, Laskar), *JCP* 1965, II, 13973, note R. OTTENHOF. Dans son arrêt de rejet, la Cour de cassation décide « qu'en s'emparant, dans ces conditions, de cette somme, contre la volonté de son propriétaire, le créancier l'a soustraite frauduleusement au préjudice de celui-ci ».

⁸³⁰ Crim., 15 juin 1939, *D.* 1940, jurispr., p. 60.

⁸³¹ Comp. J. LARGUIER, « L'abus de distributeur de billets par le titulaire d'un compte insuffisamment approvisionné ne peut-il être pénalement incriminé ? », *JCP* 1982, I, 3061 ; voir également H. CROZE, *JCP* 1985, 20450, obs. sous Crim., 24 novembre 1983, Bull. crim. n° 315, p. 811. Voir également C. GHICA-LEMARCHAND, *Le compte en banque en droit pénal*, thèse Paris II, 2000.

⁸³² Crim., 12 décembre 1863, *D. P.* 1867, I, p. 361 ; Crim., 1^{er} juin 1894, Bull. crim. n° 143.

⁸³³ Crim., 12 juin 1978, Bull. crim. n° 188, p. 469.

⁸³⁴ Dès lors l'autorité qui découle de cette qualité peut éventuellement aggraver l'infraction sans participer nécessairement à ses éléments constitutifs. Ceci explique sans doute l'évolution de l'incrimination de harcèlement sexuel. Cf. P. CONTE, « Une nouvelle fleur légistique : le crime en boutons. A propos de la nouvelle définition du harcèlement sexuel », *JCP* 2002, actu., p. 1381, cette infraction ne nécessitant plus d'abus d'autorité.

⁸³⁵ Dans le même sens, P. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 561, spéc. p. 374 : « ici comme ailleurs, la simple pensée coupable n'étant pas punissable, il est nécessaire que l'intervention de titre se matérialise par un comportement, qui révèle par là même l'intention délictueuse : cet acte « d'extériorisation » constitue, à proprement parler, le détournement ».

⁸³⁶ Cf. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 215, n° 175.

⁸³⁷ Crim., 19 juin 1973, Bull. crim. n° 280, *D.* 1973, p. 713, rapp. B. DAUVERGNE ; Crim., 14 juin 1978, Bull. crim. n° 197.

618. Elle modélise également le discernement personnel en matière d'imprudence pour qualifier la faute caractérisée. En l'absence d'un texte prévoyant une obligation particulière, il faut s'enquérir de la possibilité pour un individu de parer à la survenance d'un dommage. Sur ce point, la motivation des arrêts de la Cour de cassation répond à une structure identique. La Chambre criminelle procède en deux temps : d'abord, elle révèle la norme comportementale de référence pour la situation donnée ; ensuite, elle confronte le comportement du prévenu par rapport à ce statut pénal objectif. La première étape consiste à s'assurer qu'un individu a été l'instigateur d'une situation de fait, ce qui suppose qu'il entende assumer la responsabilité du risque ainsi créé. *Cette double opération impose le cumul de deux conditions légalement distinctes au sein de l'article 121-3 du Code pénal.*

619. Cet article définit la causalité indirecte à en son alinéa 4, comme le fait d'avoir « créer ou contribuer à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage » *ou* celui de « n'avoir pas pris les mesures permettant de l'éviter ». Or, la Cour de cassation juge que le professionnel, le médecin expérimenté ou l'infirmière a ainsi contribué à créé la situation litigieuse *et* n'a pas pris les mesures requises, alors que l'article 121-3 du Code pénal exige formellement d'établir l'une ou l'autre de ces fautes. Plusieurs arrêts permettent d'illustrer ce propos.

620. Il s'agira par exemple de la qualité de chef d'entreprise, par référence aux statuts de la société. En ce qui le concerne, n'est pas suffisamment précis le texte qui prescrit la mise à disposition du personnel des équipements de travail installés de telle sorte que leur stabilité soit assurée, conformément aux articles L. 233-5-1, R. 233-1 et R. 233-5 du Code du travail⁸³⁸. Ainsi dans l'arrêt de la Chambre criminelle du 13 septembre 2005, « *le prévenu, qui a contribué à créer la situation ayant permis la réalisation du dommage et n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter, a commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer, au sens de l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal* ».

621. Elle identifie ainsi dans un premier temps l'obligation légale de précaution liée à la qualité personnelle visée, en l'occurrence celle de concepteur d'un outil de travail. Dans un second temps, elle vérifie que le prévenu s'est bien conformé à cette obligation,

⁸³⁸ Crim., 13 septembre 2005, n° 224, p. 791. En l'espèce, les juges relèvent que « *la conception des tréteaux, équipés de butées situées à l'extérieur de l'axe des pieds des tréteaux, et qui, en outre, n'étaient pas scellés au sol, ne permettait pas*

ce qui impose le cumul des deux conditions, conditions qui sont pourtant alternatives dans l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal. Dans l'arrêt discuté, la conception du matériel imposait à son créateur qu'il anticipe les dommages pouvant résulter de son usage. Le cas échéant, il reviendrait au même d'affirmer que la réalisation d'un dommage *impliquait* l'intention du prévenu mais, s'agissant d'une infraction d'imprudence, la Chambre criminelle conclut à l'existence de la faute caractérisée du prévenu.

622. La Cour de cassation procède encore à une analyse cumulée des deux conditions posées par l'alinéa 4 précité dans l'arrêt rendu le 18 novembre 2008⁸³⁹. Une fuite de gaz signalée par des voisins suscite l'intervention des pompiers, lesquels ne poussent pas leurs investigations jusqu'au logement d'où émanait la fuite. La *locataire* de l'appartement en question, après avoir fait réparer l'arrivée de gaz par un non-professionnel, s'était absentée de manière prolongée en la laissant ouverte. Il en résulta une explosion qui détruisit une partie de l'immeuble et occasionna plusieurs homicides et blessures graves. La création de la situation à risque résulte d'une omission, ici s'être abstenu « *de faire vérifier, au moment de son entrée dans les lieux, la conformité de son installation de gaz à la réglementation, en faisant changer, quelques mois avant l'accident, le tube de raccordement de la cuisinière par un non-professionnel* », et d'une faute qui consiste à n'avoir pas fermé « *le robinet d'arrivée de gaz pendant son absence prolongée* ».

623. C'est encore le cas du président d'association, condamné pour homicide involontaire après avoir organisé une traque sans rappeler aux participants les consignes diffusées par l'office national de la chasse⁸⁴⁰ ; du commercial qui vend des plantes chinoises sans s'être assuré de leur innocuité, comme l'y invitaient « les bonnes pratiques de préparation officinales et les recommandations du conseil de l'ordre des pharmaciens »⁸⁴¹ ; du médecin régulateur du Samu qui mésestime l'importance du risque de mort d'un patient l'ayant appelé, et qui commet « la faute caractérisée exposant le

d'en assurer l'équilibre, la chute des ces supports était [donc] prévisible comme l'établissent les déclarations des salariés et (...) a été la cause de l'accident dont a été victime le salarié ».

⁸³⁹ Crim., 18 novembre 2008, Bull. crim. n° 233.

⁸⁴⁰ Crim., 8 mars 2005, Bull. crim. n° 80, p. 224. L'arrêt insiste sur la connaissance de « *l'existence de ces consignes* » chez le président organisateur.

⁸⁴¹ Crim., 1^{er} avril 2008, Bull. crim. n° 88, le résumé de l'arrêt mélange cependant des données de fait avec l'énoncé très sobre de la solution de droit : « *justifie sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer coupables d'homicides involontaires un pharmacien d'officine ainsi que le représentant légal d'une société, spécialisée dans la fabrication de médicaments à base de plantes, qui lui a livré six kilogrammes d'une herbe importée de Chine sous la dénomination de *Stephania tetrand*, réputée pour ses vertus amincissantes, retient que les prévenus ont commis des fautes caractérisées, le premier, en omettant d'analyser, en méconnaissance des bonnes pratiques des préparations officinales et des recommandations du conseil de l'ordre, l'identité de la matière première qui lui a été livrée, le second, en n'effectuant pas les contrôles, prévus par la*

malade à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer *eu égard à son expérience de praticien et aux informations qui lui étaient communiquées* »⁸⁴² ; de l'anesthésiste « expérimenté » qui ne donne pas l'instruction aux infirmières de contrôler régulièrement la tension artérielle et la fréquence cardiaque d'un enfant, finalement décédé, après avoir présenté des saignements importants à la suite d'une ablation des amygdales⁸⁴³.

624. Il arrive cependant que la Cour de cassation reconnaisse ce statut à partir d'éléments normatifs si disparates que le discernement qui en résulte paraît complètement artificiel. La foule de textes invoqués par les juges du fond, dont elle avalise le raisonnement, donnent l'impression d'une définition arbitraire du discernement. Force est de l'admettre si l'on regarde dans le détail, entre autres exemples, les textes invoqués par les juges du fond⁸⁴⁴, au soutien de l'arrêt de rejet du 7 septembre 2010⁸⁴⁵. La multiplication des références textuelles présente le risque de rendre leur connaissance impossible. Le discernement ainsi édifié peut alors s'avérer fictif car ce « rapiècement » n'est pas des plus salutaires pour assurer la fonction intimidante de la peine.

b. La nécessité d'une preuve de la conviction coupable

625. Pour toutes les incriminations qui laissent l'individu libre de la manière de se conformer au droit pénal, il faut rapporter la preuve d'une volonté de commettre l'infraction. La question de la preuve ne se pose véritablement qu'en matière intentionnelle car, en matière d'imprudence, l'objectivation du statut personnel de référence caractérise du même coup la faute⁸⁴⁶.

monographie de la pharmacopée chinoise, alors que ces vérifications auraient permis de détecter la présence d'Aristolochia fangchi, plante dont est issu l'acide aristolochique, substance cancérigène et néphrotoxique ».

⁸⁴² Crim., 2 décembre 2003, Bull. crim. n° 226, p. 911.

⁸⁴³ Crim., 13 février 2007, Bull. crim. n° 44, p. 261.

⁸⁴⁴ L'article 1720 du code civil, d'après lequel « le bailleur est tenu de délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce », et « il doit y faire, pendant la durée du bail, toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires, autres que les locatives » ; la norme NFC 15 100 définissant un ensemble de règles techniques à respecter, même si celles-ci n'ont été rendues obligatoires le 22 octobre 1969 que pour les logements neufs, si bien que, de l'aveu même des juges du fond, elle n'était pas applicable à l'espèce ; le décret du 6 mars 1987 « fixant les conditions minimales de confort et d'habitabilité auxquelles doivent répondre les locaux mis en location », il contient quatre articles, l'article 1, e) mentionnant que les installations de gaz et d'électricité « doivent assurer la sécurité des utilisateurs » ; la loi dite SRU, du 13 décembre 2000 faisant obligation aux bailleurs de remettre à leurs locataires des logements décentes, et le décret du 30 juin 2002 précisant que l'installation électrique doit être conforme aux normes de sécurité définies par la loi et les règlements et être en bon état d'usage et de fonctionnement.

⁸⁴⁵ Crim., 7 septembre 2010, inédit, n° de pourvoi : 09-86137.

⁸⁴⁶ Outre les exemples cités *supra* qui concernent l'examen cumulé des deux conditions posées à l'article 121-3 du Code pénal, des arrêts s'attachent exclusivement à déterminer la preuve d'une négligence consciente. Voir Crim., 11 janvier 2011,

626. S'agissant des infractions intentionnelles, la Chambre criminelle exige la preuve d'une volonté coupable uniquement lorsque l'incrimination en fait mention, notamment à partir d'une connaissance des sommations au sujet du délit d'attroupement⁸⁴⁷. Les juges du fond vérifient donc que les prévenus aient effectivement pu entendre les injonctions de la force publique⁸⁴⁸, le recours à la force pour parvenir à disperser la foule ne palliant pas à l'absence de sommation⁸⁴⁹.

627. L'abus de confiance fait partie des infractions qui exigent une preuve de la volonté coupable, car la remise d'un bien à charge de le représenter n'impose pas un comportement précis. Il n'est donc pas possible d'induire l'existence d'une faute à partir du seul fait qui ne serait pas en accord avec le rapport de confiance contractuelle établi. Ainsi, l'infraction peut naître n'importe quand, dès lors que le détenteur précaire a reçu le bien. Il faudra alors qu'il commette un acte non équivoque manifestant sa volonté de ne pas le représenter. Tel n'est pas le cas lorsque l'agent *abuse de l'usage* du bien sans que son comportement ne signifie qu'il ait eu l'intention de le conserver ou le détruire. Ainsi, le détenteur de wagons-réservoirs qui les utilise pour le transport de son fuel, alors qu'ils ne lui auraient été confiés que pour le transport de celui du propriétaire effectué au préalable, ne commet pas un abus de confiance. La Chambre criminelle juge ainsi que « *l'usage abusif* » de la chose n'équivaut pas au détournement⁸⁵⁰. De plus, ce ne peut pas être le cas lorsque ce bien est une chose fongible car en le confiant, le détenteur initial en livre nécessairement la propriété comme en matière de dépôt à terme – aussi dit contrat de « dépôt irrégulier », dans lequel le déposant ne peut récupérer ses fonds qu'à partir d'un terme fixé contractuellement.

628. Le banquier qui reçoit les fonds peut en disposer librement, à charge pour lui de les restituer à terme, éventuellement nantis d'intérêts. Il n'exécute donc aucun acte coupable en disposant de la valeur remise avant le terme requis. La Chambre criminelle

Bull. n° 5, à propos du loueur d'engin qui a remarqué que le bras d'un appareil à transporter sur route était mal fixé, si bien qu'en se détachant ce bras a percuté une voiture venant en sens inverse ; Crim., 16 septembre 2008, Bull. n° 186, au sujet du salarié qui n'avait pas interdit à son collègue finalement décédé de le rejoindre sur une dalle improvisée en plateforme alors qu'il ne portait pas de harnais de sécurité ; Crim., 13 février 2007, Bull. n° 43, p. 257, à propos du médecin généraliste qui commet néanmoins une faute caractérisée en ne prenant pas les dispositions nécessaires pour être joint en période de grève des praticiens libéraux ; Crim., 21 septembre 2004, n° 216, p. 766, à propos d'un chirurgien orthopédiste n'accomplissant pas *les diligences normales qui lui incombent compte tenu de sa mission et de sa fonction* en opérant une patiente sans aucun contrôle préalable, ni l'assistance d'un chirurgien thoracique, un jour férié et sans qu'il existe d'urgence, ses multiples erreurs chirurgicales conduisant au décès de la patiente qui ne souffrait que d'une hernie discale ; également Crim., 13 novembre 2002, Bull. n° 203, p. 751 ; Crim., 29 octobre 2002, Bull. n° 196, p. 728.

⁸⁴⁷ Crim., 18 juillet 1930, *JCP* 1930, p. 1075 ; Crim., 25 mars 1954, Bull. crim. n° 120 ; Crim., 23 février 1954, *D.* 1955, p. 465, Rapport M. PATIN.

⁸⁴⁸ CA Grenoble, 17 janvier 1907, *S.* 1908, 2, p. 75.

⁸⁴⁹ Crim., 23 février 1954, préc.

⁸⁵⁰ Par exemple, Crim., 22 janvier 2003, *D.* 2004, som. comm., p. 308.

refuse par conséquent d'assimiler le contrat de dépôt « irrégulier » au contrat de dépôt visé par l'article 408 du Code pénal de 1810⁸⁵¹ ; de la même manière qu'en ce qui concerne les contrats de prêt à la consommation⁸⁵² ou encore les contrats dits de « combinaisons » conclus avec des joailliers⁸⁵³. C'est également le cas lors d'une mise en commun de fonds sur un compte, car le mandataire tient du mandant l'autorisation d'utiliser les valeurs portées sur ce compte pour ses besoins personnels⁸⁵⁴, comme lors d'un contrat d'intégration de cheptel⁸⁵⁵ ou de gage. Le fait de recevoir une mise en demeure ne dénote pas nécessairement, chez le détenteur précaire de la chose, l'intention de ne pas la représenter⁸⁵⁶, de même que la prolongation de jouissance du bien ne constitue pas un détournement⁸⁵⁷.

629. En revanche, la preuve de la volonté de violer non pas la foi contractuelle, mais la loi pénale est valablement retenue dans l'arrêt de la Chambre criminelle du 19 juin 2013⁸⁵⁸. Il faut en rappeler la solution : « *attendu qu'en l'état de ces motifs, fondés sur l'appréciation souveraine des éléments de preuve qui lui étaient soumis, et dès lors que l'utilisation, par un salarié, de son temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles il perçoit une rémunération de son employeur constitue un abus de confiance, la cour d'appel a justifié sa décision* ». Deux points concordants avec la jurisprudence classique sont réaffirmés. Le premier concerne la nécessité d'établir la preuve d'une volonté coupable en la matière pour que l'infraction soit constituée, d'où la mention, non sans quelque lourdeur qui s'avère toutefois utile à l'interprète, que la Chambre criminelle se prononce au regard des circonstances de faits relevées par les premiers juges (« *en*

⁸⁵¹ Crim., 28 janvier 1991, Bull. crim. n° 42, p. 105.

⁸⁵² Crim., 20 novembre 1962, Bull. crim. n° 329, p. 678, préc.

⁸⁵³ Crim., 3 novembre 1994, *JCP* 1995, jurisp., 2245, note F. POLLAUD-DULIAN. Il s'agit d'un contrat de vente dont l'objet existe au moment du contrat, sans toutefois renvoyer à des items matériels précis. Les modalités de l'opération prévoient le report de l'achat de certains bijoux, réintégré au prochain lot des biens remis, et la restitution des autres, l'achat devant porter sur une certaine proportion de bijoux. Par conséquent le détenteur n'a pas obligation de garantir l'intégrité des biens dont il se porte par ailleurs, pour partie, acquéreur. La Cour de cassation décide qu'à raison de la possibilité laissée aux joailliers de ne pas restituer un objet à première demande, ces pratiques sont exclusives de l'existence d'un contrat de dépôt et ne peuvent donc être regardées comme entrant dans les prévisions de l'article 408 du Code pénal de 1810.

⁸⁵⁴ Crim., 21 février 1968, Bull. crim. n° 52, p. 127 ; Crim., 20 février 1980, Bull. crim. n° 66, p. 157.

⁸⁵⁵ Crim., 21 octobre 1932, Bull. crim. n° 215, p. 408, où la Chambre criminelle a jugé que le contrat de cheptel à moitié constitue une société dans laquelle chacun des contractants fournit la moitié des bestiaux qui demeurent communs pour le bénéficiaire ou pour la perte, si bien que l'article 408 du Code pénal de 1810 ne réprime pas la violation de ce contrat.

⁸⁵⁶ Crim., 6 décembre 1956, Bull. crim. n° 818, p. 1451 : « il ne saurait y avoir détournement frauduleux mais simple retard dans la restitution, lorsque le dépositaire, demeuré détenteur des objets confiés, les fait placer sous séquestre par ordonnance de référé à la suite de mises en demeure qui lui sont adressées » ; Crim., 22 novembre 1973, Bull. crim. n° 432, p. 1072 : « le défaut de restitution n'implique pas nécessairement à lui seul, le détournement ou la dissipation des objets, éléments essentiels du délit d'abus de confiance », dans une affaire la rétention de sommes d'argent, après mise en demeure, caractérise cependant une volonté coupable ; également Crim., 11 juin 1980, Bull. crim. n° 188, p. 487 : « le défaut de restitution n'implique pas nécessairement à lui seul, le détournement ou la dissipation des objets, éléments essentiels du délit d'abus de confiance », s'agissant d'un refus de restituer dix véhicules après résiliation d'un contrat de location. L'arrêt d'appel a toutefois été cassé pour insuffisance de motif, les juges du fond n'ayant pas qualifié avec netteté le détournement que la Cour de cassation n'exclut pas en l'espèce ; voir également Crim., 19 février 1990, Bull. crim. n° 80, p. 206, préc.

⁸⁵⁷ Crim., 8 mai 1919, *D.* 1920, jurisp., p. 76.

⁸⁵⁸ Voir *supra* n° 126 et s.

l'état de ces motifs, fondés sur l'appréciation souveraine des éléments de preuve ». Ce n'est qu'ensuite qu'elle rappelle le critère qui lui permet d'exercer son contrôle (« *et dès lors que l'utilisation, par un salarié...* »). L'incise présente une importance primordiale étant donné que la Chambre criminelle s'en remet à la qualité de la personne mise en cause pour vérifier l'existence d'une faute personnelle. En l'occurrence, le critère sur lequel la Chambre criminelle est le suivant : elle vérifie la conscience qu'avait nécessairement le prévenu d'agir en violation du statut personnel qui était le sien, durant un laps de temps dédié à l'exécution d'un travail salarié. Ce n'est pas véritablement le temps de travail qui est détourné en l'occurrence. Ce critère explicatif est très fin mais il présente une connotation civile, laissant entendre que le manque à gagner de l'employeur est décisive pour la constitution de l'infraction. Or « *l'utilisation* » du temps de travail est constitutive de l'infraction indépendamment du préjudice pécuniaire qu'il cause. De manière générale, par cette infraction, le législateur sanctionne un écart si important par rapport au rôle social que l'individu *salarié* devrait jouer, que la fonction d'*employeur* de son supérieur s'en trouverait annihilée. L'équilibre nécessaire des fonctions justifiait alors la sanction dès lors que la volonté de l'auteur des faits était en ce sens. Peu importe alors le montant du manque à gagner de l'employeur. L'indifférence au montant du préjudice qui pourrait découler de l'infraction se vérifie d'ailleurs pareillement en matière de vol.

630. Le législateur exige une soustraction *frauduleuse* de la chose (art. 311-1 du Code pénal), si bien que les juges doivent opérer une appréciation *in concreto* de la conscience d'agir frauduleusement chez l'auteur des faits. Or la détention matérielle de la chose n'extériorise pas forcément une conviction délictuelle. Une soustraction n'est pas *frauduleuse* tant que son auteur n'agit pas avec la ferme volonté de s'emparer définitivement de la chose. La détention matérielle ne signifie donc rien en soi, pas plus que le consentement du propriétaire à la remise du bien⁸⁵⁹.

631. L'arrêt Logabax, qui aurait reconnu le vol d'information⁸⁶⁰, illustre cette appréciation concrète de la faute. Dans les faits, un salarié photocopie un document confidentiel en vue de préparer sa défense contre son employeur. La Chambre criminelle

⁸⁵⁹ Ce qui a fait dire de la soustraction qu'elle serait désormais intellectuelle, cf. V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 4^e éd., 2009, p. 346, n° 714 et n° 716.

⁸⁶⁰ Crim., 8 janvier 1979, *D.* 1979, 509, note P. CORLAY ; *D.* 1979, IR, 182, obs. G. ROUJOU de BOUBEE ; *Gaz. Pal.* 1979, 2, p. 501 ; voir également J. DEVEZE, obs. sous Crim., 9 mars 1987, *JCP* 1988, II, 20913 ; et pour une opinion favorable au vol d'information, M.-P. LUCAS de LEYSSAC, « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », *D.* 1985, chr., p. 43, notamment n° 22 et s.

relève que « le prévenu, qui n'avait que la simple détention matérielle des documents, les avaient appréhendés frauduleusement *pendant le temps nécessaire à leur reproduction* ». Elle distingue le temps de la détention réelle de la chose du temps imparti à la reproduction du document. Durant la simple détention physique du document, il n'était pas possible d'induire que le salarié ait eu une volonté de se comporter en propriétaire. En revanche, l'infraction est révélée par la duplication du document. En effet, le salarié a nécessairement arrêté la décision de se comporter en propriétaire de la chose, ne serait-ce que l'espace d'un instant, en photocopiant un document *qu'il savait confidentiel*, d'où la référence au « *temps de la reproduction* » dans le motif de l'arrêt. De ce point de vue, il n'est pas possible d'y voir la sanction d'un vol d'information, mais la simple déduction qu'une volonté arrêtée de voler la chose a existé, même si elle n'a été suivie d'aucune volonté de la conserver. Cette introspection n'est toutefois pas nécessaire en présence d'une obligation personnelle particulière.

2. *L'obligation particulière*

632. A la différence d'une obligation générale, l'obligation particulière contraint une personne à un comportement précis, à la manière d'une obligation de résultat. Autrement dit, elle impose « *un modèle de conduite circonstanciée* »⁸⁶¹. Toutefois cette méthode d'incrimination n'est pas propre au délit de mise en danger délibérée d'autrui et existe également en matière intentionnelle (les fameuses « présomptions d'intention »).

633. Dans ces cas, la seule constatation d'un manquement à l'obligation particulière révèle l'existence de l'infraction (a). Ce n'est qu'à la condition d'une preuve que le dommage s'est réalisé malgré le comportement rigoureux de la personne concernée qu'il sera possible d'envisager, subsidiairement, la violation d'une obligation générale (b).

a. La constitution de l'infraction impliquée par la précision du discernement en matière intentionnelle

634. De nombreux exemples illustrent la nature particulière de certaines obligations légales ou réglementaires. La personne concernée doit notamment déclarer l'achat

⁸⁶¹ M. PUECH, « De la mise en danger d'autrui », préc., p. 154.

d'animaux dangereux dans un certain nombre de jours⁸⁶², ses impôts⁸⁶³ ou ses comptes de résultat au greffe d'un tribunal, vérifier certaines informations avant de dresser un acte authentique ou la véracité d'un fait avant publication⁸⁶⁴, ou encore représenter les enfants de son conjoint dans un délai imparti (ce qu'un auteur appelle les « infractions de pure omission »⁸⁶⁵). Il peut encore s'agir de l'obligation particulière consistant à être titulaire d'un diplôme pour exercer le métier de médecin⁸⁶⁶.

635. Entre autres exemples, en sa qualité de maire, l'individu doit lancer une procédure d'appel d'offres avant d'attribuer un marché public à une entreprise, sous peine de se rendre coupable du délit de favoritisme. Il « *ne peut se réfugier derrière une méconnaissance de la procédure d'appel d'offres* » pour échapper à la sanction pénale⁸⁶⁷. Il ne pourrait pas non plus invoquer une clause de conscience pour s'émanciper de ce statut particulier⁸⁶⁸. *La confrontation de la qualité que l'agent pénal devait être conscient d'avoir avec la constatation de l'omission établit donc l'intention qu'a nécessairement eue la personne du maire.*

636. En matière d'imprudence, le degré précision de l'obligation à respecter établit du même coup la nature plus ou moins délibérée de la violation de cette obligation. Une faute délibérée peut donc exister, même si l'auteur des faits n'avait aucune volonté de provoquer un risque quelconque. Deux exemples illustrent ce propos.

637. Le premier concerne la personne de la sage-femme. Dans l'affaire tranchée en droit le 4 mai 2004⁸⁶⁹, une femme enceinte est placée sous surveillance dans la salle de

⁸⁶² Art. L. 211-15 et L. 215-2 du Code rural.

⁸⁶³ Art. 1741 du Code général des impôts. Voir par exemple Crim., 16 juin 2011, inédit, n° 10-85866, pour l'exemple d'une personne est condamnée du chef de fraude fiscale pour n'avoir déposé aucune déclaration annuelle de ses traitements, revenus de capitaux mobiliers et revenus fonciers durant trois ans, et qui se prévalait vainement d'une atteinte à son discernement.

⁸⁶⁴ Par exemple, Crim., 4 mai 2004, inédit, JurisData n° 2004-023986. Le prévenu, directeur de la publication et gérant de la société éditrice d'un magazine sportif est poursuivi du chef de publicité illicite en faveur du tabac, en raison de la reproduction, dans plusieurs numéros du magazine, de marques de cigarettes. Pour condamner le prévenu, la cour d'appel énonce que toute utilisation publique d'une marque de cigarettes constitue une publicité illicite en faveur du tabac. Les juges retiennent que le prévenu a engagé *sa responsabilité personnelle* en laissant diffuser des publicités dont *il ne pouvait ignorer* le caractère illicite. Cette décision est justifiée, la cour d'appel ayant caractérisé les éléments constitutifs de l'infraction, au regard des articles 121-1, 121-3 du Code pénal et L. 3511-3 du Code de la santé publique.

⁸⁶⁵ Le critère fut posé de cette manière par le professeur Rebut dans sa thèse de doctorat, afin de distinguer l'infraction se commettant par une pure omission de celle pouvant se commettre de manière équivalente par omission ou commission. Cf. D. REBUT, *L'omission en droit pénal, pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, thèse Lyon 3, 1993. Voir également V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Hypercours, 6^e éd., 2013, n° 446, au sujet de « *l'abstention pure et simple* ».

⁸⁶⁶ Crim., 9 février 2010, Bull. crim. n° 19, préc., Partie 1, Titre 2, Section 2, § 2, à propos des « présomptions d'intention ».

⁸⁶⁷ Crim., 15 septembre 1999, *Dr. pén.* 2000, comm. n° 28, M. VERON.

⁸⁶⁸ Le Conseil constitutionnel l'a reconnu dans sa décision du 18 octobre 2013, cf. Cons. Const., décision n° 3013-353 QPC du 18 octobre 2013. Il prend par ailleurs le soin de qualifier en droit les paramètres du discernement d'un maire, par référence aux articles 34-1, 74 et 165 du Code civil, L. 2122-18 du Code général des collectivités territoriales et enfin L.O. 141, L. 3122-3 et L. 4133-3 du Code électoral – autant de manifestations s'il en est des vertus de la si décriée inflation législative, indispensable à préciser le contenu du discernement.

⁸⁶⁹ Crim., 4 mai 2004, Bull. crim. n° 108, p. 418.

naissances d'un centre hospitalier où l'appareil de monitoring avait révélé des anomalies du rythme cardiaque fœtal, aggravées cinq heures après l'entrée en salle d'accouchement. La sage-femme, qui n'avait prévenu le chirurgien-obstétricien que deux heures après la manifestation de l'anomalie, est relaxée par les juges du fond. *La Chambre criminelle opère une substitution de motifs dans son arrêt de rejet*. Elle voit dans ce comportement la violation manifestement délibérée de l'article L. 4151-3 du Code de la santé publique, d'après lequel une sage-femme a pour *obligation de faire appel à un médecin en cas d'accouchement dystocique*⁸⁷⁰. Le seul manquement à cette obligation suffit à établir la délibération qu'a dû avoir la personne auteur de l'omission⁸⁷¹.

638. La déduction du caractère délibéré de l'imprudence à partir de la constatation du dommage ressort plus clairement encore du second exemple : l'arrêt rendu le 13 janvier 2009⁸⁷². L'installateur d'un chapiteau avait omis de fixer l'ensemble des attaches d'un chapiteau éphémère car la météo s'annonçait clémente. Des rafales de vent violentes et soudaines ont cependant causé l'effondrement de la structure. Relaxé par le tribunal correctionnel, l'installateur est condamné du chef de blessures involontaires et mise en danger de la vie d'autrui. Son pourvoi en cassation est rejeté par la Chambre criminelle qui conclut à l'existence d'une faute d'imprudence délibérée, alors même qu'il était vraisemblablement de bonne foi d'un point de vue psychologique.

639. S'il avait satisfait à ses obligations particulières, l'organisateur n'aurait peut-être pas été mis hors de cause pour autant. L'absence de violation d'une obligation particulière n'exclut pas celle d'une obligation générale.

b. L'obligation particulière et la subsidiarité de l'obligation générale

640. L'analyse des rapports de la faute délibérée et de la faute caractérisée ouvre deux options de lecture. Soit l'inexistence d'un texte précis invite à abandonner tout espoir de

⁸⁷⁰ L'accouchement dystocique est un accouchement difficile (la dystocie est une difficulté, essentiellement mécanique, qui peut survenir au cours de l'accouchement).

⁸⁷¹ La prévenue n'a toutefois pas encouru de responsabilité étant donné que l'enfant n'était pas né vivant. La substitution de motif n'en est que plus parlante.

⁸⁷² Crim., 13 janvier 2009, inédit, n° de pourvoi : 08-84485.

qualification d'une faute délibérée ; soit à l'inverse, la disqualification de la faute délibérée laisse la voie ouverte à la faute caractérisée⁸⁷³.

641. Au soutien de la première option de lecture, on peut relever que le législateur distingue clairement le champ de la faute délibérée de celui de la faute caractérisée. Les personnes physiques doivent avoir « *soit* violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement », « *soit* commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ». Le législateur poserait donc deux hypothèses juridiques distinctes : dans la première, une norme de comportement existe dans un texte de loi ; dans le second, il n'en existe pas et il revient alors au juge de qualifier la faute caractérisée au moyen d'un standard juridique. « Faute délibérée » et « faute caractérisée » auraient donc des domaines bien distincts, la faute caractérisée ne pouvant exister subsidiairement à la faute délibérée sans rendre l'utilité de la faute délibérée névralgique.

642. La seconde option de lecture repose sur une gradation psychologique de la faute d'imprudence. Si la faute délibérée n'est pas constituée, il est encore possible de retenir la faute d'une gravité moindre : la faute caractérisée⁸⁷⁴. *A fortiori*, elle serait même plus aisée à démontrer. A cet égard, un auteur constatait l'absorption de *la violation manifestement délibérée d'une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement par la faute caractérisée et qui exposait autrui à un dommage gravissime*⁸⁷⁵.

643. Cependant la première option de lecture n'explique pas la jurisprudence qui admet la subsidiarité de la faute d'imprudence caractérisée. De plus la seconde option de lecture découle d'une gradation psychologique de l'imprudence. Elle constitue donc le corollaire d'une approche individuelle de la faute qui soulève quant à elle de nombreuses contradictions avec les fondements du droit pénal.

644. Une troisième option de lecture peut être envisagée à partir d'une définition personnelle du discernement. La conclusion s'avère être la même que la deuxième hypothèse de lecture, mais sa justification est bien différente. En effet *de première part*,

⁸⁷³ Cf. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 367 ; Y. MAYAUD, *RSC* 2006, obs. sous Crim., 4 octobre 2005, préc., spéc. p. 66, l'auteur voyant dans la faute caractérisée la relève utile de la faute délibérée.

⁸⁷⁴ Y. MAYAUD, « La faute caractérisée, relève, et non doublon, de la faute délibérée », *RSC* 2002, p. 585, note sous Crim., 5 février 2002, essentiellement à partir d'un constat empirique : les juges du fond se tournent vers la faute caractérisée lorsque la faute n'est pas délibérée.

⁸⁷⁵ P. MORVAN, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée », *Mélanges J. Pradel*, Cujas, 2006, p. 458.

l'analyse du discernement justifie de substituer à la *gradation psychologique de la faute* d'imprudence une *gradation normative* qui soit fonction de la *précision du statut auquel le sujet du droit est assujéti*. La règle, lorsqu'elle est précise dans ses prescriptions, permet d'identifier le comportement fautif sans avoir à s'enquérir de la volonté de l'auteur des faits.

645. *De seconde part*, l'absence de violation d'une obligation très précise n'empêche pas l'existence d'un manquement à une règle moins contraignante. Un professionnel peut avoir respecté à la lettre une obligation particulière mais avoir manqué à une obligation plus large. Il semble donc justifié que la Chambre criminelle retienne la faute caractérisée après avoir exclu la faute délibérée.

646. Par exemple, dans une affaire jugée le 21 octobre 2008, la Chambre de l'instruction peut valablement conclure à l'absence de faute particulière de la part d'une équipe médicale, lorsqu'elle a mis fin à l'hospitalisation d'une personne commet un meurtre dans la foulée. Son pourvoi est rejeté en l'absence de violation des obligations particulières de prudence et de sécurité imposée par la loi ou le règlement⁸⁷⁶. La Chambre criminelle aurait pu se contenter d'affirmer que le moyen au pourvoi se contentait de critiquer l'appréciation souveraine des faits⁸⁷⁷, mais elle ajoute que la Chambre de l'instruction « a exposé les motifs pour lesquels elle a estimé qu'il n'existait pas de charges suffisantes contre quiconque d'avoir commis le délit reproché, *ni toute autre infraction* ». Le motif de l'arrêt laisse entendre qu'une faute aurait pu être qualifiée à défaut du respect de ces obligations légales imposées par le Code de la santé publique.

647. En somme, que l'infraction soit intentionnelle ou non intentionnelle, la précision du contenu de l'incrimination décide de sa constitution. La réalisation d'un dommage implique que la personne qui avait pour devoir particulier de l'empêcher ait commis une faute. Dans tous les autres cas, ceux d'infractions intentionnelles, il faudra apporter la preuve d'une violation volontaire de l'obligation générale.

⁸⁷⁶ Crim., 21 octobre 2008, inédit, n° de pourvoi : 07-88753.

⁸⁷⁷ Les juges du fond énoncent « *l'équipe soignante a organisé la mainlevée de la mesure d'hospitalisation au regard de l'état du patient, à la date du 24 mars, et a entouré cette décision des mesures thérapeutiques d'accompagnement adaptées ; que ce choix ne s'analyse pas comme une violation manifestement délibérée d'une obligation de prudence imposée par la loi ou les règlements, mais s'inscrit dans la part d'acte thérapeutique auquel est soumis la pathologie dont souffre [le malade mental]* ».

B. Le discernement personnel, exclusif de qualification

648. Le discernement exclut toute autre qualification dans deux hypothèses. De première part, l'exclusion a lieu lorsqu'un individu quitte momentanément son *statut personnel* au profit d'un autre individu qui l'y remplace : c'est l'hypothèse du discernement *suspendu* par la délégation de pouvoirs (1). De seconde part, un individu peut relever d'un statut particulier l'autorisant à commettre l'acte qui, dans le cadre de tout autre statut personnel, serait infractionnel : c'est l'hypothèse du discernement dérogatoire (2).

1. L'exclusion statutaire justifiée par la délégation de pouvoirs : la suspension du discernement

649. En matière de délégation de pouvoirs, est-ce en vertu d'un accord de volontés que le transfert de responsabilité s'opère ? Un contrat privé peut-il décider de l'attribution de responsabilité en droit pénal ? Répondre affirmativement à cette question impose de s'en remettre à l'analyse du consentement de chacun des maillons de la chaîne de délégation.

650. Cependant, cette grille de lecture n'explique pas l'exclusivité de la responsabilité du délégant ou du délégataire. En théorie, rien n'empêcherait de retenir ensemble les responsabilités pénales de ces deux protagonistes en cas de dommage. Il serait loisible de considérer que l'acte de l'un et l'omission de l'autre ont concouru à sa commission.

651. Il est toutefois possible d'expliquer l'effet déresponsabilisant de la délégation de pouvoirs à l'aide du discernement. En effet, derrière la délégation de pouvoirs, se profile la suspension du discernement du délégant. La conscience de devoir répondre de ses faits est temporairement suspendue chez celui qui confie ses pouvoirs de direction à un tiers. Pendant que la délégation de pouvoirs court, il sait qu'il n'est plus comptable des dommages qui pourraient survenir en rapport avec ces qualités. Il quitte temporairement son statut personnel sans le laisser vacant : le délégataire s'enrôle dans ce statut personnel.

652. Ainsi, la suspension du discernement fournit une justification de l'effet déresponsabilisant de la délégation de pouvoirs. Lorsque la délégation de pouvoir remplit les *conditions* de suspension du discernement (a), elle a un *effet* d'irresponsabilité (b) pour toutes les infractions qui seraient commises en vertu des pouvoirs délégués. Cet effet se vérifie notamment lorsque le délégataire a subi les ingérences du délégant.

a. Les conditions de la suspension du discernement

653. Le discernement, ou *conscience chez l'individu du rôle que la société lui attribue en fonction de ses qualités objectives*, paramètre la faute personnelle. Il en conditionne à la fois l'existence et la nature. La responsabilité pénale peut donc peser sur la tête de quiconque se trouve sciemment investi des qualités personnelles généralement assumées par un autre individu.

654. Il en va ainsi lorsqu'un tiers remplace momentanément le titulaire habituel de pouvoirs de direction. La délégation de pouvoirs opère ainsi, dans le même temps, suspension de la conscience d'être assujéti au statut personnel de commettant chez le délégant, et naissance de cette conscience personnelle chez le délégataire. Ceci justifie un transfert équivalent de responsabilité et permet de mieux comprendre les conditions auxquelles la délégation de pouvoirs est soumise pour produire ses effets.

655. D'après la définition de la délégation efficace, il faut avoir doté le délégataire des moyens, des compétences et des pouvoirs nécessaires pour accomplir sa mission, ce qui correspond matériellement aux conditions de l'article 121-3 du Code pénal en matière d'imprudence. Il faut en outre qu'elle soit limitée dans le temps, ce qui tend à éviter une conséquence fâcheuse : la fraude de celui qui, tout en confiant le statut juridique de responsable à un tiers, conserverait individuellement le véritable pouvoir de prise de décision sans en assumer la responsabilité⁸⁷⁸.

656. Enfin une personne ne peut soumettre autrui à plus d'obligations qu'elle n'en assume. Son discernement fixe l'étendue de la délégation de pouvoirs, comme l'illustre la décision rendue par la Cour de cassation le 16 mai 2006⁸⁷⁹. Au détour d'un couloir, le directeur d'une station de ski demande à un employé de surveiller le poste. L'individu chargé de cette tâche ne s'en acquitte pas si bien qu'un des patrouilleurs, nouvellement recruté sur le domaine et équipé d'un quad dont il ne maîtrisait pas la conduite, décède d'une conjonction du froid et de ses blessures à la suite d'un accident. Or il n'avait reçu

⁸⁷⁸ Crim., 5 mai 2004, inédit, n° de pourvoi : 03-85103 (cassation pour contradiction de motifs, de l'arrêt qui a déclaré la gérante de droit coupable de fraude fiscale, tout en constatant qu'elle avait donné pouvoir à sa sœur aux fins d'exercer en permanence la gestion de la société).

⁸⁷⁹ Crim., 16 mai 2006, Bull. crim. n° 136 p. 496 : « *justifie sa décision la cour d'appel, qui, pour relaxer le directeur d'exploitation d'une station de ski poursuivi du chef d'homicide involontaire à la suite du décès d'un pisteur dont le véhicule s'est renversé, retient, après avoir rappelé qu'il n'avait pas reçu de délégation en matière de sécurité, que, s'il aurait pu être plus précis dans ses instructions et confier à son remplaçant son propre poste de radio, d'usage plus facile, il n'a pas commis de faute caractérisée* ».

aucune délégation en matière de sécurité et avait zélé en mettant en place un protocole d'alerte sans y avoir été contraint par sa fonction. Dans sa solution, la Chambre criminelle note d'ailleurs en premier lieu qu'il « *n'avait pas reçu de délégation de pouvoir en matière de sécurité* ». L'habitude qu'il avait prise de « veiller au grain » ne le rendait pas juridiquement discernant, ce qui justifie la cassation de l'arrêt d'appel qui avait retenu une faute chez le délégataire.

657. En l'occurrence, il n'aurait jamais pu prendre conscience d'avoir à assurer la sécurité de la station étant donné que cette responsabilité dépendait des pouvoirs d'un autre. Son discernement n'était donc pas *suspendu*, ce qui serait une absence de discernement, mais *inexistant*, ce qui produit néanmoins le même effet d'irresponsabilité, comme le révèlent les manifestations de la suspension de discernement.

b. Les manifestations de la suspension du discernement

658. La délégation de pouvoirs opère extinction temporaire du discernement chez le délégant, à la condition qu'elle s'accompagne de la naissance concomitante, chez le délégataire, de la conscience d'assumer le rôle du délégant. A ce titre, il est nécessaire que le bénéficiaire de la délégation dispose effectivement des qualités du commettant, ce qui n'est manifestement pas le cas lorsque l'auteur de la délégation s'immisce dans la prise de décision sur le temps imparti à la délégation de pouvoirs⁸⁸⁰.

659. Il faut donc exclure l'irresponsabilité pénale du commettant lorsqu'il exerce une « *immixtion personnelle, intentionnelle et frauduleuse* » dans la situation constitutive du délit, ce qui fait du même coup obstacle à la responsabilité pénale du salarié sous la « casquette » de délégataire⁸⁸¹. La Chambre criminelle n'hésite pas à imputer la commission d'une infraction au gérant de fait, ou à définir l'autorité de manière matérielle pour justifier l'imputation d'une circonstance aggravante⁸⁸².

⁸⁸⁰ Crim., 9 novembre 2010, *Dr. pén.* 2011, comm. 39, note J.-H. ROBERT ; « *le chef d'entreprise est admis à alléguer pour sa défense la délégation de ses pouvoirs consentie à un préposé, mais ce moyen est inefficace si le délégant s'est immiscé dans l'exercice des pouvoirs du délégué, lequel, en pareil cas, peut être condamné comme complice* ». La délégation de pouvoir n'est pas exonératoire de responsabilité si cela a maintenu chez le délégant la conscience de ses obligations personnelles.

⁸⁸¹ Crim., 4 mars 1864, Bull. crim. n° 58, p. 101.

⁸⁸² « *La circonstance aggravante d'attentat à la pudeur peut résulter d'une autorité de fait et non de droit, usurpée et non légitime, ne résultant que d'un état de concubinage et de cohabitation avec la mère d'une mineure de moins de treize ans* », Crim., 31 décembre 1868, Bull. crim. n° 265, p. 475 ; de même pour le beau-père qui se rend coupable du crime de viol sur la personne de sa belle fille non émancipée : il est passible des peines portées à l'article 333 du Code pénal de 1810, cf. Crim., 16 février 1837, Bull. crim. n° 51, p. 60.

660. Cette extinction du discernement justifie également la relaxe de la personne apparemment coupable d'un délit par omission⁸⁸³. Lorsque la personne mise en cause était une « femme de paille » qui, bien qu'ayant la qualité personnelle de président-directeur général, a été « tenue à l'écart de la direction de la société et laissée dans l'ignorance des mises en demeure de l'administration ». La Chambre criminelle en conclut que la présidente ne pouvait pas avoir commis de fraude fiscale, sûrement parce que sa qualité de présidente-directeur général était fictive.

661. En somme, la suspension du discernement peut expliquer l'effet exonératoire de responsabilité de la délégation de pouvoirs. Elle n'opère pas lorsque le délégataire n'acquiert pas la conviction de relever du statut personnel au délégant. *Il s'agit d'un cas de substitution d'individus au sein d'un statut personnel*. La conscience d'avoir à répondre des obligations qui y sont prévues conditionne alors l'existence d'une faute pénale. Aussi, à l'inverse, celui qui a la conviction de relever d'un statut personnel qui l'autorise à commettre certains faits ne devrait subir aucune responsabilité pénale, notamment lorsqu'il agit à un statut dérogatoire au droit commun.

2. L'exclusion légale justifiée par un discernement dérogatoire

662. Affirmer que le discernement soit électif de qualification, c'est admettre la réciproque : le discernement exclut dans le même temps d'autres qualifications. Cet effet « exclusif de qualifications » se manifeste au sujet de la délégation de pouvoirs au profit du délégant. Il se dessine également à l'endroit des « faits justificatifs ». L'analyse de leur régime illustre le rôle de la qualité personnelle dans le choix du texte légal de référence.

663. Ces « faits » doivent leur intitulé à l'acception réaliste de l'infraction au XIX^e siècle. En effet sous l'empire du Code pénal de 1810, si l'infraction est un acte réel (le réalisme infractionnel) commis par un auteur imputable, seul un autre fait (illicite) peut en neutraliser la criminalité. Cette conception de l'infraction persiste, d'où la connotation morale des termes employés par les auteurs : *élément moral, injuste, fait illicite*⁸⁸⁴.

⁸⁸³ Crim., 15 décembre 2004, *Dr. pén.* 2005, p. 21, note J.-H. ROBERT.

⁸⁸⁴ P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBÓN, *op. cit.*, n° 260, évoque « l'injustice de l'agression ».

664. Cependant dans le Code pénal de 1994, le législateur a évincé ce fondement moral (ou conscience de l'existence du droit naturel). La loi n'y constitue plus le reflet d'une Volonté divine mais de celle du peuple souverain. La justification de l'acte ne doit plus rien à la conformité d'une volonté individuelle à une Volonté mystique. L'infraction devient une conviction intellectuelle rattachée à la personne : le standard modélisé par l'expression de la Volonté générale. Aussi l'effet justificatif provient-il désormais de l'existence d'un statut légal qui *justifie* la conviction coupable de l'auteur des faits⁸⁸⁵.

665. Or ce statut personnel, par son contenu, peut déroger à un autre statut de même rang normatif. Le discernement de la victime, consciente de l'existence de la loi pénale, lui confère du même coup l'assurance qu'elle agit en accord avec ses devoirs de citoyen. En somme, *la conscience de relever d'un statut personnel dérogatoire justifie la conviction de la victime qui agit pour contrecarrer les effets d'une infraction*. Il devient alors nécessaire d'identifier ce statut personnel dérogatoire, parmi tous ceux qui pourraient justifier le fait de la « victime ». Et pour procéder à un tri, il faut regarder aux qualités personnelles de l'intéressé.

666. L'affaire tranchée le 12 mars 2013 par la Chambre criminelle l'illustre parfaitement⁸⁸⁶. Deux individus connus des services de police commettent un vol puis tentent de forcer un barrage des forces de l'ordre. L'un des gendarmes fait feu tout en esquivant le véhicule qui l'aurait sinon renversé, et blesse mortellement le conducteur. Le pourvoi formé contre l'arrêt confirmatif de l'ordonnance de non-lieu est rejeté au visa notamment des articles 122-5 du Code pénal et L. 2338-3 du Code de la défense.

667. La Chambre criminelle devait répondre à la question suivante : le gendarme menacé par un fuyard récalcitrant à arrêter son véhicule malgré plusieurs sommations et qui le blesse mortellement peut-il bénéficier de la légitime défense ? Elle affirme que « le mis en examen devait bénéficier de la cause d'irresponsabilité pénale, prévue à l'article 122-4, alinéa 1, du code pénal, résultant de l'application de l'article L. 2338-3 du code de la défense, dès lors qu'il a été établi, qu'en raison des circonstances de l'espèce, l'usage

⁸⁸⁵ Comp. à cette fin, avant l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994, l'opinion de E. LEPOINTE, « De l'impunité à la non-punissabilité : A propos d'une tentative de destruction de la théorie des faits justificatifs », *D.* 1978, chr., p. 225, qui juge inutile la distinction quadripartite de l'infraction émise par Garraud (élément légal, matériel, moral et injuste) et lui préfère celle des causes objectives et subjectives d'impunité. L'auteur reste cependant très elliptique, spéc. p. 226 : « aussi mince que puisse être le décalage qui existe entre le cadre légale et l'action entreprise, l'agent s'est introduit dans le domaine de la répression (la plupart du temps, une poursuite est engagée), il ne pourra en sortir que sous bénéfice d'inventaire ». Voir également E. DREYER, *op. cit.*, n° 1130 : « la doctrine qualifie parfois « faits justificatifs » les mécanismes légitimant des faits qui auraient pu constituer autant d'infractions. Mais l'expression – que n'emploie pas le législateur – s'avère assez maladroite car il s'agit d'appliquer, dans différentes hypothèses, un mécanisme purement juridique ».

de son arme de service par le *gendarme* était absolument nécessaire pour contraindre le conducteur du véhicule, qui avait commis des infractions graves et refusé, à plusieurs reprises, d'obtempérer aux ordres d'arrêt des *gendarmes* dans des circonstances dangereuses pour leur sécurité ».

668. La solution rendue par la Chambre criminelle paraît sibylline au premier abord : elle ne reprend pas le visa de l'article 122-5 (relatif à la légitime défense de soi-même ou d'autrui) et lui préfère celui de l'article 122-4 alinéa 1 (l'autorisation de la loi). De plus elle ne reproduit pas le contenu de l'article L. 2338-3 du Code de la défense pour exonérer le gendarme de responsabilité. Elle s'attire en outre les critiques du professeur Dreyer, au terme de ce qui lui semble fonder un véritable « *permis de tuer* » au profit des gendarmes. D'après l'auteur, ou bien « *l'autorisation de la loi est ici un fait justificatif spécial, dont les gendarmes doivent bénéficier sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur un éventuel état de légitime défense* », ou bien « *les conditions de la légitime défense n'étaient pas réunies en l'espèce* ».

669. Seule la première option paraît légitime, car la Chambre criminelle n'avait pas à se poser la question de l'existence d'un cas de légitime défense. *En sa qualité de gendarme*, celui qui a causé la mort du délinquant ne pouvait pas relever du statut personnel relatif à la légitime défense. Ses actes n'auraient pu être envisagés dans ce cadre que s'il avait agi en dehors de ses fonctions, comme une personne *lambda*.

670. Eu égard à cette qualité personnelle, il fallait donc se fier à l'article L. 2338-3 du Code de la défense qui conditionne l'usage d'une arme à la nécessité de stopper un véhicule après sommation. Cependant cette disposition décrit un statut personnel particulier qui n'est qu'une déclinaison du statut général prévu à l'article 122-4 alinéa 1 du Code pénal, comme l'exprime la solution de droit (« *résultant de l'application de...*»). Il fallait donc assurer la jonction du statut particulier avec le statut plus large de la personne agissant avec l'autorisation de la loi. C'est pourquoi la Cour de cassation pose une limite à l'usage légitime de l'arme. Il doit avoir été « *absolument nécessaire* » pour stopper le véhicule.

⁸⁸⁶ Crim., 12 mars 2013, Bull. crim. n° 63 ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 131, p. 27, note E. DREYER (« Permis de tuer pour immobiliser un véhicule ») ; *Dr. pén.* 2013, n° 6, p. 32, note A. MARON.

§ 2. *Le discernement partagé par le complice*

671. La complicité est prévue aux articles 121-6 et 121-7 du Code pénal, qui remplacent les articles 59 et 60 du Code pénal de 1810⁸⁸⁷. La notion de complicité implique l'idée d'un lien entre l'auteur et son complice (de *complicis*, « allié, uni étroitement à »). Ce lien, qui se serait récemment distendu jusqu'à faire de la complicité une forme d'infraction autonome⁸⁸⁸, a été successivement présenté comme un emprunt de pénalité, de criminalité puis de qualification de l'acte objectivement punissable. On dit alors du fait principal punissable qu'il « s'impute sur le compte pénal du complice ». Il n'est fait exception à cette identité de qualification que lorsque des « circonstances aggravantes » modifient la qualification du fait. A cet égard, l'opinion doctrinale commune distingue les circonstances aggravantes *réelles* (attachées au fait et comme telles imputables à l'ensemble des participants au fait), *personnelles* (s'appliquant exclusivement à l'un ou l'autre des acolytes) et *mixtes*⁸⁸⁹.

672. Cette analyse de la complicité, fondée sur l'analyse de la volonté des protagonistes, a du sens tant que la connotation morale de la faute prévaut. L'approche réaliste de l'infraction qui en constitue le corollaire oblige à raisonner en termes d'emprunt de l'acte principal par le complice. Cependant cette approche n'éclaire pas la nature de l'objet de l'emprunt, tant et si bien qu'un véritable flou règne en la matière.

673. Le point de vue ici adopté permet d'expliquer l'ensemble des mécanismes d'imputation de la peine sur le compte du complice. La punition de la complicité respecte le principe de la responsabilité du fait personnel (art. 121-1 du Code pénal). Si l'infraction est de nature intellectuelle⁸⁹⁰, il n'est pas nécessaire que le complice commette lui-même le fait qui manifeste sa conscience coupable et, au fond, ce que le complice *partage* avec l'auteur principal, ce n'est pas la commission d'un fait réel, mais *la conviction de violer une obligation relevant du statut personnel à cet auteur principal*. Le complice agit alors « comme auteur » de l'infraction (art. 121-6 du Code pénal). Aussi, la complicité sanctionne encore et toujours une entente formée avec l'auteur

⁸⁸⁷ C. LAZERGES, « La participation criminelle », *Réflexions sur le code pénal*, 1995, Pedone, p. 11 ; S. FOURNIER, « Le nouveau code pénal et le droit de la complicité », *RSC* 1995, p. 475, ainsi que *Rép. pén.*, 2013, v° « complicité » ;

⁸⁸⁸ C. GIRAULT, « Le relâchement du lien de concertation entre l'auteur principal et le complice », *D.* 2008, p. 1714 et s.

⁸⁸⁹ Notamment P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*, n° 425 ; E. DREYER, *op. cit.*, n° 1063 ; C. de JACOBET de NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2006, n° 593 ; F. DEBOVE, F. FALLETTI, E. DUPIC, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 5^e éd., PUF, 2013, p. 161 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 364 ; Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 390 ; D. ALLIX, *Essai sur la coaction*, *Contribution à l'étude de la genèse d'une notion prétorienne*, LGDJ, 1976, p. 87.

⁸⁹⁰ Voir *supra* n° 342.

principal. Toutefois, l'accord qui lie les deux complices ne relève donc pas du contenu d'une sorte de contrat qu'ils auraient passé⁸⁹¹. Elle ne dépend pas de leur volonté individuelle mais de leur conscience personnelle – le discernement –, à savoir la violation consciente d'une obligation personnelle à l'auteur principal. La qualification de l'infraction du complice s'opère donc au vu de cette qualité, sans qu'il soit besoin d'analyser l'intention de l'auteur principal, d'où cette conséquence directe : la complicité peut exister même si l'auteur principal n'est pas coupable.

674. Encore faut-il s'assurer de cette identité de conscience personnelle chez le complice. S'il s'abstenait d'agir pour faciliter la commission de l'infraction par l'auteur principal, son omission pourrait être interprétée dans le sens d'une adhésion à l'infraction comme dans celui d'une indifférence à sa commission. L'omission est équivoque par nature. C'est la raison pour laquelle le Code pénal requiert un fait positif de la part du complice, celui qui ne laisse aucun doute sur son « consentement » à la « criminalité » du fait principal. Le législateur a donc préféré viser un *acte* plutôt qu'une *fait* qui, quant à lui, englobe tout à la fois l'acte et l'omission.

675. En résumé, l'article 121-6 du Code pénal pose l'identité de discernement de l'auteur et du complice. Ils violent sciemment un seul et même statut personnel, bien qu'ils commettent des faits réels distincts (A). Toutefois l'article 121-6 du Code pénal n'impose pas qu'auteur et complice aient poursuivi les mêmes desseins : l'intention de l'auteur principal peut différer de celle du complice. (B).

⁸⁹¹ L'idée que la complicité nécessite une entente volontaire, attestée au Moyen-Âge (cf. J. d'ABLEIGES, *Le Grand coutumier de France*, Paris, éd. Laboulaye et Dareste, 1868, p. 665), sous l'Ancien Régime (cf. P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *op. cit.*, partie III, chap. IV, p. 73, § 10 : « non seulement tous ceux qui ont commis le Crime peuvent en être accusés, mais encore leurs COMPLICES, c'est-à-dire ceux qui y ont participé en quelque manière, soit en aidant à le commettre, en l'ordonnant, conseillant, approuvant » ; également A. LAINGUI, « La théorie de la complicité dans l'ancien droit pénal », *T.V.R.*, 1977, t. XLV, p. 27 ; Z.-E. BETINA, *La complicité (ancien droit français, droit musulman, droit algérien)*, thèse Paris II, 1994, p. 8, comme sous l'empire du Code pénal de 1810 (cf. J.-L.-E. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, t. 1, H. Plon, 3^e éd., 1863, p. 610, n° 1254) masquait la prime importance du fondement morale de ces volontés, au regard duquel certains criminalistes refusaient de reconnaître la complicité lorsque le délit ne blessait pas la morale (A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit.*, 1875, t. 1, p. 469 : « les règles de la complicité s'appliquent-elles aux contraventions correctionnelles (...) ? Il faut répondre négativement. La complicité suppose une intention criminelle, puisqu'elle suppose un accord, un concert préalable »). Avec la dissipation de ce fondement de droit canon, la nécessité d'un accord volontaire a parfois été comprise comme une simple condition d'échange de volontés, une sorte de contrat dont la particularité tiendrait à l'illégalité de son objet (M. FREIJ mentionne le « contrat de la complicité », in *L'infraction formelle*, thèse Paris II, 1975, p. 195 ; également A. DECOCQ, « Inaction, abstention et complicité par aide ou assistance », *JCP* 1983, I, 3124 ; C. GIRAULT, « Le relâchement du lien de concertation entre l'auteur principal et le complice », *préc.*), alors même que la jurisprudence n'a jamais donné effet au seul critère de l'accord des volontés (notamment Crim. 14 janvier 1820, Bull. crim. n° 7, p. 16 : « il ne peut y avoir de déclaration légale de complicité que d'après une déclaration explicite ou implicite d'un fait principal criminel. En l'occurrence, le seul fait que l'un et l'autre se soient entendus ne suffit pas à établir ce fait principal »). Auteur et complice s'entendent sur la nature de l'acte à accomplir et non entre eux, ce qui signifie dans l'économie du Code pénal de 1994 que le complice s'agrége en conscience à l'état de sujétion de l'auteur principal à un

A. *L'identité de discernement de l'auteur et du complice*

676. Plusieurs tentatives de systématisation des mécanismes de la complicité se sont succédées. Elles se fondent toutes sur l'idée que le complice emprunterait « quelque chose » à l'auteur principal. Mais qu'est-ce que ce « quelque chose » ? Serait-ce la peine, la criminalité ou la qualification de l'infraction de l'auteur principal ? Chacune de ces explications a ses limites. Le critère de l'emprunt de la peine ou *emprunt de pénalité*, issu d'une interprétation littérale de l'article 59 du Code pénal de 1810, n'a jamais trouvé application en jurisprudence et résultait d'une interprétation forcée de cet article 59. Les deux autres systèmes proposés ont tenté d'améliorer ce premier système théorique mais ils ne répondent respectivement pas aux deux questions suivantes : qu'est ce que la *criminalité* que le complice emprunterait ? Comment *qualifier* l'infraction ensuite imputée au complice ? Ces limites peuvent être dépassées grâce au discernement personnel, critère qui explique la qualification du *fait physique* en *fait matériel* – le fait qualifié, en l'occurrence le « fait principal punissable ». Il faut *d'abord* le rejet de la critériologie de l'emprunt (1), ce qui permettra de mieux comprendre *ensuite* la pertinence du critère du discernement personnel (2).

1. *Le rejet de la critériologie de l'emprunt*

677. L'emprunt de pénalité a d'abord justifié l'identité de la peine encourue par l'auteur et son complice. Elle a ensuite été délaissée au profit de l'emprunt de criminalité, proposition elle-même précisée par le critère de l'emprunt de qualification. Il apparaît donc que la critériologie de l'emprunt, née dans le contexte d'une fixité des peines, a subi des modifications sans être rejeté. Pourtant, cette critériologie masque l'existence d'une qualification de l'acte à partir des qualités personnelles de leur auteur. L'exposé de la critériologie de l'emprunt (a) précèdera celui de son rejet (b).

a. *L'exposé de la critériologie critère de l'emprunt*

678. L'ensemble des théories explicatives de la complicité postulent que le complice emprunte à l'auteur principal un fait dont la nature demeure indéterminée. Le système de

statut personnel. Il connaît la qualité personnelle de l'auteur principal et sait donc, parce qu'il est présumé connaître la loi pénale, la nature spécifique de l'acte qu'il s'apprête à commettre en violation d'une obligation personnelle.

« *l'emprunt de pénalité* » a d'abord été proposé. Il se fondait sur la lettre de l'article 59 du Code pénal de 1810, d'après lequel « les complices d'un crime ou d'un délit *seront punis de la même peine* que les auteurs mêmes de ce crime ou de ce délit, sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement ». Cette interprétation littérale de l'article 59 du Code pénal de 1810 était plus pertinente que la théorie du mandat, défendue notamment par Ortolan qui s'inspira sûrement du droit romain⁸⁹². La théorie de l'emprunt de pénalité avait cet avantage sur la théorie du mandat qu'elle préservait l'existence de la responsabilité pénale de l'auteur principal. L'entrée en vigueur du Code pénal de 1992 aurait mis fin au système dit de « *l'emprunt de pénalité* » pour lui substituer celui de « *l'emprunt de criminalité* ».

679. Pourtant ni le Code pénal ni la jurisprudence n'ont pour l'un adopté, et pour l'autre fait application de l'emprunt de pénalité. Le Code pénal prévoyait la stricte fixité des peines, dans la continuité du Code pénal de 1791⁸⁹³. L'article 59 du Code pénal de 1810 prescrivait donc que le complice doive subir la même peine que celle qui était encourue par l'auteur principal, dans le contexte d'une stricte fixité des peines, et non que la peine prononcée doive être la même contre l'un et l'autre⁸⁹⁴, ainsi que l'article 60 du Code pénal de 1810 le laissait justement entendre⁸⁹⁵, ce qui fut reçu favorablement⁸⁹⁶.

680. Une lecture parfaitement exhaustive de la jurisprudence rendue sous l'empire de ce code permet d'affirmer que, en matière de complicité, *le seul arrêt qui pourrait être cité dans le sens d'une telle application est celui que la Cour de cassation rendit le 9*

⁸⁹² Cf. J.-L.-E. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, Plon, 3^e éd., 1863, p. 571, n° 1265. Néanmoins en théorie le mandataire est celui qui agit en représentation d'une tierce personne comme s'il s'agissait de la personne représentée elle-même. Or en droit romain comme en droit moderne, complice et auteur principal sont liés et non pas substitués l'un à l'autre. Pour preuve, d'après les romanistes, la qualification de l'acte commis par l'auteur diffère de celle de son acolyte. Le terme *consilio*, utilisé pour qualifier la conscience infractionnelle exigée du voleur, ne s'appliquait pas à son complice. Notamment, dans l'action *de furti* que rapporte GAIUS dans ses *Institutes*, IV, 87 : « *si paret ope consilio[ve] Dionis Hemanei filii furtum esse paterae aureae...* », ou dans l'édit relatif à l'action *furti adversus nautas* (ULPIEN, *lib. 38 ad Edic.*, D. XLVII, 5, 1, pr.), les mots *ope consilio* désignent le fait de l'auteur principal. Voir également E. GARCON, *Code pénal annoté, op. cit.*, art. 408, n° 446, pour qui la représentation n'existe pas en droit romain.

⁸⁹³ Le Code pénal de 1791 disposait que quiconque avait sciemment et dans le dessein du crime assisté l'action du coupable était puni « de la même peine prononcée par la loi contre les auteurs dudit crime ». Cf. *Nouvelle législation ou collection complète par ordre de matières de tous les décrets rendus par l'Assemblée Nationale Constituante aux années 1789, 1790 et 1791, avec les principaux discours*, t. II, Paris, éd. Devaux, 1792.

⁸⁹⁴ Crim., 15 avril 1961, Bull. crim. n° 203, p. 388 ; Crim., 22 janvier 1863, Bull. crim. n° 27, p. 38 : « quand la loi veut que le complice soit puni de la même peine que l'auteur principal, elle a entendu parler d'une peine de même nature ; elle n'a pas entendu interdire une différence dans la même pénalité appliquée ; ainsi le juge d'un délit puni de l'amende et de l'emprisonnement, suivant les circonstances, peut punir l'auteur principal de l'amende et le complice de l'emprisonnement. Cette différence dans l'application de la peine est facultative pour le juge » ; également Crim., 29 janvier 1965, Bull. crim. n° 30, p. 63. Cette décision tranche définitivement le débat, la Chambre criminelle y indique que le complice d'une infraction de proxénétisme doit être puni non pas comme l'auteur, expression sujette à équivoque, mais que « *le complice encourt la responsabilité du fait principal punissable commis par l'auteur principal* » ; déjà Crim., 1er Fructidor an XI, Bull. crim. n° 196, p. 345 : « *considérant que le code pénal décernant aux complices des crimes les mêmes peines qu'aux auteurs, ledit Meslin a encouru la même peine que ladite Colin, sa femme* ». Dans le même sens, J. LEAUTE, « Coactivité, complicité et provocation en droit français », *Rev. Pén. Suisse*, 1957, p. 17.

⁸⁹⁵ « Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui... ».

janvier 1840. La Chambre criminelle y casse l'arrêt d'une cour d'assises qui prononce contre le complice d'un crime une peine différente de celle prononcée contre l'auteur de ce crime. Toutefois dans cette espèce, l'auteur avait été condamné aux travaux forcés à temps et le complice à de l'emprisonnement, son infraction ayant été correctionnalisée⁸⁹⁷.

681. Cette décision ne peut donc être interprétée dans le sens d'une reconnaissance de l'emprunt de pénalité. Il est tout aussi loisible d'y voir l'impossibilité de sanctionner le complice selon une catégorie d'infraction différente de celle commise par l'auteur principal. Par la suite, la chambre criminelle précisa d'ailleurs que « *l'article 59 du Code pénal devait être entendu en ce sens qu'il oblige les tribunaux à prononcer une peine de la même classe et de la même nature, mais ne leur interdit pas d'élever ou d'abaisser cette même peine dans les limites qu'elle comporte* »⁸⁹⁸.

682. La théorie de l'emprunt de pénalité déchu, restait encore à exprimer le critère auquel répondait cette méthode d'incrimination. Or la Chambre criminelle, conformément au Code d'instruction criminelle, se prononçait traditionnellement sur « la criminalité du fait » avant d'envisager « la criminalité de la personne » de l'auteur, si bien qu'à l'emprunt de pénalité fut substitué la théorie de « *l'emprunt de criminalité* »⁸⁹⁹. Cependant cette théorie n'était guère plus satisfaisante car trop imprécise (la notion de « *criminalité* » ne répondant à aucune définition juridique stricte), ce qui lui valut les foudres de certains auteurs⁹⁰⁰. Notamment, le doyen Carbonnier lui reprochait d'abriter les relans d'une justification antique de la complicité, où le sacrilège qui habite l'auteur principal se communique comme par magie au complice. L'auteur ne laissa cependant d'autre outil à la postérité qu'une formule métaphorique pour guide⁹⁰¹.

⁸⁹⁶ J.-E. BOITARD, *Leçons sur les Codes pénal et d'instruction criminelle*, 3^e éd., Paris, Thorel, 1844, p. 197, n° 152.

⁸⁹⁷ Crim., 9 janvier 1840, Bull. crim., n° 8, p. 10.

⁸⁹⁸ Crim., 17 février 1844, Bull. crim., n° 54, p. 84.

⁸⁹⁹ Une étude exhaustive des recueils de décisions publiées aux Bulletin du XIX^e siècle permet d'affirmer que l'opposition de « *la criminalité du fait* » et de « *la criminalité de l'intention* » y est consacrée avec une fréquence telle qu'il serait inutile d'en dresser une liste exhaustive. Pour illustration cependant, un cas négatif de criminalité de la personne en état de démence, cf. Crim., 1^{er} mars 1855, Bull. crim. n° 71, p. 126 ; en matière de complicité la criminalité ou culpabilité de l'auteur matériel est distinguée de la criminalité du fait matériel, cf. Crim., 1^{er} mars 1866, Bull. crim. n° 50, p. 90 ; de manière récurrente, la Chambre criminelle emploie l'expression d'après laquelle l'acquiescement de l'auteur principal n'exclut pas la criminalité de l'action, cf. Crim., 28 juillet 1921, Bull. crim. n° 312, p. 520, même au XX^e siècle, cf. Crim., 20 octobre 1949, Bull. crim. n° 291, p. 461.

⁹⁰⁰ J. DUPUY, *La provocation en droit pénal, thèse dactylographiée*, thèse Limoges, 1978, p. 53 : « *la persistance des tribunaux à s'abandonner au fétichisme de l'emprunt de criminalité stérilise tout espoir d'une introduction d'un critère subjectif qui permettrait de particulariser la complicité par provocation* » ; également J. BIGUENET, « De la nécessité d'opérer une distinction entre complicité et instigation », *Dr. pén.* 2001, chr. 25, p. 4.

⁹⁰¹ J. CARBONNIER, « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du code pénal », *JCP* 1952, I, 1034. Le doyen y expose que la théorie de l'emprunt de pénalité appartient au temps révolu des superstitions.

683. Le professeur J.-H. Robert proposa de raisonner non plus en termes « *d'emprunt de criminalité* » mais « *d'emprunt de qualification* » de l'acte⁹⁰². Suivant ce système, il suffirait de qualifier l'acte commis par l'auteur afin de l'imputer subséquemment au complice ; puis de moduler cette qualification en fonction des circonstances aggravantes propres à chacun des protagonistes. Compréhensible sous l'empire du Code pénal de 1810 qui faisait la part belle à *l'acte* pénal, ce critère s'est également construit, comme les précédents, suivant une division de la criminalité du fait et de la criminalité de l'intention.

684. Il y a effectivement emprunt de qualification, mais cette proposition ne précise pas la manière d'opérer la qualification initiale. La raison de cette « omission » tient à la connotation morale des conditions premières de l'infraction (l'imputabilité), définition qui doit pourtant être dépassée dans un système normatif laïcisé. Il faut donner les raisons de ce rejet.

b. Le rejet de la critériologie de l'emprunt

685. Un véritable flou règne autour de l'emploi, indifférencié en jurisprudence, des expressions « fait principal punissable » et « infraction principale punissable ». La référence à la condition de « fait principal punissable »⁹⁰³ suit la tendance d'une identification morale de la faute, au sens où il révèle une conscience préalable du bien et du mal chez les criminalistes des XIX^e et XX^e siècles⁹⁰⁴. Si la conscience morale est au fondement de la commission d'une infraction, il revient au juge d'identifier ce fait matériel après avoir jaugé la moralité de son auteur.

⁹⁰² J.-H. ROBERT, « Imputation et complicité », *JCP* 1975, I, 2720.

⁹⁰³ R. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 2^e éd., 1943 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 341 ; P.-A. BON, *op. cit.*, p. 85 : « *l'acte de complicité n'est pas répréhensible en lui-même, mais par référence à un acte principal avec lequel il est en relation* », toutefois le critère de la causalité qu'il emploie, quand bien même défini de façon subjective, ne constitue qu'un facteur accessoire dans l'identification du fait pénal en question.

⁹⁰⁴ J.-L.-E. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, t. 1, éd. H. Plon, 3^e éd., 1863, p. 628, n° 1302, l'auteur ne libelle pas expressément la condition de « fait principal punissable » mais elle s'évince du commentaire qu'il fait de l'article 59 du Code pénal de 1810 ; elle apparaît expressément sous cette forme chez E. GARCON, *Code pénal annoté*, Sirey, 1901-1906, t. 1, p. 138, n° 86 ; F. HELIE, *Droit pénal*, t. 1, éd. Techniques S. A., 5^e éd., 1948, p. 154, n° 178, mais dans l'intitulé amorçant l'analyse des conditions de la complicité punissable, il fait écho à celles d'« *infraction principale* » ou de « *fait principal* », ajoutant qu'« *il importe peu que l'infraction principale soit une infraction purement matérielle, punissable même en dehors de toute intention coupable* », p. 155.

686. Les tentatives de définitions avancées sous cet intitulé demeurent imprécises⁹⁰⁵, la définition à laquelle ces auteurs parviennent ne permettant pas de distinguer le « fait réel » de « l'infraction pénale »⁹⁰⁶. La méthode de qualification qui leur est commune consiste à partir de l'existence d'un fait physique avant de vérifier chez l'auteur de ce fait l'existence d'une volonté coupable⁹⁰⁷. Dès lors, l'identification du fait principal est abandonnée à la casuistique jurisprudentielle : ne constitue un fait pénal que celui que le juge aura identifié comme tel.

687. Or, outre son imprécision, la justification de la complicité par « l'emprunt de » doit être rejetée à la lecture des articles 121-6 et 121-7 du Code pénal, qui ont modifié la lettre des articles 59 et 60 du Code pénal de 1810. La critériologie de l'emprunt n'explique pas en quoi la complicité serait conforme au principe de la responsabilité personnelle prévu à l'article 121-2 du Code pénal. En effet, l'article 121-6 précité dispose que le complice « sera puni *comme auteur* au sens de l'article 121-7 du Code pénal. Si le complice emprunte sa peine, sa criminalité ou sa qualification à l'auteur principal, ne devrait-il pas être puni « comme l'auteur » ?

688. Pour rendre les articles 121-6 et 121-2 cohérent, l'exégète peut utilement s'en remettre à une définition intellectuelle de l'infraction, qualifiée à l'aide du discernement personnel. Etant donné que l'infraction est une conviction intellectuelle, en matière de complicité, la Chambre criminelle peut tenir pour équivalents les faits consommés ou tentés⁹⁰⁸. De plus, seule la conscience que l'auteur est censé avoir de ses qualités personnelles permet de qualifier le fait, indépendamment de toute vérification psychologique. Le complice n'emprunte pas la criminalité de l'auteur. Il adhère de manière si univoque à la violation du statut personnel auquel se trouve soumis l'auteur principal qu'il mérite de subir la qualification prévue pour celui-ci. Autrement dit, conscient de porter atteinte aux obligations prévues dans le statut personnel de l'auteur des faits, le complice partage le même discernement que l'auteur principal.

⁹⁰⁵ J. DARBELLAY, *Théorie générale de l'illicéité*, Editions universitaires, Fribourg, 1955, n° 41 ; J. VERHAEGEN, « Le fait qualifié infraction », *Mélanges Legros*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 749 et s. ; L. JIMENEZ de ASUA, « L'antijuridicité », *RIDP* 1951, p. 273 et s.

⁹⁰⁶ Cf. C. de JACOBET de NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2006, qui conditionne la complicité à l'existence d'une « infraction préalable » (p. 54), condition tenue pour synonyme de « fait principal punissable » (p. 52) ou « acte principal objectivement punissable » (n° 581, p. 409).

⁹⁰⁷ F. ROUSSEAU, *op. cit.*, se prononce en faveur d'une qualification qui soit antérieure à l'opération d'imputation ; pareillement, J. POUYANNE, *op. cit.*, qui estime que l'acte contient sa propre moralité. Cependant ces auteurs s'inspirent des travaux sociologiques de P. FAUCONNET (*op. cit.*), pour lequel le fait pénal constitue une atteinte à un sentiment social qui a donc pour sujet la conscience collective ; ils n'ont donc pas entrepris de rapporter l'identité du fait pénal à la conscience personnelle de l'agent pénal.

⁹⁰⁸ Crim., 9 mars 1809, Bull. crim. n° 53, p. 109 : « s'il n'y a pas de fait qualifiable d'infraction ou tentative d'infraction, il ne peut y avoir de complicité », à l'occasion d'une accusation de subordination de témoins.

2. *La qualification du fait principal à l'aide du discernement de l'auteur des faits*

689. De l'identité de discernement de l'auteur et du complice, il faut tirer deux conséquences. *Premièrement*, les qualités personnelles de l'auteur servent à la qualification du fait coupable et font corps avec l'infraction commise par le complice. *Deuxièmement*, les qualités personnelles au complice s'effacent au profit de celles de l'auteur principal. En d'autres termes, les qualités personnelles à l'auteur principal ne sont pas des « circonstances » aggravantes (a), et les qualités personnelles au complice sont indifférentes à la qualification de son infraction (b).

a. La critique de la terminologie de « circonstances » pour l'imputation de qualités personnelles

690. De manière classique, la qualification de l'acte principal est laissée à la discrétion du juge. Elle est corrigée par d'autres facteurs adjuvant qui sont extérieurs à l'infraction. La qualification du fait principal, aggravé par certaines circonstances, s'impute sur le compte de l'auteur principal et, accessoirement, sur celui du complice. Certes alors, en comparaison de l'hypothèse où le complice aurait commis lui-même l'infraction, retenir la qualification opérée sur la tête du complice donne l'impression d'une aggravation sans lien aucun avec la culpabilité véritable du complice. Notamment, une qualité personnelle au complice peut s'imposer à la qualification du fait accessoire, comme si le complice portait cette qualité.

691. Cependant, ces « circonstances aggravantes personnelles » à l'auteur principal n'interviennent pas après celle du fait principal punissable. Elles sont inhérentes à la qualification de son infraction et interviennent *a priori* pour cerner la nature de l'infraction commise par l'auteur du fait principal, tant et si bien que l'appellation de « circonstances » (littéralement, *ce qui existe autour de*) doit être critiquée. Le complice est puni « comme auteur » dans la mesure où il doit répondre de la violation des obligations personnelles à l'auteur principal.

692. La catégorie des circonstances aggravantes « mixtes » témoigne d'ailleurs de l'imperfection du rattachement des qualités personnelles à la catégorie des « circonstances ». Si la circonstance personnelle était accessoire, elle devrait être imputée ou ne pas être imputée sur le compte du complice. Or, la catégorie des

« circonstances aggravantes mixtes » fait voler en éclat la pertinence de cette distinction. Envisager ces qualités personnelles comme de simples accessoires ne met pas suffisamment en exergue le rôle du discernement dans la qualification du fait principal⁹⁰⁹, si bien qu'il devient difficile de ne pas envisager la complicité comme une entorse au principe de la responsabilité du fait personnel. C'est par confusion de l'individu et de la personne que certaines de ces « circonstances personnelles » ont paru « mixtes » car, par leur nature, elles semblaient personnelles à l'auteur principal – par exemple la qualité de sage-femme – tandis que par leur régime, elles influençaient la nature de l'infraction du complice.

693. Ces qualités sont pourtant inhérentes au statut personnel de l'auteur des faits. D'après la jurisprudence en effet, elles sont « liées à la qualité de l'auteur principal »⁹¹⁰ et colorent la gravité du fait principal punissable. Ainsi, le complice d'une sage femme, même s'il n'a la qualité ni de médecin, ni de chirurgien ni d'officier de santé, est passible de l'aggravation de peine attachée à cette qualité⁹¹¹; tout comme le complice d'un agent de change, même s'il ne peut être passible de la peine de destitution, se voit « imputer cette circonstance aggravante »⁹¹². La Cour de cassation décide également que la circonstance aggravante de parricide est imputable au complice⁹¹³.

694. L'illustration la plus explicite vient d'un arrêt ancien qui punit le complice d'un vol à partir de la conscience qu'il avait de la qualité de l'auteur principal *mineur employé de maison*, relaxé en raison de son manque de discernement⁹¹⁴. Dans cette hypothèse, le

⁹⁰⁹ Comp. C. de JACOBET de NOMBEL, *op. cit.*, notamment n° 100, p. 60. En substance, l'auteur fait référence à la gravité objective de l'acte incriminé. Elle définit la circonstance aggravante comme un composant accessoire à l'infraction simple qui s'y agrège afin de former une infraction aggravée, distincte de la superposition d'un élément surnuméraire aux composants de l'infraction simple. Elle en influence donc la criminalité, autant qu'elle subit réciproquement les effets induits du système auquel elle s'intègre. Cependant l'auteur définit le rapport d'imputation de cette circonstance de façon psychologique, considérant qu'il faille distinguer suivant que la circonstance nécessite une action ou une abstention. Dans le même sens que J.-M. THEVENON, *op. cit.*, thèse Lyon, 1942, p. 97

⁹¹⁰ Crim., 7 septembre 2005, Bull. crim. n°219, p. 779. La solution de l'arrêt est résumée dans le Bulletin, comme permettant la communication de circonstances personnelles, étant donné qu'il y est question de circonstances « liées à la qualité de l'auteur principal ». Il s'agit d'ailleurs d'un arrêt à chapeau.

⁹¹¹ « L'article 59 du Code pénal, qui punit les complices de la même peine que l'auteur de ce crime, est général et absolu ; il est applicable, alors même que l'auteur du crime trouverait une aggravation de peine dans le caractère personnel dont il est revêtu ; ainsi le complice du crime d'avortement commis par une sage femme est passible de l'aggravation de peine édictée par l'article 317 du Code pénal » Crim., 16 juin 1855, Bull. crim., n° 214, p. 353 ; confirmé le 23 novembre 1872, Bull. crim. n° 288, p. 493.

⁹¹² Crim., 13 mars 1936, Bull. crim. n° 33, p. 65.

⁹¹³ Crim., 23 mars 1843, Bull. crim., n° 66, p. 130 : « attendu en droit, que la circonstance aggravante qui caractérise et constitue le parricide est inhérente au crime même ; qu'elle s'identifie avec lui et ne saurait être divisée, que les peines accessoires de ce crime sont applicables à toute espèce et à tout caractère de complicité ; qu'en effet aucune disposition du Code pénal n'a excepté les complices du crime de parricide des dispositions de l'article 59 du même code ». Cette solution fut rendue lorsque le parricide constituait une infraction à part entière (art. 299 du Code pénal de 1810 : « est qualifié parricide le meurtre des pères ou mères légitimes, naturels ou adoptifs, ou de tout autre ascendant légitime ») mais elle semble encore légitime au regard du régime du discernement.

⁹¹⁴ La jurisprudence considère, suivant deux arrêts certes isolés et anciens, dont l'un seulement fut publié au Bulletin, que l'absence de discernement du mineur ne faisait pas obstacle à la punition d'un acolyte sur le terrain de la complicité. Cf. Crim., 27 novembre 1845, Bull. crim., n° 348, p. 547 : « l'accusé principal a été déclaré coupable du fait de soustraction, et

support du discernement de l'auteur principal constitue bien le critère de qualification du fait du complice condamné pour vol « par recélé ». Ce critère se manifeste encore en matière d'abus de confiance⁹¹⁵ ou d'escroquerie⁹¹⁶ et le raisonnement peut être reconduit en matière de vol⁹¹⁷ afin d'éclairer le substrat de culpabilité du complice⁹¹⁸.

695. Des auteurs ont adopté un point de vue critique sur certains de ces arrêts. Ils avancent l'argument d'une incompatibilité de l'intention du complice avec cette communication automatique. Cependant ces critiques soumettent la question de la communication des circonstances aggravantes au critère de « l'intention », telle que rapportée à l'individu⁹¹⁹, alors que l'intention est une qualité personnelle et n'est pas de nature psychologique⁹²⁰. C'est pourquoi la Chambre criminelle considère notamment que la préméditation, circonstance « purement morale et d'intention »⁹²¹, « personnelle à l'auteur des faits »⁹²², ou encore « qui réside dans un fait intentionnel et volontaire »⁹²³ et nécessite en conséquence une question pour chaque accusé – tout comme la circonstance de guet-apens⁹²⁴ et à l'inverse des circonstances aggravantes « matérielles »⁹²⁵ – se communique néanmoins automatiquement au complice⁹²⁶. C'est le cas même lorsque

de la circonstance aggravante de domesticité ; que si cet accusé a été acquitté à cause de son âge, pour défaut de discernement, cette circonstance, personnelle à l'accusé Gatin, n'a en rien diminué la culpabilité du complice de vol par recélé », dans un contexte juridique où le recel constituait une hypothèse particulière de complicité.

⁹¹⁵ Crim., 29 septembre 1887, Bull. crim., n° 344, p. 550 : la Cour de cassation conditionne l'existence du fait principal punissable à ce que les trois composants de l'incrimination soient caractérisés.

⁹¹⁶ Crim., 5 juin 1886, Bull. crim., n° 204, p. 334 : « l'arrêt qui condamne un prévenu comme complice du délit d'escroquerie, alors qu'il n'a relevé, à la charge de celui qui est poursuivi comme auteur principal de ce délit, que promesses mensongères, isolées de tout acte matériel pouvant donner crédit à ces allégations et, dès lors insuffisantes pour caractériser les manœuvres frauduleuses prévues par l'article 405 précité ».

⁹¹⁷ Crim., 8 octobre 1829, Bull. crim., n° 233, p. 584 (cassation) : « Guillon, présenté comme auteur du vol dont il s'agit, a été déclaré coupable d'avoir soustrait, mais non frauduleusement ; ce qui établit que Guillon n'est pas coupable du vol, l'article 379 du Code pénal définissant le vol : soustraction frauduleuse. Que là où il n'existe pas de crime, nul ne peut être condamné comme complice du fait, ainsi réduit à une action blâmable (...). Et attendu que le fait dont le demandeur est déclaré coupable n'est ni crime, ni délit » ; voir également Crim., 2 avril 1874, Bull. crim. n° 101, p. 182 ; Crim., 30 octobre 1914, Bull. crim. n° 418, p. 750 ; Crim., 17 août 1919, Bull. crim. n° 14, p. 20. La solution déjà admise dans le droit intermédiaire, cf. Crim., 7 vendémiaire an VII, Bull. crim. n° 16, p. 32 ; comp. R. JANICOT, *Etude, d'après la jurisprudence, de l'effet, sur la pénalité du complice, des circonstances aggravantes et des excuses légales*, thèse Lyon, 1935, p. 43.

⁹¹⁸ Une partie de la doctrine estimait que la jurisprudence était flottante quant à savoir si le défaut d'intention criminelle du voleur permet néanmoins la poursuite d'un complice. Cf. R. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 2^e éd., 1943, p. 217 ; également P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, Dalloz, 1963, p. 605 et s.

⁹¹⁹ M. DALLOZ, *Les circonstances aggravantes légales en droit criminel français*, thèse Nice, 2001, n° 537 ; C. de JACOBET de NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2006, p. 430, n° 604-605, ainsi que l'exposé des auteurs favorables à la communication des circonstances aggravantes réelles qu'elle cite.

⁹²⁰ Voir notamment *supra*, Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Section 2, § 2.

⁹²¹ Crim., 19 janvier 1933, Bull. crim. n° 14, p. 25.

⁹²² Crim., 5 avril 1906, Bull. crim. n° 169, p. 303, s'agissant d'une accusation d'assassinat.

⁹²³ Crim., 4 avril 1863, Bull. crim. n° 105, p. 170, la Cour précisant : « il en est autrement lorsqu'il s'agit d'un fait matériel, par exemple les circonstances d'escalade, d'effraction ».

⁹²⁴ Crim., 11 juin 1868, Bull. crim. n° 142, p. 237 ; Crim., 3 juillet 1947, Bull. crim. n° 176, p. 252 ; Crim. 19 juillet 1951, Bull. crim. n° 224, p. 380 ; Crim., 26 janvier 1954, Bull. crim. n° 32, p. 57 ; Crim., 26 juillet 1955, Bull. crim. n° 369, p. 653 ; Crim., 5 juin 1956, Bull. crim. n° 427, p. 780.

⁹²⁵ Crim., 16 décembre 1920, Bull. crim. n° 484, p. 770.

⁹²⁶ Crim., 18 mai 1865, Bull. crim. n° 114, p. 204 : « dès lors que [la préméditation] se trouve régulièrement déclarée, elle attribue au fait sa qualification et détermine la peine qui y est attachée à l'égard du complice aussi bien que de l'auteur principal » ; également Crim., 3 juillet 1885, Bull. crim. n° 198, p. 329 ; Crim., 2 septembre 1886, Bull. crim. n° 319, p. 531 ; Crim., 6 août 1924, Bull. crim. n° 324, p. 542 : « il n'y a pas lieu d'interroger le jury sur la préméditation,

l'auteur est resté inconnu⁹²⁷, ce qui atteste bien de la différence de nature entre la volonté (propre à l'individu demeuré inconnu) et l'intention (relative aux qualités personnelles de celui qui n'aurait pas dû commettre le résultat prohibé).

696. *A contrario*, si la qualité personnelle de l'auteur fait obstacle à l'existence d'une infraction – ce qui signifie qu'il respecte les obligations inhérentes à son statut personnel – il ne peut y avoir de complicité⁹²⁸. L'impossibilité de qualifier un fait principal s'illustre en matière de faits dits « justificatifs » et elle est plus patente encore en présence d'une *immunité* qui constitue une cause pérenne de neutralisation du discernement. Conscient de sa qualité de descendant ou d'ascendant, une personne ne peut commettre ni vol (art. 311-12 CP), ni abus de confiance (art. 314-4 CP), ni escroquerie (art. 313-3 CP), ni extorsion (art. 312-9 CP) ni chantage (art. 312-CP). La conscience d'accomplir une action délictueuse lui fait défaut *a priori*⁹²⁹, car il n'est pas d'obligations qu'il devrait respecter. Il ne peut donc pas y avoir de fait de complicité punissable en la matière.

697. L'extension des causes d'impunité personnelles à l'auteur principal suscite traditionnellement l'émoi. Des auteurs perçoivent d'un mauvais œil cette apparence de faveur au bénéficiaire du complice⁹³⁰. Il est vrai qu'envisager la faute d'un point de vue psychologique donne le sentiment d'une parfaite nocuité du complice B qui aide A à escroquer un membre de sa famille. Cependant raisonner à partir du critère de la volonté individuelle débouche sur une infinité d'hypothèses. Il est encore possible d'imaginer que B n'aurait pas agi que parce qu'il savait que la famille de A lui pardonnerait ce geste, si bien que l'immunité de ce vol d'une gravité bénigne n'appellerait alors pas de franc rejet. L'argument psychologique autorise tant de nuances qu'il en devient contre-productif pour l'abstraction juridique. Il ne devrait être fait échec au jeu de l'immunité

relativement au complice ; il suffit qu'elle soit reconnue à la charge de l'auteur principal » (à rapprocher de Crim., 19 janvier 1838, Bull. crim. n° 18, p. 29 ; Crim., 15 septembre 1843, Bull. crim. n° 245, p. 400) ; Crim., 19 juillet 1951, Bull. crim. n° 223, p. 379, s'agissant de la complicité par aide et assistance d'un homicide volontaire jugée devant le Tribunal militaire ; Crim., 11 octobre 2000, Juris-data n° 2000-006700.

⁹²⁷ Crim., 19 mars 1953, Bull. crim. n° 98, p. 166 ; Crim., 4 février 1960, Bull. crim. n° 69, p. 141 ; Crim., 27 décembre 1960, Bull. crim. n° 621, p. 1214 ; Crim., 12 mai 1970, Bull. crim. n° 158, p. 360 : « *la circonstance aggravante de préméditation retenue à l'encontre de l'auteur qualifie le crime à l'égard du complice* ».

⁹²⁸ Crim., 17 février 1981, Bull. crim. n° 63, p. 176, au sujet d'un directeur de publication couvert par l'ordre de la loi (art. 327 du Code pénal de 1810), s'agissant d'un arrêt de rejet par substitution de motifs.

⁹²⁹ Comp. P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *RSC* 1998, p. 291, qui envisage le fait pénal de façon matérielle et justifie par conséquent la nature de la faute par l'objet vers lequel la volonté serait tendue. Il distingue les immunités en fonction de ce qu'elles portent atteinte à l'autorité familiale ou publique, ce qui l'amène à la conclusion qu'au moment du fait l'acte de l'enfant qui vole sa mère devrait être *aggravé* par la qualité.

⁹³⁰ J.-E. BOITARD, *Leçons sur les Codes pénal et d'instruction*, Thorel, Paris, 3^e éd., 1844, p. 212, qui juge « par trop absurde » que la diminution de peine acquise au mineur de seize ans profitât au complice majeur. Il voit dans l'article 68 du Code pénal de 1810 la formulation implicite de ce principe alors que cet article disposait simplement que le mineur de seize ans ne peut subir l'exposition publique.

qu'à la faveur d'une preuve que le complice ignorait absolument le statut pénal particulier de l'auteur. S'il ne pouvait connaître cette qualité personnelle à l'auteur des fait et lui conférant l'immunité, cela ne prouvera-t-il pas qu'il a agi avec la conviction de commettre une infraction pourtant impossible ?

698. *Pareillement*, lorsque l'auteur principal n'est pas soumis à la loi pénale, le complice ne peut accomplir aucun fait digne de qualification pénale, comme le décidait déjà la Chambre criminelle au XIX^e siècle⁹³¹. Du comportement de l'auteur ne reste au mieux qu'un *fait réel* qui n'autorise aucune complicité. La Chambre criminelle décide par exemple que *faute d'être résident français*, ainsi que les articles 6 de la directive 88/361 CE du 24 juin 1988 et 464 du Code des douanes l'exigent pourtant, l'auteur supposé d'exportation d'or ne pouvait se voir reprocher un défaut de déclaration de transfert de capitaux qui constituait *une obligation à laquelle il n'était pas soumis*. Elle exclut l'existence de ce fait principal à partir de la qualité personnelle du ressortissant allemand non concerné par l'obédience au Code des douanes. Elle en déduit « l'absence de fait principal » et censure par conséquent les juges qui ont condamné le détenteur des capitaux pour complicité d'un fait matériel insusceptible de qualification pénale en droit interne.

699. Elle n'a apporté de réels tempéraments à l'exigence du discernement personnel qu'en matière de *crime contre l'humanité*. Dans son arrêt du 23 janvier 1997⁹³², la Cour de cassation devait faire application de l'article 6 c) du Statut du tribunal militaire international de Nuremberg⁹³³. En acceptant d'appliquer une infraction à des faits antérieurs à la norme internationale censée les incriminer, la Chambre criminelle réduit le champ d'application du principe de légalité criminelle, au nom de ce qu'il serait possible de nommer le « droit naturel international ». L'analyse littérale de l'incrimination (crime contre l'humanité) invite en effet à considérer que la conscience des obligations à respecter n'avait pas besoin de texte pour l'exprimer, voire même que l'humanité n'ayant pas de législateur, il aurait été impossible d'attendre d'elle qu'elle en

⁹³¹ Crim., 21 décembre 1837, Bull. crim. , n° 436, p. 459 : « un accusé ne peut être condamné comme coupable de complicité de banqueroute frauduleuse, lorsque la déclaration du jury ne constate pas que l'individu à qui le fait principal de banqueroute frauduleuse est imputé fût commerçant failli ».

⁹³² Crim., 23 janvier 1997, D. 1997, p. 147.

⁹³³ D'après lequel « les Crimes contre l'Humanité : c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime ». S'y trouve immédiatement prévu le cas des complices « qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-

fulmine un. Il semble toutefois paradoxal d'admettre que seuls des Etats parties au Traité de Nuremberg puissent définir un crime valable pour l'Humanité. Pour autant, la dimension « naturelle » de cette conscience réflexive pourrait apporter un semblant de justification à l'application rétroactive de ce traité.

700. A l'exception de cette application « rétroactive » de la loi pénale aux yeux du droit pénal interne, il faut admettre que la Chambre criminelle rend une copie parfaite dans la qualification du fait de complicité. L'article précité distingue en effet « *l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation* » des « *persécutions* » auxquels le statut rattache exclusivement (« *ou bien* ») la nécessité qu'elles procèdent de motifs « politiques, raciaux ou religieux ». Pour les persécutions, il n'est donc pas nécessaire que le complice agisse avec de tels mobiles, cette condition n'étant même pas exigée de l'auteur principal des faits⁹³⁴.

b. L'indifférence aux qualités personnelles du complice

701. De la même manière que le discernement personnel à l'auteur principal *qualifie* l'infraction de complicité, les *qualités* personnelles au complice n'influent en rien sur la qualification de l'infraction. Il en résulte que la qualité de l'auteur principal aboutit parfois à la qualification d'une infraction de moindre gravité que celle qu'aurait pu commettre le complice agissant seul⁹³⁵.

702. Tout d'abord, il est indifférent que le complice n'ait pas la qualité prévue pour l'infraction commise par l'auteur principal. Cette solution adoptée sous l'empire des articles 59 et 60 du Code pénal de 1810 demeure pertinente en présence d'un complice puni *comme auteur* de l'infraction⁹³⁶, ce qui déjoue les interprétations qui en annonçaient la fin⁹³⁷.

dessus définis [et qui sont comme tels] responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan ».

⁹³⁴ *Contra*. J. PRADEL, « La répression du complice suppose-t-elle l'existence d'un dol spécial en ce qui le concerne lorsque cet élément est exigé pour la répression de l'auteur ? », note sous Crim., 23 janvier 1997, *D.* 1997, p. 147, préc. ; également J.-P. DELMAS-SAINTE-HILAIRE, « La définition juridique de la complicité de crime contre l'humanité au lendemain de l'arrêt de la Chambre criminelle du 23 janvier 1997 », *D.* 1997, p. 249.

⁹³⁵ Crim., 25 juin 1998, *Dr. pén.* 1998, 145, obs. J.-H. ROBERT.

⁹³⁶ Sous l'empire du Code pénal de 1810 : Crim., 13 mars 1936, Bull. crim. n° 33, p. 65 ; *DH* 1936, p. 254 ; sous l'empire du Code pénal de 1994 : Crim., 18 juillet 1995, *Dr. pén.* 1995, n° 145, obs. J.-H. ROBERT ; Crim., 23 janvier 1997, Bull. crim. n° 32, p. 86 ; *D.* 1997, p. 147, note J. PRADEL ; *Dr. pén.* 1997, n° 38, obs. J.-H. ROBERT ; Crim., 20 mars 1997, *Dr. pén.* 1997, n° 131, obs. J.-H. ROBERT ; *D.* 1999, p. 28, note D. BOCCARA.

⁹³⁷ S. FOURNIER, « Le nouveau code pénal et le droit de la complicité », *RSC* 1995, p. 475, spéc. n° 4 et 5.

703. Ainsi, « *l'ouvrier complice d'une tentative de vol simple, commise au préjudice d'une personne pour laquelle il travaille habituellement, n'est punissable que de peines correctionnelles. Sa qualité d'ouvrier travaillant habituellement pour cette personne ne saurait être une circonstance aggravante qu'autant qu'il aurait concouru, avec l'auteur principal, aux faits qui ont constitué la tentative de vol* »⁹³⁸. Et en matière de parricide, la Cour de cassation autorise le renvoi d'une épouse devant une juridiction de jugement pour complicité de parricide, lorsque son fils a commis les faits sous son influence⁹³⁹. La solution est la même lorsqu'un gendre participe au meurtre comme complice⁹⁴⁰.

704. Ensuite, lorsque le complice aurait mérité d'être poursuivi pour parricide s'il avait commis les faits, mais qu'il se contente d'assister le meurtrier, il n'est passible que d'homicide simple ou aggravé par la circonstance de préméditation. Notamment, la Chambre criminelle décide que le fils qui a commandité l'assassinat de son père ne peut être condamné à la réclusion par application de l'article 312 du Code pénal de 1810, lorsque l'auteur n'est condamné qu'à l'emprisonnement en vertu de l'article 311 du même Code⁹⁴¹.

705. En définitive, la qualité « toute personnelle » au complice (suivant l'expression parfois usitée par la Chambre criminelle) ne peut pas davantage aggraver sa peine, s'agissant d'une personne ayant la qualité de dépositaire public⁹⁴², pas plus que la complicité d'un attentat à la pudeur sur sa fille mineure de treize ans voir sa culpabilité aggravée en sa qualité d'ascendante⁹⁴³.

706. La seule véritable exception retenue en jurisprudence concerne la qualité de militaire. La Chambre criminelle juge que « le principe général sur la complicité des articles 59 à 62 du Code pénal n'est pas applicable au complice non militaire d'un délit militaire commis par un militaire sous les drapeaux »⁹⁴⁴. La justification de cette jurisprudence tient à l'intensité du rapport hiérarchique qui lie le militaire à ses supérieurs. Il faut y voir une forme de discernement spécial, insusceptible d'être partagé

⁹³⁸ Crim., 29 mars 1827, Bull. crim. n° 66, p. 185.

⁹³⁹ Crim., 19 décembre 1989, Bull. crim. n° 488, p. 1188 : « justifie sa décision de renvoi de l'inculpée devant la cour d'assises pour complicité du crime de parricide la chambre d'accusation qui relève que l'intéressée, la mère de celui qui se serait rendu coupable de parricide et épouse de la victime, avait sur ses enfants un empire total et aurait facilité le crime en restituant aux gendarmes les armes de son mari ou celles relativement inoffensives de ses enfants, mais non le fusil, arme du crime, qui est resté dans la chambre des enfants et dont elle n'aurait pu ignorer l'existence » ; D. 1990, p. 198, note D. MAYER ; RSC 1990, p. 775, obs. A. VITU.

⁹⁴⁰ Crim., 24 mars 1853, Bull. crim., n° 110, p. 164.

⁹⁴¹ Crim., 21 mars 1844, Bull. crim. n° 109, p. 155.

⁹⁴² Crim., 5 octobre 1871, Bull. crim. n° 129, p. 225.

⁹⁴³ Crim., 30 novembre 1900, Bull. crim. n° 355, p. 571.

⁹⁴⁴ Crim., 19 janvier 1856, Bull. crim. n° 27, p. 43 ; confirmé par Crim., 22 août 1872, Bull. crim. n° 225, p. 385.

par des individus lambda. Un militaire agit par présomption sous les ordres de ses supérieurs. Par postulat, il ne peut pas être « convaincu » de participer à la commission d'une infraction par quiconque n'aurait pas la qualité de supérieur hiérarchique – le cas échéant, la qualification de son fait se résout sur le terrain de l'instrumentalisation de personne⁹⁴⁵. Il ne peut pas non plus aider à la commission d'une infraction sans s'affranchir de ce rapport de subordination.

707. Cette exception n'en est donc pas vraiment une. Il semble qu'en toute hypothèse, la qualification du fait principal susceptible de complicité s'opère à l'aide du discernement de l'auteur principal, qu'elle soit exclusive de qualification ou élective de qualification. Dans ce dernier cas, auteur et complice partagent une volonté commune de violer l'une des obligations personnelles au premier. Aussi les « circonstances aggravantes personnelles », qui ne devraient pas recevoir le qualificatif de « circonstances » étant donné qu'elles n'ont rien d'accessoire, s'avèrent être inhérentes à l'opération de qualification de l'infraction principale. Réciproquement, les qualités personnelles au complice n'influencent jamais la qualification de l'infraction à la commission de laquelle il adhère. Mais il faut parfois prouver cette adhésion univoque, car l'intention de l'auteur peut différer de celle du complice.

B. La différence éventuelle d'intentions chez l'auteur et le complice

708. Si la qualification du fait à imputer au complice s'opère au moyen des qualités personnelles de l'auteur principal, deux conséquences doivent être admises. D'abord, le fait de complicité devrait pouvoir être qualifié indépendamment de l'intention de l'auteur des faits. Peu importe que l'auteur principal soit coupable ou non, tant qu'il a commis les faits en conscience de sa qualité personnelle, c'est-à-dire avec discernement.

709. Ensuite, lorsque le complice ne pouvait pas connaître le dessein de l'auteur des faits, il devrait pouvoir bénéficier d'une qualification sur mesure. Ce devrait être le cas toutes les fois que la punition du complice nécessite une appréciation concrète de son intention, *c'est-à-dire la preuve qu'il a agi volontairement*. Le complice devra alors renverser la présomption d'adhésion à l'acte commis par l'auteur principal. Cette distinction est justement celle que prévoit l'article 121-7 du Code pénal. Dans

⁹⁴⁵ Cf. *infra*, chap. 2, section 1, § 2, B.

l'hypothèse de la complicité par instigation (art. 121-7 al. 2 du Code pénal)⁹⁴⁶, la présomption d'identité d'intention joue à plein car la qualité d'instigateur implique une connaissance de la nature des faits à commettre. Dans l'hypothèse de la complicité par aide et assistance (art. 121-7 al. 1 du Code pénal)⁹⁴⁷, cela ne va pas de soit. Aussi le législateur précise que le complice doit avoir agi « sciemment ». Il faut donc prouver que le complice a agi avec une parfaite connaissance de la volonté véritable de l'auteur principal.

710. En somme, le fait principal punissable existe indépendamment de l'intention de l'auteur (1). De plus, la charge de la preuve de l'intention varie en fonction du type de complicité envisagée (2).

1. L'existence du fait principal punissable indépendamment de l'intention de l'auteur

711. Parce que la qualification de l'infraction dépend des qualités personnelles à l'auteur principal, la Chambre criminelle admet l'hypothèse d'une complicité indépendamment de l'intention de cet auteur. Notamment, elle sanctionne un fait de complicité en présence d'un auteur matériel décédé⁹⁴⁸, inconnu et donc non poursuivi⁹⁴⁹ – surtout dans l'hypothèse où il serait acquitté⁹⁵⁰ – pourvu que le fait soit constant⁹⁵¹,

⁹⁴⁶ « Est (...) complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre ».

⁹⁴⁷ « Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation ».

⁹⁴⁸ Crim., 14 août 1807, Bull. crim. n°182, p. 345 : « le décès de l'auteur n'affranchit pas des poursuites criminelles ceux qui peuvent avoir été ses complices ».

⁹⁴⁹ Crim., 24 avril 1812, Bull. crim. n° 106, p. 188 : « pour qu'un complice soit poursuivi et puni de la peine prononcée par la loi contre l'auteur principal, il n'est point nécessaire qu'il y ait eu condamnation ou poursuite contre cet auteur principal, dans le fait dont il est l'auteur ; il suffit que le fait matériel du crime principal existe » ; Crim., 23 avril 1813, Bull. crim., n° 85, p. 207, dans l'hypothèse d'un faux commis par un officier public de bonne foi ; Crim., 19 août 1819, Bull. crim. n° 97, p. 30, faits de vol avec effraction de nuit dans une maison habitée, l'auteur n'étant pas présent à l'audience ; Crim., 24 septembre 1834, Bull. crim. n° 314, p. 382, s'agissant d'un homicide volontaire ; Crim., 10 décembre 1836, Bull. crim. n° 386, p. 440, s'agissant d'un vol commis par deux personnes ; Crim., 18 novembre 1880, Bull. crim. n° 200, p. 344 s'agissant d'un délit de falsification de boisson ; également : Crim., 29 septembre 1887, Bull. crim. n° 348, p. 556 ; Crim., 28 mai 1990, Bull. crim. n° 214, p. 542, auteur « non encore poursuivi » ; Crim., 25 octobre 2005, Bull. crim. n° 267, p. 931.

⁹⁵⁰ Crim., 29 janvier 1852, Bull. crim. n° 42, p. 70 ; Crim., 9 février 1855, Bull. crim. n° 38, p. 70 (commerçant failli non coupable de banqueroute frauduleuse) ; Crim., 3 septembre 1863, Bull. crim. n° 241, p. 407 ; Crim., 17 septembre 1863, Bull. crim. n° 247, p. 416 ; Crim., 14 janvier 1864, Bull. crim. n° 12, p. 19 ; Crim., 3 mars 1870, Bull. crim. n° 50 p. 83 ; Crim., 21 mai 1990, Bull. crim. n° 203, p. 518 : « l'acquiescement de la personne, renvoyée comme auteur principal d'un crime, n'exclut pas la culpabilité de complices de cette action, dès lors que, comme en l'espèce, l'existence du fait criminel a été établie par la réponse affirmative de la Cour et du jury à la question qui leur était posée dans une forme abstraite sur la matérialité du crime ».

⁹⁵¹ Crim., 9 mars 1876, S. 1876, 1, p. 188 ; Crim., 3 juillet 1886, D.P. 1886, 1, p. 473 ; Crim., 18 septembre 1890, Bull. crim. n° 194 ; Crim., 3 juillet 1909, D.P. 1911, 1, p. 290 ; Crim., 2 juin 1916, Bull. crim. n° 130, p. 226 ; Crim., 13 juin 1918, Bull. crim. n° 129, p. 236 ; Crim., 28 juillet 1921, Bull. crim. n° 312, p. 520 ; Crim., 19 février 2002, Bull. crim. n° 35, p. 100.

autrement dit tant qu'il est avéré que l'acolyte a conscience de la qualité personnelle de l'auteur principal⁹⁵².

712. Une illustration mérite de plus amples développements au regard de l'accueil que lui réservèrent ses annotateurs : l'affaire vaudevillesque tranchée le 8 janvier 2003⁹⁵³. Cette décision ne reçut pas l'accueil le plus favorable de la part de ses annotateurs. Elle peut pourtant être justifiée. Un individu avait dissimulé de la cocaïne dans un véhicule et passé la frontière franco-britannique en qualité de passager. Il était seul à connaître la nature de la chose transportée. Toutefois n'étant ni conducteur ni propriétaire du véhicule, il ne pouvait être condamné au titre de « l'importation ou l'exportation illicites de stupéfiants » que vise l'article 222-36 du Code pénal. La Chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Douai du 27 janvier 2007, qui avait relaxé le conducteur mais retenu le complice dans les liens de la prévention. Pour le condamner, les juges du fond précisent que le passager avait « *une parfaite connaissance de la véritable nature des substances transportées* ». La Chambre criminelle rejette le pourvoi après avoir constaté que l'exportation de stupéfiants avait été *souverainement constatée par la Cour d'appel*. Elle rappelle que la relaxe en faveur du conducteur *n'exclut pas* la culpabilité d'un complice⁹⁵⁴.

713. Si la qualification du fait principal punissable nécessite la culpabilité de l'auteur principal, il ne pouvait effectivement y avoir aucune complicité. En l'espèce, le conducteur ignorait la présence de drogue dans son véhicule. Il faudrait donc critiquer cet arrêt.

714. Cependant, si la distinction entre la volonté et l'intention est admise, alors cette décision est parfaitement justifiée. Certes, à la différence du passager, le conducteur ignore la nature de la substance transportée. Cependant, il était bien conscient de sa qualité personnelle de conducteur, celle qui assujettit celui-ci à une obligation

⁹⁵² La commission d'un acte principal punissable est alors conditionnée par la culpabilité de l'auteur dans l'acte, cf. Crim., 8 octobre 1829, Bull. crim. n° 233, p. 584 ; Crim., 2 avril 1874, Bull. crim. n° 101, p. 182 ; Crim., 16 juin 1887, Bull. crim. n° 221, p. 349 ; Crim., 30 octobre 1914, D. 1919, 1, p. 67 ; Cass. révision, 20 juin 1994, Bull. crim. n° 246, p. 590 ; Cass. révision, 16 novembre 1998, Bull. crim. n° 299, p. 867, JCP 1999, II, 10118, note W. JEANDIDIER. Pour un exemple *a contrario* : Crim., 5 novembre 1943, D. A. 1944, p. 29. Dans cette affaire, un individu avait loué de bonne foi un local où les occupants se livraient à l'infraction d'abattage clandestin, ce qu'il apprit postérieurement ; voir également P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Dalloz, Paris, 1963, p. 608, n° 779.

⁹⁵³ Crim., 8 janvier 2003, D. 2003, p. 2661, notes critiques de E. GARCON ; JCP 2003, II, 10121, de M.-L. RASSAT ; RSC 2003, p. 781, obs. critiques de Y. MAYAUD ; Dr. pén. 2003, comm. n° 97, M. VERON.

⁹⁵⁴ Le motif de l'arrêt est ainsi libellé : « *attendu qu'après avoir relaxé Yannick Y... pour défaut d'intention coupable, les juges ont retenu Ali X... dans les liens de la prévention en estimant, notamment, qu'il avait une parfaite connaissance de la véritable nature des substances transportées ; Attendu qu'en cet état, et dès lors que l'existence d'un fait principal punissable, soit l'exportation illicite de stupéfiants, a été souverainement constatée par la cour d'appel, la relaxe en faveur de Yannick Y... n'exclut pas la culpabilité d'un complice* ».

particulière : l'interdiction d'importer des substances prohibées. Dès lors, en l'espèce, l'infraction était constituée : le conducteur avait commis l'infraction incriminée. Aussi, la Chambre criminelle aurait très bien pu affirmer que la seule constatation du fait impliquait l'intention de le commettre, comme elle a l'habitude de le faire au sujet d'obligations particulières⁹⁵⁵. Toutefois elle ne pouvait contredire les juges du fond qui avaient procédé à une appréciation concrète de *la volonté* du conducteur. Ils avaient constaté qu'il n'avait pas eu la volonté de transporter les substances prohibées, et en avaient déduit qu'il n'avait eu aucune intention coupable. La Chambre criminelle se plie donc à cette considération concrète des faits (« *attendu qu'en cet état...* », en référence à la relaxe du conducteur). La seule question à trancher concernait donc la possibilité d'un fait de complicité. Or, en l'occurrence, le passager ne pouvait ignorer l'obligation légale qu'il faisait enfreindre au conducteur. De fait, il avait placé la drogue dans la roue de secours du véhicule, s'assurant la réalisation de l'infraction par l'intermédiaire d'un individu discernant⁹⁵⁶. La Cour de cassation conclua donc légitimement à l'existence d'un fait de complicité par provocation, car il y avait bien un fait principal commis par une personne : l'exportation de drogues vers la Grande-Bretagne (« *...et dès lors que l'existence d'un fait principal punissable, soit l'exportation illicite de stupéfiants, a été souverainement constatée par la cour d'appel, la relaxe en faveur de Yannick Y... n'exclut pas la culpabilité d'un complice* »).

715. Il apparaît donc que dans des hypothèses « extrêmes » où l'auteur principal n'est pas coupable, le discernement permet d'élucider des solutions jurisprudentielles qui paraissent obscures si ce n'est critiquable. Le discernement personnel constitue le critère de qualification du fait principal punissable, indépendamment de l'intention de son auteur qui peut d'ailleurs être relaxé par une analyse concrète de sa volonté. Cette appréciation concrète est également celle qui prévaut au sujet du complice de l'article 121-7 alinéa 1 du Code pénal. Il faut envisager, à cet égard, la répartition de la charge de la preuve en fonction du type de complicité visé à cet article.

⁹⁵⁵ Voir *supra*

⁹⁵⁶ Au surplus, il n'aurait pas été possible de conclure à l'instrumentalisation du conducteur par le passager car le conducteur, conscient de sa qualité personnelle. Voir *infra*

2. La répartition de la charge de la preuve de l'intention variable en fonction du type de complicité

716. Le Code pénal distingue deux types de complicité au sein de son article 121-7 : la complicité par aide et assistance (alinéa premier) et la complicité par provocation (alinéa second).

717. Dans le cas de la complicité par aide, assistance ou fourniture de moyen (*complicité passive*), l'identité de l'intention n'est pas présumée car la nature de l'infraction dépend entièrement de la conviction coupable de l'auteur des faits. Il est donc nécessaire de rapporter la preuve que l'acolyte a apporté son assistance en connaissance de cause (a). Dans le cas de la complicité par provocation (*complicité active*), le complice est instigateur. Il connaît par avance la nature de l'infraction à commettre. Il n'est donc pas nécessaire d'établir la preuve d'une identité d'intention chez l'auteur et le complice : l'identité d'intention est présumée dans cette hypothèse (b).

a. L'identité d'intention à prouver dans l'hypothèse de la complicité par aide ou assistance (ou « complicité passive »)

718. Par définition en matière de complicité par *aide* ou *assistance*, le complice ne maîtrise pas la définition du projet infractionnel. Il concourt à sa réalisation mais il n'en est pas l'architecte. La complicité passive n'existe donc qu'à la condition de faire la lumière sur l'identité d'intention chez l'auteur et son complice. Cette condition se retrouve déjà dans les écrits des criminalistes, entre le XVI^e et le XIX^e siècle, sous la condition de « consentement » à l'acte illicite⁹⁵⁷.

719. En raison de cette différence potentielle dans l'intention respective des protagonistes, il est nécessaire d'établir que le complice a fourni son aide sciemment⁹⁵⁸. La preuve de la culpabilité incombant au ministère public, la Chambre criminelle vérifie avec constance que le complice connaît l'intention de l'auteur principal. Dans l'exemple du délit de falsification, la Chambre criminelle juge nécessaire de vérifier que l'auteur

⁹⁵⁷ P. AYRAULT (1536-1601), op. cit., § 64, p. 101 : « le crime de l'un n'est point le crime de l'autre. Tous crimes sont personnels, soient les délinquants complices ou non complices, le crime séparé ou connexe »,

⁹⁵⁸ L'affirmation fait date dans un arrêt relatif à une complicité de meurtre. La complicité n'exige pas l'intention de tuer du complice de meurtre, « il suffit qu'il ait commis ses actes volontairement ». Et pour être passible des mêmes peines, il suffit qu'il l'ait « assisté sciemment et dans le dessin du crime », cf. Crim., 4 Pluviôse an XIII (24 janvier 1805), Bull. crim. n° 73, p. 111.

savait que les moyens employés devaient servir au délit envisagé par le complice⁹⁵⁹. En règle générale, la jurisprudence évoque la connaissance de l'utilisation des moyens fournis⁹⁶⁰. De même, le fait postérieur à la *manifestation* de l'infraction caractérise la complicité si et seulement s'il a été commis en exécution d'un accord antérieur⁹⁶¹, par exemple en matière de délit d'évasion⁹⁶², car cet accord verbalisé sur la violation de la loi pénale correspond intrinsèquement à l'infraction – la conscience de violer une obligation personnelle.

720. Dans cette perspective, la jurisprudence estime légitimement que le complice ne doit répondre que des actes qui dénotent une connaissance du but poursuivi par l'auteur principal, par exemple qu'il ait conscience de l'usage de la substance mortifère qu'il vend⁹⁶³. La jurisprudence exige la preuve d'une information complète du complice sur l'intention de l'auteur principal sans disconvenir, bien qu'il lui fût prêté d'avoir rendu des solutions contradictoires ou illégitimes, à l'instar de l'arrêt du 17 novembre 1944⁹⁶⁴ qui fut pourtant uniquement cassé pour insuffisance de motifs. Dans cette affaire, rendue du temps où l'avortement était encore incriminé⁹⁶⁵, le prévenu avait mis en relation une femme A désirant se faire avorter, avec B qui avait arrangé un rendez-vous avec

⁹⁵⁹ Crim., 24 avril 1885, Bull. crim. n° 119, p. 195 (falsification de poivre).

⁹⁶⁰ « *En matière de complicité de falsification de vins, la fraude est suffisamment caractérisée par l'arrêt dont les énonciations ne permettent pas de douter que le complice connaissait parfaitement l'usage auquel l'acheteur des substances colorantes à qui il les a vendues devait les employer* », Crim., 7 janvier 1888, Bull. crim. n° 12, p. 16 ; voir également Crim., 17 mai 1888, Bull. crim. n° 179, p. 282 ; ou encore les formules d'après lesquelles « *la complicité est nettement caractérisée par l'arrêt qui, pour établir la connaissance que le complice a eue de l'usage qui devait être fait de l'objet fourni, constate l'intention de nuire, d'où résulte cette connaissance* » (Crim., 16 août 1900, Bull. crim. n° 278, p. 452) ; « *la complicité par fourniture de moyens pour accomplir un crime n'est légalement caractérisée qu'autant que celui qui est réputé complice a fourni les moyens sachant qu'ils serviraient à accomplir le crime pour lequel l'auteur principal est poursuivi* », s'agissant de la fourniture d'une arme pour inciter le concierge à rendre de l'argent, et une fois le meurtre survenu, la complicité a été écartée (Crim., 13 janvier 1955, Bull. crim. n° 34, p. 55).

⁹⁶¹ Crim., 30 avril 1963, Bull. crim. n° 157, p. 319 ; Crim., 8 novembre 1972, Bull. crim. n° 329, p. 850 ; Crim., 21 juin 1978, Bull. crim. n° 207, p. 540 ; Crim., 28 janvier 1981, Bull. crim. n° 41, p. 116.

⁹⁶² Crim., 4 mai 2000, Bull. crim. n° 178, p. 520. Le motif de l'arrêt est plus instructif que l'abstract du bulletin : au visa des articles 121-7 et 434-29 3° du Code pénal, la Chambre criminelle juge que « *le délit d'évasion, prévu par le dernier de ces textes, étant un délit instantané, entièrement consommé à la date même où le condamné n'a pas réintégré l'établissement pénitentiaire, à l'issue d'une permission de sortir, l'intervention d'un tiers, postérieurement à cette date, aux fins d'aider l'auteur principal dans sa fuite, ne saurait constituer un acte de complicité punissable, en l'absence d'un accord antérieur à l'infraction* ». L'antériorité qualifiée au regard de la date de consommation de l'infraction, moment où l'infraction est consommée par la violation d'une obligation particulière. L'accord antérieur porte nécessairement sur la préparation de la consommation de cette infraction, comme le prévoit l'article 121-7 alinéa 1 du Code pénal.

⁹⁶³ Crim., 18 mai 1844, Bull. crim. n° 175, p. 248 : « *l'espèce de complicité qui, aux termes de l'article 60, 2° alinéa, du Code pénal, consiste à fournir les moyens propres à commettre un délit, n'a lieu qu'autant que ces moyens ont été fournis avec connaissance que non-seulement ils peuvent, mais qu'ils doivent servir au délit* ». La Cour jugea que le pharmacien qui vend à ses confrères des remèdes secrets que ceux-ci débitent ensuite n'est pas nécessairement complice de ce débit illicite. La vente était intervenue « pour leur compte, à leurs risques et périls », sans qu'il s'embarrasse ni ne se préoccupe de savoir si les acheteurs pourraient eux-mêmes commettre un fait pareil. Il n'existait donc pas, entre la vente faite par les pharmaciens A aux pharmaciens B et la revente des produits à C, une connaissance par A des desseins de C qui aurait justifié la complicité.

⁹⁶⁴ Crim., 17 novembre 1944, *Gaz. Pal.* 1945, 1, p. 43, la note ne prêtant pas d'égard aux motifs de la cassation ; *RSC* 1946, p. 67, obs. L. HUGUENEY qui arrive à la même conclusion ; également M. PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, op. cit., n° 93, et P. SALVAGE, *J.-Cl. pén.*, v° « Complicité », fasc. 20, n° 29.

⁹⁶⁵ La pratique de l'avortement est rendue possible, bien qu'à certaines conditions, par la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975, dite « loi Veil », JO du 18 janvier 1975, p. 739.

l'avorteuse C. Il fut condamné par la Cour d'appel pour complicité par aide et assistance à la personne ayant réalisé l'avortement.

721. Or d'une part, l'article 317 du Code pénal de 1810 punissait plus sévèrement le médecin ou le chirurgien que la femme avortée ; d'autre part, les faits relatés par la Cour d'appel ne permettaient pas d'exclure l'hypothèse d'une complicité par aide à l'avorteuse. En substance, le Chambre criminelle reprochait aux juges du fond de punir une complicité à la personne du chirurgien alors qu'il s'agissait peut-être d'une aide portée à la personne souhaitant subir un avortement, infraction d'une moindre gravité. Cette décision fut donc bien mal comprise par ses annotateurs étant donné qu'elle affirmait justement le contraire de la portée qu'on lui prêta. Elle fut confirmée par l'arrêt du 29 novembre 1946 survenu au titre de faits analogues⁹⁶⁶ qui cassa l'arrêt d'appel pour avoir encore conclu hâtivement à l'une des deux infractions précitées.

722. Il n'en va pas de même lorsque celui qui apporte son aide n'agit pas avec la certitude qu'un individu veut commettre l'infraction d'avortement passif. Le 4 janvier 1975, la Chambre criminelle cassait la décision d'appel parce qu'elle n'établissait pas la volonté univoque du prétendu complice d'aider à la commission de l'avortement⁹⁶⁷. Contacté par l'avortée, le prévenu l'avait mise en relation avec un tiers qui connaissait l'adresse d'un avorteur. Or la culpabilité du complice nécessite d'établir qu'il a agi sciemment, autrement dit de fournir la preuve qu'il ait fermement souhaité concourir à la commission de l'infraction. Les faits de l'espèce établissaient tout au plus la conscience d'une probabilité d'avortement. La solution de droit de l'arrêt soulignait en ce sens que les motifs de l'arrêt d'appel « *laissent incertains le point de savoir si la demanderesse s'est rendue complice du délit perpétré* »⁹⁶⁸.

723. Ainsi la « complicité de complicité » ou « complicité corespective »⁹⁶⁹ est une forme de complicité au sens strict, et qu'il faut qualifier indépendamment de la distance qui sépare l'acte de complicité de la réalisation concrète des faits. Le complice « au second degré » est complice dès lors qu'il n'a aucun doute sur la nature de l'infraction à

⁹⁶⁶ Crim., 29 novembre 1946, *Gaz. Pal.* 1947, 1, p. 25 ; *RSC* 1947, p. 87, obs. L. HUGUENEY.

⁹⁶⁷ Crim., 4 janvier 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 1, p. 343, note J.-P. DOUCET qui estime que « la complicité de complicité est une question d'espèce » et regarde la jurisprudence rendue jusqu'alors comme empreinte de pragmatisme ; *RSC* 1976, p. 707, obs. J. LARGUIER.

⁹⁶⁸ Cf. J. A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, Sirey, 2^e éd. 1927, p. 343, défavorable à la complicité de complicité et qui considère que l'acte du complice doit se rattacher *directement* au délit ; de même E. GARCON, *Code pénal annoté, op. cit.*, n° 276 ; *contra* R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. 3, 3^e éd., 1947, p. 128, favorable à cette hypothèse, ce qu'il justifie par l'absence de nécessité d'un rapport *direct* entre l'acte du complice et celui de l'auteur.

⁹⁶⁹ Comp. la critique de la théorie de la complicité corespective de C. de JACOBET de NOMBEL, *op. cit.*, n° 577, p. 405.

laquelle il prête son concours, étant donné qu'il adhère à la violation d'une obligation personnelle à l'auteur principal. La Cour de cassation juge ainsi que « l'aide ou l'assistance apportée *en connaissance de cause* à l'auteur de l'escroquerie, même par l'intermédiaire d'un autre complice, *constitue* la criminalité incriminée par l'article 121-7 du code pénal »⁹⁷⁰.

724. En résumé, en matière de complicité par aide ou assistance, lorsque la communauté de volonté des comparses est arrêtée sur une infraction précise, la responsabilité pénale du complice n'est pas engagée si l'auteur outrepassé le périmètre de cet accord, au titre du résultat vers lequel sa volonté n'était pas tendue. L'identité d'intention de l'auteur et du complice n'est pas présumée, comme elle l'est en revanche en matière de complicité par instigation.

b. L'identité d'intention présumée dans l'hypothèse de la complicité par instigation (ou « complicité active »)

725. A la différence de la complicité par aide et assistance, la complicité par instigation (art. 121-7 al. 2 du Code pénal, qui vise la provocation à l'infraction ou les instructions données pour la commettre) suppose que le complice connaisse la nature de l'infraction à commettre. L'identité d'intention y est donc présumée. A cet égard, le Code pénal n'indique pas que le complice par instigation provoque à « la commission de l'infraction » mais qu'il « provoque à l'infraction ». Il ne s'agit pas de provoquer l'auteur à l'acte mais de susciter chez lui une pensée contraire au droit pénal⁹⁷¹. Lorsqu'il provoque à l'infraction, le complice ne peut rien faire d'autre que de susciter l'envie d'adhérer à un dessein répréhensible chez son acolyte⁹⁷².

⁹⁷⁰ Dans cette affaire, un salarié avait monté une chaîne à la base de laquelle des tiers qu'il contactait à l'aide d'un intermédiaire lui reversaient une partie des sommes reçues en dédommagement de sinistres imaginaires. L'un des bénéficiaires des chèques fut condamné pour complicité parce qu'il avait bien conscience qu'une personne violait la loi pénale avec son concours. L'identité de l'auteur de l'infraction lui était indifférente tant qu'il avait la certitude que la personne employée par la société d'assurance commettait une infraction principale. Aussi la Chambre criminelle n'affirme pas qu'il y ait eu deux cas de complicité en cascade, mais bel et bien un acte de complicité à part entière (« constituée »), ce qui indique la primauté d'une connaissance des qualités personnelles de l'auteur principal, cf. Crim., 15 décembre 2004, Bull. crim. n° 322, p. 1216 ; D. 2005, IR p. 389 ; RSC 2005, p. 298, note G. VERMELLE. Précédemment mais de manière moins explicite, Crim., 23 mai 1844, Bull. crim. n° 179, p.255 ; Crim., 22 juillet 1943, JCP 1944, II, 2651 ; Crim., 30 mai 1989, Bull. crim. n° 222, p. 562 qui précise que « l'article 60 du Code pénal n'exige pas que les instructions soient données directement par leur auteur », RSC 1990, p. 325, obs. A. VITU.

⁹⁷¹ Comp. F. DEFFERRARD, « La provocation », RSC 2002, chr., p. 233 et s. L'auteur ajoute à la définition prétorienne de la provocation une dimension sociologique, il expose que « l'agissement du provocateur (...) doit avoir « eu pour finalité de susciter un état d'esprit de nature à » (Crim., 29 oct. 1936, Bull. crim. n° 104) tenter ou à commettre une action à l'encontre d'un intérêt protégé ». Il établit un rapport de causalité du fait de provocation avec la violation de l'intérêt protégé.

⁹⁷² Il est alors qualifié « d'auteur moral » chez certains auteurs. Cf. A. LARGUIER, « La notion d'auteur moral », RSC 1976, p. 409 ; J. POUYANNE, *L'auteur moral de l'infraction*, op. cit.

726. Par voie de conséquence, à défaut de preuve d'une dualité d'intentions chez l'auteur et le complice, par une analyse concrète de leur volonté respective, il faut retenir la même qualification pénale. La preuve d'une différence dans l'intention peut résulter d'un accord sur l'homicide d'un individu identifié. La décision rendue le 10 mars 1971 l'illustre de façon notable. Un contrat d'assassinat liait l'auteur matériel à l'homicide d'une personne dénommée. La Chambre criminelle aurait pu faire application de la règle de *l'aberratio ictus*. Elle juge pourtant que l'auteur principal avait tué une autre personne, de son propre chef, après s'être décidé à ne pas honorer l'accord de complicité, si bien que le prétendu instigateur ne devait pas répondre de cet homicide⁹⁷³. Cette jurisprudence devrait survivre dans la mesure où l'incrimination du mandat criminel à l'article 221-5-1 du Code pénal vise uniquement les hypothèses où le crime ne serait ni tenté ni commis.

727. Cependant si aucun fait n'est commis par l'auteur principal, la présomption d'identité d'intention présente la particularité de jouer en faveur de l'instigateur lorsqu'il a tout mis en œuvre mais que l'auteur n'agit pas. En effet dans ce cas, l'absence de fait principal punissable laisse entendre qu'il n'est pas certain que « l'instigateur » ait entendu « *provoquer à l'infraction* ». S'il n'a pas su convaincre l'auteur principal de passer à l'acte, sans doute est-ce parce qu'il n'était lui-même animé d'aucune conviction arrêtée. Il ne serait punissable que si l'auteur avait commencé l'exécution de l'infraction.

728. La motivation du fameux arrêt du 25 octobre 1962⁹⁷⁴, qui relaxa l'ancien gendarme Schieb de complicité de tentative d'assassinat pour défaut de fait principal par Bénamar, illustre cette proposition. En provoquant un tiers à l'infraction, le complice connaît la forte probabilité d'inexécution du fait⁹⁷⁵. Au moment où il embauche le tiers,

⁹⁷³ Crim., 10 mars 1977, Bull. crim. n° 91, p. 271 : « Aucun fait de complicité punissable ne saurait être retenu à la charge de celui qui donne mission à un homme de main, de tuer une personne nommément désignée, dès lors que, de sa propre volonté et sans être soumis à aucune pression extérieure, l'individu qui devait accomplir ce crime s'abstient de le commettre et donne volontairement la mort à une autre victime » ; D. 1977, IR, p. 237, note M. PUECH ; RSC 1979, p. 75, obs. J. LARGUIER. Voir également P.-A. BON, *op. cit.*, p. 87, qui envisage une hypothèse similaire, celle d'une personne qui donnerait une arme pour une extorsion de fonds servant par la suite à un meurtre. Il tente de résoudre cette hypothèse par l'idée du rôle causal du complice et considère que l'auteur est la cause exclusive de l'infraction homicide.

⁹⁷⁴ Crim., 25 octobre 1962, D. 1963, p. 221, note P. BOUZAT ; JCP 1963, II, 12985, note R. VOUIN ; RSC 1963, p. 533, obs. A. LEGAL ; M. PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Cujas, 1976, n° 88 ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^e éd., 2009, n° 33.

⁹⁷⁵ La Chambre criminelle rejette le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel en se fondant d'abord sur l'absence d'intention de commettre l'acte chez l'auteur principal, pour défaut de fait principal : « en effet, (...) les actes relevés à la charge de Schieb ne constituaient que des actes préparatoires du meurtre dont l'exécution matérielle avait été confiée à Bénamar et ne sauraient être considérés comme un commencement d'exécution de ladite infraction de tentative d'assassinat, au sens de l'article 2 du Code pénal ; que le commencement d'exécution n'est caractérisé que par des actes devant avoir pour conséquence directe et immédiate de consommer le crime, celui-ci étant ainsi entré dans sa période d'exécution » ; et bien qu'elle considère en outre que les faits de Schieb étaient bien constitutifs de complicité, elle ajoute qu'ils ne sauraient tomber sous le coup de la loi pénale en l'absence d'un fait principal punissable, ce qui revient à dire qu'il n'y avait aucune conviction prouvée, chez le complice, de provoquer à l'infraction.

chacun des protagonistes en est encore au stade de la délibération, voire de la résolution interne. La conviction de violer la loi pénale n'est assurée ni chez le complice par instigation, ni chez l'auteur principal tant que celui-ci n'est pas passé à l'acte : elle n'est pas *objective*. Une conviction ne se manifeste qu'à partir d'un acte univoque laissant apparaître que son auteur a voulu combattre le hasard (« *les circonstances indépendantes de sa volonté* » visées à l'article 121-5 du Code pénal) et s'assurer ainsi la consommation de l'infraction. Il est possible d'admettre que le hasard soit maître de la répression en la matière⁹⁷⁶. Mais il s'avère précisément que le provocateur à l'acte a conscience du caractère hasardeux de la consommation de l'infraction. Celui qui provoque un tiers à l'infraction n'a aucune certitude sur l'effectivité de sa provocation : il n'a pas tout mis en œuvre pour que l'infraction advienne, Il existe en effet une nuance entre la volonté de commettre l'infraction (faute de l'auteur principal), la volonté de la faire commettre (le mandat criminel prévu à l'article 221-5-1 du Code pénal⁹⁷⁷, où le mandant met tout en œuvre pour se garantir la réalisation de l'infraction par un tiers), et la volonté de provoquer à l'infraction (complicité par instigation), sans autre garantie que la « bonne » volonté du tiers à la commission de l'acte convenu.

729. Dans les arrêts Benamar et Schieb précités, l'infraction de contrat d'assassinat (art. 221-5-1 précité) n'existait pas dans le Code pénal. Il fallait donc vérifier l'existence d'un fait de complicité par instigation. En l'absence de commencement d'exécution de la part de l'auteur principal, il n'est pas certain que le provocateur à l'acte fut un complice. Il s'en remet sciemment à ce que décidera le tiers qu'il embauche. Or, en droit pénal, la volonté de se conformer au droit pénal est présumé chez toute personne jusqu'à preuve contraire. Il n'était donc pas possible de punir le provocateur en l'absence de fait principal punissable sans remettre en cause cette présomption fondamentale⁹⁷⁸.

730. En résumé, l'absence d'intention de l'auteur principal n'est pas un obstacle à la qualification d'un acte de complicité. Toutefois, la correspondance de l'intention du complice avec celle de l'auteur principale doit être prouvée dans l'hypothèse de la complicité par aide et assistance (art. 121-7 alinéa 1 du Code pénal), tandis qu'elle est présumée en matière de complicité par instigation (art. 121-7 alinéa 2 du Code pénal). Le

⁹⁷⁶ Comp. R. COMBALDIEU, « Le problème de la tentative de complicité ou le hasard peut-il être arbitre de la répression ? » ; *RSC* 1959, p. 30 et s. ; voir également C. GERTHOFFER, « La tentative et la complicité », *Mélanges Patin*, *op. cit.*, p. 153 s.

⁹⁷⁷ Art. 221-5-1 du Code pénal, issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 ; à ce sujet voir notamment A. PONSEILLE, « L'incrimination du mandat criminel ou l'article 221-5-1 du Code pénal issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 », *Dr. pén.* 2004, n° 9, p. 6-10 ; J.-P. DOUCET, « Le contrat d'assassinat », *Gaz. Pal.* 1982, 2, doct., p. 502.

⁹⁷⁸ Voir *supra* sur la présomption de connaissance de la loi.

discernement joue un rôle fondamental dans la qualification d'une infraction et, l'infraction étant de nature intellectuelle, il peut en exister autant qu'il y a d'obligations personnelles à respecter. Le discernement joue donc logiquement un rôle dans la qualification d'une pluralité d'infractions.

Section 2. Le rôle du discernement dans la qualification d'une pluralité d'infractions

731. Le temps, en droit pénal, dépend d'une appréciation personnelle de l'écoulement des faits. Il en résulte que différents faits pénaux peuvent survenir dans une même fenêtre de temps mathématique, si et seulement si l'auteur des faits jouissait de consciences personnelles distinctes. Par exemple, s'il agit sous la double conscience d'être une personne physique et le représentant ou l'organe d'une personne morale, l'individu peut engager par un même fait sa responsabilité pénale et celle de la personne morale. A l'inverse, les discernements peuvent être successifs. Si un individu prend conscience qu'il passe d'un statut juridique à un autre, il s'expose à la commission d'infractions consécutives. Ce sera notamment le cas s'il commet un acte positif le rendant coupable d'une infraction et que, par la suite, son omission fautive le rend auteur d'une infraction indépendante de la première mais qui la succède. En fait, l'individu semble commettre un seul et même comportement ; en droit, la personne se rend auteur d'infractions successives. Il faut donc étudier le rôle du discernement lorsqu'il se présente sous la forme de consciences personnelles simultanées (§ 1) ou successives (§ 2).

§ 1. Le discernement et la simultanéité d'infractions

732. La simultanéité des faits découle de la conscience, chez l'agent pénal, de violer le droit pénal sous les différentes qualités personnelles qu'il revêt. L'individu responsable peut soit cumuler les deux qualités de personnes physique et morale ; soit cumuler deux qualités distinctes sous la seule égide du statut de personne physique. Ainsi la simultanéité liée à la pluralité de personnes (A) doit être distinguée de la simultanéité de statuts personnels (B), la première hypothèse n'étant qu'une déclinaison de la seconde.

A. Les discernements simultanés de la personne physique et de la personne morale

733. L'une des hypothèses de simultanéité d'infractions est celle que prévoit l'article 121-2 du Code pénal⁹⁷⁹. En apparence, l'article 121-2 du Code pénal semble permettre l'imputation de l'infraction de la personne physique sur le compte de la personne morale ; mais au fond, il y a là une infraction unique par personne, ce qu'il est possible d'admettre à partir d'une définition intellectuelle de l'infraction pénale. L'indépendance de ces deux consciences personnelles invalide ainsi tout risque de déresponsabilisation des personnes physiques⁹⁸⁰. Il faut d'abord envisager le cadre dans lequel ce cumul est admissible avant d'en analyser les mécanismes, soit l'analyse du périmètre du cumul (1) puis de ses paramètres (2).

1. Le périmètre de la simultanéité

734. Le cumul de responsabilités appelle deux conditions, l'une positive, l'autre négative. Premièrement, le discernement des personnes physique et morale doit exister au moment des faits. Cette condition a déjà été précisée en ce qui concerne la personne physique ; celui de la personne morale présente une particularité dans la mesure où il apparaît dès sa naissance, à la différence de celui de la personne physique qui ne peut en être pourvue durant l'enfance (en-deçà de sept ans). Deuxièmement, il ne peut y avoir de cumul si l'auteur des faits a la conviction d'agir exclusivement en tant que personne physique ou pour le compte de la personne morale. L'existence de la personne morale (a) et l'exclusivité du discernement (b) délimitent la possibilité du cumul de responsabilités personnelles.

a. La nécessaire existence du discernement chez la personne morale

735. La culpabilité de la personne morale correspond, chez la personne qui la représente ou en constitue l'un des organes, à agir en conscience de cette qualité. Sa

⁹⁷⁹ Il n'est donc pas préjudiciable que la circulaire du 13 février 2006, incitant à poursuivre les personnes morales, ne fixe aucun critère à cette fin. Il eut même été contraire au principe de légalité criminelle d'en attendre une solution salutaire. Comp. H. MATSOPOULOU, « Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, présentation de la circulaire Crim-06-3/E8 du 13 février 2006 », *Rev. soc.* 2006, p. 48.

faute survient durant le temps d'incarnation de la personne morale, temps que la délégation de pouvoirs de l'organe ou du représentant envers un tiers ne suspend pas. Il faut donc que la personne morale existe pour être dotée de discernement, et que l'infraction ait été commise pour son compte par la personne l'incarnant, ce qui rend l'identité de l'individu endossant cette qualité indifférente.

a-1. L'existence de la personne morale

736. Il n'est pas possible de nourrir cette conscience lorsque la personne morale n'est pas créée ou qu'elle a disparu. S'agissant de la création, il faut s'en remettre à sa naissance administrative (date de promulgation au J.O.) sans se référer aucunement à la théorie commerciale de la société créée de fait pour lui attribuer une quelconque antériorité.

737. Notamment, un groupe de personnes morales ne constitue pas une personne à part entière. Il ne peut donc pas être pénalement responsable des omissions du responsable de la sécurité que les membres de ce groupe ont nommé, comme l'arrêt de rejet du 23 novembre 2010 l'illustre⁹⁸¹. Dans le cadre des groupes d'entreprises, le législateur a anticipé la difficulté qui pourrait naître de l'accident concernant l'un des salariés travaillant à l'œuvre commune des personnes morales constituée en groupement⁹⁸². La délégation de pouvoirs des personnes morales à un responsable unique en matière d'hygiène et de sécurité ne vaut extinction du discernement de chacune d'entre elles. La personne morale reste responsable de la sécurité de ses salariés ou des intérimaires qu'elle utilise lorsqu'elle participe à une action groupée.

738. Quant au moment du « décès » de la personne morale, en se défiant des textes à vocation civiliste ou commercialiste⁹⁸³, il est possible de la fixer à la dissolution de la personne morale⁹⁸⁴, comme il peut s'agir plus généralement de toute cause légale

⁹⁸⁰ Comp. G. COUTURIER, « Répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques », *Rev. soc.* 1993, p. 307.

⁹⁸¹ Crim., 23 novembre 2010, Bull. crim. n° 186, p. 746.

⁹⁸² Les articles L. 124-4 et suivants du code du travail, devenus les articles L. 1251-16 et suivants du même code, disposent « qu'en cas d'accident du travail, les manquements en matière d'hygiène et de sécurité des travailleurs commis par le délégataire de pouvoirs désigné par chacune des sociétés constituant un groupement d'entreprises à l'occasion de l'attribution d'un marché, engagent la responsabilité pénale de la personne morale, membre du groupement, qui est l'employeur de la victime, ou, en cas de recours à une main-d'œuvre intérimaire, de la personne morale ayant la qualité d'entreprise utilisatrice au sens des dispositions du code du travail relatives au travail temporaire ».

⁹⁸³ D. MAYER, « Essai d'analyse de la responsabilité pénale des personnes morales à partir de la conception fonctionnelle des sociétés commerciales », *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 295.

⁹⁸⁴ Par exemple, l'article L. 480-6 du Code de l'urbanisme met sur un pied d'égalité « l'extinction de l'action publique résultant du décès du prévenu, de la dissolution de la personne morale mise en cause [et] de l'amnistie » ; voir également

d'anéantissement de sa personnalité juridique. Par conséquent la survie de la personne morale pour les besoins d'une liquidation judiciaire vaut existence de cette personne pour le droit pénal, point sur lequel droit pénal et droit annexes se rejoignent⁹⁸⁵. En effet, durant la période de liquidation, la personne morale est dotée d'un liquidateur la représentant et qui pourrait commettre une infraction pour son compte, par exemple en vue d'en assurer la survie ou d'en réduire les dettes. Après la disparition de la personne morale en revanche, la faute n'a plus d'auteur à qui elle pourrait être reprochée, *même si elle a été commise dans le temps d'existence de cette personne*⁹⁸⁶. Ainsi l'absorption d'une société par une entité tierce empêche de *poursuivre* la personne morale absorbante qui ne continue pas la personne de la personne absorbée au regard du droit pénal⁹⁸⁷. Cette solution présente un inconvénient certain lorsque la fusion-absorption est organisée dans le dessein de faire échec à la responsabilité de la personne morale⁹⁸⁸. Reste qu'en théorie, il n'est pas possible de revenir sur cette règle, sauf à faire survivre la responsabilité pénale d'une personne après sa mort. Seule la responsabilité pénale de la personne physique demeure envisageable, notamment sur le fondement du recel du produit d'une infraction commise par la personne morale du temps de son existence.

a-2. L'indifférente l'identification de la personne physique consciente d'agir pour le compte de la personne morale

739. Entre la naissance de la personne morale et sa disparition, elle est nécessairement dotée d'un organe ou d'un représentant tenu de veiller au respect de la loi pénale. L'identité de cet individu n'a donc aucune espèce d'influence sur la qualification de l'infraction commise par la personne morale, si tant est que sa faute n'a pu être commise que par un organe ou un représentant de la personne morale⁹⁸⁹.

l'article 133-1 alinéa 1er du Code pénal d'après lequel « Le décès du condamné ou la dissolution de la personne morale, sauf dans le cas où la dissolution est prononcée par la juridiction pénale, la grâce et l'amnistie, empêchent ou arrêtent l'exécution de la peine ». Voir également par une interprétation a contrario, Crim., 14 décembre 1999, Bull. crim. n° 306 ; *Dr. pén.* 2000, comm. 56, note M. VERON ; *RSC* 2000, p. 600, obs. B. BOULOC ; *ibid.* p. 851, obs. G. GIUDICELLI-DELAGÉ ; la Chambre criminelle refuse d'y reconnaître la personnalité morale à un groupement.

⁹⁸⁵ Cf. art. 1844-8 alinéa 3 du Code civil ; art. L. 237-2 alinéa 2 et L. 251-21 du Code de commerce ; article 9 de la loi du 1er juillet 1901.

⁹⁸⁶ Crim., 14 octobre 2003, Bull. crim. n° 189, p. 778, pour le décès du technicien par électrocution d'une société absorbée par une autre personne morale postérieurement aux faits dénoncés. La Chambre criminelle censure l'arrêt au visa de l'article 121-1 du Code pénal parce que « *l'absorption avait fait perdre son existence juridique à la société absorbée* ».

⁹⁸⁷ Crim., 14 octobre 2003, Bull. crim. n° 189, p. 778, cassation au visa de l'article 121-1 du Code pénal, « *l'absorption [ayant] fait perdre son existence juridique à la société absorbée* ».

⁹⁸⁸ J. PRADEL, « La responsabilité pénale des personnes morales en droit français, quelques questions », *Rev. pénit.* 1998, spéc. p. 166-167 ; comp. L. GAMET, « Le principe de personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés », *JCP* 2001, I, 345.

⁹⁸⁹ La Chambre criminelle considère que la demanderesse ne saurait se faire un grief de ce que les juges du fond l'aient déclarée coupable du délit d'homicide involontaire sans préciser l'identité de l'auteur des manquements constitutifs du délit,

740. La jurisprudence offre une lecture stricte de l'intention coupable des personnes morales⁹⁹⁰. Elle se désintéresse de l'identification expresse qu'un organe ou un représentant ait commis le fait incriminé si tant est qu'il ne puisse y avoir de doute à cet égard, à la charge pour les juges du fond d'écarter ce doute de façon absolue⁹⁹¹.

741. Toutefois les juges du fond ne peuvent parvenir à cette conclusion en visant dans le même temps la faute personnelle du chef de chantier et l'abstention fautive de la société sans exposer leur décision à une censure de la Chambre criminelle pour contradiction de motifs⁹⁹². S'il y a bien faute de la personne morale par abstention fautive, la référence à la personne du chef de chantier perturbe le fondement de la qualification. Cela laisse entendre que cet exécutant technique, qui n'est pas conscient d'agir en qualité de personne morale, pourrait engager la responsabilité pénale de la personne morale qui emploie ses services.

742. De l'indifférence de l'identité de la personne incarnant la personne morale, il faut tirer cette conséquence que les délégations de compétences n'ont aucun effet déresponsabilisant pour la personne morale. Pour qualifier deux infractions simultanées,

dès lors que cette infraction n'a pu être commise, pour le compte de la société, que par ses organes ou représentants. Il n'y a là sanction d'aucune faute diffuse, les faits relatent d'ailleurs que les organes avaient été avertis de la dangerosité de cette installation cf. Crim., 20 juin 2006, Bull. crim. n° 188, p. 669, D. 2007, p. 617, note J.-C. SAINT-PAU ; JCP 2006, II, 10199, note E. DREYER, qui considère que l'arrêt affirme l'indifférence d'une identification exacte de l'organe ou du représentant, et surtout que la faute doit être imputée à la personne morale « parce qu'elle a réalisé des économies en ne faisant pas respecter les règles de sécurité en vigueur » ; or le premier point n'a jamais été exigé par la Chambre criminelle, et le second n'est pas exigé par l'article 121-2, « pour le compte » ne signifiant pas qu'il faille agir pour que l'entreprise réalise un gain ou une économie ; Dr. pén. 2006, comm. 128, note M. VERON, lequel estime que la présomption de faute qui résulte de cette solution « vide l'article 121-2 d'une grande partie de son contenu » ; D. 2007, p. 1624, obs. C. MASCALA ; RSC . 2006, p. 825, obs. Y. MAYAUD ; Rev. soc. 2006, p. 895, obs. B. BOULOC ; Crim., 25 juin 2008, Bull. crim. n° 167, p. 721 : « les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables dès lors que les infractions s'inscrivent dans le cadre de la politique commerciale des sociétés et ne peuvent avoir été commises pour le compte de celles-ci que par leurs organes ou représentants ».

⁹⁹⁰ Crim., 18 janvier 2000, Bull. crim. , n° 28, p. 68 ; Dr. pén. 2000, comm. 72, note M. VERON ; D. 2000, p. 636 note J.-C. SAINT-PAU ; JCP 2000, II, 10395, note F. DEBOVE ; JCP E 2001, p. 278, note F. MARMOZ ; RSC 2000, p. 816, obs. B. BOULOC ; également Crim., 22 janvier 2002, JurisData n° 2002-013184 ; Crim., 7 mai 2002, JurisData n° 2002-015302 ; Crim., 2 novembre 2005, JurisData n° 2005-031101 ; Crim., 23 mai 2006, JurisData n° 2006-034341 ; Crim., 1^{er} avril 2008, JurisData n° 2008-043861, Dr. pén. 2008, comm. 140, note M. VERON.

⁹⁹¹ Crim., 11 octobre 2011, n° 10-87.212, JurisData n° 2011-021620, au sujet de deux agents EDF qualifiés de représentant par les juges du fond sans qu'ils aient fait mention d'aucune délégation de pouvoirs ; JCP 2011, 1385, note J.-H. ROBERT ; D. 2011, p. 2841, note N. RIAS ; Dr. pén. 2011, comm. 149, note M. VERON ; RSC 2011, p. 825, obs. Y. MAYAUD ; RJDA 2012, n° 2, note BOCCON-GIBOT ; Rev. sociétés 2012, p. 52, note H. MATSOPOULOU ; JCP 2012, 299, obs. J.-F. CESARO ; Lettre Dalloz act., 30 oct. 2011, obs. M. BOMBLED ; Rev. pénit. 2012, p. 147, note J.-Y. CHEVALLIER.

⁹⁹² Crim., 11 avril 2012, Bull. crim. n° 94 (« ne justifie pas sa décision faute de s'être mieux expliquée sur l'existence effective d'une délégation de pouvoirs ni sur le statut et les attributions de deux agents de la société EDF, la cour d'appel qui retient la responsabilité pénale de cette dernière du chef d'homicide involontaire dans le cadre du travail « nonobstant l'absence formelle d'une délégation de pouvoirs »), JCP 2012, p. 740, note J.-H. ROBERT ; D. 2012, Jur., p. 1381, note J.-C. SAINT-PAU ; *ibid.* Pan. 1698, obs. C. MASCALA ; AJ pénal 2012, p. 415, obs. B. BOULOC ; Dr. soc. 2012, p. 720, chr. R. SALOMON et A. MARTINEL ; RSC 2012, p. 375, obs. Y. MAYAUD ; *ibid.* p. 377, obs. A. CERF-HOLLENDER ; RTD com. 2012, 627, obs. B. BOULOC ; Gaz. Pal. 20-21 juin 2012, jur. p. 5, note R. HERVET et F. BELLINOUCHE ; LPA, 13 juin 1996, n° 118, p. 15, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; Bull. crim. Joly sociétés 2012, § 346, obs. D. CHILLSTEIN ; également, voir Crim., 11 octobre 2011, Bull. crim. n° 202, p. 749, D. 2011, Jur. p. 2841, note N. RIAS ; *ibid.* 2012, Pan. p. 1698, obs. C. MASCALA ; AJ pénal 2012, p. 35, note B. BOULOC ; Rev. sociétés 2012, p. 52, note H. MATSOPOULOU ; Dr. soc. 2012, p. 93, obs. F. DUQUESNE ; *ibid.* p. 720, chron. R. SALOMON et A. MARTINEL ; RSC 2011, p. 825, obs. Y. MAYAUD ; RTD com. 2012, p. 201, obs. B. BOULOC ; Crim., 2 octobre 2012, Bull. crim. n° 205, p. 447.

il faut toutefois distinguer *la délégation de pouvoirs* de *la délégation d'une mission technique* qui, quant à elle, n'entraîne aucune suspension du discernement.

743. Dans l'hypothèse d'une délégation de mission technique, le cumul de responsabilité des personnes physique et morale n'est pas exclu mais il faudra s'en remettre au fait du délégant. En effet, le préposé ne peut pas engager la responsabilité de la personne morale⁹⁹³. Il agit sous les directives de la personne physique du délégant. Finalement, la délégation d'une mission technique constitue un cas particulier de subordination : le délégant est comptable des actes de son subordonné tant que ce délégataire a agi conformément à ses ordres⁹⁹⁴.

744. Il en va différemment lors d'une délégation de pouvoirs : il faut alors s'en remettre au fait du délégataire, quelle que soit sa qualité initiale, même s'il s'agit initialement d'un préposé. La Cour de cassation a tranché la controverse qui divisait les auteurs suivant qu'ils sont plutôt défavorables⁹⁹⁵ ou plutôt favorables à la délégation de pouvoirs efficace dans cette hypothèse⁹⁹⁶, dans le sens d'une possible délégation de pouvoirs envers un préposé dans l'arrêt du 14 décembre 1999⁹⁹⁷. La substitution du délégataire dans les fonctions du délégant neutralise la prise en compte des qualités personnelles du délégataire – tout comme celles du complice sont indifférentes à la qualification de son infraction⁹⁹⁸.

⁹⁹³ Crim., 8 avril 2008, Bull. crim. n° 96, p. 444 : dans cet arrêt de cassation, la Chambre criminelle affirme que le salarié d'une société assumant la maîtrise d'ouvrage déléguée d'une opération de construction de logements doit pouvoir faire valoir l'argument selon lequel il n'a reçu aucune délégation de pouvoirs ; Crim., 23 mai 2006, n° 05-84.846, Juris-Data n° 2006-034341, *Dr. pén.* 2006, comm. 128, M. VERON, au sujet d'une société qui avait reçu une note de l'inspection du travail l'informant particulièrement sur l'état défectueux du sol d'un chantier. Or par la suite, un salarié de cette société qui se trouvait sur une nacelle a fait une chute mortelle des suites du déséquilibre de l'engin. Le préposé de la société, en charge de la coordination de la sécurité, ainsi que cette personne morale, ont été renvoyé devant le tribunal correctionnel du chef d'homicide involontaire. Le tribunal relaxe la société et condamne le coordinateur. Cette décision est confirmée en appel, au motif que cette personne physique avait été destinataire des courriers de l'inspection du travail. La question à résoudre était la suivante : *le coordinateur de la sécurité sur un chantier, informé du mauvais état du sol qui a justement causé un accident mortel, commet-il une faute d'imprudence par omission qui entraîne la responsabilité pénale de la personne morale ?* La Chambre criminelle répond par la négative, les juges du fond n'ayant pas recherché « si les négligences et manquements aux obligations de sécurité susénoncés avaient été commis par les organes ou représentants de la société au sens de l'article 121-2 du Code pénal ». En effet, la coordination technique ne présume pas la délégation de pouvoirs. Il eut fallu établir que le coordinateur avait été pourvu de la mission de représenter la société, afin de conclure à l'omission fautive commise en conscience de cette qualité personnelle.

⁹⁹⁴ Voir *infra* Chap. 2, Section 1, § 2, B, relatif à l'instrumentalisation fonctionnelle.

⁹⁹⁵ B. BOULOC, *op. cit.*, n° 312 ; H. MATSOPOULOU, « La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morale », *Rev. sociétés* 2004, p. 283, n° 23 ; J.-H. ROBERT, « Les préposés sont-ils les représentants de la personne morale ? », in *Mélanges P. Couvrat*, p. 383.

⁹⁹⁶ F. DESPORTES et F. Le GUNEHEC, *op. cit.*, n° 608 ; J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité des personnes morales, réalité et fiction », in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec 2003, n° 158.

⁹⁹⁷ Crim., 14 décembre 1999, préc. ; V. également Crim., 30 mai 2000, Bull. crim. n° 206 ; *JCP E* 2001, p. 950, note S. FERRIES ; *D.* 2001, p. 2350, obs. G. ROUJOU de BOUBEE.

⁹⁹⁸ Voir *supra*, Section 1, § 2, A, 2°, b.

745. De plus, la fusion-absorption rend la délégation de pouvoirs envers un représentant temporaire caduque⁹⁹⁹. La disparition de la personne morale entraîne les mêmes effets que la mort de la personne physique en droit pénal. Il faut donc réitérer l'attribution de la qualité de représentant à l'individu concerné après la disparition de la personne morale, afin que les faits du nouveau délégataire puissent engager la responsabilité de la société absorbante.

746. En tout état de cause, le transfert de responsabilité de la personne physique représentant la personne morale envers une autre personne physique assumant cette fonction demeure sans conséquence sur la conscience qu'a eu chacune d'entre elles, successivement, d'incarner la personne morale. La personne morale reste comptable des omissions du délégant comme de celles du délégataire. L'identité de la personne en charge de la représenter étant inutile pour caractériser son omission coupable, cette faute se perpétue par-delà les délégations et subdélégations – à charge pour les juges du fond d'en vérifier la validité¹⁰⁰⁰.

b. Le rejet du cumul en cas d'exclusivité du discernement

747. Certes, la personne morale ne peut agir sans le support de la personne physique sans laquelle elle ne pourrait d'ailleurs pas exister. Sa culpabilité n'en répond pas moins au même critère. Comme chez la personne physique, le discernement de la personne morale correspond à une *conscience d'être*. Elle est conditionnée par la connaissance, chez un individu, de revêtir la qualité d'organe ou de représentant de cette entité, et d'agir pour le compte de cette personne morale. Autrement dit, il faut que l'organe ou le représentant commette l'infraction non pas en conscience que, durant le temps chronologique qui couvre son fait, il est doté de cette qualité, mais avec *la volonté d'agir comme s'il était l'incarnation de la personne morale*.

748. *A fortiori*, l'individu qui agit avec la conviction d'agir exclusivement comme représentant de la personne morale met l'ensemble de ses qualités personnelles au service

⁹⁹⁹ Crim., 20 juillet 2011, inédit, JurisData n° 2011-014798 ; également Crim., 20 juillet 2011, inédit, JurisData n° 2011-014800. D'après ces décisions, « Le salarié d'une société ayant fait l'objet d'une fusion-absorption, qui était responsable d'établissement et titulaire d'une délégation de pouvoirs consentie par le dirigeant de la société absorbée, a été condamné du chef de prêt illicite de main-d'œuvre. Cette décision encourt la cassation dès lors que les juges n'ont pas recherché si la fusion-absorption, qui avait donné lieu à la création d'une société distincte de la précédente et à un changement de dirigeant social, n'avait pas eu pour effet d'entraîner la caducité de la délégation de pouvoirs accordée pour la durée de la responsabilité du salarié au sein de la société absorbée ».

¹⁰⁰⁰ Crim., 22 janvier 2013, Publié au bulletin.

de la criminalité de cette personne morale. Cette proposition neutralise la critique émise au sujet des infractions pour lesquelles le législateur précise la seule qualité qui permet de la commettre¹⁰⁰¹. Le professeur Conte invoque en effet le risque d'une violation du principe de légalité criminelle car, dans cette hypothèse, il faudrait reprocher à une personne morale la faute que ne peut commettre, par exemple, qu'un professionnel ou un fonctionnaire.

749. Or cette responsabilité pénale « au carré » nécessite elle-même un double degré de conscience. Il faut qu'une personne physique agisse avec la conviction d'être l'organe ou le représentant de la personne morale. Le Code pénal se désintéresse donc par principe de la qualité de la personne physique qui commet l'infraction dans l'absolu. Néanmoins si cette personne physique commettait l'infraction dans la double conscience d'une qualité particulière qu'exige l'infraction d'une part, et de celle de représentant de la personne morale d'autre part, quel obstacle y aurait-il à l'imputer exclusivement à la personne morale, si ce n'est probatoire ?

750. Dans ce cas en effet, toute la difficulté consisterait à établir ce qui relève usuellement des mobiles infractionnels. L'organe ou le représentant pourrait commettre un meurtre pour finaliser un contrat juteux, en sa qualité de fonctionnaire ; une agression sexuelle, un viol¹⁰⁰², voire des viols répétés dans une zone géographique délimitée dans le seul but de convaincre la population de requérir les services de sa société de gardiennage, en sa qualité de professionnel. L'imagination criminelle d'un représentant de personne morale est aussi illimitée que celle d'une personne physique.

751. Tout mobile, une fois prouvé, pourrait ériger la personne morale en responsable exclusif de l'infraction commise par l'intermédiaire de la personne physique, et sa qualité personnelle influencer la nature de l'infraction qu'il commettrait pour le compte exclusif de la personne morale. C'est le cas lorsque le directeur d'une société agricole, conscient de sa qualité d'assujetti à une ordonnance ou à un règlement qui lui a été nommément adressé, commet néanmoins l'infraction de poursuite de l'exploitation d'une installation classée, pour le compte de la personne morale, en violation de cette mise en

¹⁰⁰¹ P. CONTE, *Juricl. pén. des affaires*, v° Sociétés, Fasc. 10, n° 8 ; également Fasc. 20, n° 12 ; J.-C. PLANQUE, « Faute de loi... se contentera-t-on de circulaire ? À propos de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », *D.* 2006, p. 1836 ; J.-Y MARECHAL, note sous Crim., 15 janvier 2008, *JCP* 2008, II, 10082.

¹⁰⁰² Contra : H. MATSOPOULOU, « La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. sociétés* 2004, p. 283, n° 7.

demeure¹⁰⁰³. Cette solution devrait également valoir à l'égard de tout fonctionnaire ou professionnel mettant ses qualités personnelles au service de la personne morale, ce qui exclut toute possibilité de responsabilités personnelles cumulées. Ce mécanisme n'est pas différent de celui qui permet d'exclure la responsabilité d'une personne en cas de faute exclusive d'un tiers. La Chambre criminelle affirme par exemple qu'une faute exclusive du salarié alcoolisé décédé dans un accident de travail peut [aurait pu en l'espèce] exonérer la personne morale de responsabilité pénale¹⁰⁰⁴.

2. *Les paramètres de la simultanéité*

752. Comme pour les personnes physiques, la qualification de l'infraction commise par la personne morale dépend de la précision de l'obligation à laquelle elle est assujettie. Etant donné que la personne morale est nécessairement dotée d'un organe ou d'un représentant, la constatation du dommage dont elle devait empêcher la réalisation implique qu'elle ait commis l'infraction litigieuse, lorsqu'elle était tenue au respect d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité. Dans tous les autres cas, c'est-à-dire à défaut d'une obligation précise, il faut établir la preuve d'une volonté de commettre l'infraction pour son compte personnel. Partant, l'identité de l'individu ayant commis le fait ou l'omission punissable est indifférente à l'existence du cumul en présence d'une obligation particulière (a) ; elle devient nécessaire à la qualification d'une faute lorsque l'obligation est générale (b).

a. L'obligation particulière et la simultanéité des responsabilités personnelles

753. L'article 121-3 du Code pénal n'établit pas de distinction, à l'égard des personnes morales, en fonction de la nature directe ou indirecte du lien de causalité entre une faute et un dommage¹⁰⁰⁵. Les personnes morales sont responsables pour tous les dommages

¹⁰⁰³ Crim., 28 juin 2005, JurisData n° 2005-029666 ; *Dr. pén.* 2005, comm. 126, obs. critique de J.-H. ROBERT. La décision de condamnation concerne le président du conseil d'administration d'une société coopérative agricole, pour une violation de l'article L. 514-11, §II du Code de l'environnement : il est constitué par le fait, pour l'exploitant d'une installation classée, de persister malgré et après une mise en demeure préfectorale dans l'inobservation des normes techniques imposées à la conduite de l'installation. L'article L. 524-1 du Code rural prévoit qu'une telle société est administrée par son conseil d'administration, mais que le président de ce conseil, désigné par lui, exerce un pouvoir de direction de nature à permettre la recherche de sa responsabilité pénale personnelle.

¹⁰⁰⁴ Crim., 23 novembre 2010, Bull. crim. n° 186, p. 746.

¹⁰⁰⁵ La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, « tendant à préciser la définition des délits non intentionnels » modifie l'alinéa 3 de l'article 121-2 du Code pénal pour y insérer un renvoi à l'alinéa 4 de l'article 121-3 dudit code, ce qui a pour conséquence d'exclure la personne morale des sous-distinctions qu'il pose à l'égard des personnes physiques. Une faute simple de la

survenus par l'imprudence de leur organe ou représentant. Elles subissent de plein front l'obligation absolue de prévenir les dommages survenus au sein de l'entreprise.

754. Il est même douteux que l'abolition du discernement de l'organe exonère la personne morale de responsabilité car, d'une part, avant ou après cet état, celui qui incarne la personne a dû prendre les mesures indispensables au respect des normes réglementaires ; d'autre part, la survenance d'un dommage pendant qu'il subit l'abolition du discernement pourrait donc encore révéler son imprudence en tant que représentant de la personne morale : celle de n'avoir pas fait nommer quelqu'un d'autre à sa place en temps voulu. Le mécanisme institué par la loi Fauchon *revient à faire peser sur la personne morale une obligation de résultat dans la prévention de dommages liés à son activité.*

755. La personne morale commet une faute en n'adaptant pas une procédure de contrôle du matériel employé de sorte qu'aucun dommage ne se réalise¹⁰⁰⁶. Pour confirmer la condamnation de la personne morale, la Cour se fonde sur des articles soumettant la personne morale à l'impératif de protection de l'intégrité physique des salariés, à l'instar de l'article L. 233-5-1 du Code du travail qui¹⁰⁰⁷, comme l'ensemble des autres textes cités, ne précisent pas la manière de parvenir au but intimé¹⁰⁰⁸.

756. Ces dispositions ne décrivent pas d'obligation *particulière* de prudence ou de sécurité. Il n'est pas possible d'en abstraire un comportement contraignant¹⁰⁰⁹. *Il suffit d'établir que la conscience d'agir en cette qualité aurait dû conduire son incarnation à procéder aux mesures qui auraient empêché le dommage. La faute a dû exister à l'un*

personne morale peut engager sa responsabilité pour la commission d'un dommage avec la réalisation duquel le fait de son organe ou représentation entretient un lien de causalité indirect.

¹⁰⁰⁶ Crim., 4 décembre 2007, inédit, n° de pourvoi : 07-81072, au sujet d'un système de sécurité prévoyant l'arrêt automatique de cette machine dès l'ouverture du capot. La mauvaise étanchéité du matériel a provoqué un court-circuit à l'origine de l'activation des pâles alors que le couvercle était ouvert, blessant gravement l'un des employés. L'entretien des machines avait été réalisé conformément au plan établi mais il s'est avéré inefficace, des suites d'un empoussiérage pourtant inhérent à l'activité boulangère de la société.

¹⁰⁰⁷ L'article 233-5-1 du Code du travail dispose que les équipements de travail et les moyens de protection mis en service ou utilisés dans les établissements mentionnés à l'article L. 231-1 du même code doivent être équipés, installés, utilisés, réglés et maintenus de manière à préserver la sécurité et la santé des travailleurs ».

¹⁰⁰⁸ L'article R 233-17 du Code du travail, abrogé depuis lors, dispose que « les protecteurs et les dispositifs de protection permettant de répondre aux dispositions des articles R. 233-15 et R. 233-16 (...) 2° Ne doivent pas occasionner de risques supplémentaires, la défaillance d'un de leurs composants ne devant pas compromettre leur fonction de protection » ; l'article R 233-25 du même code, « Les équipements de travail alimentés en énergie électrique doivent être équipés, installés et entretenus, conformément aux dispositions du décret n° 88-1056 du 14 novembre 1988, de manière à prévenir, ou permettre de prévenir, les risques d'origine électrique, notamment les risques pouvant résulter de contacts directs ou indirects, de surintensités ou d'arcs électriques ».

¹⁰⁰⁹ Il n'y avait pas place pour la qualification d'une faute délibérée de la part de quiconque. De plus s'agissant de la personne physique responsable de la sécurité du site, la Chambre criminelle prend la peine de relever que « l'installation de relais de sécurité n'avait pas été réalisée contrairement aux recommandations du plan établi en 1995 concernant la mise en conformité de cette ligne automatisée de pétrissage, en application du décret du 11 janvier 1993 ». Il n'était donc même pas envisageable de relever à son encontre une faute caractérisée. Cette vérification annonce cependant implicitement la possibilité d'un cumul des responsabilités

quelconque des moments où un organe ou un représentant aurait pu anticiper l'empoussiérage du mécanisme de sécurité, notamment en prévoyant une meilleure procédure de vérification du matériel, s'agissant en l'espèce d'une société justement productrice de produits boulangers.

757. La concurrence des fautes s'observe également lorsque personnes physique et morale sont tenues au respect d'obligations particulières distinctes ; par exemple dans l'arrêt du 28 avril 2009¹⁰¹⁰, où une personne morale avait été reconnue coupable d'homicide involontaire, et la personne physique la représentant d'une « *omission de prendre les mesures nécessaires à l'aménagement des lieux de travail de manière à assurer la sécurité des travailleurs* » prévue à l'article R. 213-13-19 du code du travail relative à la formation à la sécurité¹⁰¹¹.

758. Dans le même esprit, la Chambre criminelle juge encore valable la condamnation d'un centre hospitalier universitaire pour homicide involontaire, à la suite du décès d'une patiente dans le service des urgences, parce que cette personne morale n'a pas permis, en infraction au règlement intérieur de l'hôpital imposant la présence d'un médecin senior dans chaque unité fonctionnelle de ce service, qu'elle soit examinée par un médecin senior tant lors de son arrivée qu'à son retour du service de radiologie alors que le diagnostic vital était engagé. Dans le jargon prétorien, ce centre a alors « *commis une faute entretenant un lien de causalité certain avec la mort de la victime* », ce qui veut dire qu'un organe ou un représentant de cette personne morale a nécessairement commis une faute en omettant de procéder aux prescriptions du règlement intérieur.

759. En résumé, la faute de la personne morale apparaît presque artificielle, la réalisation d'un dommage induisant une faute d'organisation du service¹⁰¹² ou le défaut de formation du personnel employé¹⁰¹³.

¹⁰¹⁰ Crim., 28 avril 2009, Bull. crim. n°80, p. 283, préc.

¹⁰¹¹ Au visa des articles 121-2 et 121-3 du Code pénal, elle juge que « les personnes morales sont responsables pénalement de toute faute non intentionnelle de leurs organes ou représentants ayant entraîné une atteinte à l'intégrité physique, même en l'absence de faute délibérée ou caractérisée de la personne physique », tout en n'excluant pas la faute de la personne physique manifestée par le non respect d'une obligation particulière de sécurité prévue par le règlement et que les juges du fond auraient à établir.

¹⁰¹² Crim., 28 avril 2009, Bull. crim. n° 80, p. 283, rendu sur le fondement des articles 121-2 et 121-3 du Code pénal, où l'arrêt confirmatif d'appel relève « l'omission [par les représentants de la société] de prendre les mesures nécessaires et d'aménager les lieux de travail de manière à assurer la sécurité des travailleurs ». Un accident avait en l'espèce eu lieu « en raison du danger constitué par les traverses de stockage se trouvant sur le chemin de l'opérateur du pont roulant électrique », des paquets de fer empilés les uns sur les autres ayant masqué la vue de la charge de l'auteur des faits. Ici encore, la décision de mise en conformité du chantier avec les exigences légales et réglementaires relevaient du champ de compétence de l'organe ou du représentant de la personne morale.

¹⁰¹³ Crim., 15 janvier 2008, Bull. crim. n° 6, p. 17. Cette condition est nécessairement remplie lorsque l'ordre a été donné à des salariés intérimaires d'accomplir une tâche pour laquelle il n'avait aucune compétence.

b. Le cumul en présence d'une obligation générale : la nécessaire preuve de l'intention

760. En présence d'incriminations prévoyant une obligation générale, en matière intentionnelle la plupart du temps, il faut rapporter la preuve d'une volonté de commettre l'infraction pour le compte de la personne morale.

761. La Chambre criminelle exige régulièrement des juges du fond qu'ils établissent cette intention coupable par une analyse *in concreto*, celle qui porte sur la volonté de l'auteur des faits. Cependant, sa jurisprudence n'a pas été comprise de certains annotateurs qui y ont vu l'exigence, de la part de la Cour de cassation, de viser nommément l'entité censée représenter ou constituer l'organe de la personne morale, notamment dans l'arrêt du 2 décembre 1997¹⁰¹⁴. Pour casser l'arrêt d'appel, au visa notamment de l'article 121-2 du Code pénal, la Cour de cassation affirme qu'il appartenait aux juges « de rechercher si le directeur général de la société, organe de la personne morale, avait eu *personnellement* connaissance de l'inexactitude des faits relatés dans les attestations *et si l'élément intentionnel du délit était ainsi caractérisé* ».

762. En l'espèce, la circonstance qu'un organe de la personne morale la représente devant la juridiction prud'homale établit sans conteste la conscience, chez cette personne, d'agir comme s'il incarnait la personne morale. Il lui prête son corps et son verbe aux fins de la défendre des accusations portées contre elle. La Chambre criminelle ne s'appesantit donc pas sur l'exigence du discernement de la personne morale (art. 121-2 du Code pénal : « pour le compte de »). Cependant le discernement ne suffit pas à caractériser la culpabilité dans l'infraction référencée au visa de l'arrêt. Les faits avaient été commis sous l'empire de l'article 161 alinéa 4 1° du Code pénal de 1810. Or, cette disposition incriminait le fait d'établir « *sciemment* une attestation ou un certificat faisant état de faits matériellement inexacts », si bien que les juges du fond devaient relever la volonté coupable de l'individu par une analyse *in concreto*. Dans la première branche de l'arrêt de la Chambre criminelle, le pourvoi est d'ailleurs rejeté car les juges du fond

¹⁰¹⁴ Crim., 2 décembre 1997, Bull. crim. n° 408, p. 1350 ; *JCP* 1998, IV, 1820 ; *JCP* 1998, II, 10023, rapp. F. DESPORTES ; *JCP* E 1998, p. 948, note P. SALVAGE ; *RSC* 1998, p. 536, note B. BOULOC ; également J.-Y. MARECHAL, *J.-Cl. pén.*, art. 121-2, « Responsabilité pénale des personnes morales », n° 87. Dans le même sens voir Crim., 21 mars 2000, Bull. crim. n° 128 ; *Dr. pén.* 2000, comm. 131, note J.-H. ROBERT ; Crim., 24 mai 2000, Bull. crim. n° 203, *RSC* 2000, p. 816, obs. B. BOULOC ; également Crim., 23 mai 2013, Bull. crim. n° 115, p. 220, n° de pourvoi : 12-83780, où la Chambre criminelle censure les juges du fond qui s'étaient « exclusivement » fondés sur la culpabilité des personnes physiques alors que cette personne physique n'agit pas nécessairement en conscience de sa qualité d'organe ou de représentant, si bien que sa volonté

avaient valablement procédé à cette caractérisation de la volonté coupable (« que les juges en déduisent que X... a *volontairement* rédigé une attestation au contenu inexact »).

763. Cependant pour conclure à la culpabilité de la personne morale, les juges du fond s'étaient contentés d'une référence à la qualité de l'organe (« *les juges ajoutent que, lorsqu'elle a produit les attestations, "la SA Y..." ne pouvait ignorer qu'elles comportaient certaines affirmations inexactes* »). Autrement dit, ils avaient établi le discernement de la personne morale au moment des faits (la conscience, chez la personne physique, d'agir pour le compte de la personne morale) mais pas la volonté de celui qui l'incarnait d'agir pour son compte. Ainsi que l'expose la Chambre criminelle, « il leur appartenait de rechercher si *le directeur général de la société, organe de la personne morale, avait eu personnellement connaissance de l'inexactitude des faits relatés dans les attestations et si l'élément intentionnel du délit était ainsi caractérisé* ». Ils auraient dû démontrer ce en quoi le « directeur général de la société » (qui n'est pas cité ici en qualité d'organe dans la solution de droit, cette particularité étant précisée entre virgules en raison de son accessoriété dans la résolution du problème posé) avait agi volontairement. Le cas échéant, étant donné qu'il était organe de la personne morale, cette volonté aurait suffi à caractériser l'élément intentionnel de l'infraction¹⁰¹⁵. La Chambre criminelle casse donc l'arrêt des juges du fond notamment au visa de l'article 591 et 593 du Code de procédure pénale pour défaut de motif. Cette décision n'impose donc nullement l'obligation pour les juges d'identifier strictement l'organe ou le représentant ayant commis une faute¹⁰¹⁶, mais d'établir la preuve d'une volonté d'atteindre le but illicite.

B. Les discernements simultanés de la personne physique

764. Pour répondre à la question du cumul d'infractions, il apparaît tentant de se fier à l'article 132-1 du Code pénal qui indique la marche à suivre : le cumul des peines dans la limite de la peine la plus haute, et le cumul illimité des peines contraventionnelles. Cependant le problème du cumul des infractions ne peut dépendre de ces articles relatifs au régime des peines. D'un point de vue procédural, si les deux infractions successives

de surprendre la religion des juges dans le cadre d'une instance prud'homale ne la fait pas commettre une infraction *pour le compte* de la personne morale.

¹⁰¹⁵ Au jour de l'arrêt, le Code pénal de 1994 est entré en vigueur et l'article 161 al. 4 du Code pénal a été remplacé par l'article 441-7 du Code pénal, relatif à la falsification en ses 2° et 3°. Il faut en conclure que *falsifier* doit être analysé *in concreto* pour la Chambre criminelle.

sont constituées, il faudra faire jouer les règles du cumul d'infraction pour déterminer le *quantum* de la peine encourue par le seul auteur des faits.

765. En revanche sur le plan du droit pénal, il n'y a en l'occurrence aucun cumul d'infractions à résoudre. Les articles 132-1 et suivants du Code pénal n'interviennent qu'une fois les infractions punissables constituées, en d'autres termes après la résolution du *cumul des infractions*. Il faut donc décider du cumul éventuel des faits à la lumière des dispositions générales concernant la culpabilité pénale.

766. La concurrence des infractions n'est pas différente, en théorie, de celle que reconnut la Cour de cassation dans l'arrêt Ben Haddadi du 3 mars 1960¹⁰¹⁷. En l'espèce, avec la complicité d'un dénommé Goulam qui lui a fourni les moyens de son forfait, Ben Haddadi lance une grenade dans un immeuble (le café de la Poste) dont il ne résulte que quelques dégâts matériels. Il fut condamné à la peine de mort du chef de la double tentative de destruction d'immeuble servant à habitation et de meurtre par le tribunal des forces armées.

767. D'après la solution de droit, « si la loi punit de la peine de mort la destruction par l'effet d'un explosif d'un édifice habité ou servant à l'habitation, parce que ce fait met en péril des vies humaines, *ce crime n'en est pas moins essentiellement établi en vue d'assurer la protection des propriétés* ; qu'il est constitué dans tous ses éléments dès que son auteur a agi volontairement, sachant qu'il détruisait ou tentait de détruire un édifice de cette espèce, sans qu'il soit nécessaire qu'il ait eu aucun dessein homicide ; Qu'il suit de là que si l'auteur d'un tel attentat a en vue, indépendamment de la destruction de l'édifice, la mort de personnes, qu'elles habitent ou non le local soumis à l'action de l'explosif, il commet un second crime, *dont l'élément matériel est constitué sans doute par le même fait*, mais qui se distingue du premier par son élément intentionnel, qui est la volonté de tuer ; Qu'il ne s'agit pas, en tel cas, d'un crime unique, dont la poursuite sous deux qualifications différentes serait contraire au vœu de la loi, mais de *deux crimes simultanés*, commis par le même moyen, mais caractérisés par des intentions coupables *essentiellement* différentes ».

¹⁰¹⁶

¹⁰¹⁷ Crim., 3 janvier 1960, Bull. crim. n° 178, RSC 1961, p. 107, obs. A. LEGAL ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 8e éd., 2012, n° 19 ; M. PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, op. cit., n° 69 ; R. MERLE et A. VITU, op. cit., n° 398 ; A. DEKEUWER, « La classification des concours de qualifications », RSC 1974, p. 522 ; B. BOULOC, op. cit., n° 686 ; également A. DECOCQ, op. cit., p. 138 ; E. DASKALASKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès*, thèse Paris, 1969, p. 197 s.

768. Cette décision ne pouvait être comprise à partir du réalisme infractionnel. Concrètement, le comportement du condamné n'avait occasionné que des dommages matériels. Il semblait donc difficile de retenir à la fois l'infraction contre les biens et une tentative d'infraction contre les personnes.

769. Une explication pouvait être fondée sur le critère de la valeur sociale protégée. L'auteur des faits a certainement voulu détruire l'immeuble. Et il a par ailleurs pris le risque de tuer des individus s'y trouvant.

770. Toutefois le critère de la « valeur sociale protégée » ne figure pas dans le motif de l'arrêt. Il s'induit, à la rigueur, de la structure du Code pénal de 1810. Cependant comment expliquer que ce dol éventuel suffise à la qualification d'une intention homicide qui, en principe, requiert la volonté de ce « résultat » ? Ce critère imprécis n'a pas permis d'expliquer la cohérence (ou de critiquer l'incohérence) de la jurisprudence dans l'hypothèse de faits pénaux simultanés¹⁰¹⁸.

771. Il semble qu'en l'espèce, la Chambre criminelle ait sanctionné la conscience d'un doute au titre de l'intention. L'explication psychologique, corollaire de la critériologie du résultat, révèle alors ses limites. Force est d'admettre qu'il existe, avec cet arrêt, une équivalence du doute individuelle avec l'intention personnelle. Devinant deux infractions à partir d'un seul et même fait réel, la Chambre criminelle confirmait la nature intellectuelle de l'infraction. Elle en déduisait qu'il pouvait en exister deux dans un même trait de temps *mathématique*. Pour parvenir à cette conséquence, elle ne s'est pas fiée, *a priori*, sur la volonté de l'auteur des faits, ce qui aurait remis en cause l'indisponibilité du droit pénal. Il lui incombait de s'en remettre à la *ratio legis*, c'est-à-dire de regarder aux qualités personnelles visées par chacun des textes d'incrimination.

772. Pour retenir une double intention, il faut nécessairement qu'elle ait reconnu deux discernements distincts chez l'auteur des faits. Ce cumul n'est envisageable qu'à la condition d'une impossible interférence des deux obligations en jeu : *la conscience d'être soumis à l'interdiction de commettre des faits relevant de statuts personnels indépendants les uns des autres*, sans que leur contenu n'intègre un élément étranger à la protection respective des personnes ou des biens. En l'espèce, l'un ne touchait qu'aux

¹⁰¹⁸ Cf. F. DESPORTES et F. Le GUNEHEC, n° 288 s. ; P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, n° 235 s., qui décrivent la difficile appréhension de cette jurisprudence.

biens, et l'autre qu'à l'intégrité des personnes. La Chambre criminelle affirme en conséquence que ces intentions sont « *essentiellement* » différentes.

773. A cet égard, la rédaction de l'arrêt Ben Haddadi comportait une ambiguïté. Les articles 434 et 435 du Code pénal de 1810, visés par la solution de l'arrêt, ne portent aucune mention relative à la présence effective ou possible d'individus dans l'immeuble détruit. Ils figuraient au sein d'un chapitre dédié à la protection des propriétés, dans la section III relative aux « destructions, dégradations et dommages ». L'article 434 du Code pénal de 1810 dispose que « *Quiconque aura volontairement mis le feu à des édifices, navires, bateaux, magasins, chantiers, forêts, bois taillis ou récoltes, soit sur pied, soit abattus, soit aussi que les bois soient en tas ou en cordes, et les récoltes en tas ou en meules, ou à des matières combustibles placées de manière à communiquer le feu à ces choses ou à l'une d'elles, sera puni de la peine de mort* ».

774. Or, la Chambre criminelle fait référence à des « *immeubles à usage d'habitation* » dans sa solution de droit. Pourtant elle précise aussitôt que ce texte était « *essentiellement* établi en vue d'assurer la protection des propriétés ». Si l'infraction relative aux immeubles avait intégré l'aléa de la mort d'autrui, sans en faire un élément constitutif du crime (à la manière de l'infraction d'administration d'une substance mortifère) il eut été impossible de retenir concurremment l'infraction d'homicide.

775. En effet dans cette hypothèse, cette infraction aurait compris en son sein une conscience d'être soumis au droit pénal général protégeant les biens comme les personnes. Autrement dit, elle aurait alors sanctionné un dol éventuel. L'autonomie respective de cette infraction avec celles prévues aux articles 295 à 297 et 302 du Code pénal autorisait alors le cumul de faits, à la condition de prouver non pas la volonté homicide, mais l'ignorance consciente de l'accusé quant à l'atteinte à la vie d'autrui. *La possibilité du cumul de faits intentionnels distinct naît donc de l'autonomie respective du champ d'application de chacune de ces infractions. L'intention résulte alors, à tout le moins, du doute de l'individu sur la conformité de son geste à la loi pénale. Elle est établie, a fortiori, lorsque la volonté de l'accusé concorde avec cette intention.*

776. Cette décision a fixé les grandes lignes du discernement avant l'intégration légale de cette notion à la définition de la faute. Elle n'étaye pas le critère de la valeur sociale protégée. D'ailleurs ce critère eut été insuffisant pour expliquer les solutions rendues

jusqu' alors par la Chambre criminelle, qui a reconnu la simultanéité des qualifications de tentative de meurtre et de crime d' incendie¹⁰¹⁹, de tentative d' évvasion et d' incendie¹⁰²⁰, de tentative de meurtre et de tentative de vol¹⁰²¹, d' avortement et d' homicide involontaire¹⁰²², d' homicide ou blessures involontaires et inobservation des règlements¹⁰²³, ou encore de contravention au Code de la route et au règlement sur la coordination des transports¹⁰²⁴.

777. Analyser ces diverses solutions à l' aune du critère de la valeur sociale protégée ne devrait-il pas conclure au rejet de la simultanéité des faits ? La tentative de meurtre et l' incendie ne peuvent-ils pas être compris comme des mesures de protection de la vie, au moins accessoirement pour l' incendie ? La réglementation de l' avortement ne tend-elle pas à la protection de la vie *lato sensu*, de même que l' homicide involontaire ? Le manquement au règlement sur la coordination des transports ne constitue-elle pas l' infraction obstacle à la réalisation d' un accident routier, synonyme de blessures graves ou de décès ? Cet outil à connotation sociologique révèle ainsi ses limites en droit pénal.

778. En résumé, les faits engagent nécessairement des consciences personnelles distinctes lorsqu' ils sont commis sous la double connaissance des qualités de personne physique et de représentant ou organe de la personne morale. Lorsqu' une seule et même personne physique est concernée, les intentions concurrentes n' existent qu' à la condition de procéder de deux consciences personnelles différentes. La distinction de ces discernements concurrents tient son objectivité de la lettre du Code pénal, et n' existe qu' en présence d' infractions absolument autonomes l' une de l' autre, à charge de prouver que l' agent pénal a effectivement nourri ces deux volontés coupables. A l' inverse, l' une des infractions pourrait être écartée s' il est avéré que l' agent a agi suivant la conscience d' être assujetti à un statut juridique exclusif de tout autre. Mais à défaut d' être simultanées, certaines des obligations qui s' imposent à lui pourraient être successives, ce qu' il convient d' envisager.

¹⁰¹⁹ Crim., 17 décembre 1842, Bull. crim. n° 333, p. 516.

¹⁰²⁰ Crim., 21 août 1845, Bull. crim. n° 263, p. 431, S. 1845, 1, p. 848.

¹⁰²¹ Crim., 17 juin 1875, Bull. crim. n° 193, p. 371.

¹⁰²² Crim., 2 juillet 1863, Bull. crim. n° 185, p. 307.

¹⁰²³ Crim., 11 mars 1905, Bull. crim. n° 118, p. 184 ; Crim., 30 janvier 1937, S. 1939, 1, p. 193, note A. LEGAL ; Crim., 3 novembre 1955, Bull. crim. n° 443, p. 784 ; Crim., 19 avril 1956, Bull. crim. n° 323, p. 596 ; Crim., 24 octobre 1956, Bull. crim. n° 675, p. 1197 ; Crim., 15 janvier 1958, Bull. crim. n° 60, p. 106, RSC 1959, p. 367, obs. A. LEGAL.

¹⁰²⁴ Crim., 27 novembre 1957, Bull. crim. n° 778, p. 1407.

§ 2. *Le discernement et la succession d'infractions*

779. L'hypothèse de la succession d'infractions correspond à un champ théorique bien précis. Elle exclut deux types de concours d'infractions. Tout d'abord, elle ne concerne pas l'hypothèse traitée précédemment de la simultanéité d'infractions, où une personne sait qu'elle doit respecter des obligations relevant de statuts distincts dans une même fenêtre de temps. Ensuite, il faut distinguer la succession d'infractions proprement dite des infractions successives légalement assimilées à une seule infraction par le législateur. En principe elles sont autonomes mais le législateur les a liées les unes aux autres par le mécanisme de l'aggravation¹⁰²⁵. Le Code pénal règle par avance bien des cas de succession d'infractions en agréant des infractions accessoires à une infraction principale, à l'instar du vol précédé ou suivi de violences. En dehors de ces hypothèses, il y a place pour la commission de plusieurs infractions les unes à la suite des autres, en violation d'un statut personnel unique.

780. Le respect d'une obligation personnelle particulière laisse encore place à la violation d'une obligation d'ordre général. Il faut envisager les rapports de ces deux types d'infractions, lorsqu'une obligation particulière intervient (A) ou que deux obligations générales sont en cause (B).

A. Les infractions successives en présence d'une obligation particulière

781. Lorsqu'une infraction est commise, il est possible de qualifier une infraction successive à la condition que la première infraction ne s'incorpore pas à la faute commise postérieurement.

782. C'est notamment le cas en présence d'une obligation particulière et de l'obligation générale d'assistance à personne en péril. De l'avis de nombreux auteurs, il n'est pas possible de retenir le cumul de l'infraction d'omission de porter secours avec une infraction que le prévenu aurait commise.¹⁰²⁶ Le sujet de l'obligation d'assistance ne

¹⁰²⁵ Cette hypothèse est traitée avec détail dans la thèse de A. DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions, essai d'une théorie générale*, thèse Paris II, 2006, sous l'intitulé des infractions de subséquence.

¹⁰²⁶ L'infraction d'omission de porter secours existe à part entière, dans le droit pénal postérieur à la Révolution, depuis l'ordonnance du 25 juin 1945 créant l'article 63 du Code pénal de 1810, aujourd'hui codifiée à l'article 223-6 du Code pénal. D'après cet article, « Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne, s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement. (al. 2) Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours ».

pourrait pas être celui qui a commis l'infraction initiale. Ces auteurs ont jusqu'alors invoqué le « bon sens », ou la contradiction des éléments moraux des infractions en concours afin d'exclure le cumul d'une infraction avec celle de non-assistance¹⁰²⁷. L'interdiction du cumul tiendrait au caractère intentionnel tant de la non-assistance à personne en danger que de l'infraction concurrente, si bien que ce cumul ne serait possible qu'avec une infraction involontaire. D'un point de vue individuel et psychologique, cette analyse est justifiée pour l'ensemble de l'article 223-6 du Code pénal. Mais d'un point de vue personnel, elle n'a de sens qu'au regard de l'une des deux infractions incriminées à l'article 223-6 du Code pénal. Seul le premier alinéa empêche de retenir ensemble les violences et de la non-assistance à personne en péril. Ses deux alinéas proposent en effet deux séquences temporelles différentes.

783. Le premier alinéa concerne la commission *future* d'un crime ou d'un délit. Il s'agit d'empêcher la commission de l'infraction qui menace un tiers. L'abstention se situe donc antérieurement à la commission du fait criminel ou délictuel. Dans l'hypothèse où l'auteur du crime prochain est également l'assujetti à l'obligation d'assistance, il faudrait en effet considérer que le législateur sanctionne deux intentions antithétiques dans le même temps. Empêcher la commission d'un crime ou d'un délit reviendrait à s'obliger à ne pas commettre cette infraction quand, par ailleurs, seule sa commission révélerait l'abstention délictueuse. Le législateur ne peut soumettre à

¹⁰²⁷ P.-A. PAGEAUD, note sous CA Douai, 30 septembre 1954, *D.* 1955, p. 55 : « il n'est guère satisfaisant d'imposer ainsi sous la menace d'une nouvelle inculpation, une sorte de repentir actif qui suppose un changement instantané et peu naturel dans la psychologie de l'agresseur » ; F. GOYET, *Traité de droit pénal spécial*, 8^e éd., 1972, par M. ROUSSELET, P. ARPAILLANGE et J. PATIN, n° 272, in fine : « l'obligation de porter secours ne saurait être étendue, à peine de tomber dans des conséquences absurdes, à celui qui, volontairement, a fait des blessures à un tiers. Son droit le plus strict est de prendre la fuite, afin d'éviter le châtement que, par son crime ou son délit volontaire, il a encouru » ; G. LEVASSEUR, obs. sous Crim., 24 juin 1980, *RSC* 1981, p. 618, rendant un avis critique au sujet de la solution du cumul retenue par l'arrêt parce qu'elle « n'est pas réaliste » et « heurte le bon sens autant que la psychologie » (p. 621) ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, t. 2, Paris, éd. Cujas, 1982, « on reconnaît sans hésiter que l'obligation de secours pèse même sur l'auteur d'une infraction involontaire », n° 1804, p. 1461, visant l'automobiliste auteur d'un accident, mais cette obligation disparaît en cas d'infraction volontaire), car affirme-t-il, on ne peut pas reprocher au délinquant de n'avoir pas eu deux attitudes opposées ; R. VOUIIN, *Droit pénal spécial*, 6^e éd. par M.-L. RASSAT, Paris, 1988, n°186, qui distingue également entre volontaire et involontaire, mais vaguement car il n'attribue pas à l'objet involontaire le sujet infraction ou fait matériel : « on comprend que la peine soit applicable à l'auteur involontaire du danger dans lequel se trouve la personne en péril, mais il n'apparaît pas que l'application de l'article 63 soit compatible avec un fait volontaire de violences, concomitant ou antérieur, retenu contre la même personne » ; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial (droit commun, droit des affaires)*, Paris, éd. Cujas, 4^e éd., 2007/2008, n° 161, p. 168 : « au vrai, il y a ici des qualifications alternatives et l'on ne devrait retenir que les violences ou que le refus d'assistance, mais pas les deux car il est difficile psychologiquement d'exiger de l'auteur des violences une assistance immédiate, sauf peut-être si la victime de coups est devenue inoffensive » ; C. GHICA-LEMARCHAND, D.-J. PANSIER, *Droit pénal spécial*, Vuibert, 2007, p. 190 : « le cumul du délit d'omission de porter assistance avec les infractions intentionnelles semble impossible, car dénué de logique », les éléments intentionnels de ces deux catégories d'infractions leur semblant incompatibles ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 6^e éd., 2011, n° 400 et s., notamment p. 467, n° 404 : « une distinction de bon sens apparaît cependant s'imposer entre les infractions intentionnelles ou par imprudence ». Dans le premier cas, il y a incompatibilité des éléments moraux, et inutilité du cumul puisque les peines des infractions intentionnelles sont plus élevées que celle de la non-assistance : « si l'infraction d'origine était une infraction d'imprudence l'aide est due, au contraire, et le cumul des qualifications sera possible » ; S. JACOPIN, *Droit pénal spécial*, Hachette, Les fondamentaux, 2010, p. 79, distingue la faute volontaire de la faute involontaire ; M. VERON, *Droit pénal spécial*, Paris, Sirey, 11^e éd., 2006, n° 156, favorable au concours en présence de blessures involontaires.

l'obligation d'assistance celui qui veut commettre une agression. La commission du crime ou du délit ne concerne que des tiers à l'obligation d'assistance.

784. S'agissant de l'alinéa second en revanche, s'y trouve visé une personne *actuellement* menacée par un péril. Or cette situation peut être née du fait coupable antérieur de l'agent pénal. La jurisprudence distingue d'ailleurs légitimement la cause du péril, soit l'événement qui donne naissance à cette situation, du péril lui-même¹⁰²⁸. Par conséquent lorsque les conséquences d'un acte volontaire se muent en un péril non désiré, il est possible de soumettre l'auteur des faits à l'obligation de secourir celui qui est victime d'un mal qu'elle n'a pas *voulu* commettre.

785. Ainsi le vol aérien accompli en violation des règles de navigation constitue une première infraction, qualifiable objectivement sur le fondement de la qualité personnelle de pilote, supporte la qualification successive de l'omission de porter secours¹⁰²⁹. Cette omission s'appuie sur un discernement distinct, plus large que le précédent. Il renvoie tout citoyen à la conscience d'un devoir de secours à personne en péril. Il fallait donc encore établir l'intention postérieure qui procédait de ce discernement distinct. En l'espèce, la certitude de la conviction coupable postérieure est attestée par le comportement du pilote une fois rentré à la base. Il y évoque les faits de façon évasive, retardant les secours alors qu'il avait vu de la fumée s'élever de la mangrove après l'incident.

786. De même, la commission *objective* d'une infraction contraventionnelle peut laisser place à la commission ultérieure d'un homicide involontaire, sans que la première faute ne soit happée dans la qualification d'une faute qualifiée. En principe, le caractère manifestement délibéré d'une imprudence se déduit de la particularité de l'obligation, celle qui oblige la personne à un modèle de conduite circonstancié. Il n'est donc pas possible de retenir successivement le cumul de la faute contraventionnelle avec la faute d'imprudence qualifiée, la première se trouvant intégrée à la seconde. Cependant les juges du fond ont pu retenir, d'une part, la contravention de quatrième classe de l'article R 413-17 du Code de la route (« *conduite d'un véhicule à vitesse excessive eu égard aux circonstances* »), d'autre part l'homicide involontaire, lorsque les circonstances de

¹⁰²⁸ Notamment, Crim., 31 mai 1949, Bull. crim. n° 202, p. 317.

¹⁰²⁹ Crim., 4 mars 1998, *Dr. pén.* 1998, comm. n° 97, « [dès lors que le prévenu], qui avait conscience de la gravité du péril auquel se trouvaient exposés les occupants de l'appareil, s'est abstenu de provoquer les secours, la cour d'appel a caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, le délit dont elle a reconnu le prévenu coupable ». L'arrêt et son commentaire restent cependant muets sur la question du cumul de l'omission relevée avec l'imprudence mortelle.

l'espèce démontrent l'indépendance des deux fautes¹⁰³⁰. Le caractère délibéré de l'imprudence peut être rendu incertain par l'état d'inconscience du conducteur au moment des faits ayant causé l'homicide¹⁰³¹.

787. En l'espèce, la contravention d'excès de vitesse a été constituée lorsque le conducteur était en parfait état d'éveil, à un moment bien antérieur à la perte de connaissance. L'infraction à l'obligation particulière existe instantanément, au moment où le conducteur discernant roule au-delà de la vitesse autorisée. Cette première infraction précède un défaut de maîtrise de la trajectoire du véhicule qualifiable indépendamment de la première faute. Il est donc bien coupable successivement d'une infraction contraventionnelle objectivement constituée par la constatation de l'excès de vitesse, et d'un homicide involontaire causé par sa faute grave d'inattention : celle qui consiste à n'avoir pas anticipé les effets de son état de fatigue.

788. La succession reste de mise lorsque l'obligation particulière correspond à la seconde infraction, auquel cas il est nécessaire de délimiter l'intention issue du discernement général initial. Les juges du fond se prononcent en faveur d'une succession de l'omission de porter secours avec le délit de fuite lorsqu'un médecin auteur d'un accident de la route décide de prendre la fuite¹⁰³², la référence aux mobiles du mis en cause attestant bien d'une appréciation concrète de l'intention¹⁰³³.

¹⁰³⁰ Crim., 11 décembre 2007, inédit, n° de pourvoi : 07-82360. Un homme de 74 ans percute un véhicule de front après avoir traversé le terre-plein qui sépare les deux voies de circulation. La conductrice décèdera de ses multiples contusions à l'hôpital. Les expertises démontrent s'agissant de la voiture qu'il roulait à 140 km/h sur une route où la vitesse était limitée à 90 km/h et que son pacemaker était en parfait état de marche, également qu'il n'y a eu aucune trace de freinage postérieurement à la traverse du terre-plein. Le 1^{er} mars 2007, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence le condamne pour homicide involontaire mais elle écarte comme les premiers juges la circonstance aggravante de violation manifestement délibérée d'une obligation de prudence ou de sécurité légale ou réglementaire. Elle retient cependant concurremment l'infraction contraventionnelle d'excès de vitesse, ce qui suscite un pourvoi en cassation de la part des ayant-droit de la victime. Leur pourvoi se fonde sur la violation des articles 122-2, 221-6 alinéa 1, 221-6-1, alinéa 1, du Code pénal, L. 232-1 et R. 413-7 du Code de la route. Il est rejeté par la Chambre criminelle le 11 décembre 2007 sans autre précision. La question de droit à résoudre était la suivante : l'homicide causé par un conducteur hors d'état de conscience au moment de l'accident peut-il engager sa responsabilité pénale conjointement pour homicide involontaire et contravention d'excès de vitesse ? La Cour de cassation valide implicitement le cumul de faits admis par les juges du fond en y répondant par l'affirmative.

¹⁰³¹ « Le fait de rouler à une vitesse inadaptée en laissant son véhicule se déporter sur la voie de gauche *n'est pas suffisamment démontré* ».

¹⁰³² CA Rennes, 20 décembre 1948, *D.* 1949, p. 230 : « Considérant que ce faisant, il a commis le délit prévu et réprimé par un texte qui ne fait aucune distinction, s'agissant de l'auteur du délit, entre les tiers spectateurs et les acteurs mêmes de la scène qui a donné lieu à l'abstention ; Considérant au surplus que ce délit peut être reproché à l'auteur d'un délit de fuite commis à l'occasion de la même scène, sans qu'il y ait là reprise et répétition abusives d'inculpation à propos d'éléments constitutifs d'infraction qui soient identiques et par suite incapable de servir deux fois de motif à condamnation ; Considérant, en effet, que la nature d'une infraction se caractérise, indépendamment de l'intention coupable ou de la mauvaise foi, éléments habituels et constants de la plupart des délits, par le mobile et par le moyen particulier au quel obéit le coupable et mis en œuvre par ce dernier pour parvenir à ses fins ». L'article 1 de la loi du 17 juillet 1908 en vigueur au moment des faits était ainsi libellé : « Tout conducteur d'un véhicule quelconque qui, sachant que ce véhicule vient de causer ou d'occasionner un accident, ne se sera pas arrêté, et aura ainsi tenté d'échapper à la responsabilité pénale ou civile qu'il peut avoir encourue, sera puni de 6 jours à 2 mois d'emprisonnement et d'une amende de 16 fr. à 500 fr., sans préjudice des peines contre les crimes ou délits qui se seraient joints à celui-ci » ; devenu l'article 434-10 du Code pénal disposant : « Le fait pour tout conducteur d'un véhicule ou engin terrestre, fluvial ou maritime, sachant qu'il vient de causer ou d'occasionner un accident, de ne pas s'arrêter et de tenter ainsi d'échapper à la responsabilité pénale ou civile qu'il peut avoir encourue, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ». D'après le résumé de l'arrêt, « le délit d'abstention

789. La succession d'infractions est plus patente encore lorsque le contenu du discernement subit une modification. En effet dans ce cas, *la modification du texte contraventionnel donne naissance à un discernement renouvelé, tant et si bien que le contrevenant peut être condamné pour la même omission, le même comportement négatif continué, mais qui s'avère juridiquement distinct de la conscience d'être assujetti à une obligation dont le contenu a changé.*

790. Dans l'arrêt rendu le 2 octobre 2007 par la Chambre criminelle¹⁰³⁴, une personne morale poursuit l'exploitation d'un site classé malgré la mise en demeure de mise en conformité de l'installation. Condamnée une première fois sur le fondement d'un arrêté du 16 juillet 1999, elle est condamnée à nouveau sur le fondement de l'arrêté du 11 février 2003 par la Cour d'appel de Rennes le 1^{er} février 2007, toujours pour infraction à la législation sur les installations classées. Elle conteste le principe de sa seconde condamnation en invoquant une violation de la règle *non bis in idem* prévue à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Son pourvoi devant la Chambre criminelle est rejeté le 2 octobre 2007. L'argumentation des juges du fond et du requérant se fondait tous deux sur le caractère continu de l'infraction prévue à l'article L 714-11 du Code de l'environnement.

791. La question posée à la Cour de cassation était la suivante : la modification du fondement textuel ayant justifié la condamnation d'un contrevenant autorise-t-elle d'engager de nouvelles poursuites contre lui à partir d'une mise en demeure ? La Chambre criminelle répond comme à son habitude que, « dès lors que la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1er, du code pénal, la cour d'appel qui n'a pas méconnu le principe *non bis in idem* ». Le discernement ayant servi de support à la volonté coupable initiale a été

implique chez celui qui s'en rend coupable la détermination de priver de son secours une personne en péril, et une inertie s'accompagnant ordinairement, mais non nécessairement, d'une fuite, en face d'un danger qui menace son semblable », de sorte que « ces deux délits, de fuite et d'abstention, aux éléments constitutifs différents, peuvent être retenus simultanément contre l'inculpé ». Voir également H. DONNEDIEU DE VABRES, note sous Crim., 13 avril 1922, *D. P.* 1925, I, p. 225.

¹⁰³³ De même, voir CA Besançon, 16 décembre 1975, *D.* 1976, p. 166, note M. PELIER ; *RSC* 1976, p. 972, obs. G. LEVASSEUR. Cet arrêt est cité au soutien de l'obligation pour une victime de venir en aide à son agresseur. Pourtant au vu des faits de l'espèce, il ne s'agissait pas d'une victime d'agression soumise à l'obligation d'assister son agresseur, mais d'un individu ayant volontairement décidé à « régler son compte » à l'assaillant d'un individu pris dans une rixe avec l'un de ses amis. L'agresseur est d'abord frappé par la victime qui prend aussitôt la fuite, puis il n'entreprend pas de porter assistance à la personne qu'il poursuivait alors même qu'il avait compris qu'elle était tombée à l'eau, de nuit et dans une zone éloignée des habitations, par accident et sous la crainte d'être rattrapée. La conviction de la nécessité d'assistance fondait l'imputation de cette infraction intentionnelle.

¹⁰³⁴ Crim., 2 octobre 2007, inédit, n° de pourvoi : 07-81194.

modifié, si bien que le non-respect de la mise en demeure constitue une infraction distincte de celle pour laquelle la personne a déjà été condamnée.

B. Les infractions successives en présence d'obligations générales

792. Parce que l'infraction est une conviction intellectuelle, la constatation d'un dommage constitue une preuve de l'existence de cette infraction. Il faut en tirer deux conséquences. La première veut que la consolidation finale d'un dommage matériel ne fixe pas l'étendue de l'intention. Une personne peut avoir voulu commettre un résultat précis, sans en désirer les suites. Son fait intentionnel sera qualifié au vu de ses qualités personnelles ; puis une autre infraction peut naître chez la personne qui prend consécutivement conscience qu'elle relève d'un nouveau statut juridique.

793. Aussi, et c'est là la seconde conséquence, il est possible d'envisager la qualification d'un fait postérieur de non-assistance à personne en péril successivement à la commission d'une première infraction d'atteinte à l'intégrité physique d'autrui. Le critère du discernement fixe le point de départ d'une intention, et la preuve des limites de l'intention permet d'arrêter le moment à partir duquel un discernement distinct émerge. En jurisprudence, la résolution de cette question a d'abord été l'apanage des juges du fond, dont les décisions n'ont qu'une portée relative. Ils qualifient toutefois légitimement l'omission au regard des qualités du prévenu, et arrêtent l'objet de sa volonté *in concreto*. Ils tranchent ainsi en défaveur de la succession d'infractions lorsque le dommage survenu est rattachable au discernement qui sert de fondement à l'infraction initiale, par exemple en matière de coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner, cette conséquence étant « *précisément* » consécutive au fait initial¹⁰³⁵.

794. En revanche, lorsque les faits excluent avec certitude la volonté d'attenter à la vie d'autrui, la qualification successive de la non-assistance à personne en péril devient

¹⁰³⁵ CA Douai, 30 septembre 1954, note P.-A. PAGEAUD, *D.* 1955, p. 55, où un individu frappe son oncle sur le côté droit de la tête à l'aide d'un couteau, en réaction à des insultes et dans un état d'imprégnation alcoolique avancé, avant de l'aider bien plus tard à se coucher. Le substitut du procureur, en note de l'arrêt, conclut à un cumul réel d'infractions en procédant à une appréciation matérielle de la succession des faits (« D'abord il frappe (...) ; ensuite il s'abstient »). Or l'abstention, immatérielle par nature, pourrait tout aussi bien se situer entre deux faits positifs de violence. Il est préférable de partir du discernement personnel pour qualifier les faits. En ce sens, voir CA Pau, 21 novembre 1989, *JCP* 1991, II, 21683, note R. NERAC-CROISIER ; *RSC* 1992, p. 81, obs. G. LEVASSEUR. Il s'agissait d'un enfant souffrant d'une perforation duodénale non diagnostiquée par suite d'une carence fautive du médecin dans le suivi post-opératoire. Les juges condamnent le médecin sur le fondement de l'homicide involontaire par préférence à la qualification d'abstention de porter secours ;

possible. A ainsi été jugé que le fait de tirer sur l'amant ivre d'une servante cherchant à s'immiscer au domicile de son employeur par effraction, *fait qui n'avait pu avoir pour fin que de dissuader le trouble-fête de persister dans son entreprise*, laisse ouverte la possibilité d'une abstention coupable postérieure. A défaut d'intention de tuer lors des violences avec arme, le fait de le savoir grièvement blessé engage une abstention coupable à partir du constat de l'état de péril de la victime¹⁰³⁶.

795. La Cour de cassation a d'abord eu à aborder de tels faits sous un angle purement procédural, si bien qu'il n'était pas possible d'en tirer des enseignements en droit pénal. Elle faisait simplement application de la règle d'après laquelle les peines se cumulent dans la limite du maximum légal¹⁰³⁷, de sorte qu'il était inutile de se prononcer sur ce point en raison de la moindre importance de la peine encourue pour non-assistance à personne en péril¹⁰³⁸. Il n'est pas possible de tirer des conséquences sur le fond des décisions rendues au visa du Code de procédure pénale¹⁰³⁹.

796. Dans sa décision du 24 juin 1980¹⁰⁴⁰, la Chambre criminelle tranche clairement en faveur de la succession des infractions. Les faits ayant donné lieu à l'arrêt précité sont

également CA Limoges, 7 mai 1997, *RSC* 1997, p. 838, obs. Y. MAYAUD, s'agissant d'un médecin ayant préconisé un anti-vomitif à l'égard d'un patient sans avoir procédé à un examen clinique régulier.

¹⁰³⁶ CA Bourges, 6 mars 1958, *D.* 1958, p. 279. Dans ce cas le propriétaire est alerté par deux servantes venues se réfugier chez lui du fait de la tentative d'entrée de force de l'amant ivre de l'une d'entre elles. Il fit feu deux fois et le blessa grièvement. La Cour le déclare coupable « 1° d'avoir volontairement fait des blessures à Tison Auguste avec cette circonstance que des blessures faites il est résulté une incapacité de travail de plus de vingt jours ; 2° dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, de s'être volontairement abstenu de porter secours à une personne en péril... »).

¹⁰³⁷ *Crim.*, 19 février 1959, *D.* 1959, p. 161, note critique M. R.- M. P. Les faits sont quasi identiques. Un individu éméché se voit refuser l'accès à la chambre de son amante, employée de maison. Chassé par la porte, il tente de s'immiscer dans la maison en brisant un carreau. Le propriétaire lui adresse deux tirs de pistolets en prétendant bénéficier de la présomption de légitime défense de l'article 329 du Code pénal de 1810. Condamné en appel pour coups et blessures ayant entraîné une incapacité de travail supérieure à vingt jours d'une part, mais également non-assistance à personne en péril, il conteste ce cumul d'infractions. La Chambre criminelle écarte ce moyen sur le fondement des articles 411 et 414 ancien du Code d'instruction criminelle, le délit de non-assistance à personne en péril étant puni de peines moins graves, il n'y avait lieu à examiner ce moyen. La Cour de cassation n'avait donc pas à répondre à une question substantielle. L'annotateur s'y réfère pourtant et dénonce « l'absurdité » de du cumul de l'omission de porter secours avec les coups et blessures volontaires, sans s'en justifier.

¹⁰³⁸ Déjà D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, *op. cit.*, livre II, n° 280 ; A. LEGAL, *RSC* 1965, p. 872 ; *RSC* 1967, p. 175, note sous *Crim.*, 30 janvier 1937, *S.* 1939, p. 193 ; F. DEKEUWER, *op. cit.*, p. 530 ; J.-H. Robert, *op. cit.*, p. 285 : « lorsque la déclaration de culpabilité ne vise qu'une seule qualification, celle qu'il convient de choisir est en principe la plus haute et non pas la mieux appropriée au comportement du prévenu. Par exemple, en cas de vol d'arbres sur pied, c'est pour vol seulement qu'il faut punir en omettant d'appliquer l'article R. 635-1 qui prévoit les destructions de biens (*Crim.*, 10 février 1965, *Bull. crim.* n° 44) ». Cependant dans ce cas, le facteur le plus important demeure, par prétéition, l'intention de voler qui emporte celle de porter atteinte au bien portant le fruit. Le raccourci opéré empêche, il est vrai, une adhésion pleine et entière avec cette opinion telle que formulée. cf. O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008, p. 63, note 333.

¹⁰³⁹ *Comp.* O. DECIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008, p. 63. L'auteur élabore son argumentation à partir d'une fusion de l'ordre du droit pénal de fond et du droit pénal de forme. Nous maintiendrons pour notre part cette ligne séparatrice dans la discussion du concours des infractions. A titre d'illustration, voir *Crim.*, 22 avril 1986, *Bull. crim.* n° 136, p. 346, au sujet d'une excision mortelle. Dans l'arrêt, la Cour casse la décision d'appel au visa notamment des articles 512 du Code de procédure pénale et 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Elle affirme que d'une part, « les faits ne pouvant constituer le crime de coups et blessures volontaires sur mineure de 15 ans ayant entraîné la mort sans intention de la donner, dont les prévenus n'avaient pas été inculpés » et d'autre part que ce crime étant « distinct en ses éléments constitutifs du délit prévu par l'article 63 alinéa 2 du Code pénal, seul retenu par la prévention, les juges ont ajouté aux faits de la poursuite ».

¹⁰⁴⁰ *Crim.*, 24 juin 1980, *Bull. crim.* n° 202, p. 527 ; *RSC* 1981, p. 618, obs. critiques de G. LEVASSEUR.

les suivants : un individu armé se rend sur le lieu de travail de l'un de ses débiteurs *afin d'obtenir remboursement*, le braquant au niveau de la tempe. Le débiteur profite de l'intervention de la gérante du bar pour prendre la fuite. Furieux, le créancier somme les clients de ne pas bouger et fait feu à deux reprises, blessant à la tête l'un des consommateurs encore présents. Il prend la fuite en laissant sa victime gisant sur le sol la tête ensanglantée, blessure dont elle décèdera à l'hôpital.

797. Poursuivi à la fois sur le fondement des coups et blessures ayant entraîné la mort sans intention de la donner et d'omission de porter secours, il conteste le bien-fondé du cumul de ces infractions. La Cour de cassation rejette, par décision du 24 juin 1980, le pourvoi formé contre l'arrêt du 17 août 1979 de la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Basse-Terre. Elle juge que « *l'inculpation de coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner n'est pas nécessairement exclusive de celle d'abstention volontaire de porter secours à une personne en péril* ». Cette solution fut accueillie avec réticence¹⁰⁴¹, mais elle peut être expliquée. Ses annotateurs l'ont critiqué en en la passant au crible de la notion de valeur sociale protégée¹⁰⁴², critère trop large pour asseoir la compréhension de la culpabilité pénale. La Chambre criminelle impose la preuve d'une volonté de commettre l'infraction postérieure, bien qu'elle ne s'aventure pas sur le terrain du fait et confie aux juges du fond la tâche de préciser l'objet de la volonté du prévenu.

¹⁰⁴¹ La solution est prudemment qualifiée de « discutable » (J. LARGUIER, A.-M. LARGUIER, *Droit pénal spécial*, Paris, Mementos Dalloz, 8^e éd., 1994, p. 45), suscite le doute (M. VERON, *Droit pénal spécial*, Paris, Sirey, 11^e éd., 2006, n° 156) ou encore jugée n'être « guère éclairante » (M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Précis Dalloz, 6^e éd., 2011, n° 400 et s.).

¹⁰⁴² En ce sens J. PRADEL et A. VARINARD, *op. cit.*, n° 19, p. 269, suivant l'opinion de A.-M. LARGUIER, « Immunités et impunités découlant pour l'auteur d'une infraction d'une autre infraction antérieurement commise par celui-ci », *JCP* 1961. I. 1601 bis.

Conclusion du chapitre 1 :

798. La qualification traditionnelle de l'infraction s'opère à l'aide d'une analyse de la volonté de l'auteur des faits. Il doit avoir voulu commettre un résultat incriminé par le législateur. Cette méthode de qualification de l'infraction dénature alors quelque peu le sens premier de ce terme. Pour *qualifier* un fait matériel, il faut nécessairement s'en remettre aux *qualités* de son auteur. Dès lors qu'une personne est consciente d'être nantie de telle ou telle fonction, elle devient pénalement responsable de ses actes ou omissions. Son discernement fonde la qualification de son infraction pénale, indépendamment de sa bonne foi psychologique. Elle commet une infraction à chaque fois qu'il adhère à la violation d'une règle qui s'impose à elle.

799. D'après la méthode classique, il convient de distinguer entre les circonstances aggravantes « réelles » ou « personnelles ». Les premières seraient « communicables » au complice parce qu'elles s'attachent au fait, à l'inverse des circonstances qui restent personnelles respectivement à l'auteur principal ou au complice. Cependant cette division a démontré des failles, la jurisprudence imputant au complice des circonstances qui semblent personnelles à l'auteur principal, à l'instar de la qualité personnelle de domestique¹⁰⁴³, d'agent de change¹⁰⁴⁴, de sage-femme¹⁰⁴⁵, ou encore de descendant direct en matière de parricide¹⁰⁴⁶. Aussi a-t-il fallu faire face aux limites de cette distinction en supposant qu'il s'agissait là de circonstances hybrides, les « circonstances aggravantes mixtes »¹⁰⁴⁷.

800. A dire vrai, cette nomenclature tripartite fut empruntée au Code pénal de 1791 qui distinguaient entre les *preuves matérielles* (qui prouvent nuement le fait), *personnelles* (qui désignent une personne comme auteur d'un délit) ou *mixtes* (qui prouvent

¹⁰⁴³ Arrêt Gatin, Crim., 27 novembre 1845, Bull. crim. n° 348, p. 547, préc.

¹⁰⁴⁴ Crim., 13 mars 1936, Bull. crim. n° 33, p. 65.

¹⁰⁴⁵ « L'article 59 du Code pénal, qui punit les complices de la même peine que l'auteur de ce crime, est général et absolu ; il est applicable, alors même que l'auteur du crime trouverait une aggravation de peine dans le caractère personnel dont il est revêtu ; ainsi le complice du crime d'avortement commis par une sage femme est passible de l'aggravation de peine édictée par l'article 317 du Code pénal » Crim., 16 juin 1855, Bull. crim. n° 214, p. 353 ; confirmé le 23 novembre 1872, Bull. crim. n° 288, p. 493.

¹⁰⁴⁶ « Attendu en droit, que la circonstance aggravante qui caractérise et constitue le parricide est inhérente au crime même ; qu'elle s'identifie avec lui et ne saurait être divisée, que les peines accessoires de ce crime sont applicables à toute espèce et à tout caractère de complicité ; qu'en effet aucune disposition du Code pénal n'a excepté les complices du crime de parricide des dispositions de l'article 59 du même code », Crim., 23 mars 1843, Bull. crim. n° 66, p. 130.

¹⁰⁴⁷ R. JANICOT, *op. cit.*, p. 26 et s., attribue la paternité de ces catégories à la jurisprudence. Pourtant la Chambre criminelle ne fait jamais référence aux circonstances aggravantes « mixtes » aux XIX^e et XX^e siècles. Il ne semble pas que la Cour de cassation ait entendu conceptualiser une catégorie intermédiaire. Elle rattache en effet ces dites au régime des circonstances aggravantes réelles.

l'existence d'un fait lié à tel individu) en matière procédurale¹⁰⁴⁸. La clarté de cette répartition a inspiré les divisions doctrinales ultérieures. Cependant ces lignes de démarcation ne sont pas transposables au droit pénal. De plus la jurisprudence n'a jamais distingué qu'entre deux catégories de circonstances, en fonction de ce qu'elles sont consubstantielles ou non à la qualification du fait de l'auteur principal : les circonstances aggravantes réelles d'une part¹⁰⁴⁹, inhérentes au fait principal et parmi elles la sous-catégorie des circonstances de concomitance ; les circonstances aggravantes personnelles d'autre part, celles qui tiennent à la personne de l'auteur du fait principal qui, par définition, préside à la qualification du fait accessoire de complicité. Les circonstances personnelles au complice n'entrent pas en ligne de compte pour la qualification de l'infraction à lui imputer.

801. Eu égard à la nature intellectuelle de l'infraction, la qualité personnelle de l'auteur principal fonde également la qualification du fait de complicité. Si un tiers adhère de manière univoque à la violation d'une obligation personnelle à l'auteur des faits, il devient complice de l'infraction *réalisée* par autrui mais par lui *commise*. Il en résulte que les « circonstances » qui sont « inhérentes au fait principal », autrement dit les qualités personnelles de l'auteur principal, s'appliquent automatiquement à la qualification du fait du complice, par exclusion des qualités « toutes personnelles » au complice. Elles sont d'ailleurs indument dénommées « *circonstances* aggravantes » étant donné qu'elles n'*entourent* pas la personne qui commet les faits mais participent de ses qualités. Il semble donc légitime de partir de la qualité de l'auteur pour qualifier l'infraction, si bien que la supposée « circonstance aggravante » est qualifiable *a priori*. Le complice est puni comme auteur, dès lors qu'il participe à la commission d'une infraction en conscience des qualités de l'auteur du fait principal.

802. Cette méthode de qualification dévoile son utilité avec l'exemple du parricide. Deux questions se posent en la matière. Celui qui provoque à l'homicide d'un de ses ascendants doit-il être coupable de parricide, alors même que l'auteur principal n'a aucun lien de parenté avec la victime ? Par ailleurs, cet auteur principal devrait-il subir la qualification de parricide ou d'homicide volontaire ?

¹⁰⁴⁸ Voir Nouvelle législation, ou collection complète de tous les décrets rendus par l'Assemblée Nationale Constituante aux années 1789, 1790 et 1791, t. 2, Paris, éd. Devaux, 1792, p. lv.

¹⁰⁴⁹ De façon non exhaustive : il est plus récemment, sous l'impulsion de la doctrine sans doute, fait mention de « circonstances aggravantes réelles » (Crim., 11 octobre 2000, Juris-data 99-81.283, arrêt inédit au Bulletin) ; voir également Crim., 31 mars 2010, Juris-data 09-86337, s'agissant de « *circonstances aggravantes réelles, inhérentes au fait principal* » d'usage ou menace d'une arme, pour un vol précédé, accompagné ou suivi de tortures ou d'actes de barbarie.

803. Si B veut tuer son père A et confie cet acte à C, C sera coupable de meurtre aggravé par la qualité personnelle de l'auteur principal, au su de laquelle il est présumé avoir agi. Mais il pourra s'en dédouaner en prouvant qu'il ne pouvait savoir que la victime était un ascendant de l'instigateur. De même, si C tue son propre père avec l'aide et l'assistance de B, il sera encore coupable de parricide. A l'instar d'Œdipe qui, bien que prévenu de sa tragique destinée, tua son père et épousa sa mère, la seule existence d'un doute sur la qualité d'ascendant de la victime devrait justifier la qualification de parricide. L'auteur des faits aurait dû savoir et ne serait irresponsable que s'il ignorait qu'il soit possible qu'un tel lien de parenté existe. En ce sens, le doute individuel peut très bien suffire à la caractérisation d'une intention personnelle. Car le droit pénal impose une obligation de résultat dans la prévention des dommages, sauf cas de force majeure.

804. Le rôle primordial du discernement dans l'opération de qualification justifie que la conviction d'agir sous l'empire d'un statut personnel exclut toute infraction qui n'en relèverait pas. Le conflit qui pourrait naître entre deux statuts se résout en termes de prévalence du *statut personnel particulier* sur le *statut personnel général*. Il faut donc abandonner la gradation psychologique de la faute pour lui substituer une gradation légale, qui est fonction de la précision de la norme de comportement, qu'elle soit criminelle, délictuelle ou contraventionnelle. Il s'en suit que l'absence de violation d'une règle précise laisse subsister la possibilité d'une violation de la règle générale. En présence de deux devoirs personnels hétéronomes, ceux qui comprennent des obligations essentiellement différentes, il est possible que leur double violation soit réalisée dans un même trait de temps, comme ce fut le cas dans l'arrêt Ben Haddadi. Suivant la terminologie classique, le délinquant a souhaité porter atteinte à deux « *valeurs sociales protégées* ». Cette explication mêlée de sociologie n'éclaire cependant pas suffisamment le critère juridique qui autorise de retenir ce « *cumul idéal d'infractions* ». Sous l'angle du discernement, il est possible d'y voir la violation de deux obligations personnelles générales : l'une contenue dans une incrimination exclusivement dédiées aux biens et ne contenant aucune référence aux personnes ; l'autre concernant uniquement l'intégrité personnelle d'autrui et qui ne contenait aucune référence à un bien.

805. De la même manière que deux statuts personnels peuvent être violés instantanément, il peut être porté atteinte à ces deux statuts personnels successivement. Il faut alors s'assurer que, dans l'esprit de l'auteur des faits, la volonté de violer un premier devoir personnel a pu précéder la conscience d'en enfreindre une seconde. Par exemple,

la création des causes du péril d'autrui, par une faute d'imprudence, n'exclut l'obligation d'assistance de cette victime par la personne négligente, sauf à ce qu'elle commette en outre le délit de non-assistance à personne en péril.

806. Dans l'ensemble de ces cas, l'application d'une peine vise à sanctionner l'auteur des faits pour sa négligence ou son refus de se conformer aux obligations liées à son statut juridique. La conscience réflexive de l'auteur des faits sert alors de support à la fonction rétributive de cette peine, si bien qu'étendre l'application d'une peine à ceux qui ne jouissent pas du discernement au moment des faits préjudicierait à l'essence du droit pénal. Toutefois l'absence de discernement ne joue pas seulement un rôle à l'égard de l'auteur des faits. Elle peut aussi aggraver la qualification de l'infraction de celui qui connaît l'absence de discernement de sa victime. Il faut donc accorder des développements détaillés à l'étude des conséquences de l'absence de discernement sur la qualification de l'infraction.

Chapitre 2. Les conséquences de l'absence de discernement sur la qualification de l'infraction

807. Le rôle du discernement se manifeste en droit pénal lorsqu'il est absent, soit qu'il s'agisse d'une « *capacité de discernement* » (Section 1), soit qu'il s'agisse d'une « *abolition du discernement* » (Section 2). Dans le premier cas, le droit présume l'absence de discernement, étant entendu qu'il s'agit d'une qualité en devenir (d'où la référence à la « *capacité* » à l'article 122-8 du Code pénal). Dans le second cas (article 122-1 du Code pénal), la présence du discernement est présumée : l'abolition – de *abolere* qui signifie *anéantir* – suppose la présence préalable de la qualité qui faisait défaut au moment des faits. Pour établir l'irresponsabilité pénale de celui qui souffre de troubles psychiques ou neuropsychiques, il faudra par conséquent renverser la présomption de discernement. Dans ce cas, comme le mineur incapable de discernement, le majeur qui n'a aucun discernement est un *individu* pour le droit pénal : celui qui *réalise* un fait insusceptible de qualification pénale.

Section 1. Les conséquences de l'incapacité de discernement sur la qualification de l'infraction

808. L'incapacité de discernement peut revêtir deux formes. Elle peut tout d'abord être générale, en ce sens que la victime est dans un état d'ignorance connu de l'auteur, si bien qu'il essayera, peut-être avec succès, d'*abuser* de l'ignorance de sa victime. Conscient de l'ignorance de sa victime, il en tire avantage et lui fait accomplir l'infraction sans qu'elle ne s'en doute.

809. L'incapacité particulière de discernement concerne l'hypothèse de personnes autres que la victime, utilisées à leur insu pour que l'auteur véritable de cette infraction parvienne à ses fins. Il lui faudra provoquer l'ignorance particulière qui lui permettra de commettre l'infraction par l'intermédiaire d'un instrument humain.

810. Les conséquences de l'incapacité générale de discernement (§ 1) seront donc distinguées des conséquences de l'incapacité particulière de discernement (§ 2).

§ 1. Les conséquences de l'incapacité générale de discernement : l'abus de la victime

811. L'incapacité de discernement de la victime est un composant de l'infraction dans un cas, et constitutif d'une infraction à part entière dans l'autre. Mais dans ces deux cas, étant donné que la victime de l'abus n'est pas regardée comme auteur potentiel d'une infraction, le Code pénal ne la désigne pas comme étant *l'incapable de discernement*. Il la décrit « à nue » et fait apparaître le fondement de son incapacité de discernement : son état d'*ignorance* au moment de la commission des faits, d'où découle parfois son incapacité à *consentir* à l'acte incriminé.

812. Dans le premier cas, l'abus de l'état d'ignorance de la victime en appelle à la conscience personnelle de celui qui souhaite commettre une infraction. D'après de nombreux auteurs¹⁰⁵⁰, le consentement de la victime empêche la constitution de l'infraction. Par exemple, une infraction sexuelle serait constituée dès lors que la victime n'y a pas consenti¹⁰⁵¹. *Pourtant la culpabilité de la personne qui abuse de cette*

¹⁰⁵⁰ Voir *supra* n° 153.

¹⁰⁵¹ Art. 222-23 du Code pénal : « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol ».

ignorance ne se déduit qu'indirectement de l'absence de consentement de la victime. Elle résulte davantage de la conscience, chez l'auteur des faits, qu'il ignore l'existence de ce consentement. Cette conscience de l'absence probable du consentement d'autrui constitue une faute, pour toutes les infractions dont la description légale fait référence au consentement de la victime.

813. Dans le second cas, l'abus de l'état d'ignorance constitue l'infraction, mais il faudra prouver l'existence d'une *volonté* de commettre cet abus par une analyse *concrète*. Il s'agit de la contre-partie de la nature formelle de l'infraction. L'intention de l'auteur des faits ne peut s'induire de la réalisation d'un dommage, aussi faut-il établir que les faits ont été commis sciemment.

814. En définitive, soit l'abus de l'absence de discernement d'une victime se manifeste parmi l'un des éléments constitutifs de l'infraction, soit cet abus constitue pour lui-même une infraction à part entière, indépendamment de ses effets. L'abus est donc un *composant de l'infraction* (A) ou *constitutif de l'infraction* (B).

A. L'abus, composant de l'infraction

815. L'absence du discernement correspond généralement au très jeune âge qui la présume. L'incapacité de la victime à comprendre la nature de l'acte auquel elle doit consentir se déduit de sa qualité d'enfant, d'où cette déduction : celui qui sollicite l'acte incriminé auprès d'un mineur a vraisemblablement conscience de l'ignorance de sa victime. Cependant il ne s'agit que d'une présomption car, en lui-même, l'âge n'est donc pas un critère décisif. En théorie, celui qui croit erronément s'être accouplé avec un enfant alors qu'il s'agissait, par exemple, d'une personne majeure atteinte de nanisme, commet l'infraction de viol. Le critère de l'âge pose une présomption : la conscience d'autrui quant à l'état d'ignorance du mineur. Cet état pourrait également résulter de troubles psychiques. Cependant, tandis que le jeune âge présume l'ignorance (1), les effets d'un trouble psychique sur le discernement de la victime doivent être démontrés (2).

1. L'abus présumé par l'état de minorité

816. *Victime de l'infraction*, l'individu au discernement absent, *a priori*, n'a pas pu consentir à un acte en connaissance de sa nature. S'agissant d'une victime, il n'est pas question d'envisager son *discernement*. La Cour de cassation, à juste raison, ne mentionne pas son *incapacité de discernement*. Le cas échéant, l'expression n'apparaît d'ailleurs que chez les juges du fait¹⁰⁵², sans que cela ne soit systématique¹⁰⁵³. Elle a cependant le mérite de révéler le fondement de l'aggravation de l'infraction commise au détriment du mineur : son ignorance absolue. Celui qui jouit du discernement a conscience de l'ignorance de l'individu auquel il se trouve confronté. Ainsi à partir de l'âge de la victime, il est possible de présumer la conscience coupable de l'auteur des faits incriminés. Il faut donc distinguer suivant que la victime est un enfant ou un adolescent. Cette présomption va croissant lorsque la victime se rapproche de la majorité.

817. Face à une mineure ayant atteint l'âge nubile, le prévenu pourrait croire qu'il a à faire à une personne majeure. Son erreur de fait peut donc justifier son exonération de responsabilité. Il en va ainsi par exemple en matière de détournement ou d'enlèvement de mineur¹⁰⁵⁴, lorsque celui qui a emmené une fille mineure ignorait son âge¹⁰⁵⁵. C'est pourquoi la personne qui doit représenter l'enfant¹⁰⁵⁶, qu'il s'agisse d'un parent ou d'un tiers¹⁰⁵⁷, ne peut s'exonérer de responsabilité en invoquant la résistance du mineur : cette

¹⁰⁵² Sous Crim., 9 juin 2010, inédit, n° de pourvoi : 10-81922 : « *le très jeune âge auquel Stéphanie X... a été amenée à subir les viols et agressions sexuelles dénoncés, qu'elle situe à partir de 4 ou 5 ans, son manque de discernement la rendant incapable de réaliser la nature et la gravité des actes qui lui étaient imposés, et l'autorité paternelle du mis en examen, caractérisent la violence et la contrainte morale qui se sont maintenues tout au long des abus sexuels* » ; sous Crim., 16 novembre 2010, inédit, n° de pourvoi : 10-80302, « *l'incapacité de discernement* » de la victime d'un abus de faiblesse ; de même sous Crim., 10 novembre 2010, inédit, n° de pourvoi : 09-86217 ; ainsi que sous Crim., 23 juin 1992, inédit, n° de pourvoi : 92-81906. Toutefois, voir également Crim., 11 juin 1992, Bull. crim. n° 228, p. 631, la solution de droit de la Chambre criminelle évoquant le père auteur d'un viol sur son fils pour avoir « profité du *manque* de discernement » de son fils mineur de quinze ans pour abuser de son autorité.

¹⁰⁵³ Ce qui n'empêche pas des maladroites plus graves, notamment lorsque les juges du fait retiennent l'existence d'une « *surprise du consentement de l'enfant* », par exemple sous Crim., 11 octobre 2000, inédit, n° de pourvoi : 00-84701. N'encourent pas cette critique les formules périphrasiques telles que, sous Crim., 3 avril 2001, inédit, n° de pourvoi : 01-80623, (Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Bordeaux, 19 décembre 2000), le fait pour un mineur âgé de huit ans d'accéder « *aux demandes qui lui avaient été faites sans réaliser à l'époque ce que cela représentait (...) compte tenu du jeune âge de la victime au moment des faits et de la disproportion des forces en présence, il est exclu que M... ait pu librement et valablement consentir aux actes dont il a été l'objet* ».

¹⁰⁵⁴ Article 356 du Code pénal de 1810, punissant « *celui qui, sans fraude ni violence, aura enlevé ou détourné, ou tenté d'enlever ou de détourner, un mineur de dix-huit ans* », désormais art. 227-8 du Code pénal visant « *Le fait, par une personne autre que celles mentionnées à l'article 227-7 de soustraire, sans fraude ni violence, un enfant mineur des mains de ceux qui exercent l'autorité parentale ou auxquels il a été confié ou chez qui il a sa résidence habituelle* ».

¹⁰⁵⁵ cf. Crim., 6 novembre 1963, D. 1965, jurisp., p. 323, note R. VOUIN. En l'espèce, les parents de la jeune fille lui avaient laissé une large liberté, sa maîtresse lui avait indiqué que la fille avait dix-neuf ans, âge dont elle jouissait notoirement, autant d'éléments qui avaient induit le prévenu d'enlèvement en erreur. La Chambre criminelle affirme « *qu'en effet, lorsque l'agent pénal aura pu raisonnablement se tromper sur l'âge de la personne détournée et croire qu'elle était majeure de dix-huit ans, il n'y a pas de délit ; que l'appréciation de la cour (...) est, à ce sujet, souveraine* ».

¹⁰⁵⁶ Article 227-5 du Code pénal.

¹⁰⁵⁷ L'incrimination précitée n'établit aucune distinction relativement à la qualité de l'auteur de l'infraction, comme ce peut être le cas en matière de non-dénonciation de crime où le conjoint bénéficie d'une immunité légale (art. 434-1 du Code pénal). L'hypothèse de non-représentation concerne en effet justement des personnes responsables de l'enfant, si bien qu'il eut été contraire à la *ratio legis* de limiter le champ d'application de cette infraction. Elle s'applique indifféremment aux

circonstance ne constitue pas une excuse légale pour la personne assujettie à l'obligation de représentation¹⁰⁵⁸. C'est en matière d'agressions sexuelles que l'abus de l'absence de discernement du mineur s'est le plus illustré en jurisprudence, la distinction de l'absence et de l'abolition du discernement permettant de dégager des solutions claires en cette matière¹⁰⁵⁹.

818. Si l'individu censé consentir à l'acte n'a pas atteint l'âge de la puberté, il apparaît vraisemblable que l'auteur ai connu l'incapacité de l'enfant prépubère à consentir à l'acte incriminé. Les juges établissent valablement l'aggravation du viol, par exemple sur des victimes âgées entre cinq et sept ans, « *en pleine construction physique, morale et intellectuelle* » qui « *ne disposaient pas à l'évidence à cet instant du discernement indispensable à l'existence d'un tel consentement* »¹⁰⁶⁰, ou encore lorsque le « *jeune âge [de la victime] (...) la privait de discernement, la rendant incapable de réaliser la gravité des actes commis sur sa personne* »¹⁰⁶¹.

819. La présomption joue également en matière de soustraction frauduleuse¹⁰⁶². En effet, il n'y a là aucune soustraction digne de qualification juridique. D'après les faits, un enfant âgé de huit ans remet à son frère, de cinq ans son aîné, une bourse contenant une somme conséquente (deux mille cent francs) qu'il a trouvée, et l'adolescent de remettre la chose à leur mère. La Chambre criminelle rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel d'Agen qui condamne la mère pour vol. Elle décide à bon droit d'après la Cour de cassation que les enfants « *n'avaient pas conscience de leur acte, de sorte qu'ils [n'avaient été] qu'un instrument passif à l'aide duquel la personne qui [avait reçu] la chose l'a, en réalité, appréhendé frauduleusement* ». La Cour de cassation affirme que « *l'appréhension et la détention de la bourse par les enfants ne peut constituer, à raison de leur âge, que des faits purement matériels dépourvus de tout caractère intentionnel* ».

parents *lato sensu* comme aux tiers, bien qu'elle semble ne pas concerner le mineur émancipé. Dans le même sens, J.-F. RENUCCI, C. COURTIN, *Le droit pénal des mineurs*, PUF, Que sais-je, 4^e éd., 1991, p. 29.

¹⁰⁵⁸ Crim., 28 mai 1997, *Juridisque Lamy*, 3101 ; Crim., 17 juin 1992, Bull. crim. n° 245, p. 673, *Dr. pén.* 1994, n° 61 ; *RSC* 1994, p. 536, obs. G. LEVASSEUR ; Crim., 13 avril 1988, *D.* 1989, p. 461, note J.-F. RENUCCI, qui estime cette rigueur logique dans la mesure où « *le refus de l'enfant peut n'être que le reflet de la volonté du parent « manipulateur »* », cf. J.-F. RENUCCI, C. COURTIN, *op. cit.*, p. 30.

¹⁰⁵⁹ Comp. L.-M. NIVÔSE, « *Des atteintes aux mœurs et à la pudeur aux agressions sexuelles* », *Dr. pén.*, 1995, chr. n° 27, p. 3, qui considère que l'ensemble de la question du consentement de la victime se pose sur le terrain des causes de *non-imputabilité*.

¹⁰⁶⁰ Crim., 7 mars 2007, inédit, n° de pourvoi : 06-89230 ; voir également Crim., 1^{er} avril 2009, inédit, n° de pourvoi : 09-80100, au sujet d'actes d'agressions sexuelles commis par un moniteur sur des enfants âgés entre douze et quinze ans, les juges précisant leur qualification au regard de l'âge de chacune des victimes. L'arrêt ne porte toutefois que sur le renvoi du prévenu devant une juridiction de jugement.

¹⁰⁶¹ Crim., 1^{er} avril 2009, inédit, n° de pourvoi : 08-84484, les propos rapportés sont ceux de la Cour d'appel mais il s'agissait d'un arrêt de rejet

¹⁰⁶² Crim., 31 août 1899, Bull. crim. n° 267, p. 461. Au début du XX^e siècle, Garçon cite cet au soutien de sa division de la « *soustraction juridique* » et de la « *soustraction matérielle* », cf. E. GARÇON, *op. cit.*, n° 40 et n° 97. Voir également l'arrêt confirmatif : Crim., 25 mai 1938, *D. H.* 1938, p. 458.

820. En présence de mineurs en effet, le législateur n'exige donc pas la preuve d'une conscience de l'absence de consentement de la victime¹⁰⁶³, comme il l'exige en revanche s'agissant de la circonstance aggravante de « *particulière vulnérabilité* » qui doit être « *apparente ou connue de l'auteur* »¹⁰⁶⁴.

2. *L'abus établi par la preuve de l'état d'ignorance de la victime*

821. Une personne peut décider de tirer avantage de l'ignorance d'un tiers, notamment lorsque cette ignorance découle de sa maladie mentale, de son ivresse ou encore du coma dans lequel elle se trouve plongée. La culpabilité de l'auteur des faits passe alors, en premier lieu, par la preuve d'une connaissance préalable de l'état de la victime, lorsque cet état la rend incapable d'émettre un consentement valable.

822. Ce sera par exemple le cas lorsqu'il est établi par expertise que la personne souffrant de schizophrénie a été dans « *l'incapacité d'exprimer réellement un consentement à l'époque des faits où elle était en phase de décompensation psychotique, et [qu'elle] était dominée moralement et sexuellement par son curateur* »¹⁰⁶⁵, ce qui peut *a fortiori* justifier un renvoi devant une juridiction de jugement pour viols aggravés au stade de l'instruction¹⁰⁶⁶. De même, l'hébétude mentale peut constituer la cause d'une absence de discernement, notamment chez celui qui signe des billets pour une valeur de 3000 francs que des délinquants conscients de l'ignorance de la victime subtilisent par la suite¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶³ L'article 222-24, 2° du Code pénal visant sèchement la qualité de mineur de quinze ans de la victime (« *lorsqu'il est commis sur un mineur de quinze ans* »).

¹⁰⁶⁴ Par conséquent, la preuve d'une ignorance de la minorité de quinze ans n'emporterait pas preuve de l'existence de son consentement. Elle neutraliserait seulement cette circonstance aggravante réelle. Ne serait pas non plus suffisante la preuve de l'ignorance légitime de l'état de minorité de la victime, car elle laisserait entière la possibilité d'une absence de consentement à l'acte. Cependant la charge de la preuve s'en trouverait renversée. Le ministère public devrait alors rapporter la preuve d'une volonté coupable d'agresser sexuellement, ce qui revient à prouver que l'auteur des faits ne pouvait douter de la maturité du consentement de sa « victime ».

¹⁰⁶⁵ Crim., 8 juin 1994, Bull. crim. n° 226, p. 550, *Dr. pén.* 1994, comm. 232 ; *JCP* 1994, IV, n° 2090, « *n'est pas apte à autoriser une relation sexuelle la personne atteinte d'une psychonévrose dépressive obsessionnelle supprimant ses facultés de résistance* ». Comp. X. PIN, *op. cit.*, p. 128, n° 141, qui explique la constitution du viol par l'absence de consentement de la victime.

¹⁰⁶⁶ Crim., 5 juin 2012, inédit, n° de pourvoi : 12-82217. Pour un exemple ancien mais didactique, C. ass. Orléans, 18 décembre 1886, *Journal des Parquets*, 1887, 2, 11 : « *attendu que l'état d'imbécillité de la fille V..., âgée de vingt ans, ne saurait la faire considérer comme rentrant dans la catégorie des enfants, dont l'âge fait supposer le défaut de consentement, et qui sont protégés par une disposition particulière du Code pénal (art. 331) ; qu'on ne peut étendre les pénalités par voie d'analogie ; que d'ailleurs l'appréciation de l'état mental d'une personne non interdite donnerait lieu fréquemment aux opinions les plus contradictoires sur la possibilité et sur les conséquences d'un acte de volonté ou de consentement de sa part* ».

¹⁰⁶⁷ Crim., 14 octobre 1842, Bull. crim. n° 280, p. 427 : « *celui qui fait signer des billets à l'individu pendant qu'il est privé de sa raison, et qui s'en empare ensuite frauduleusement, commet un vol* ».

823. Le majeur souffrant d'hébétude commet un fait purement matériel qui peut également servir de support à la soustraction frauduleuse d'un tiers « *l'instrumentalisant* » à son détriment. Par exemple, la remise d'une pièce de 20 francs par un individu souffrant d'idiotie (catégorie de maladie mentale dans les anciennes nomenclatures psychiatriques) établit la culpabilité de celui qui provoque cette remise¹⁰⁶⁸, de même que celle de mobilier et pièces de collection par un individu souffrant de déficience mentale dénote l'abus du bénéficiaire de ces biens¹⁰⁶⁹. Celui qui fomenté la remise de la chose réalise une soustraction et utilise littéralement la victime, ce qui explique que la Chambre criminelle qualifie cet individu d'« *instrument passif* » du délit. L'instrumentalisation consiste à se faire remettre une chose en conscience de l'ignorance, par le propriétaire ou légitime détenteur, de la nature juridique de l'acte qu'il commet.

824. L'extrême crédulité du sujet à l'hébétude le met dans une situation comparable à celle de l'enfant. La conscience coupable de l'agent pénal est plus patente encore lorsqu'il provoque l'état d'inconscience de la victime sans qu'elle soupçonne avoir été droguée au GHB¹⁰⁷⁰ ou qu'un infirmier impose des fellations et autres atteintes sexuelles à des patientes hospitalisées pour des problèmes de toxicomanies¹⁰⁷¹.

825. La preuve d'une absence momentanée de discernement s'impose encore en présence de la victime sujette à une erreur de fait¹⁰⁷² ou abusée pendant qu'elle était inconsciente consécutivement à la consommation de stupéfiants¹⁰⁷³, tant que le délinquant n'a pas provoqué la cause de cette erreur mais s'est contenté d'en tirer

¹⁰⁶⁸ Crim., 18 mai 1876, Bull. crim. n° 120, p. 237.

¹⁰⁶⁹ Crim., 17 janvier 1978, Bull. crim. n° 20, p. 44, *Gaz. Pal.* 1978, p. 19 ; *RSC* 1978, p. 867, obs. P. BOUZAT. Il ressort de l'arrêt infirmatif de la Cour d'appel de Paris, rendu le 27 mai 1977, qu'une dame avait remis diverses sommes d'argent et pièces de monnaie de collection ; or « *en raison de son état de déficience mentale, elle n'avait pas conscience de la portée de son acte* ». La Cour d'appel a jugé à bon droit d'après la Cour de cassation, qu'en l'absence de consentement de la victime, le prévenu s'était rendu coupable d'une soustraction frauduleuse. En effet « *le fait d'obtenir, en vue de se l'approprier indûment, la remise d'une chose mobilière, de la part d'une victime incapable de comprendre la portée de son acte, en raison de son état de déficience mentale, constitue une soustraction frauduleuse et caractérise le délit de vol* ».

¹⁰⁷⁰ Crim., 27 mai 2010, inédit, n° de pourvoi : 09-83633, où d'après les faits deux personnes ont couché avec la victime alors qu'elle se trouvait en état d'alcoolémie avancée et qu'elle avait été droguée au GHB, et qu'une troisième n'a pas réussi en raison d'une déficience physique. Si l'administration de la drogue du viol ne pouvait être imputée avec certitude aux prévenus, il n'en reste pas moins qu'*an vu de l'état anormal de la victime et de son manque évident de discernement, elle n'avait pu consentir librement et consciemment, si bien que son consentement avait été à tout le moins surpris*.

¹⁰⁷¹ Crim., 6 août 2008, inédit, n° de pourvoi : 08-83315, rendu au stade de l'instruction.

¹⁰⁷² Crim., 25 juin 1857, Bull. crim. n° 240, p. 353, *S.* 1857, 1, p. 711 ; Crim., 31 décembre 1858, Bull. crim. n° 328, p. 539 : le consentement de la victime s'en trouve nécessairement surpris lorsqu'un homme se fait passer pour le mari ou compagnon en se glissant dans le lit de sa victime. Voir également E. GARCON, *op. cit.*, t. II, art. 331 à 333, n° 33 à 44, p. 196-197, au sujet des personnes tombées en syncope ou dans le coma ; X. PIN, *op. cit.*, p. 128, n° 141.

¹⁰⁷³ Crim., 14 octobre 2009, inédit, n° de pourvoi : 09-85007 : « *Antoine X... n'a fait preuve, au moment de l'action d'aucune violence ni menace il a manifestement exercé une contrainte physique peu avant la pénétration sur la jeune femme dont les capacités de résistance étaient fortement amoindries puis a agi par surprise dès lors que celle-ci a plongé dans un sommeil profond* », s'agissant d'un arrêt intervenant au stade de l'instruction ; à noter que la victime a exprimé son refus avant de défaillir sous l'effets des drogues.

avantage¹⁰⁷⁴. C'est encore la conscience de l'état d'ignorance d'autrui qui donne à l'intention pénale sa nature au regard du délit de violation de domicile, lorsque son auteur prétend agir avec l'aval de la propriétaire, placée sous tutelle, a rédigé un mandat du temps où elle souffrait de troubles de l'esprit.¹⁰⁷⁵ Ce n'est donc pas véritablement l'absence de consentement de la victime, mais l'ignorance d'une certitude que le consentement existait chez la victime qui établit sa faute.

B. L'abus constitutif de l'infraction : l'abus de l'état d'ignorance ou de faiblesse

826. A la différence des infractions qui comptent, parmi leurs composants, *l'abus de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse de la victime*, l'abus de cet état existe en tant qu'infraction autonome à l'article 223-15-2 du Code pénal¹⁰⁷⁶.

827. Une profusion de termes relatifs à la victime y figure. Ils visent toutes les qualités individuelles de la victime, s'agissant de son âge, de sa vulnérabilité ou encore de sa maladie. *Pourtant ce qui importe n'est dans l'ignorance, la faiblesse ou la vulnérabilité psychologique de la victime ; mais bien dans la conscience de cette ignorance chez l'auteur des faits.* Aussi, quelles que soient les causes possibles de cette ignorance, et d'ailleurs *quelle que soit la réalité de cette ignorance*, il ne peut y avoir d'infraction sans que l'auteur des faits ait cru à pouvoir abuser de l'ignorance de sa victime. Si conscience de l'absence de discernement d'autrui il y a (1), il faudra également prouver l'intention de spolier la victime d'une partie importante de ses biens, autrement dit rapporter la preuve de la volonté de l'auteur des faits (2).

¹⁰⁷⁴ A défaut, il s'agirait d'un cas d'instrumentalisation de personne par provocation d'une erreur de fait. Cf. *infra*, Section 2, § 2.

¹⁰⁷⁵ Crim., 2 décembre 1998, inédit, n° de pourvoi : 98-81059, au sujet d'un homme interpellé alors qu'il avait pénétré dans une maison à l'aide d'un serrurier. L'arrêt relève que la rédactrice du mandat n'avait pas le discernement nécessaire pour apposer sa signature, et que l'homme « *savait par ailleurs que Maximilienne X..., d'abord en curatelle renforcée, avait été placée sous le régime de la tutelle depuis le jugement du 17 avril 1996, son recours contre cette décision ayant été déclaré irrecevable et qu'en conséquence le mandat donné sous la seule signature de Maximilienne X... n'avait aucune valeur (...)* ; en s'introduisant dans le domicile de Maximilienne X... sans consentement valable de sa part et en faisant appel à un serrurier, Jean C... s'est rendu coupable de violation de domicile » prévue à l'article 226-4 du Code pénal ; également Crim., 3 septembre 1991, Juris-Data n° 003783, *Gaz. Pal.* 9-11 février 1992, chr., p. 4, au sujet du viol d'une femme par un magnétiseur radiesthésiste au cours d'une consultation.

¹⁰⁷⁶ Cet article vise « *l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou répétées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables* ».

1. La nécessaire conscience de l'état d'ignorance d'autrui

828. Le primat de la conscience de l'ignorance d'autrui se déduit d'une analyse de l'article 223-15-2 du Code pénal. Le législateur y distingue deux hypothèses. La première concerne l'état d'*ignorance*, ce qui correspond clairement à l'abus de l'absence de discernement d'autrui. La seconde consiste dans l'abus d'une *situation* de faiblesse. Elle renvoie au contexte de fait qui pourrait produire cet état d'ignorance. *Ces deux hypothèses n'en forment qu'une*¹⁰⁷⁷, la seconde ne se différenciant de la première que par la nature exogène des causes d'inexistence du discernement. Sans doute est-ce la raison pour laquelle la Chambre criminelle ne fait généralement pas montre d'un formalisme exemplaire : elle contracte sous l'expression « *état de faiblesse* » ces deux cas littéralement distincts¹⁰⁷⁸.

829. Parce que la conscience de l'ignorance d'autrui constitue le critère décisif pour la commission de cette infraction, l'ensemble des éléments de faits susceptibles de persuader le délinquant que sa victime sera encline à céder à ses propositions sont au même rang. Le Code pénal énumère ainsi des critères recoupant toutes les causes possibles d'abolition du discernement chez la victime (âge, maladie, infirmité, déficience physique ou psychique, état de grossesse). Dans un cas comme dans l'autre, la victime sera encline à céder aux imprécations du délinquant, parce qu'elle souffre alors d'une absence de *conscience réflexive* au moment des faits : elle ne sait pas qu'elle relève d'un statut juridique protecteur ; tandis que l'auteur des faits a parfaitement conscience de cette ignorance. Cette conscience de l'ignorance d'autrui l'équivalence parfaite des états d'ignorance et de faiblesse du mineur et de la *personne*.

830. Quelle que soit la cause de cette ignorance, il faut prouver la conscience coupable de l'auteur des faits, ce qui implique de prouver que la victime était ou non en situation de faiblesse. Lorsque les juges du fond ne font pas procéder aux mesures d'instruction qui s'imposent pour l'établir, la Chambre criminelle censure leur décision et les renvoie à

¹⁰⁷⁷ Comp. P. CONTE, *Droit pénal spécial*, Lexisnexis, 4^e éd., 2013, n° 279, évoque deux délits « artificiellement rattachés en un seul », dans le même sens V. BOURIN ? *Contribution à l'étude du délit de manipulation mentale préjudiciable*, thèse Montpellier, 2003, PUAM, 2005, et F. SAFI, *Le prosélytisme intellectuel*, thèse Paris II, 2012.

¹⁰⁷⁸ Crim., 22 mars 2011, inédit, n° de pourvoi : 09-88333, s'agissant d'un homme d'affaire âgé de 73 ans touché par la tuberculose qui verse durant son hospitalisation 95% de ses avoirs aux prévenus. D'après l'avis du médecin repris dans les constatations des juges du fond « *si son état n'avait pas entraîné de perte du discernement, il se trouvait néanmoins dans un état de faiblesse physique et psychologique et de plus grande vulnérabilité qu'auparavant* ».

la provocation d'une expertise¹⁰⁷⁹. La preuve d'une connaissance de l'état d'ignorance de la victime dépend du caractère plus ou moins manifeste de l'absence de discernement de la victime¹⁰⁸⁰. Si l'état d'ignorance est apparent, la connaissance de la particulière vulnérabilité de la victime est présumée. Sinon, il faudra en rapporter la preuve. Toutefois dans ces deux cas, lorsqu'elle est connue, l'infraction ne sera pas constituée pour autant, il faudra prouver une volonté d'abuser de cet état.

831. Ainsi, la preuve de la conscience de l'ignorance d'autrui réside simplement dans la constatation d'un état de minorité apparent. L'article 223-15-2 du Code pénal vise en effet distinctement le *mineur* de la *personne* censée jouir du discernement. L'état d'ignorance ou de faiblesse « *apparent* » présume la conscience de l'ignorance de la victime, mais cette présomption reste fragile et pourrait être renversée par la preuve d'une conviction individuelle contraire, comme en matière d'infractions aggravées par la minorité de la victime. Il n'est guère utile de s'attarder outre mesure sur cette circonstance.

832. Au stade supérieur de crédence, des éléments contextuels démontrent parfois la connaissance de l'absence de discernement de la victime (état d'ignorance ou de faiblesse « *connu* »). La conscience coupable d'autrui devient alors *vraisemblable*. Le Ministère public doit rapporter la preuve de la conscience coupable du mis en cause, par exemple en recourant à une expertise qui démontre la notoriété ou, ce qui revient au même, le caractère manifeste du trouble mental de la victime¹⁰⁸¹. La Chambre criminelle peut alors affirmer que « *[la victime] présentait (...) une particulière vulnérabilité de nature à troubler son discernement et altérer son jugement, état constaté par des personnes la côtoyant et qui n'a donc pu échapper au prévenu, qui la voyait quotidiennement* ».

¹⁰⁷⁹ Crim., 6 janvier 2009, inédit, n° de pourvoi : 08-82335. Les juges du fond affirment que « *l'on peut, à cet égard, regretter qu'il n'ait pas été entendu dans le cadre de la procédure, pour apporter un éclairage supplémentaire sur l'état mental de la vieille dame ; qu'en effet, pas plus l'expertise psychiatrique diligentée par le juge d'instruction plus de cinq ans après les premiers faits, que le certificat du docteur X..., frère de Jeanne Y... et neurologue à la retraite, n'apportent l'assurance que Jeanne Y... se trouvait dans un état de faiblesse avéré* », cette assertion constituant l'un des deux motifs de censure de cette décision par la Cour de cassation.

¹⁰⁸⁰ Comp. P. CONTE, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 58, p. 40, qui juge la distinction « *curieuse* ».

¹⁰⁸¹ Crim., 5 avril 2011, inédit, n° de pourvoi : 10-84355 ; au sujet d'une dame âgée qui donne des bons au porteur d'une valeur supérieure à 50 000 euros ainsi que son seul bien immobilier à un homme qui la côtoie quotidiennement depuis quatre ans. Une expertise réalisée à l'occasion de son hospitalisation dans une maison psychiatrique en décembre 2001 fait état d'une « *altération franche de ses facultés psychiques et un processus détérioratif cérébral de type Alzheimer qui la rendait inapte à administrer sa personne et ses biens* » ; elle est confirmée par une seconde expertise requise pour l'instruction. D'après l'expert, « *il existait chez la patiente un état apparent de vulnérabilité et de faiblesse dus à son âge, l'isolement affectif et à un problème psychique lentement évolutif* », ces constatations médicales étant corroborées par le témoignage de la femme de ménage de la vieille dame. D'après la Cour d'appel d'Aix-en-Provence qui, le 26 mai 2010, statue sur renvoi après cassation, « *la nature et l'ampleur des dons reçus par lui suffisent à démontrer que [le prévenu] était conscient, parfaitement conscient, de ce qu'il était tout bonnement en train de dépouiller une vieille dame* ».

833. Cette jurisprudence illustre encore l'inaptitude des critères médicaux à servir la qualification juridique. La maladie mentale, au même titre que tout trouble psychique ou neuropsychique, ne constitue pas un critère pertinent en droit pénal. Ainsi l'expertise de curatelle, qui porte uniquement sur l'analyse des capacités mentales d'un individu pour la gestion de ses biens, ne prévaut pas sur le témoignage d'une personne vivant avec la supposée victime¹⁰⁸².

834. Au mieux, le trouble mental constitue l'indice de l'état d'ignorance. Il se juxtapose à la preuve par turbe (de *turba*, la foule), celle qui est rapportée par témoignage de proches, comme c'était déjà le cas en droit romain¹⁰⁸³. Ces témoignages appuyés des conclusions de l'expert permettent à la Chambre criminelle de conclure que le prévenu *ne pouvait ignorer* cet état¹⁰⁸⁴.

835. Enfin au stade ultime, la connaissance de l'ignorance d'autrui ne fait plus de doute lorsque le mis en cause provoque ou tente de provoquer cet état. Cette hypothèse est visée *in fine* à l'article 223-15-2 du Code pénal qui fait implicitement référence aux sectes. Mais la preuve de la conscience de l'ignorance de la victime ne suffit cependant pas à la constitution de l'infraction. Il faut en outre démontrer, sur ce fondement, une volonté de tirer profit de cet état d'ignorance ou de faiblesse.

2. La nécessaire preuve de la volonté d'abuser de l'état d'ignorance de la victime

836. L'infraction d'abus de l'état d'ignorance ou de faiblesse nécessite un abus, c'est-à-dire la volonté avérée de tirer avantage de l'absence de discernement de la victime, même si l'entreprise n'est pas couronnée de succès. La constitution de l'infraction se désintéresse de l'atteinte effective au patrimoine de la victime de l'infraction.

¹⁰⁸² Crim., 25 novembre 2008, inédit, n° de pourvoi : 08-80819 : « *les premiers juges ont judicieusement observé que cette maladie n'envahissait pas tous les secteurs de la vie de la vieille dame et l'a laissée apparemment apte, en étant bien entourée, à continuer à gérer ses biens et à prendre des décisions sur son patrimoine* ».

¹⁰⁸³ Cependant ces dépositions lors du procès prenaient un temps considérable qui nuisait à la célérité de la justice, notamment durant l'Ancien Régime. A partir du XIX^e siècle, le récolement des dépositions a été partiellement intégré au travail du médecin aliéniste.

¹⁰⁸⁴ Voir également Crim., 27 mai 2008, inédit, n° de pourvoi : 07-88151, préc., où la Chambre criminelle procède à une analyse *in abstracto* de la faute du prévenu ; Crim., 6 novembre 2012, inédit, n° de pourvoi : 11-89050 (rejet au stade de l'instruction), où la preuve par turbe (témoignage du notaire ami et confident du *de cuius* placé sous tutelle du temps qu'il a déshérité ses cousines au profit d'un tiers, des assistances sociales, du personnel hospitalier, du médecin, en tout pas moins de 23 auditions) est mise sur le même plan que le rapport d'expertise concordant. L'arrêt rejette le pourvoi aux motifs « *qu'il n'existait pas de charges suffisantes contre quiconque d'avoir commis le délit reproché* ».

837. Pour illustration dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 13 mai 2006¹⁰⁸⁵, une employée de maison exerçant sa profession depuis vingt-cinq ans reçoit de la part de son employeur d'importantes sommes d'argent (près de soixante mille euros comprenant pour un quart des traitements et salaires), alors qu'il souffrait d'un syndrome dépressif consécutif au décès de sa femme le rendant très vulnérable. L'arrêt confirmatif d'appel de la Cour d'appel de Paris du 12 avril 2005 la relaxe du chef d'abus de faiblesse (art. 223-15-2 et 223-15-3 CP), et fait l'objet d'un pourvoi rejeté par la Chambre criminelle. Il affirme que « le seul fait (...) de faire part à son employeur de ses problèmes financiers (...) ne constituant pas un acte de contrainte susceptible d'avoir aboli le discernement de la partie civile ».

838. Pareillement, dans l'arrêt de rejet rendu le 2 février 2010 par la Chambre criminelle¹⁰⁸⁶, a été jugé que l'intervenant en milieu psychiatrique pratique qui, sous l'apparence de séances thérapeutiques (baptisées « thérapie du toucher »), commet des actes sexuels avec sa patiente au cours de pas moins de 167 séances alors qu'il connaissait son état de vulnérabilité, n'est pas coupable d'abus de l'infraction étudiée. Par arrêt infirmatif du 6 mai 2009, la Cour d'appel de Rouen précise que ces actes manifestent une contravention aux règles de la profession mais ne constituent ni une agression sexuelle ni un abus de faiblesse eu égard au consentement de la victime qui n'a d'ailleurs porté plainte qu'une fois que le prévenu a mis fin à la relation. La Cour de cassation affirme se fonder sur une absence de preuve¹⁰⁸⁷.

839. En résumé, l'existence d'un trouble mental, quand bien même connu du prévenu, permet encore de douter de sa volonté coupable¹⁰⁸⁸, y compris lorsque cet état a conduit la supposée victime dépressive au suicide¹⁰⁸⁹. La maladie mentale n'établit pas l'état d'ignorance, pas plus que la lucidité ne l'exclut¹⁰⁹⁰. Aussi les juges du fond qui arrêtent leur décision en se fondant uniquement sur les conclusions de l'expert encourent la

¹⁰⁸⁵ Crim., 13 mai 2006, inédit, n° de pourvoi : 05-82831 ; voir également Crim., 22 mars 2011, inédit, n° de pourvoi : 10-85385, où les juges recourent à un faisceau d'indices afin de renverser la présomption de discernement de la victime (le certificat médical du médecin traitant ainsi que le témoignage du chauffeur). Sur le plan formel, il faut néanmoins regretter l'imprécision des juges du fond comme de la Cour de cassation qui évoquent « l'état de faiblesse » de la victime au lieu de l'état d'ignorance où elle se trouvait.

¹⁰⁸⁶ Crim., 2 février 2010, inédit, n° de pourvoi : 09-89022.

¹⁰⁸⁷ D'après la Cour de cassation, « il n'est pas démontré [que le prévenu] ait eu conscience, avant de mettre fin à la relation, de l'illicéité de ces actes au regard du but poursuivi, et de leur caractère préjudiciable pour la victime, étant observé que c'est lui qui a pris l'initiative de mettre un terme à la relation lorsque les demandes à caractère sexuel de sa patiente sont devenues évidentes ; que le caractère frauduleux des abus qu'il a commis est dès lors insuffisamment démontré ».

¹⁰⁸⁸ Crim., 7 mars 2012, inédit, n° de pourvoi : 11-83843.

¹⁰⁸⁹ Crim., 27 mai 2008, inédit, n° de pourvoi : 07-88151.

¹⁰⁹⁰ Crim., 5 septembre 2012, inédit, n° de pourvoi : 11-84483 (rejet contre l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes (10 mars 2011) qui fait une exacte application de l'article 223-15-2 du Code pénal lorsqu'elle affirme que « Mme Z... était jusqu'à son

cassation pour insuffisance de motifs : il leur appartient de qualifier la culpabilité du prévenu au-delà de sa connaissance de cette maladie mentale¹⁰⁹¹.

840. D'après l'économie de l'article, l'existence de l'abus peut ne pas dépendre de l'existence d'une spoliation. L'incrimination se désintéresse de l'effectivité d'une atteinte au patrimoine de la victime : elle sanctionne une *infraction formelle*. Dès lors, il est inexact d'affirmer que l'infraction de l'article 223-15-2 du Code pénal constitue une infraction matérielle¹⁰⁹². En effet, depuis que la loi du 12 juin 2001 a transféré le contenu des articles 313-4, 313-7 et 313-9 du Code pénal dans le livre relatif aux infractions contre les biens, aux articles 223-15-2 à 223-15-4 du Code pénal relatifs aux infractions contre les personnes, l'acte préjudiciable ne concerne plus les atteintes au patrimoine. Ce transfert s'est donc logiquement accompagné d'une modification substantielle : le terme « *obligé* » est remplacé par l'expression « *conduire à* » un acte ou une abstention gravement préjudiciable, ce qui est beaucoup plus large que l'ancienne incrimination. L'article 223-15-2 du Code pénal punit l'abus commis « *pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables* ».

841. L'atteinte effective au patrimoine de la victime n'est donc pas une condition de l'infraction. Il faut ajouter qu'il n'est même pas certain que l'ancienne version de l'incrimination ne sanctionne pas une infraction formelle. Y compris sous l'empire de l'article 313-4 du Code pénal, la Chambre criminelle jugeait que l'atteinte effective aux biens n'était pas utile pour caractériser l'infraction¹⁰⁹³. Certains auteurs expliquent que cette décision ampute l'infraction d'une partie de son élément matériel¹⁰⁹⁴. Elle nous semble pourtant totalement conforme à la lettre de l'article 313-4 du Code pénal de 1810.

décès en pleine possession de ses facultés mentales ; que cette lucidité au sens psychiatrique et somatique ne saurait cependant exclure l'hypothèse d'un état de faiblesse dont ont pu abuser les prévenus ».

¹⁰⁹¹ Crim., 27 juin 2012, inédit, n° de pourvoi de pourvoi : 11-83695. La cassation est encourue car les juges du fond n'ont pas répondu « *aux conclusions de la partie civile qui faisait valoir que Mme Y... souffrait d'un syndrome anxio-dépressif avéré et traité comme tel et sans rechercher si les déficiences physiques constatées ne caractérisaient pas un état de particulière vulnérabilité susceptible de placer Mme Y... dans une situation de faiblesse* ».

¹⁰⁹² *Comp.* : P. SALVAGE, *J.-Cl. pén.*, v° Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse, fasc. 20, n° 32.

¹⁰⁹³ Crim., 12 janvier 2000, JurisData n° 2000-000468, Bull. crim. n° 15, p. 33 (au sujet d'un médecin traitant qui fait signer à son patient l'acte de vente d'un terrain pour un prix largement inférieur à sa valeur. Il échoue dans son entreprise et le bien est finalement vendu à un tiers ; si bien que le médecin conteste avoir pu commettre l'infraction. Pour la Chambre criminelle, il est indifférent que l'acte soit valable ou que le dommage se soit réalisé : « *Qu'en effet, si l'article 313-4 du Code pénal prévoit que l'acte obtenu de la victime doit être de nature à lui causer un grave préjudice, il n'exige pas que cet acte soit valable, ni que le dommage se soit réalisé* ». *Comp. Dr. pén.* 2000, comm. 69, note M. VERON ; *D.* 2001, jurispr. p. 813, note J.-Y. MARECHAL ; *RSC* 2000, p. 614, note R. OTTENHOF ; *RTD com.* 2000, p. 741, note B. BOULOC.

¹⁰⁹⁴ J.-Y. MARECHAL, *JCP* 2006, II, 10057, note sous Crim., 15 novembre 2005, inédit, JurisData n° 2005-031532, n° de pourvoi : 04-86051. En qualifiant ainsi de gravement préjudiciable pour la victime du délit d'abus de faiblesse la rédaction d'un testament qui ne produira concrètement ses effets qu'à compter du décès de son auteur, et ne pourra dès lors que nuire aux héritiers de cette dernière, la chambre criminelle se livre à un « certain forçage du texte d'incrimination » qui aboutit à vider le préjudice de tout contenu véritable, et à en faire « *un élément résiduel du délit d'abus de faiblesse* ». Dans le même sens, P. SALVAGE, *J.-Cl. pén.*, préc., n° 32.

842. De part sa nature formelle, l'infraction d'abus de faiblesse se coordonne parfaitement les infractions qui intègrent l'abus à titre de circonstance aggravante. Ces dernières ont besoin de la réalisation d'une atteinte aux biens ou à l'intégrité physique pour être constituées, par exemple en cas d'extorsion, d'escroquerie de vol ou de viol¹⁰⁹⁵. L'état d'ignorance justifie encore l'aggravation prévue à l'article 222-24, 5° du Code pénal qui dispose que le viol est aggravé « *lorsqu'il est commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur* ».

843. La Chambre criminelle se fonde préférablement sur l'infraction d'escroquerie lorsque l'abus conduit à spolier une dame, atteinte de cérébro-sclérose avec confusion mentale, de ses biens mobiliers¹⁰⁹⁶ – où la Chambre criminelle écarte à juste titre la notion d'instrumentalisation car la victime ne commet pas l'ensemble des faits incriminés¹⁰⁹⁷. De même, le fait pour des époux d'abuser de leur autorité à l'égard d'une personne dont les facultés mentales sont amoindries par l'âge, afin d'obtenir par la crainte la remise de sommes d'argent, constitue l'infraction de vol lorsque cette remise est effective¹⁰⁹⁸.

844. En revanche en dehors de toute consommation de l'infraction, l'abus de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse sera seule envisageable. Par conséquent seul le risque d'un amoindrissement conséquent des ressources de la victime doit être pris en compte. L'appréciation de la gravité dépend donc d'un critère de proportionnalité. La Chambre criminelle s'est engagée dans cette voie en appréciant la gravité du préjudice au regard du patrimoine de la victime. Elle relève par exemple que le patrimoine de la victime lui permettait de faire les libéralités contestées¹⁰⁹⁹ pour écarter tout abus ou, à l'inverse que les actes de l'auteur ont « considérablement réduit les ressources de la victime »¹¹⁰⁰. Eu égard à la nécessité que cette spoliation n'ait pas eu lieu, la Chambre criminelle fait une juste interprétation du texte en analysant l'atteinte au patrimoine

¹⁰⁹⁵ L'abus d'ignorance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende, tandis que l'atteinte sexuelle aggravée par l'état de vulnérabilité de la victime fait encourir quinze ans (en cas de viol) ou sept ans (en cas d'agression sexuelle) d'emprisonnement ; dix ans et 150 000 euros d'amende pour l'extorsion (312-2 2° CP) ; sept ans et 750 000 euros d'amende pour l'escroquerie (313-2 4° CP) ; sept ans et 100 000 euros d'amende en cas de vol aggravé par cette circonstance (art. 311-5 CP).

¹⁰⁹⁶ Crim., 26 juin 1974, Bull. crim. n° 243, p. 622.

¹⁰⁹⁷ Comp. M.-P. LUCAS de LEYSSAC, *Rép. pen.*, v° Vol, n° 112, qui considère que la notion d'« *instrument passif* » est implicitement sanctionnée par cet arrêt.

¹⁰⁹⁸ Crim., 16 mars 1989, Bull. crim. n° 133, p. 342.

¹⁰⁹⁹ Crim., 13 mai 2006, inédit, n° de pourvoi : 05-82831 : « *ses propres ressources lui permettant, ainsi qu'en attestent ses relevés bancaires, de lui verser les sommes en question sans subir un grave préjudice et ce, d'autant plus qu'il ne lui payait plus ses salaires* ».

¹¹⁰⁰ Crim., 5 avril 2011, préc.

accessoirement à la constatation d'un abus. Pour exonérer une personne de responsabilité, elle établit notamment le caractère délibéré du don avant de prendre la mesure du préjudice éventuel¹¹⁰¹.

845. Il faut donc établir avec certitude la volonté d'abuser de l'ignorance de la victime pour qualifier l'infraction, ce qui ne saurait découler de la seule qualité de médecin : les juges du fond ne peuvent donc pas se contenter de relever que la vulnérabilité de la victime « *ne pouvait être ignorée* » du praticien¹¹⁰².

§ 2. Les conséquences de l'instrumentalisation d'un tiers incapable de discernement

846. L'instrumentalisation est l'opération par laquelle une personne subit les effets d'une réification pour le droit pénal. Elle consiste à provoquer l'ignorance absolue de cette personne, afin d'en faire l'intermédiaire que le délinquant fait agir à dessein. Cet instrument humain intervient alors sur une chaîne de causalité totalement maîtrisée par l'auteur de l'infraction.

847. Malgré sa capacité de réflexion, il s'apparente à l'un des maillons d'une chaîne censée mener au résultat projeté par le délinquant. Autrement dit bien qu'il soit titulaire du discernement, il commet un fait incriminé dans la plus pure ignorance de sa signification pour celui qui la conduit à agir ainsi. Il ne sait pas qu'il participe à la violation de la loi pénale car il ne connaît pas la conviction de celui qui l'utilise. *Il ignore les causes de sa propre ignorance et n'est donc qu'un instrument entre les mains de l'auteur véritable de l'infraction.*

848. Cette instrumentalisation peut être facilitée par l'existence d'un rapport de subordination entre l'auteur de l'infraction et l'auteur des faits. Toutefois cette présomption d'instrumentalisation peut être renversée, notamment par la preuve que l'acte réalisé ne relevait pas du périmètre de la subordination. En dehors de cette hypothèse, l'auteur des faits devra prouver son ignorance pour être innocenté.

¹¹⁰¹ Crim., 13 mai 2006, inédit, n° de pourvoi : 05-82831, préc. : « *qu'il ne peut être exclu, en effet, que Guy X..., qui reconnaît la qualité des services rendus par Martine Y..., épouse Z... durant vingt-cinq ans et le dévouement dont elle a fait preuve lors de la maladie de son épouse, ait choisi délibérément de lui venir en aide, ses propres ressources lui permettant, ainsi qu'en attestent ses relevés bancaires, de lui verser les sommes en question sans subir un grave préjudice et ce, d'autant plus qu'il ne lui payait plus ses salaires* ».

¹¹⁰² Crim., 12 janvier 2000, préc. ; au passage, la Chambre criminelle corrige les juges du fond qui affirment que la vulnérabilité de la victime *ne pouvait être ignorée du médecin*. Elle note pour sa part que le médecin *savait que l'état général du patient s'était dégradé*. S'agissant d'un adulte jouissant par présomption du discernement, il fallait effectivement établir la vraisemblance d'une absence momentanée de discernement aux yeux du délinquant.

L'instrumentalisation présumée par l'existence d'un rapport de subordination (A) diffère donc, au regard du régime de la preuve, de l'instrumentalisation provoquée par l'auteur de l'infraction (B).

A. L'instrumentalisation présumée par l'existence d'un rapport de subordination

849. L'instrumentalisation se présume lorsque l'auteur des faits incriminés agit sous la direction d'un supérieur hiérarchique. Statutairement, il se comporte en effet comme s'il était le bras agissant de son donneur d'ordres. La présomption cesse une fois le champ de la subordination dépassée (2) tandis qu'elle joue de manière quasi irréfragable lorsque les faits s'inscrivent dans le champ de la subordination (1).

1. Les faits s'inscrivant dans le champ de la subordination

850. En principe, il ne peut pas y avoir d'instrumentalisation lorsqu'une personne est assujettie à une obligation précise. La seule constatation de son abstention ou de son échec à prévenir un dommage signe l'existence « objective » de l'infraction. Par exemple, la conscience d'être nanti de la qualité de fonctionnaire oblige à des vérifications avant d'apposer sur un acte juridique un sceau d'authenticité. Cette personne se rend donc auteur de faux matériel en accréditant des données fallacieuses¹¹⁰³.

851. La Cour de cassation sanctionne l'acte de faire commettre un faux sur le fondement de la complicité, ce lors même que l'auteur matériel du faux serait reconnu de bonne foi¹¹⁰⁴. Le professionnel est en effet conscient de sa qualité personnelle au moment des faits. Le complice adhère à la violation du statut personnel au professionnel par instigation de l'infraction. La complicité semble donc s'imposer pour qualifier l'acte du

¹¹⁰³ Les articles 145 et 146 anciens du Code pénal de 1810 établissent une liste exhaustive des cas par lesquels un faux nese peut commettre par un fonctionnaire, sur le même modèle que l'ancienne incrimination de l'abus de confiance ; en revanche l'article 441-1 du Code pénal vise *tout acte*, en référence à cette qualité, ce qui constitue le signe supplémentaire du primat du discernement personnel pour qualifier l'infraction.

¹¹⁰⁴ Crim., 23 avril 1813, Bull. crim. n° 85, p. 207, préc. ; Crim., 23 avril 1829, Bull. crim. n° 84, p. 230, préc. ; également Crim., 8 juin 1912 : le crime de faux existe « *soit que son auteur ait fabriqué lui-même la pièce fausse, soit qu'il se soit servi de la main d'un tiers* » ; Crim., 20 décembre 1924, Bull. crim. n° 422, p. 704, au visa de l'article 405 du Code pénal ancien. Dans cet arrêt, la Cour de cassation valide la condamnation de l'auteur de manœuvres frauduleuses d'escroquerie à l'assurance. L'accusé avait produit auprès d'un expert des pièces et documents de nature à lui faire croire qu'un hangar, pour lequel il réclamait une indemnité, avait été détruit par le feu. Il présenta par la suite aux agents de la Compagnie d'assurances un état mensonger des objets détruits par l'incendie, en faisant affirmer la sincérité par un expert, tiers de bonne foi.

provocateur¹¹⁰⁵. L'instrumentalisation est également exclue en présence d'un avocat conscient d'agir en sa qualité de mandataire¹¹⁰⁶.

852. Cependant, lorsque l'individu agit sur ordre d'un supérieur hiérarchique, il exécute une mission technique et, sur le plan de la responsabilité, il engage par ses actes d'exécution la responsabilité pénale du donneur d'ordre.

853. L'effet déresponsabilisant de l'exécution d'une mission technique joue tant en matière intentionnelle que pour les infractions d'imprudence. A cet égard, la Chambre criminelle affirme que les juges du fond *doivent vérifier* que le chirurgien n'a pas commis une faute en relation de causalité avec le dommage causé par l'interne¹¹⁰⁷. Elle les oblige donc à s'assurer que le préposé n'a pas été instrumentalisé, ce qui revient à poser une présomption d'instrumentalisation en faveur de l'exécutant. Elle juge encore que l'inaction d'un médecin interne, pourtant conscient de la nécessité de pratiquer immédiatement une intervention chirurgicale suite à l'alerte donnée par le médecin anesthésiste, ne constitue pas nécessairement une faute caractérisée. En effet selon l'article R. 6153-3 du Code de la santé publique¹¹⁰⁸, la décision de réopérer appartient au seul chef de service qui, en l'espèce, était présent lors de la survenance de l'hémorragie¹¹⁰⁹. Il y a donc là une pure application des directives techniques du supérieur, ce qui suffit à présumer son irresponsabilité. Le subordonné ne répond d'aucun des actes qui s'inscrivent dans le périmètre de ses fonctions.

854. Déjà, dans l'*Ethique à Nicomaque*, Aristote tenait l'esclave qui devait obéir à son maître pour un instrument irresponsable¹¹¹⁰. L'ordre supérieur écarte toute faute de celui qui agit suivant sa direction, sans que cela n'altère la matérialité des faits¹¹¹¹. Le raisonnement n'est pas différent chez Pufendorf à la toute fin du XVII^e siècle : « *Un*

¹¹⁰⁵ Comp. D. REBUT, note sous Crim., 18 janvier 2000, *JCP* 2001, II, 10502, n° 5 ; J. POUYANNE, *op. cit.*, n° 297, et n° 699 et s., qui s'interroge sur l'utilité du recours à la complicité dans ces cas étant donné que le faux est une infraction partitive, celle qui pourrait viser l'acte de « faire faire ». Ce style dans l'incrimination permettrait d'étendre la répression à la seule personne coupable comme auteur et non comme complice. Cette solution méconnaît cependant la permanence du discernement chez l'auteur du fait matériel.

¹¹⁰⁶ Crim., 25 avril 1979, Bull. crim. n° 148, p. 425, au sujet d'une infraction de dénonciation calomnieuse, le mandataire avocat s'étant contenté de « suivre les ordres » de son client. Il n'est fait référence à l'« instrumentalisation ».

¹¹⁰⁷ Crim., 10 février 2009, Bull. crim. n° 33, p. 103, au visa de l'article 593 du Code de procédure pénale, la Chambre criminelle casse « l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour relaxer un médecin poursuivi du chef d'homicide involontaire, retient que la mort de sa patiente est due à une hémorragie secondaire à une plaie chirurgicale de l'aorte à la suite d'une incision cutanée pratiquée par une interne sous son contrôle (...) alors qu'il appartenait à la cour d'appel de rechercher si le prévenu, auquel il incombait de contrôler l'acte pratiqué par l'interne, n'avait pas commis une faute entretenant un lien direct de causalité avec la mort de la patiente ».

¹¹⁰⁸ Art. R. 6153-3 du Code de la santé publique, al. 1 : « l'interne en médecine exerce des fonctions de prévention, de diagnostic et de soins, par délégation et sous la responsabilité du praticien dont il relève ».

¹¹⁰⁹ Crim., 3 mai 2006, Bull. crim. n° 117, p. 433.

¹¹¹⁰ J. GAUDEMET, « Le problème de la responsabilité pénale dans l'Antiquité », *La responsabilité pénale, Travaux du colloque de philosophie pénale (12 au 21 janvier 1959)*, Paris, Dalloz, 1961, p. 67.

ignorant agit très fermement, en suivant l'autorité des personnes éclairées (...). Lorsqu'on est sous l'empire d'autrui, on peut légitimement faire, par ordre de ses Supérieurs, une chose que l'on ne sait pas certainement être illicite, quand même il n'y aurait guère d'apparence qu'elle fût permise »¹¹¹².

855. En jurisprudence sous l'empire des Code pénaux de 1791 et 1810, cette question apparaît dans l'index des Bulletins de la Chambre criminelle sous l'intitulé trompeur de la « responsabilité du fait d'autrui ». Il n'y a pourtant dans les arrêts visés sous cette expression aucune contrariété avec le principe de responsabilité personnelle. Il s'agit d'un fait d'autrui (en l'occurrence très souvent le préposé) qui n'engage la responsabilité de son commettant qu'à la condition d'en constituer la concrétisation idéale. Le préposé agit fictivement suivant l'intention du commettant ainsi que son statut juridique l'indique.

856. Le décideur assume donc la responsabilité pénale de l'activité qu'il dirige. Ses subordonnés se fient à l'appréciation qu'il a dû faire de la légalité des actions qu'il commande, dans la limite d'une contradiction manifeste de l'ordre reçu avec les prescriptions du droit pénal qu'une personne ne peut ignorer. En deçà de cette limite, l'existence d'un cadre infra-juridique confère à l'activité de l'exécutant une apparence de légalité. Sa conscience d'être sujet d'un champ normatif directement lié à sa qualité de salarié, d'employé ou de fonctionnaire lui inspire la conviction d'agir conformément aux impératifs du droit pénal. En résumé, son discernement de préposé s'oppose par principe à la formation d'une conviction coupable.

857. La Chambre criminelle qualifie cet individu « d'instrument passif », en ce sens qu'il est tenu d'accomplir les actes dont il ignore néanmoins la nature infractionnelle. Il en va ainsi de l'assujetti à un rapport hiérarchique qui revêt la qualité de *militaire*. La Chambre criminelle avale la relaxe d'un individu prévenu de contrebande lorsque l'inculpé, « *transporté en cours de peine chargé du service des embarcations de l'administration et tenu à l'obéissance passive, avait l'ordre de recevoir et de transporter des sacs, et que, conscient ou non de l'acte qu'il accomplissait, il ne pouvait s'y soustraire sans encourir une peine disciplinaire, se trouvant ainsi dans une*

¹¹¹¹ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Auctor ad Herennium, I, 14, 24.

¹¹¹² S. von PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*, trad. J. Barbetrac, Amsterdam, chez Henry Schelte, 1706, t. 1, p. 40, n° 4.

contrainte exclusive de responsabilité »¹¹¹³. La Chambre criminelle précise qu'il avait reçu du second capitaine l'ordre de recevoir, dans l'une des embarcations dont il était chargé, deux matelots avec des sacs dont il pouvait ignorer le contenu et que ceux-ci devaient transporter sur le littoral. Elle n'est pas fondée sur l'absence d'intention coupable comme y invitaient les constatations souveraines des juges du fond, mais sur le moyen péremptoire pris de la force majeure.

858. L'argument a été avancé avec succès dans la décision du 29 décembre 1948¹¹¹⁴, rendu au visa de l'article 64 du Code pénal de 1810. Un soldat allemand de la Wehrmacht est chargé, durant l'occupation, de la direction d'une entreprise ayant exporté sans licence des marchandises à partir de la France. Ce comportement s'avère contraire au droit pénal français. La Cour de cassation relève toutefois que « *soumis à une discipline militaire d'autant plus rigoureuse du fait de l'état de guerre, il n'était, en procédant sous le contrôle et la surveillance de la Wehrmacht aux exportations frauduleuses visées par la poursuite, qu'un instrument passif devant les ordres de ses supérieurs militaires, auxquels il était contraint d'obéir* », et d'ajouter : « *le concours d'un instrument passif devant les ordres écrits de ses supérieurs militaires [diffère] substantiellement du concours enthousiaste d'un national de bonne volonté, (...), quelque « dévoué » qu'il pût être à sa nation, [le prévenu] n'en a pas moins, dans les circonstances exposées par l'arrêt attaqué, cédé à la contrainte* ».

859. L'instrumentalisation fonctionnelle existe également pour l'*employé*. L'arrêt du 26 juin 1885 en fournit l'illustration¹¹¹⁵. Un entrepreneur de voitures avait, contrairement aux dispositions d'un arrêté préfectoral, interdisant l'usage des voies ferrées des tramways aux véhicules étrangers au service des tramways, ordonné à ses conducteurs d'emprunter les moyens de locomotion prohibés. La Chambre criminelle jugea qu'il s'était rendu auteur de l'infraction¹¹¹⁶.

860. C'est encore le cas lorsqu'un *préposé* participe par des faits purement matériels à des fraudes commises par son employeur. La Cour motive parfois ses décisions en référence à *l'intérêt exclusif de l'employeur*¹¹¹⁷. Elle décide notamment que le

¹¹¹³ Crim., 18 janvier 1902, Bull. crim. n° 30, p. 54.

¹¹¹⁴ Crim., 29 décembre 1948, Bull. crim. n° 299, p. 450, *JCP* 1949, II, 4681. Cf. : J. POUYANNE, *op. cit.*, p. 241.

¹¹¹⁵ Crim., 21 mai 1885, S. 1888, I, 487.

¹¹¹⁶ Voir au sujet de cet arrêt l'analyse critique de J. DUPUY, *La provocation en droit pénal*, thèse dactylographiée Limoges, 1978, p. 75-81. L'auteur avale la qualification d'auteur lorsque l'initiative résulte de l'ordre du commettant.

¹¹¹⁷ Crim., 13 juin 1902 : « *le véritable auteur de la fraude est le fournisseur qui l'a organisée et l'a faite pratiquer pour son compte et dans son seul intérêt par son préposé Rubiello, dont le rôle a consisté à aider et à assister l'auteur du délit dans*

subordonné avait « *toujours agi sans intérêt, sans initiative, sous le contrôle de Ringuier et d'accord avec lui, peut avoir été parfois l'instrument et le bras qui exécute, alors que Ringuier a toujours été le véritable auteur des fraudes accomplies* »¹¹¹⁸. On peut ajouter à cette liste la décision rendue par la Chambre criminelle le 13 novembre 1919¹¹¹⁹ : l'auteur du délit de déclaration frauduleuse d'échange¹¹²⁰ fait appuyer son acte par des témoins ignorant le caractère frauduleux de sa démarche. La Chambre criminelle jugea, sans faire référence à la complicité, que « *celui dont les personnes qu'il a employées comme intermédiaires n'ont été que les instruments inconscients est à bon droit retenu comme l'auteur du délit (...); le véritable auteur de la déclaration est Othon Weber, dont les témoins Anthoni, Jaeger et Hamons n'ont été que les instruments inconscients* ». Dans cette affaire également, la sujétion légalement établie – elle fut contractuelle en l'espèce, or le Code civil donne force de loi aux conventions établies entre les parties – présume l'aliénation de l'auteur dans l'acte.

861. Encore faut-il que l'acte intimé par un supérieur s'inscrive dans le périmètre du rapport de subordination¹¹²¹. De deux choses l'une : soit l'exécutant ignore que l'ordre dépasse le cadre établi, et il est fautif de l'avoir exécuté par négligence personnelle ; soit l'exécutant sait que l'ordre est extra-ordinaire, mais il accorde une confiance à son supérieur contre la prudence que lui enseigne sa conscience personnelle. Ainsi au-delà de cette limite, il n'y aurait plus de caractérisation possible d'une instrumentalisation.

2. Les faits ne s'inscrivant pas dans le champ de subordination

862. Lorsque le prévenu a agi dans le cadre d'une *subordination*, l'instrumentalisation opère *a priori* mais, à l'inverse, l'acte qui s'inscrit en dehors du cadre des fonctions

les faits qui l'ont consommé », sur le fondement de l'article 433 du Code pénal de 1810 pour fraude à la pesée de marchandises.

¹¹¹⁸ Crim., 4 mars 1864, Bull. crim. n° 58, p. 101. A noter cependant que les juges du fond déduisent la culpabilité de Ringuier « *non de sa position de gérant responsable, mais de son immixtion personnelle, intentionnelle et frauduleuse dans les faits constitutifs des délits constatés* », dans une espèce où le rapport de subordination n'était pas direct.

¹¹¹⁹ Crim., 13 novembre 1919, Bull. crim. n° 237, p. 395.

¹¹²⁰ Le délit est alors incriminé à l'article 5 de l'arrêt du 26 novembre 1918.

¹¹²¹ Cf. Crim., 10 décembre 1842, Bull. crim. n° 324, p. 505. Un certain Chevallier, commis appartenant à la maison Schleisinger, avait distribué des tracts diffamatoires à l'égard de Cerf. Il fit valoir qu'en sa qualité d'employé, l'obéissance due à son maître justifiait son acte. L'argument fut rejeté par la Cour de cassation. Le motif se veut particulièrement didactique : « *attendu (...) que l'obéissance due par les serviteurs et commis à leur maître ne peut suffire pour justifier leur participation à des actes que la loi qualifie de délit ; qu'il appartient aux tribunaux de rechercher s'ils ont été des instruments passifs dans les mains de leur maître, ou si, au contraire, ils ont agi avec connaissance et dans une intention coupable ; que la cour royale s'est livrée à cet examen, et a reconnu qu'en signant et expédiant l'écrit dont il s'agit, Chevallier avait dépassé les limites de ses fonctions de commis et avait pris sa part dans la volonté et l'intention de nuire* ».

personnelles n'est pas rapporté au donneur d'ordre. Il faudra éventuellement rapporter la preuve d'une ignorance absolue chez l'auteur des faits matériels.

863. Ainsi, le prévenu qui, sur l'ordre d'un supérieur, se rend dans une zone pour laquelle il n'a pas d'autorisation commet l'infraction en cause¹¹²². La présomption d'absence de discernement n'est pas non plus reconnue au bénéfice de celui qui distribue des tracts diffamatoires. C'est d'ailleurs sous cette qualification que la référence explicite à l'instrumentalisation apparaît pour la première fois expressément en jurisprudence au XIX^e siècle, dans une espèce où elle fut écartée au profit de la complicité¹¹²³.

864. A défaut de rapport de subordination, l'un des époux tente vainement de se justifier en affirmant avoir agi sous les ordres de son conjoint, lorsqu'il commet des atteintes sur mineur : la qualité de chacune des parties exclut toute subordination, notamment entre personnes mariées¹¹²⁴, conformément aux dispositions du Code civil qui les mettent sur un pied d'égalité¹¹²⁵. En l'occurrence, le prévenu est donc auteur de l'infraction et sa femme complice par fourniture de moyens, à moins de prouver qu'il a agi sous l'emprise d'une erreur de fait provoquée par un tiers.

B. L'instrumentalisation résultée d'une erreur de fait provoquée

865. Pour concrétiser son projet infractionnel, une personne peut induire un tiers en erreur. L'individu instrumentalisé participe, à son insu, au succès de l'opération. Comme l'aliéné de l'article 122-1 du Code pénal, il ignore les causes de son ignorance. Toutefois l'erreur de fait est la cause de l'abolition du discernement (1), non l'inverse, d'autant que l'aliénation psychiatrique est exclue du champ de l'instrumentalisation (2).

¹¹²² Crim., 2 mars 1916, Bull. crim. n° 54, p. 95, au sujet d'un ordre intimant au prévenu de se rendre à Verdun en temps de guerre, zone qui nécessite le port d'un permis vert alors qu'il n'était muni que d'un laissez-passer sur papier blanc.

¹¹²³ Crim., 10 décembre 1842, préc.

¹¹²⁴ Crim., 24 avril 2003, inédit, n° de pourvoi : 02-86098. Un père organise les ébats de son fils mineur de quinze ans, né d'un précédent mariage avec sa seconde épouse. La belle-mère se défend en arguant de l'autorité morale du mari sur elle. Les juges du fond (CA Angers, 7 mars 2002) répondent qu'aucun élément du dossier n'atteste que les « capacités de discernement » de la belle-mère aient été abolies ou altérées.

¹¹²⁵ Art. 212 (« les époux se doivent *mutuellement* respect, fidélité, secours, assistance ») et 213 (« les époux assurent *ensemble* la direction morale et matérielle de la famille») du Code civil.

1. L'erreur de fait causant l'abolition du discernement

866. L'instrumentalisation existe y compris lorsqu'elle manque son effet. Celui qui s'essaye à l'instrumentalisation d'un tiers est alors passible de l'infraction manquée sur le fondement de la tentative. Par exemple, l'instrumentalisation ratée consiste à piéger la cheminée du four d'une maison, par dissimulation de fagots de paille et création d'ouvertures, si bien que le feu aurait pris dans toute la maison à la moindre utilisation de l'installation¹¹²⁶. Dans un arrêt de cassation, la Chambre criminelle précise que l'incrimination applicable à « *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, [ce dernier n'étant pas] moins coupable que celui qui allume personnellement et directement le feu* », précisant par ailleurs « *que ce qui pouvait rester d'éventuel et d'incertain dans l'événement ne dépendait plus d'elle* »¹¹²⁷.

867. La tentative d'instrumentalisation s'illustre encore lorsque l'erreur est provoquée par un mensonge. Dans une autre affaire, une personne avait tenté d'empoisonner un enfant en remettant à ses parents une tisane préparée par infusion d'allumettes phosphoriques, poison qu'il présenta comme un médicament utile à la guérison de la mineure. Alertés par l'odeur alliagée du breuvage, les parents en firent examiner le contenu. Le prévenu fut condamné sur le fondement des articles 2 (réprimant la tentative) et 301 anciens du Code pénal par la Cour d'appel de Lyon. La Chambre criminelle rejeta le pourvoi, considérant que « *la remise du flacon contenant le breuvage empoisonné à un tiers chargé de l'administrer* » constituait un commencement d'exécution¹¹²⁸.

868. L'instrumentalisation se manifeste également à la faveur de l'infraction de dénonciation calomnieuse¹¹²⁹ ; en matière de vol lorsque l'individu qui trouve un porte-

¹¹²⁶ Crim., 20 juillet 1861, Bull. crim. n° 160, p. 279.

¹¹²⁷ En son temps, cette décision d'une parfaite rigueur juridique ne fut pas comprise chez les partisans du réalisme infractionnel. Voir C. DELPECH (conseiller CA Montpellier), *De l'infraction, ses conditions, ses éléments, ses caractères*, Paris, éd. Ernest Thorin, 1879, p. 8 et s., d'après lequel l'absence de commission de l'acte par la dame Ponsot, qui s'était rendue compte de la présence du fagot de paille, aurait dû conduire à absoudre le « complice » d'un crime inexistant ; l'opinion n'est pas isolée, cf. J. LACOINTA, *De la criminalité morale et légale, spécialement de la tentative et du méfait manqué*, éd. De Bonnal et Gibrac, 1863.

¹¹²⁸ Crim., 2 juillet 1886, Bull. crim. n° 238, p. 393 ; voir également Crim., 5 février 1958, Bull. crim. n° 126, p. 215 : « *constitue le crime de tentative d'empoisonnement le fait de jeter dans l'eau du puits alimentant la propriété d'un tiers, un produit dont la présence dans l'eau de boisson, était de nature, selon les constatations souveraines des juges, à provoquer des phénomènes d'intoxication lente pouvant aboutir à la mort d'un être humain* ». Comp., F. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 383, n° 349, qui explique ces solutions par l'élasticité de l'incrimination qui permet de punir comme auteur aussi bien celui qui administre que celui qui fait administrer par « l'emploi » de substances mortifères.

¹¹²⁹ Crim., 22 juin 1876, Bull. crim. n° 139, p. 283, le prévenu Bernardi a agi « *comme un instrument passif et inconscient de ce qui [avait] été fait contre le juge de paix Conti (...) la culpabilité impliquant nécessairement (...) la conscience de la criminalité de l'acte qualifié délit* », sur le fondement de l'article 373 du Code pénal de 1810 (« *Quiconque aura fait par écrit une dénonciation calomnieuse contre un ou plusieurs individus, aux officiers de justice ou de police administrative ou judiciaire, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an, et d'une amende de cent francs à trois mille francs* »), désormais art. 226-10 du même code.

monnaie sur la voie publique le remet au matelot qui s'en réclame propriétaire¹¹³⁰. C'est également le cas lorsqu'un individu remet des biens à celui qui se présente sous la fausse qualité d'adjudicataire¹¹³¹.

869. La personne instrumentalisée a le même statut juridique qu'une chose en droit pénal. Il n'est donc pas étonnant de voir cette notion apparaître explicitement en droit prétorien au sujet des violences commises à l'aide d'un animal. La Cour de cassation y écarte l'infraction contraventionnelle de blessures par animal lorsqu'il a suivi les ordres de son maître décidé à agresser un tiers, le gardien de l'animal commettant alors le délit de violences¹¹³². L'instrumentalisation postule une parfaite maîtrise du *medium* employé. Elle ne pourrait donc pas s'appliquer au malade mental atteint de troubles psychiques, quand bien même ces désordres mentaux l'alièneraient.

2. Les limites du champ de l'instrumentalisation : l'exclusion de l'abolition du discernement causée par une maladie mentale

870. L'assimilation doctrinale de l'aliéné à l'enfant, à la fin du XIX^e siècle, conduit Ortolan à affirmer que le dément, au même titre que l'enfant non discernant ou l'individu contraint, est un « *instrument physique irresponsable* » et celui qui l'a utilisé l'auteur du délit¹¹³³. Lorsque le criminaliste évoque la démence instrumentalisée, il constate que l'ignorance absolue du majeur justifie sa qualité d'instrument, mais il ne fait pas des troubles mentaux la cause de cette réification.

¹¹³⁰ Crim., 4 juin 1908, Bull. crim. n° 213, p. 423 ; les juges du Conseil de guerre le condamnent et la Cour de cassation rejette son pourvoi suivant une formule classique « *s'il est de principe que la soustraction frauduleuse, qui est l'un des éléments essentiels du vol, n'existe que lorsque la chose soustraite a été appréhendée et déplacée contre le gré du propriétaire par le fait personnel de l'auteur de l'appréhension ou du déplacement, et que cette condition n'est pas remplie si la possession d'un objet perdu résulte uniquement de la remise faite au prévenu par le tiers qui a trouvé cet objet, il en est différemment lorsque le prévenu ne s'est pas borné à recevoir l'objet perdu, mais l'a réclamé et se l'est fait remettre ; qu'il n'y a pas, en effet, dans ce cas, remise volontaire de la part du tiers, et que celui-ci n'est alors que l'instrument à l'aide duquel le prévenu, qui reçoit l'objet, l'a, en réalité, frauduleusement appréhendé* ».

¹¹³¹ Crim., 10 février 1954, Bull. crim. n° 69, p. 120 : « *s'il est de principe que l'appréhension frauduleuse de la chose d'autrui nécessaire pour constituer le vol ne se rencontre pas dans le cas où la chose remise volontairement, fut-ce même par erreur, est frauduleusement retenue par celui qui l'a reçue, on ne saurait assimiler à une remise volontaire la remise faite par un tiers, abusé par le prévenu sur le véritable propriétaire de la chose, et qui n'a été qu'un instrument passif à l'aide duquel la personne recevait la chose l'a en réalité appréhendée frauduleusement* », P.-A. PAGEAUD, « L'intention de la victime comme critère de la notion de « soustraction » en matière de vol », *JCP* 1955, I, 1256, n° 6, qui propose comme E. GARCON de s'enquérir de la volonté du *tradens* ; opinion suivie par A. CHAVANNE, note sous Crim., 4 novembre 1964, *JCP* 1965, II, 14066 ; par R. OTTENHOF, note sous Crim., 21 avril 1964, 1^{ère} espèce (veuve Paradis), *JCP* 1965, II, 13973. Cette décision fut la première à étendre la notion d'instrument passif à l'hypothèse d'une personne induite en erreur ; confirmée par Crim., 24 octobre 1972 (vol préféré à la qualification d'abus de confiance).

¹¹³² Crim., 7 avril 1967, Bull. crim. n° 105, p. 246 : « *le prévenu qui a lancé un chien contre les tiers pour le mordre, a commis, alors qu'il est constaté que ces morsures ont entraîné pour la victime une incapacité totale de plus de huit jours, non la contravention prévue par l'article R. 30-7° du Code pénal (nouvel article R 623-3 : excitation d'animaux dangereux), mais le délit prévu par l'article 309 dudit code, l'animal n'ayant été alors qu'un instrument ayant servi à causer des blessures involontaires* » ; *D.* 1967, p. 601 ; *JCP* 1968, II, 15366, note J. VOLFF.

¹¹³³ J.-L.-E. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Plon, 3^e éd., 1863, p. 570, n° 1262.

871. L'assimilation de l'aliéné du droit pénal à celui de la médecine peut confondre les auteurs s'inspirant de ses enseignements. Notamment, une auteure distingue l'instrument humain dit « passif »¹¹³⁴ – par emprunt à la terminologie prétorienne – à l'instrument actif¹¹³⁵ (celui qui commet les faits sciemment : le complice, l'expression n'existant nulle part en jurisprudence). Elle ajoute cependant qu'il « peut s'agir d'un mineur ou d'une personne atteinte de troubles psychiques ou neuropsychiques »¹¹³⁶. Elle en vient à la conclusion que *le malade mental* n'est un instrument qu'à la condition d'une abolition de son discernement¹¹³⁷. Mais interpréter l'abolition du discernement sous un angle psychiatrique déforme la pensée première d'Ortolan.

872. Afin qu'un agent pénal parvienne à instrumentaliser un malade mental, au préjudice d'un tiers, il faudrait qu'il maîtrise trois paramètres : le moment d'intervention de ce trouble psychique, son intensité, et avoir la certitude qu'elle le conduira à commettre un acte précis. Il faudrait donc reconnaître à l'agent provocateur un don de voyance : celui consistant à anticiper sans faille la commission du résultat qu'il projette par le malade mental, alors même qu'il n'existe aucun lien préétabli entre une maladie mentale et le passage à l'acte.

873. Aucun texte légal ou réglementaire n'établit de rapport entre une maladie mentale et la commission d'une infraction. La Chambre criminelle relègue donc le rapport de causalité effectué par les experts psychiatres à une question de fait¹¹³⁸, bien qu'elle soit moins regardante envers les juridictions d'instruction qu'à l'égard de celles tranchant l'affaire au fond¹¹³⁹. En définitive, seule l'incapacité de discernement est totalement compatible avec l'hypothèse d'une instrumentalisation. L'abolition du discernement ne l'est qu'à la condition d'être provoquée par une erreur de fait.

¹¹³⁴ J. POUYANNE, *op. cit.*, p. 233, n° 314 : l'instrument passif est dépourvu de la « *capacité d'être coupable* ».

¹¹³⁵ *Ibid.*

¹¹³⁶ *Loc. cit.*, p. 239, n° 320.

¹¹³⁷ *Ibid.*, p. 240.

¹¹³⁸ Par exemple, Crim., 23 janvier 2013, inédit, n° de pourvoi : 12-8150, dans une affaire où un individu est poursuivi des chefs de meurtre aggravé, tentatives de meurtre, violences volontaires, dégradation volontaire d'un bien mobilier appartenant à autrui. Les conclusions de l'expert ont servi à la décision d'irresponsabilité pénale, ce qui a amené la Chambre criminelle à casser la décision d'appel.

¹¹³⁹ Crim., 3 avril 2002, inédit, n° de pourvoi : 01-85319 (faits d'homicide d'un inconnu sous l'emprise d'un délire).

Section 2. Les conséquences de l'abolition du discernement sur la qualification de l'infraction

874. L'irresponsabilité pénale de celui qui subit des troubles psychiques ou neuropsychiques nécessite deux conditions cumulatives : d'une part l'abolition du discernement, d'autre part sa concomitance avec les faits. Au sein de l'article 122-1 du Code pénal, la condition temporelle prime l'intensité de l'atteinte au discernement (« n'est pas pénalement responsable la personne qui, *au moment des faits*,... »). En effet, l'abolition du discernement est une forme d'ignorance absolue, celle qui neutralise l'existence d'un doute, dans l'esprit de l'intéressé, sur la nature du fait qu'il commet.

875. L'abolition du discernement établit l'*inexistence* de l'infraction pénale. Cet effet était déjà explicitement posé à l'article 64 du Code pénal de 1810 (« *il n'y a ni crime ni délit* »). La fixité des peines conduisait alors la Chambre criminelle à désigner sous le terme culpabilité aussi bien le fait que l'intention de l'auteur¹¹⁴⁰. De même la Chambre criminelle a pu qualifier l'état de démence de fait justificatif¹¹⁴¹, celui qui rend *l'acte incriminé* non punissable.

876. Les contraventions n'étaient pas visées par l'article 64 précité car elles ne constituaient pas une violation du droit naturel, sur lequel le droit des codifications révolutionnaires était partiellement fondé. Le Code pénal entré en vigueur en 1994 a franchi une étape supplémentaire dans la laïcisation du droit pénal, en justifiant l'aliénation au critère du discernement, remplaçant le critère antique de la *démence*. Ainsi conformément à l'article 122-1 du Code pénal, « n'est pas pénalement responsable la *personne* » qui ne pouvait pas savoir qu'elle commettait un fait incriminé. Mais comme sous l'empire du Code pénal de 1810, cet état prouve l'inexistence de l'infraction.

877. Parce que l'abolition du discernement constitue une cause d'irresponsabilité pénale, elle ne peut être recherchée que chez celui qui est mis en cause comme auteur potentiel d'une infraction, ce qui exclut le témoin assisté mais inclut la personne mise en

¹¹⁴⁰ Crim., 13 mai 1826, Bull. crim. n° 95, p. 275, précisément p. 277 : « *le mot coupable est employé [au sein de l'article 362 du Code d'Instruction criminelle] dans un sens complexe, qui exprime la MORALITE du fait en même temps que sa matérialité, en même temps que son existence purement physique* ».

¹¹⁴¹ Crim., 1^{er} mars 1855, Bull. crim. n° 71, p. 126 : « *le fait de démence constitue, non un simple fait d'excuse, mais un élément de justification absolue sur lequel le jury, interrogé par la question principale, ne doit pas être interrogé à nouveau par une question distincte et surabondante* ».

examen, celle contre laquelle il existe des charges suffisantes d'avoir commis les faits¹¹⁴².

878. Pour résoudre cette question, le juge peut recourir aux services d'un expert. Cependant la détermination de l'abolition de cette conscience réflexive lui revient entièrement. L'objet de l'expertise psychiatrique porte sur la conscience individuelle, quand le juge doit quant à lui se prononcer sur la conscience personnelle du prévenu au moment des faits.

¹¹⁴² Crim., 3 mars 2010, Bull. crim. n° 46, p. 216 (cassation) : « *il résulte des articles 706-120 et 706-125 du Code de procédure pénale que les juridictions d'instruction ne peuvent prononcer une décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental qu'à l'égard d'une personne mise en examen* ».

Conclusion du chapitre 2 :

879. L'absence de discernement, en droit pénal, a des effets tant lorsqu'elle existe chez l'auteur d'une infraction que lorsqu'elle concerne la victime d'une infraction. Dans ce dernier cas, les rapports que le *discernement* entretient avec l'état d'*ignorance* apparaissent expressément. La victime qui ignore l'existence des lois qui la protègent est dans l'impossibilité de se rendre compte qu'elle subit une infraction. Elle se trouve dans un « *état d'ignorance* » qui sa protection particulière, par l'incrimination autonome du comportement qui consiste à abuser de cet état d'ignorance (art. 223-15-2 du Code pénal), ou en érigeant la connaissance de l'état d'ignorance de la victime au rang de circonstance aggravante d'autres infractions.

880. La charge de la preuve de cette connaissance de l'état d'ignorance de la victime dépend du sens de la présomption. Chez le mineur présumé capable de discernement, ce qui signifie qu'il ne jouit pas encore de cette qualité, l'abus est présumé. En revanche, pour la victime majeure, il faudra que le Ministère public rapporte la preuve d'une ignorance résultée par exemple de la vulnérabilité de la victime, ou des effets d'un trouble psychique. Sur ce point, le droit pénal est d'une parfaite cohérence : il n'attache aucun effet direct à l'existence d'un trouble mental.

881. Cela se vérifie au regard de l'article 122-1 du Code pénal. L'effet d'irresponsabilité n'y est pas attaché à la nature ou à l'intensité des troubles psychiques, mais à la condition qu'il survienne « *au moment des faits* », et non au moment *du fait* incriminé. Le juge doit prendre en compte le moment à partir duquel l'ensemble des faits qui ont été réalisés pouvait laisser présager la réalisation d'un dommage incriminé. Celui qui ne pouvait pas l'anticiper n'a pu avoir aucune volonté coupable, si bien qu'il n'existe alors aucune infraction, ce qu'exprimait déjà l'article 64 du Code pénal de 1810 (« *il n'y a ni crime ni délit* »). La formule se retrouvait d'ailleurs au sujet de l'acte ordonné par la loi ou le commandement de l'autorité légitime (art. 327 du Code pénal de 1810) ou encore commandé par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui (art. 328 du même code).

882. Le critère qui justifie l'irresponsabilité du majeur est le même s'agissant du mineur. L'incapacité de discernement du mineur est une présomption que le droit pénal attache à son âge, mais dont le fondement tient à cette ignorance absolue. Il est censé avoir agi sans savoir que ce qu'il faisait pouvait correspondre à un fait incriminé. Cette

présomption n'est pas exclusive au mineur. Elle se vérifie également chez la personne qui se trouve en état de subordination par rapport à un supérieur. Le militaire, par excellence, mais également l'employé, sont présumés ignorants de la nature des faits qu'ils commettent. Pour le droit pénal, ce sont des instruments entre les mains de leurs supérieurs. La preuve contraire sera toutefois bien plus difficile à rapporter dans le cas du militaire en raison de la rigueur du rapport de subordination qui le lie.

883. En dehors de ces cas d'instrumentalisation présumés, il est possible de prouver qu'une personne a été utilisée à son insu pour *réaliser* le fait *commis* par le seul auteur de l'infraction. L'instrument humain est alors dans une situation semblable à celle de « *l'instrument passif* », celui qui tient son ignorance de son rapport de subordination.

Conclusion du titre 1 :

884. La définition traditionnelle du discernement implique que cette notion ne joue aucun rôle positif en droit pénal. Pourtant, envisagé à l'aune du droit positif, cette notion dévoile une acception bien différente de celle qui lui est prêtée. Il ne correspond pas à la « *conscience du bien et du mal* », critère moral que le droit séculier du XVIII^e siècle emprunta au droit canon car il en partageait les fondements. Dans le système répressif laïcisé que le Code pénal de 1994 met en place, cette définition méritait d'être réadaptée. L'interprétation stricte du droit positif permet alors d'induire une définition renouvelée du discernement. Elle apporte un double éclairage. D'une part, le discernement moderne révèle son identité avec le critère antique d'imputabilité. Au sein des systèmes antérieurs à la Révolution de 1789, elle correspond à la conscience que des lois supérieures et impératives existent. D'autre part, le discernement éclaire alors la parfaite cohérence de l'ensemble des mécanismes de la responsabilité pénale. Cette connaissance de l'existence de la loi pénale est exprimée dans l'adage *nemo censetur ignorare legem*. Cependant cette règle visait alors la loi divine. Depuis que le droit moderne s'est coupé de ses racines antique, notamment par la substitution du critère de l'abolition du discernement à celui de la *démence*, la présomption de connaissance de la loi concerne *l'existence* de lois positives. Conscient d'être titulaire des qualités que le droit positif lui reconnaît, tout individu doit agir de sorte qu'il se conforme aux commandements implicites de la loi. Autrement dit, il lui faut avoir conscience, en toute occasion, qu'il ne peut connaître parfaitement l'ensemble des obligations auxquelles le droit pénal l'assujettit. Toutefois, parce qu'il est conscient de son ignorance par rapport à la manière de remplir ses devoirs de citoyen, il sera toujours en faute de n'avoir pas vaincu ce doute par des mesures appropriées. Cette conscience qu'il a de sa propre ignorance correspond au discernement, et constitue la condition *sine qua non* de la responsabilité pénale.

885. L'absence de discernement de la victime peut aggraver l'infraction qu'il commet, voire constituer une infraction à part entière. Mais dans cette hypothèse, prouver qu'il connaissait l'état d'ignorance de la victime ne suffira pas. La nature formelle de l'infraction d'abus de faiblesse est contrebalancée par l'exigence d'une preuve d'un abus volontaire. Cette protection accordée à la victime ne s'explique pas tant par son âge ou son état de vulnérabilité, circonstances de faits. Elle résulte en tout état de cause de l'état d'ignorance de la victime, qui pourra avoir été causé par une vulnérabilité particulière (raison pour laquelle cette circonstance apparaît consécutivement et distinctement de

celle de l'état d'ignorance). La culpabilité découlera toujours du refus, par l'auteur des faits, de s'assurer qu'il agissait en conformité avec le droit pénal. S'il sait que la loi fixe des directives de conduite, mais qu'il s'abstient d'en prendre connaissance, il sera fautif par abstention, même en matière intentionnelle, dès lors que la règle à respecter était précise. Son ignorance constitue le critère de sa faute. Il ne pourra notamment pas invoquer un doute favorable sur le consentement de sa victime, et ne sera irresponsable qu'à la condition de prouver qu'il ne pouvait pas connaître l'inexistence de ce consentement ou l'état. Cette ignorance absolue prouvera l'inexistence de sa conviction coupable, autrement dit l'inexistence de l'infraction.

886. Toutefois la loi pénale n'est pas uniquement sanctionnatrice. Cette vision de la loi pénale est impliquée par l'étude des éléments de l'incrimination, aux fins de s'assurer que les condamnations pénales sont conformes au principe de légalité criminelle. Toutefois envisagé du côté de la victime, ainsi que l'a démontré l'étude de l'état d'ignorance du mineur, l'ignorance de la loi pénale peut être préjudiciable aux citoyens. Elle l'est lorsque la violation de la loi est commise par un autre citoyen, mais elle peut également l'être lorsqu'elle résulte du comportement des autorités publiques. Eu égard aux fondements constitutionnel du rôle du discernement – le droit à la sécurité en droit pénal – le discernement devrait également jouer un rôle en procédure pénale, afin d'assurer le droit des citoyens à la sûreté. Il faut donc également envisager le rôle du discernement, défini comme une conscience de l'existence de la loi pénale, sous son volet procédural.

Titre 2. Le rôle du discernement en procédure pénale

887. La procédure pénale met aux prises deux intérêts contradictoires qu'il faut néanmoins concilier. D'un côté, comme le droit pénal, elle est dédiée à la protection de la *sécurité* des citoyens. Elle tend vers l'application d'une peine et, pour ce faire, elle doit notamment soumettre des mis en cause à des actes coercitifs d'enquête. D'un autre côté, le processus qui mène potentiellement à l'application d'une peine ne doit pas porter atteinte aux libertés fondamentales des personnes mises en cause. Par exemple, restreindre le droit fondamental des suspects à la liberté d'aller et venir, afin de découvrir les preuves de la commission d'une infraction, aurait cette conséquence paradoxale de les traiter déjà comme des coupables alors qu'ils n'ont pas été reconnus coupables par le juge. La distinction du droit et de la procédure pénale deviendrait très ténue, si ce n'est inexistante *en fait*. La protection du droit des citoyens à la sécurité doit donc être tempérée par le respect du droit des mis en cause à la *sûreté*.

888. Ainsi, *conformément au droit constitutionnel des individus à la sûreté*, le Code de procédure pénale oblige les titulaires de la force publique à informer le mis en cause de la qualité en vertu de laquelle il est porté atteinte à ses droits et libertés fondamentaux. En effet, le mis en cause ne peut porter aucun regard critique sur ces atteintes tant qu'il ignore sa qualité de sujet d'enquête. La légalité des mesures coercitives impose donc l'information du mis en cause sur la nature des droits auxquels il peut prétendre. S'il ignore la qualité en vertu de laquelle il est interrogé, gardé à vue ou mis en examen, l'acte coercitif d'enquête qui s'applique à lui est illégal.

889. Pourtant autant, *conformément au droit constitutionnel des individus à la sécurité*, la procédure pénale tend vers l'application d'une peine. Car lorsqu'une victime subit la commission d'une infraction pénale, elle doute nécessairement de la protection que la société devait lui garantir en contre-partie du respect de ses devoirs personnels. Pour obtenir la punition de l'infraction, que la société n'a pas su empêcher, elle pourrait alors préférer la justice privée. Les actes de vengeance qu'elle commettrait la rendrait susceptible de commettre une infraction. L'inertie des autorités suite à la commission d'une infraction entretiendrait ce cycle sans fin, car l'impunité des auteurs d'infractions serait la cause de nouvelles infractions, par la victime comme par d'autres citoyens. Bien qu'ils n'aient pas été victimes de l'infraction, ils pourraient ne plus être intimidés par la

menace d'une peine dont ils ne constateraient pas l'application. En somme, la commission d'une infraction a pour conséquence d'altérer le discernement de la victime, et dans une moindre mesure celui des autres citoyens. Pour éviter cet effet, il est nécessaire que l'Etat poursuive les auteurs d'infractions. L'application d'une peine a donc une seule et même fin, restaurer la foi des individus en l'inviolabilité du droit pénal, ce qu'exprime l'article 130-1 du Code pénal : « *afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction* ».

890. La procédure pénale a subi des transformations qui semblent contredire la permanence de cet équilibre. De nombreuses procédures spéciales irriguent le droit de la procédure pénale. Les livres quatre et cinq de la première partie du Code témoignent à l'envi de cet « *émiettement* » des règles au sein d'une procédure pénale « *en quête de cohérence* »¹¹⁴³. La démultiplication des procédures spéciales semble faire voler en éclats la division de la procédure pénale en phases (d'enquête, d'instruction, de jugement), à l'image du désordre qui règne en matière de délais de prescriptions¹¹⁴⁴. L'ouverture du prétoire pénal à des associations et syndicats défendant non pas l'intérêt général mais des intérêts catégoriels¹¹⁴⁵. Pourtant, cette évolution suit une tendance générale : la réorganisation des équilibres de la procédure pénale autour de la *personne*. Le législateur a en effet procédé à *la mutation du droit de la procédure pénale vers un droit des procédures pénales*, tout en continuant d'assurer l'équilibre des droits à la sûreté et à la sécurité¹¹⁴⁶.

891. Pour le comprendre, il faut analyser distinctement ces deux objectifs complémentaires, au regard des qualités objectives que la procédure pénale reconnaît à la victime ou à l'auteur des faits. Il convient donc aborder successivement *le rôle du discernement de la victime* (Chapitre 1) et *le rôle du discernement du mis en cause* (Chapitre 2).

¹¹⁴³ Cf. *La procédure pénale en quête de cohérence*, sous la direction de la Cour de cassation, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007.

¹¹⁴⁴ T. POTASZKIN, *L'éclatement de la procédure pénale. Vers un nouvel ordre procédural pénal ?*, thèse Toulouse 1, 2009, p. 149 et s.

¹¹⁴⁵ Art. 2-1 et s. du Code de procédure pénale.

¹¹⁴⁶ Comp. D. THOMAS, « Le concept de procès pénal », *Mélanges P. Couvrat, La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 401, qui propose d'étendre le concept de procès pénal à la phase policière en amont et à la composition en aval.

Chapitre 1. Le rôle du discernement de la victime

892. L'action civile, en principe, est une action en réparation *d'un* dommage exercée devant la juridiction civile. Par exception, elle peut être exercée devant la juridiction pénale. Dans ce cas cependant, elle n'a pas pour objet d'obtenir réparation d'un dommage quelconque. Conformément à l'article 2 du Code de procédure pénale, il s'agit de « *l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention* ». Ce dommage pénal se distingue des différents dommages civils qui peuvent découler indirectement de l'infraction par sa nature. Il s'agit du dommage « *personnellement souffert* » par la victime de l'infraction, autrement dit du dommage qui a altéré son discernement personnel.

893. L'ouverture du prétoire pénal aux victimes d'infraction, comme la possibilité reconnue à des groupements représentant des « *intérêts catégoriels* » de la déclencher, ne poursuit pas un but indemnitaire. Ce faisant, le droit pénal cherche à « *restaurer l'équilibre social* », en réparant l'atteinte au discernement des personnes chez lesquelles il se trouve altéré par la commission de l'infraction. En procédure pénale, *la restauration du discernement de tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction constitue conditionne la recevabilité de l'action civile*.

894. Cependant, la réparation de cette souffrance personnelle postule l'existence du discernement chez la victime qui l'a subi. Tant qu'elle ignore la nature spécifique du dommage dont elle a souffert, elle ne peut pas exercer l'action civile. L'incapacité de discernement empêche la connaissance du dommage que la loi sanctionne d'une peine. Il est donc légitime d'admettre que cette absence de discernement fasse obstacle au démarrage du délai de prescription de l'action civile, ce qui permet d'expliquer tant le report du point de départ de la prescription chez le mineur qu'en matière d' « *infractions clandestines* ».

895. Ainsi, lorsqu'il est présent, le discernement de la victime conditionne sa constitution de partie civile (Section 1) ; absent, il impose un report du moment de la constitution de partie civile (Section 2).

Section 1. Le discernement, condition de l'action civile devant le juge pénal

896. D'évidence, celui qui se présente devant le juge pénal demande réparation de son préjudice, pas de celui d'un autre. La référence au dommage « personnellement souffert » semble donc parfaitement tautologique. Pour justifier la recevabilité de l'action civile devant les juridictions répressives, il apparaît donc plus utile de s'attacher à mention de ce qu'il doit s'agir *du – seul – dommage réparable*. *A priori*, seule la victime qui subit des violences peut demander réparation du préjudice qui en découle pour elle.

897. De ce point de vue, la jurisprudence qui admet la recevabilité de l'action civile des proches de la victime est logiquement vouée aux gémonies doctrinales. Toutefois l'illégitimité d'une telle « extension » ne vaut qu'à la condition d'admettre que l'infraction soit un acte réel, dont *la* victime souffrirait dans son corps, son patrimoine ou son intégrité psychique.

898. Cependant le droit pénal distingue la *personne*, qui peut être physique ou morale, de l'*individu* qui souffre des effets de l'infraction. Le dommage dont elle souffre ne peut donc pas être physique, patrimonial ou moral. Il peut dès lors survenir aussi bien chez *la* victime de l'infraction que chez *les* victimes « *par ricochet* », bien qu'elles ne subissent pas les manifestations de cette infraction dans leur chair. Toutefois, tandis que l'existence de cette souffrance est certaine chez la première, elle reste à prouver à l'égard des secondes. Ainsi, le discernement est *la condition de la constitution de partie civile de la victime de l'infraction* (§ 1) comme celle des *proches de la victime* (§ 2). Elles sont toutes deux touchées dans leur conscience personnelle.

§ 1. La condition de la constitution de partie civile de la victime

899. L'article 2 du Code de procédure pénale dispose que « *l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction* ». Cet article pose une double condition à la constitution de partie civile.

900. La première condition est d'ordre matériel (A) : il ne peut s'agir que du dommage subi personnellement. Autrement dit, il s'agit du dommage qui atteint la conscience d'être protégé par la loi pénale. Chez *la* victime du vol, des blessures, des violences, l'existence de ce dommage paraît certaine. L'action civile devant le juge pénal est donc

de droit (« l'action civile *appartient* à tous ceux qui... »). La seconde condition est d'ordre temporel (B) : les dommages dont la victime de l'infraction peut demander réparation sont ceux qui entretiennent un rapport direct avec l'infraction. Il convient d'envisager ces deux paramètres successivement.

A. La victime souffrant personnellement du dommage : la nature du dommage de la victime

901. Deux points de vue peuvent être traditionnellement dégagés pour l'interprétation de l'article 2 du Code de procédure pénale¹¹⁴⁷.

902. Suivant une première méthode d'interprétation, l'accès au prétoire pénal est restreint à ceux qui subissent *le* dommage visé par l'incrimination¹¹⁴⁸. Cette proposition, défendue par le professeur P. Conte, se justifie au regard des droits accordés au titulaire de l'action civile, au premier desquels le pouvoir de déclencher l'action publique¹¹⁴⁹. Cette prérogative exceptionnelle lui serait reconnue parce qu'il souffre *du* préjudice adéquatement prévue par l'incrimination : *le dommage visé à l'article 2 du Code de procédure pénale serait la version réduite du dommage pénal que la loi entend réprimer*. Par exemple, seule la victime qui a subi le viol pourrait se constituer partie civile de ce chef. De même, seuls les ayants-droits de la victime d'un homicide pourraient demander réparation du préjudice subi par le défunt. L'arrêt rendu le 12 janvier 1979 est au fondement de cette option de lecture. Dans cet arrêt, la Chambre criminelle refuse à la

¹¹⁴⁷ C. AMBROISE-CASTEROT et P. BONFILS, *Procédure pénale*, PUF, Thémis, 2011 ; B. BOULOC, *Procédure pénale*, *op. cit.*, spéc. n° 262 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, Lexisnexis, 7^e éd., 2011, n° 1183 ; BOULOC et MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, Sirey, 18^e éd., 2011, P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, Armand Colin, 4^e éd., J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit criminel*, Dalloz, t. 2, 7^e éd., 2011 ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, Ellipses, 2010 ; E. VERNY, *Procédure pénale*, Dalloz, 3^e éd., 2012 ; F. ALT-MAES, « Le concept de victime en droit civil et en droit pénal », *RSC* 1994, p. 35 ; P. BONFILS, « La participation de la victime au procès pénal : une action innommée », *Mélanges J. Pradel*, Cujas, 2006, p. 179 ; H. BONNARD, *La participation des victimes d'infractions au procès pénal*, *Mélanges G. Levasseur*, Litec, 1992, p. 287 ; P. CONTE, « La participation de la victime au processus pénal : de l'équilibre procédural à la confusion des genres », *Rev. pénit.* 2009, p. 521 ; J. LARGUIER, « L'action publique menacée », *D.* 1958, p. 29, du même auteur « L'action publique et l'action civile dans le code de procédure pénale », *JCP* 1959, I, 1495 ; voir également P. BONFILS, *La nature juridique de l'action civile*, thèse, Aix-Marseille III, 2000 ; M.-E. CARTIER, *La notion de dommage personnel réparable par les juridictions répressives*, thèse Paris, 1968.

¹¹⁴⁸ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 198 et s. ; dans le même sens, C. AMBROISE-CASTEROT, *Rép. pén.*, v° « action civile », spéc. n° 106 et s.

¹¹⁴⁹ La Cour de cassation a exprimé cette règle dans l'arrêt référence du 8 décembre 1906, rendu au détriment du sieur Placet, dans le sens du rapport que rédigea le magistrat instructeur Laurent-Atthalin. Cf. *Crim.*, 8 décembre 1906, *Bull. crim.* n° 443, *D.* 1907, 1, p. 207, p. 816, conclusions LAURENT-ATTHALIN, *S.* 1907, 1, p. 377, note R. DEMOGUE. La Chambre criminelle opina en faveur de l'option libérale exprimée en son temps par Cambacérés lors d'une discussion devant le Conseil d'Etat relative à la rédaction du Code d'instruction criminelle. Cf. *Loché*, t. 25, p. 147, séance du CE du 11 juin 1808. Cambacérés y distingue la dénonciation de la constitution de partie civile qui ne doit pas être paralysée par un refus du procureur impérial. En substance, « *quelles que soient les réquisitions prises par le ministère public (...) le juge d'instruction saisi, conformément à l'art. 63, d'une plainte avec constitution de partie civile (...) a le devoir d'informer sur la plainte* ».

femme de la victime d'un délit d'imprudence de se constituer partie civile au titre de son préjudice moral, car elle n'a pas été « blessée et victime de l'infraction ».

903. Cependant dans cette perspective, la victime d'un vol d'ordinateur ne pourrait pas demander la réparation du préjudice qu'elle subit du fait de la publication de travaux confidentiels qui s'y trouvent contenus. Elle devrait n'être indemnisée que de la valeur de la chose volée. A ne s'en tenir qu'aux conséquences idéales de l'infraction, l'étendue de la réparation seraient fixés par l'article 2 du Code de procédure pénale et l'article 3 réduit à une coquille vide.

904. Suivant une seconde méthode d'interprétation des conditions de l'action civile, plus souple, peut être distinguée de la première. Restreindre le droit de se constituer partie civile à la seule victime *du* dommage prévu par l'infraction dessert les intérêts de la victime. Il faudrait étendre ce droit à tous ceux qui souffrent d'un préjudice découlant des faits poursuivis. Cette lecture libérale de l'article 2 du Code de procédure pénale se fonde sur la jurisprudence issue de l'arrêt du 4 février 1989¹¹⁵⁰ qui aurait opéré un revirement par rapport à celui du 12 janvier 1979. Cependant pour la justifier, il semble qu'il faille recourir à un renversement de perspective *contra legem* : faire primer l'article 3 sur l'article 2 Code de procédure pénale.

905. En effet en principe, l'article 2 précité définit la qualité de partie civile et l'article 3 l'étendue du dommage réparable. Pour élargir le champ des victimes recevables à se constituer partie civile, il faudrait considérer que le préjudice existant appelle réparation devant le juge pénal tant qu'il a un lien avec l'infraction. Aussi la seule existence d'un dommage postérieur à l'infraction, quelle que soit sa nature (article 3 précité), autoriserait la constitution de partie civile (article 2 précité). Ceci expliquerait sans doute pourquoi la Chambre criminelle vise ensemble ces deux articles pour reconnaître la recevabilité de l'action civile des proches de la victime.

906. Néanmoins si l'action civile est attribuée si largement, n'importe qui pourrait se plaindre devant le juge pénal d'un préjudice ayant trait de près ou de loin à l'infraction. Cette solution aurait cette conséquence paradoxale de rendre des préjudices purement civils, ceux qui existent indépendamment de l'infraction pénale, réparables devant le juge pénal. Il semble donc plus approprié de pencher en faveur de la première proposition, bien qu'elle implique de vilipender la jurisprudence relative aux victimes par ricochet.

907. A l'analyse, la seconde proposition ne diffère finalement de la seconde qu'en fonction de la définition plus ou moins restrictive du dommage légitimant l'action civile. Il ne s'agit que *du dommage* vécu par la victime dans la première opinion, ou *des dommages* subis y compris par les victimes indirectes de l'infraction dans la seconde.

908. Cependant l'opposition de ces deux propositions peut être dépassée. D'abord, parce qu'elles s'avèrent perfectibles : aucune d'entre elles n'explique la légitimité de la jurisprudence relative aux victimes par ricochet autrement que par une faveur faite aux victimes. Ce postulat, qui n'est pas vérifié par ailleurs, appelle quelques réserves. Ensuite et surtout, parce qu'elles se fondent sur l'idée que la *personne* qui subit l'infraction est un être fait de chair et de sang, ce qui rend la condition du dommage « personnellement souffert » complètement tautologique d'après l'école d'interprétation restrictive. Autrement dit, elles ont contre elles de constituer l'une des déclinaisons du *réalisme infractionnel*.

909. Historiquement, cette manière d'envisager la nature du dommage dont la victime demande réparation a été élaborée antérieurement à l'adoption de la Constitution de 1958, avant l'émergence de la *personne juridique*, du temps où le droit séculier s'opposait encore au droit naturel que le droit positif devait révéler. La réparation dont il est alors question en jurisprudence n'a semblé exprimer qu'un dédommagement d'ordre matériel, celui auquel a droit l'individu touché dans sa chair. Elle s'observe par exemple chez Bentham qui, au début du XIX^e siècle, opère une distinction entre la satisfaction pécuniaire, but de l'action civile, et la satisfaction vindicative accessoire à cet objectif premier¹¹⁵¹. Cette conception de la constitution de partie civile a persisté au siècle suivant. On trouve notamment chez Granier une définition de la nature de l'action civile inspirée de Garraud¹¹⁵². Au terme d'un raisonnement scabreux, il réprovoque la présence de la victime dans le procès pénal, « *parce qu'elle signifierait un retour de la vengeance dans les prétoires qui n'est pas permise dans une société civilisée* »¹¹⁵³. Cet auteur appréhende l'action civile à partir de la volonté individuelle de la victime d'obtenir réparation. Il opine par conséquent en faveur du rejet de l'emprise de la chose jugée au criminel sur le civil.

¹¹⁵⁰ Cf. Crim. 9 février 1989, *D.* 1989, p. 614, note J. BRUNEAU ; *RSC* 1989, p. 742, obs. G. LEVASSEUR.

¹¹⁵¹ J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, Dumont, 3^e éd., 1830, chap. VIII, p. 80 et s.

¹¹⁵² J. GRANIER, « La partie civile au procès pénal », *RSC* 1968, p. 1.

¹¹⁵³ *Ibid.*, p. 14.

910. Dans la même veine, on peut lire chez Vidal que l'action civile devant les juridictions pénales est par nature une action en réparation d'un dommage privé¹¹⁵⁴. Cependant il note que de nombreux arrêts attestent de la survie de la procédure en cas de désistement de la partie civile. De même, la jurisprudence accorde la qualité de partie civile à tous ceux qui ont été victimes d'une infraction pénale même s'ils n'ont pas de droit à la réparation ou si la réparation ne peut être demandée à la juridiction répressive¹¹⁵⁵. L'objet des propos de Vidal fut donc également de démontrer que l'action civile n'est pas une pure action en réparation d'un dommage réel. Elle serait dotée d'une dimension accessoire qui serait celle de voir le délinquant condamné. Il se fonde à cette fin, en sus de la jurisprudence qu'il cite, sur l'arrêt du 8 décembre 1906¹¹⁵⁶. Le point de départ de sa démonstration (l'action civile devant les tribunaux répressifs a pour but premier d'indemniser la victime) le conduit donc à poser « la dissociation du droit de mettre en mouvement l'action publique et du droit à réparation »¹¹⁵⁷. L'action civile serait par principe une action en réparation d'un dommage matériel et, par exception, une action tendue vers la punition du coupable. Elle n'existerait même parfois que sous cette facette, lorsqu'elle tend à corroborer l'action publique.

911. A l'aune de cet héritage doctrinal, les travaux préparatoires du Code de procédure pénale de 1958 ont donc semblé revenir sur une solution qui obligeait la victime à exercer deux actions : l'une au pénal pour l'indemnisation de son préjudice infractionnelle, l'autre au civil pour obtenir indemnisation du préjudice purement matériel.

912. Or cette opinion doctrinale commune prend le principe pour l'exception. L'action civile n'est pas octroyée à la « victime » de l'infraction par le Code de procédure pénale. Le terme de « victime » lui-même est générique et ne s'emploie que par facilité de langage. Mais il ne vise pas précisément celle qui a conscience d'être atteinte en tant que personne. La victime est admise à se présenter devant le juge pénal uniquement parce qu'elle demande réparation du même dommage que la société réprimande.

¹¹⁵⁴ J. VIDAL, « Observations sur la nature juridique de l'action civile », *RSC* 1963, p. 481, n° 2 ; s'inspirant de J. GRANIER, « Réflexions sur l'action civile », *JCP* 1957, I, 1386, qui estime que les individus ou groupements victimes d'une infraction exercent parfois sous le couvert d'une action civile une véritable action publique.

¹¹⁵⁵ J. VIDAL, *loc. cit.*, p. 508, et la jurisprudence qu'il cite.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 483, n° 3 : « si l'on veut rendre compte avec suffisamment de réalisme de cette double évolution, on doit admettre que l'action civile intentée devant la juridiction répressive a un double objet. Elle tend certainement à obtenir la réparation du dommage causé par l'infraction. Mais elle a également pour objet de mettre en mouvement l'action publique et de faire de la partie lésée une véritable partie au procès pénal. Cette action n'a pas un caractère purement civil. Elle a aussi un caractère pénal ».

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 505, n° 23.

913. Face à la commission d'une infraction, cette victime doute légitimement de la force de l'interdiction qui devait empêcher ce passage à l'acte. Touchée dans sa personne et non dans sa chair aux yeux du droit pénal, elle risque de se désolidariser d'une croyance commune et, peut-être, de tendre vers le choix de la vengeance privée. Si le droit n'acceptait pas sa constitution de partie civile, il donnerait l'impression d'ignorer cette souffrance personnelle. La passivité de la société fournirait alors une caution à la dépravation des mœurs et détournerait la peine de sa fonction : restaurer la croyance de chaque citoyen dans l'existence de sentiments collectifs protégés et exprimés dans des incriminations.

914. Aussi, afin de restaurer la confiance dans l'inviolabilité de la loi pénale, la loi lui attribue la qualité de partie au procès pénal. La recevabilité de l'action civile de la victime devant le juge pénal permet de combattre la naissance d'une conviction contraire : l'inutilité d'une soumission au droit pénal. *La préservation du discernement de la personne est l'enjeu de la recevabilité de l'action civile exercée devant le juge pénal.* En demandant réparation de son dommage devant la juridiction pénale, la victime procède dans le même sens que la société qui cherche à réparer les effets de cette atteinte¹¹⁵⁸.

915. En effet le Ministère public met en mouvement et exerce l'action publique. Or exercer, d'après le dictionnaire de l'Académie française, signifie « faire mouvoir, *pour mettre ou maintenir en état de bon fonctionnement* ». Dès lors en exerçant l'action publique, le Ministère public entretient la vigueur des convictions personnelles atteintes par la commission d'une infraction. C'est pourquoi il exerce cette mission au nom de la société qu'il représente. L'action civile en réparation du dommage pénal vise la victime en tant qu'unité représentative de la société. Elle est ainsi parfaitement conforme à l'indivisibilité de la République¹¹⁵⁹.

916. A ce titre, l'article 2 du Code de procédure pénale ne vise pas le dommage *personnel* mais le dommage *personnellement souffert*. Ce dommage n'a rien de matériel. Il ne s'agit ni du fait réel de soustraction d'une chose, ni du dommage physique

¹¹⁵⁸ L'article 1^{er} du Code de procédure pénale énonce que « *L'action publique pour l'application des peines est mise en mouvement et exercée par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi (al. 1^{er}). Cette action peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée dans les conditions déterminées [par le Code de procédure pénale]* ».

¹¹⁵⁹ Art. 1^{er} de la Constitution : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ». L'affirmation de la valeur constitutionnelle du principe d'indivisibilité date de la décision du 9 mai 1991, n° 91-290 DC, JO du 14 mai 1991, p. 6350, consid. 12.

consistant dans l'atteinte à l'intégrité physique d'un individu. Ce dommage personnellement souffert constitue un préjudice – qu'on nous pardonne cette synonymie – perçu par une personne qui perd toute croyance dans l'effectivité de la protection pénale. La justification de la nature spécifique *du* dommage donnant seul droit à réparation nous paraît donc exacte mais incomplète car elle a été construite à partir d'une conception individuelle de la souffrance.

917. Avoir personnellement souffert du dommage causé par l'infraction signifie être atteint dans sa conscience d'un devoir-être. Cette souffrance s'identifie effectivement au mal que la punition de l'infraction est censée prévenir. La victime de l'infraction ne peut donc pas recevoir réparation de tous les dommages qui sont consécutifs aux faits poursuivis.

B. Le dommage directement causé par l'infraction : la restriction du champ de la réparation dû à la victime de l'infraction

918. L'article 2 du Code de procédure pénale ne dispose qu'à l'égard du dommage directement causé par l'infraction. Par ce biais, le législateur limite le champ des chefs de dommage dont la victime de l'infraction peut demander réparation : il ne peut s'agir que de ceux qui présentent un lien avec l'infraction (1), par exclusion des dommages purement civils qui ne sont réparables que devant leur juge naturel (2).

1. Le dommage découlant directement de l'infraction

919. Le dommage pénal dont la victime peut demander réparation devant le juge civil doit découler directement de l'infraction. Il existe deux manières d'envisager ce rapport de succession.

920. Sur une échelle de temps scientifique, la réparation devrait s'étendre indistinctement à l'ensemble des événements qui *font suite* à la commission de l'infraction. Cependant la réparation pourrait concerner un dommage qui, tout en étant immédiat, ne présente aucun rapport avec l'infraction. Sa réparation s'avérerait totalement contraire à l'objectif premier de la recevabilité de la victime au procès pénal : restaurer sa foi dans l'inviolabilité du droit pénal.

921. C'est pourquoi l'article 2 précité ne décrit pas une séquence des événements suivant un temps scientifique. Il délimite l'étendue du dommage réparable en fonction du *temps personnel*. Sont réparables tous les chefs de dommage, pourvu que leur réparation contribue à restaurer le discernement de la victime. Les dommages matériels *consécutifs* aux faits ne sont pas ceux qui *découlent* des faits objet de la poursuite. Les premiers concernent le dommage civil et ils sont donc réparables, en principe, devant le juge civil. Pour devenir réparables devant le juge pénal, il est nécessaire que ce dommage direct présente un lien avec la souffrance personnelle de la victime.

922. Le cas échéant, elle ne peut demander réparation que du dommage matériel idéalement causé par l'infraction (art. 2 du Code de procédure pénale), quelle que soit sa nature (art. 3 du Code de procédure pénale). S'il s'agissait d'un vol, la victime pourrait par exemple demander réparation de la valeur de la chose volée ; s'il ne s'agissait pas d'une atteinte à ses biens mais à son intégrité physique, la réparation par équivalent pécuniaire est impossible, de même que pour son préjudice moral. Tant qu'est en cause le dommage *découlant de l'infraction*, il lui est possible de se plaindre sur le fondement de l'article 3 du Code de procédure pénale pour tous les chefs de dommage.

923. Afin de ne pas diluer le privilège accordé aux victimes, la réparation du dommage civil est limité par ce lien de causalité direct. Ainsi, même lorsqu'il concerne l'individu qui a été victime de l'infraction, le dommage qui ne présente aucun lien avec la conviction personnelle atteinte est nécessairement indirect.

924. Plusieurs arrêts illustrent ce propos, notamment celui du 17 novembre 2004¹¹⁶⁰. Les faits sont les suivants : deux sociétés se plaignent d'avoir subi un préjudice en conséquence d'articles de presse qui leur imputent un soutien inconsidéré à une entreprise moribonde. Les juges du fond leur donnent raison et concluent à l'existence « [d'] un préjudice commercial et matériel causé par des articles de presse ayant porté atteinte à leur image en leur imputant un soutien inconsidéré au groupe X... et les ayant exposées à de nombreuses recherches et vérifications ». Au visa de l'article 3 du Code de procédure pénale, la Chambre criminelle casse l'arrêt d'appel. Elle affirme que « le préjudice allégué, à le supposer établi, est *sans lien direct de causalité avec les faits objet de la poursuite* ». La Chambre criminelle répond négativement à la question de droit qui suit : le fait pour une société de subir un préjudice consécutivement aux articles

¹¹⁶⁰ Crim., 17 novembre 2004, Bull. crim. n° 291, p. 1083.

de presse lui imputant une naïveté commerciale découle-t-il directement de l'infraction de faux et usage dont les dirigeants ont été victimes ?

925. La Chambre criminelle casse la décision d'appel au visa de l'article 3 du Code de procédure pénale. Cette solution n'a donc pas vocation à critiquer la qualité de victime des sociétés définie à l'article 2 du même code. Les juges leur reconnaissent implicitement cette qualité. En revanche, la Cour de cassation rappelle que l'étendue du droit à réparation, qui concerne tous chefs de dommage, doit être rapportée à un préjudice découlant des faits issus de la poursuite, en l'occurrence des infractions de faux et usage. Le préjudice lié à son image ne découlerait donc pas directement des faits.

926. Suivant une appréciation chronologique de la causalité, les faits de publication surviennent bel et bien postérieurement aux faits litigieux. En l'espèce, c'est à cette conception scientifique du temps que le pourvoi faisait référence. Cette publication n'aurait pas eu lieu si les infractions de faux et usage n'avaient pas été commises. Toutefois le dommage dont les sociétés se plaignent correspond à une atteinte à leur image. Cette atteinte ne correspond pas aucun des résultats du faux et de l'usage de faux.

927. Considérer que ce fait découlait de l'infraction induirait la reconnaissance d'une infraction pénale de diffamation, alors même qu'elle n'était pas objet des poursuites. Sous l'apparence d'une réparation d'un dommage consécutif à l'infraction, les juges puniraient le fait pénal d'un tiers (le journaliste) à partir des conséquences de l'infraction du prévenu (le délit de faux et usage), en ajoutant aux faits poursuivis. En opportunité, il faut ajouter que l'auteur de l'infraction de faux ne peut savoir qu'il en ressortira une publication, lui qui espère n'être jamais confondu.

928. En résumé, *la qualification du fait fixe le périmètre des dommages indemnisables. Pour réparer l'ensemble des autres dommages, il faudrait retenir autant de qualifications qu'il y a de violations alléguées de statuts personnels.*

929. La question de la nature du rapport de causalité qu'entretient le dommage avec les faits objets de la poursuite est résolue dans le même sens avec l'arrêt du 22 mai 2012¹¹⁶¹. Un manquement aux règles d'hygiène imputable à un franchisé de l'entreprise de restauration Quick, la société Dawa, cause le décès d'un jeune de quatorze ans après qu'il a consommé un sandwich de l'enseigne. Le retentissement de l'affaire ternit

¹¹⁶¹ Crim., 22 mai 2012, Bull. crim. n° 128, p. 209.

l'image de la société Quick qui souhaite se constituer partie civile, accessoirement aux poursuites diligentées pour homicide involontaire. Sa constitution de partie civile incidente, formée sur le fondement de l'article 87 du Code de procédure pénale, fait l'objet d'une ordonnance de rejet de la part du juge d'instruction que la Chambre de l'instruction de la cour d'appel de Nîmes confirmera le 1^{er} juillet 2011. Le pourvoi formé contre cette décision est également rejeté au visa de l'article 2 du Code de procédure pénale. Le moyen au pourvoi avance qu'il existe bien un lien de causalité direct entre le préjudice moral subi des suites de l'infraction et sa commission.

930. La Chambre criminelle répond que « constitue un préjudice indirect au sens de l'article 2 du code de procédure pénale, l'atteinte portée à l'image de marque d'un franchiseur à la suite d'une infraction d'homicide involontaire imputable à un franchisé, du fait d'un manquement de ce dernier aux règles d'hygiène et de sécurité ». La Chambre criminelle fait ici explicitement référence à la qualité personnelle du plaignant. S'il subit bien un préjudice consécutif à l'infraction suivant une échelle de temps scientifique, la qualification d'homicide involontaire ne protège pas l'honneur de la victime.

931. La solution rendue le 29 septembre 2009¹¹⁶² est sensiblement la même mais elle recèle un apport supplémentaire. La Chambre criminelle y vise également l'article 2, concurremment à l'article 3 du Code de procédure pénale, pour contester le caractère direct du préjudice dont un plaignant se réclame. En l'espèce, une personne morale sponsorise une équipe cycliste dont l'un des membres est condamné pour emploi de substances vénéneuses, comportement réprimé par le Code de la santé publique (art. L. 5432-1 al.1^{er}, L. 5132-8 al. 1^{er} et L. 5432-1). Elle entend se joindre à l'information ouverte en qualité de partie civile, au titre des « conséquences commerciales particulièrement dommageables pour son image ».

932. La Chambre de l'instruction confirme l'ordonnance du juge d'instruction qui déclare irrecevable cette constitution de partie civile. Elle retient notamment que « les objectifs de cette société répondent à des préoccupations strictement commerciales et économiques et que les préjudices résultant de l'atteinte alléguée à son image n'ont pu être qu'indirectement causés par les faits reprochés [au prévenu] ». La Chambre criminelle rejette le pourvoi et affirme que « *ne peut être qu'indirect pour une société intervenant comme sponsor d'une équipe cycliste, le préjudice résultant de l'atteinte que*

¹¹⁶² Crim., 29 septembre 2009, Bull. crim. n° 160, p. 691.

porterait à son image de marque la commission imputée à un coureur de cette équipe d'infractions liées à la pratique du dopage ». La Cour de ne se réfère pas substantiellement à la distinction des dommages en fonction de ce qu'ils seraient « strictement commerciales et économiques » ou non, ainsi que la Chambre de l'instruction l'y invitait.

933. De plus, la Cour de cassation ne refuse pas opiniâtrement la qualité de partie civile à la personne morale subissant un préjudice des suites d'une atteinte à son image. Elle précise que *la commission d'infractions liées à la pratique du dopage n'était imputée qu'à un coureur de l'équipe sponsorisée*, ce qui laisse entendre que la constitution de partie civile aurait pu être acceptée s'il en avait été autrement. En effet si l'ensemble de l'équipe avait été convaincue de dopage, l'imputation généralisée de l'infraction à l'équipe sponsorisée aurait laissé planer un doute sur la participation de la personne morale aux faits incriminés. La suspicion qu'elle ait impulsé une politique « sportive » de consommation des substances vénéneuses aurait alors obligé les juges à intégrer le chef de diffamation aux poursuites. En revanche tant qu'il s'agit d'un dommage commercial, la personne morale doit s'adresser au juge civil, le juge naturel de la réparation des dommages dits « indirects » en procédure pénale.

2. La réparation exceptionnelle du dommage civil devant le juge pénal statuant au civil

934. Demander la réparation du dommage directement causé par l'infraction autorise la constitution de partie civile. Dès lors, si la qualification des faits n'est pas reconnue, en bonne logique, il faudrait que celui qui se prétendait victime de l'infraction écartée intente une action devant le juge civil pour la réparation de son préjudice matériel. Afin de lui éviter ces longueurs inutiles, le législateur lui accorde la possibilité de demander réparation de ce dommage indirect devant le juge pénal. Ainsi en matière intentionnelle comme non intentionnelle, la réparation du dommage purement civile est admise accessoirement sur le fondement des articles 372 et 470-1 du Code de procédure pénale.

935. D'après l'article 372 du Code de procédure pénale, en matière criminelle ou le prévenu n'est plus « relaxé » mais « acquitté », *« la partie civile, dans le cas d'acquittement comme dans celui d'exemption de peine, peut demander réparation du dommage résultant de la faute de l'accusé, telle qu'elle résulte des faits qui sont l'objet de l'accusation »*. L'établissement d'une faute de nature civile n'engage pas la

préservation du discernement¹¹⁶³, si bien qu'il n'appartient pas à la Cour de rechercher son existence d'office¹¹⁶⁴.

936. De même à l'article 470-1 du Code de procédure pénale, l'alinéa premier dispose que « *le tribunal saisi, à l'initiative du ministère public ou sur renvoi d'une juridiction d'instruction, de poursuites exercées pour une infraction non intentionnelle au sens des deuxième, troisième et quatrième alinéas de l'article 121-3 du code pénal, et qui prononce une relaxe demeure compétent, sur la demande de la partie civile ou de son assureur formulée avant la clôture des débats, pour accorder, en application des règles du droit civil, réparation de tous les dommages résultant des faits qui ont fondé la poursuite* ».

937. La confusion des fautes civile et pénale d'imprudence, en droit pénal, a perturbé la compréhension de la jurisprudence se fondant sur l'article 470-1 du Code de procédure pénale. Pourtant la Chambre criminelle, comme la Chambre civile, distingue ces deux fautes sur le plan procédural, si bien que le dommage réparable civilement ne peut pas correspondre au dommage dont la victime demandait réparation au pénal. En effet, lorsque le juge pénal écarte l'existence d'une faute pénale, il admet du même coup que le prévenu a agi conformément aux obligations liées à son statut personnel. Le juge pénal ne peut, sans se contredire, reconnaître l'existence d'un dommage matériel issu des faits tout en affirmant que le prévenu n'a commis aucune faute. De même, *le juge civil ne peut aller à l'encontre d'une décision pénale lorsqu'il attribue réparation d'un dommage pécuniaire, si et seulement s'il se fonde sur la même qualité personnelle que le juge pénal*.

938. Partant, le juge civil peut toujours se prononcer sur la réparation d'un dommage tant que celui-ci n'est pas en lien avec la qualité qui fait objet des poursuites devant le juge pénal. De ce point de vue, il semble possible de douter de l'opinion suivant laquelle la Chambre criminelle aurait mis fin à l'autorité de la chose jugée au pénal sur le juge

¹¹⁶³ Crim., 26 février 1969, Bull. crim. n° 97, p. 238 ; D. 1969, p. 325 ; Crim., 11 mars 1987, Bull. crim. n° 121, p. 337 : la faute doit être distincte du crime écarté ; voir également Crim., 11 janvier 1984, Bull. crim. n° 17, p. 43 ; Crim., 20 octobre 1993, Bull. crim. n° 298, p. 748.

¹¹⁶⁴ Crim., 23 juin 2004, Bull. crim. n° 170, p. 625, JCP 2004, IV, 2691 ; Crim., 29 mars 2006, Bull. crim. n° 98, p. 373 ; D. 2006. IR p. 1483 ; AJ pénal 2006, p. 312, obs. C. GIRAULT.

civil¹¹⁶⁵. Elle est présente chez tous les auteurs qui identifiaient les fautes civile et pénale d'imprudance¹¹⁶⁶.

939. *Ces fautes ne sont pas semblables mais la qualification de l'une dépend de l'existence de l'autre, lorsqu'elles se fondent sur une même qualité personnelle.* Reconnaître la faute pénale d'imprudance induit l'existence d'un dommage civilement réparable. Réciproquement, nier l'existence d'une faute pénale d'imprudance réduit d'autant la possibilité pour le juge civile de retenir une faute indemnisable au regard de la qualité personnelle de l'auteur des faits. Les arrêts invoqués par les partisans de l'unité des fautes d'imprudance ne permettent pas d'opiner en ce sens.

940. Citons pour illustration l'arrêt du 5 janvier 1956¹¹⁶⁷, au sujet de poursuites engagées pour coups mortels avec usage d'une arme et *requalifiées en violences volontaires*. Les premiers juges considèrent que les violences n'ont pas causé la mort de la victime. Sur appel de la veuve et des enfants du défunt, les juges du fond rejettent l'exception tirée de l'autorité de la chose jugée au criminel et font droit à leur demande en réparation du préjudice causé par la mort de leur époux et père. Cette décision est cassée par la deuxième Chambre civile. La Cour de cassation décide que « les juges civils n'ont pu, sans se mettre *en contradiction* avec les termes de la chose jugée au criminel, ni, par suite, violer le principe susvisé, accueillir l'action introduite, *à raison de ce décès*, par les ayants droit [du défunt], en leur nom personnel, et *non pas en qualité d'héritiers* ayant trouvé, dans le patrimoine de leur auteur, le droit à réparation né, pour lui, du seul fait pour lequel [le prévenu] a été condamné ».

941. En l'espèce, la Cour de cassation constate, sur la foi des circonstances de faits établis par les juges du fond, que le prévenu n'avait pas eu d'intention homicide. Au pénal, le dommage réparable concernait la volonté extériorisée de porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui. Seul le dommage lié aux violences pouvait donc être civilement indemnisable devant le juge pénal. Cependant celui qui était titulaire de ce droit indemnitaire était le *de cuius*. Une action en réparation était née dans son patrimoine avant son décès (« *droit à réparation né, pour lui, du seul fait...* »).

¹¹⁶⁵ J. GRANIER, « La partie civile au procès pénal », *RSC* 1968, p. 19 : considère que le « dogme » d'après lequel le criminel tient le civile en l'état n'est le plus souvent « *qu'un colosse vermoulu auquel nous adressons un ultime encens avant sa chute* ».

¹¹⁶⁶ L'opinion d'après laquelle le juge pénal prononçait des poussières de faute uniquement pour permettre les réparations qualifiées en équité est présente chez J. DERUPPE, « La notion particulière de décision définitive en procédure pénale », in G. STEFANI (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, op. cit., p. 153

¹¹⁶⁷ Civ., 5 janvier 1956, *JCP* 1956, II, 9140 ; *D.* 1956, p. 236.

Cependant, s'agissant de l'indemnisation du dommage civil consécutif à ces faits, il aurait fallu se plaindre devant le juge civil. Or les requérants n'avaient pas agi en leur qualité d'héritier ayant reçu cette action dans leur patrimoine. Ils se présentaient en leur nom personnel, pour la réparation d'un dommage indirect, et ne pouvaient donc prétendre à la qualité en vertu de laquelle le *de cuius* pouvait demander une réparation devant le juge pénal du dommage purement civil.

942. Cette jurisprudence ne présente aucune contrariété avec les arrêts de la Chambre criminelle du 15 avril 1889¹¹⁶⁸ qui vérifie la dualité des fautes, pas plus qu'avec l'arrêt de la Chambre civile du 18 décembre 1912 qui aurait soi-disant mis fin au principe d'une dualité des fautes civile et pénale d'imprudance¹¹⁶⁹. La Chambre civile y affirme simplement qu'à défaut de condamnation pénale, *il ne pouvait y avoir aucune faute civile qualifiée à partir de la qualité personnelle visée aux poursuites*¹¹⁷⁰. Pareillement, le juge civil doit se fonder sur d'autres circonstances de faits (celles qui induisent la conscience d'une autre conscience réflexive) pour conclure à l'existence d'une faute sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, après qu'une relaxe est intervenue au visa des articles 319 et 320 du Code pénal de 1810¹¹⁷¹.

943. Par conséquent la loi du 10 juillet 2000 qui semble restaurer la dualité des fautes d'imprudance ne contredit nullement un errement jurisprudentiel préalable. Et sous l'empire de cette loi, les fautes civile et pénale d'imprudance restent distinctes.

944. La réparation du dommage civil a légitimement lieu lorsqu'elle sanctionne une faute distincte du discernement en cause. C'est systématiquement le cas lorsque le dommage à indemniser découle d'une *faute contractuelle*. Ainsi par exemple, la conscience d'être soumis au statut pénal régissant la profession de médecin anesthésiste rend un individu potentiellement coupable d'une faute pénale d'imprudance. Par conséquent, une fois cette faute écartée, la conscience qu'il aurait dû avoir de la portée de ses actes ou omissions le rend éventuellement responsable de la faute civile

¹¹⁶⁸ Crim., 15 avril 1889, S. 1889, I, p. 292.

¹¹⁶⁹ Comp. M. Truchet, « Les transformations de la notion de responsabilité civile et pénale depuis quarante ans », *Gaz. Pal.* 2002, 2, doctr. p. 1068.

¹¹⁷⁰ Crim., 6 juillet 1934, *DH* 1934, p. 446.

¹¹⁷¹ Civ., 18 décembre 1912, préc. ; Civ., 12 juin 1914, *D.* 1915, 1, p. 17 ; Civ., 15 janvier 1929 et 30 décembre 1929, *DP* 1930, p. 41 ; Crim., 6 juillet 1934, *DH* 1934, p. 446, J. PRADEL et J. VARINARD, *op. cit.*, Dalloz, 2001, n° 40 ; voir également Cass., 2^e Civ., 3 mars 1993, Bull. civ., II, n° 81 ; Cass., 2^e Civ., 28 avril 1993, Bull. civ., II, n° 152 ; Cass., 2^e Civ., 14 décembre 1999, Bull. civ., II, n° 345, *JCP* 2000, 10241, concl. F. PETIT ; *RTD civ.* 2000, p. 342, obs. P. JOURDAIN ; Cass., 2^e Civ., 29 mai 1996, Bull. civ., II, n° 109 ; Cass., 2^e Civ., 6 décembre 1995, Bull. civ. 1995, II, n° 303 (au sujet d'un conducteur relaxé du chef d'imprudance) ; Cass., 2^e Civ., 27 mai 1998, Bull. civ., II, n° 164 (au sujet d'une provision accordée à la victime d'un accident alors que le piéton mis en cause fut relaxé) ; Crim., 2 avril 1997, Bull. crim.

contractuelle. Lorsque la partie civile a également formé une demande en indemnisation de son dommage sur le fondement de l'article 470-1 du Code de procédure pénale, les juges ont l'obligation de vérifier l'existence de ce dommage purement civil.

945. Ainsi au stade de l'instruction, doit être annulée la décision qui déboute les parties civiles de leur demande en réparation du préjudice moral consécutif à la perte de chance de survie de leur enfant, lorsqu'elle se borne à énoncer que cette demande est irrecevable comme ayant pour fondement la faute du prévenu, laquelle a été écartée¹¹⁷². En effet « la juridiction répressive *peut*, après relaxe du prévenu du chef d'homicide involontaire, retenir une *faute contractuelle* en relation de cause à effet avec le dommage résultant de la perte de chance de survie de la victime ».

946. Cette jurisprudence s'illustre également avec la relaxe d'un médecin anesthésiste par l'arrêt confirmatif de la Cour d'appel de Poitiers, dans l'arrêt de rejet du 3 mars 1993¹¹⁷³. En l'espèce, le médecin a pratiqué une rachianesthésie lors d'une césarienne mais il n'a pas fait surélever la partie inférieure du corps de la victime dans lequel n'a pas été injecté suffisamment de sérum. La patiente fait un arrêt cardiaque auquel elle survit. Les juges du fond considèrent que « le médecin n'a pas donné au malade des soins conformes aux données acquises de la science ». Le pourvoi formé contre cette décision est rejeté au visa de l'article 470-1 du Code de procédure pénale.

947. *A fortiori*, lorsque la conscience d'être assujéti à des protocoles médicaux n'aurait pas empêché le dommage (dans le jargon doctrinal, lorsque le bon père de famille n'aurait pas pu éviter le dommage et, dans celui de la Cour de cassation, lorsque ce dommage n'est pas en rapport de causalité avec le fait de l'obstétricien u un rapport de causalité exclusif avec une autre cause), il est encore loisible de vérifier l'existence d'une faute contractuelle. La relaxe pénale constitue alors encore une condition de l'évaluation de la faute civile sur le fondement de l'article 470-1 du Code de procédure pénale dans l'arrêt du 20 mars 1996¹¹⁷⁴.

948. Un médecin provoque l'accouchement prématuré d'un enfant qui décède quelques semaines plus tard d'une infection contractée lors du passage du col vaginal ou des germes étaient présents en grande quantité. Un prélèvement antérieur à l'accouchement

n° 130, p. 437 (au sujet d'une faute d'imprudence empêchant la reconnaissance par le juge civil d'une faute exclusive de la victime dans la production de son propre dommage).

¹¹⁷² Crim., 28 septembre 1999, Bull. crim. n° 198 p. 624.

¹¹⁷³ Crim., 3 mars 1993, Bull. crim. n° 96, p. 230.

¹¹⁷⁴ Crim., 20 mars 1996, Bull. crim. n° 119, p. 349.

n'avait rien révélé cependant, après culture, leur présence chez la mère ne faisait aucun doute. L'accouchement avait eu lieu dans l'intervalle, le médecin ayant fait preuve d'imprudence en avançant le moment de l'accouchement alors que rien ne justifiait ce procédé. Néanmoins de l'avis des experts, le traitement préconisé dans ces situations n'aurait pas empêché la contamination. L'imprudence du médecin qui n'avait pas agi selon les règles de l'art ne présentait aucun rapport de causalité avec le décès dû, pour sa part, aux effets de la méningite fulgurante.

949. La Cour de cassation décide que « si ce médecin a commis l'imprudence de déclencher artificiellement le travail d'accouchement de la mère en l'absence de raison médicale impérieuse et a ainsi augmenté le risque de contamination infectieuse du nouveau-né il n'est pas possible d'affirmer que, né à terme, l'enfant aurait survécu s'il avait contracté la même méningite fulgurante et que, par suite, *il n'existe aucun lien de causalité démontré entre la faute et le décès* ». Elle établit donc l'existence d'une présomption d'absence de faute lorsque l'acte *personnel* du médecin aurait eu les mêmes conséquences, ce qui ménage la possibilité de rapporter la preuve d'une faute commise par l'individu ayant réalisé l'accouchement à partir d'autres éléments.

950. Une fois cette faute pénale écartée, les juges devaient s'interroger sur l'existence d'une faute contractuelle. Pour qualifier cette faute, ils devaient analyser le comportement du prévenu toujours à partir de sa conscience d'être médecin, mais au regard du contrat qui a force de loi entre les parties. Sur le plan civil, il est comme tel redevable d'une obligation de moyens. Or en l'espèce, le déclenchement artificiel du travail d'accouchement avait effectivement augmenté les chances de décès de l'enfant.

951. Dans sa décision sur ce point, la Chambre criminelle fait donc légitimement référence à la qualité de médecin du prévenu pour indemniser la perte d'une chance : « *sur le fondement des articles 470-1 du Code de procédure pénale et de l'article 1147 du Code civil, expressément invoqués par les ayants droit de la victime, parties civiles, les juges leur allouent des dommages-intérêts en réparation de leur préjudice moral consécutif à la perte de chance de survie de l'enfant ; (...) les juges ont ainsi caractérisé, sans se contredire, l'existence d'un lien de causalité entre l'imprudence retenue par eux à la charge du médecin et la perte de chance indemnisée* ».

952. L'existence d'un lien de causalité est encore appréciée différemment pour établir respectivement la faute civile contractuelle ou la faute pénale dans l'arrêt de cassation pour contradiction de motifs du 3 novembre 2010, rendu au visa notamment de l'article

1147 du Code civil¹¹⁷⁵. Une femme enceinte décède des suites d'une complication foudroyante de sa grossesse, diagnostiquée tardivement par les médecins. La Chambre criminelle affirme pour écarter la faute pénale « qu'il n'existe pas de relation certaine de causalité entre les agissements reprochés et le décès » ; mais elle ajoute pour qualifier la faute civile contractuelle que « les retards à la prise en charge ont probablement fait perdre à la patiente une chance de survie, (...) la disparition de la probabilité d'un événement favorable [constituant] une perte de chance ».

953. Pour le droit pénal, ce discernement correspond à une conscience réflexive, celle qui doit l'empêcher d'extérioriser des pensées contraires aux valeurs pénalement protégées. La relaxe pénale est indépendante d'un manquement à la loi des parties. La Cour de cassation ne retient d'ailleurs pas de faute contractuelle dans les arrêts où elle reconnaît l'existence d'une faute d'imprudence¹¹⁷⁶. Dans l'arrêt du 4 juin 2002, elle invite les parties à mieux se pourvoir pour obtenir réparation de leur dommage découlant de la faute non détachable de la fonction de maire, après relaxe dudit maire. La Cour de cassation ne vise aucunement la possibilité d'une réparation sur le fondement dans l'arrêt du 2 décembre 2003 où un maire avait été reconnu coupable pour des faits similaires, pas plus que dans celui du 22 janvier 2008 où le maire négligent n'avait pas pris les mesures qui auraient permis d'éviter l'accident dont la victime était sortie tétraplégique (défaut de signalement d'un muret couvert d'eau à proximité d'un ponton).

§ 2. La condition de la constitution de partie civile des proches de la victime

954. Une fois l'infraction dissociée de ses manifestations dans le réel, il devient cohérent d'admettre que plusieurs individus puissent souffrir de l'infraction.

955. Il faut admettre que le dommage pénal dont une personne souffre est immatériel par nature. Il s'agit d'un affaissement de la foi d'une personne jouissant du discernement dans l'inviolabilité du droit pénal. Cet affaissement peut donc exister aussi bien chez la victime de l'infraction que chez les proches de cette victime, autrement dit chez tous

¹¹⁷⁵ Crim., 3 novembre 2010, Bull. crim. n° 170, p. 699, *Dr. pén.* 2011, comm. 2, obs. M. VERON ; *D.* 2011, p. 2830, obs. T. GARE ; également Crim., 22 mars 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 103, obs. M. VERON ; Crim., 4 mars 2008, *D.* 2008, p. 991, et *D.* 2009, p. 123, obs. T. GARE ; *RSC* 2008, p. 901, obs. Y. MAYAUD.

¹¹⁷⁶ Comp. C. AMBROISE-CASTEROT, *Rép. pén.*, v° Action civile, n° 100, qui cite les arrêts suivants pour appuyer la possibilité d'un cumul de réparation pour des fautes pénales d'imprudence et civiles : Crim., 4 juin 2002, Bull. crim. n° 127, p. 456 ; *D.* 2003, p. 95, note S. PETIT ; *D.* 2003, p. 244, obs. R. ROUJOU de BOUBEE ; Crim., 2 décembre 2003, Bull. crim. n° 231, p. 933 ; *Dr. pén.* 2004, comm. 17, obs. M. VERON ; Crim., 22 janvier 2008, *Dr. pén.* 2008, comm. 43, obs. M. VERON.

ceux qui souffrent *personnellement* de l'infraction. Leur reconnaître le droit de s'en plaindre revient finalement à combattre cette infraction. La différence tient à ce que, pour la victime de l'infraction, cette souffrance personnelle est présumée, tandis que pour les proches de la victime, la preuve de cette souffrance doit être rapportée. Critiquée parce qu'elle semble infondée, l'action civile des proches de la victime peut donc être justifiée (A). Comme la victime de l'infraction, cette victime peut demander réparation du dommage directement causé par l'infraction (B).

A. La justification de l'action civile des proches de la victime

956. Pour critiquer la recevabilité de l'action civile des proches de la victime, l'école restrictive se fie à l'article 2 du Code de procédure pénale qui évoque *le seul* dommage réparable, conformément à l'interprétation que l'Assemblée plénière en aurait donné dans sa décision du 12 janvier 1979¹¹⁷⁷.

957. Or, d'une part, l'article 2 précité n'exclut pas la possibilité d'une constitution de partie civile par une autre personne que la victime. Il désigne *tous ceux* pour lesquels la qualité de partie civile est de droit, mais il n'affirme pas que l'action civile en réparation *n'appartienne qu'à ceux* qui ont personnellement souffert du dommage.

958. D'autre part, la notion de dommage réparable est insuffisante à justifier la recevabilité de l'action civile devant le juge pénal. Il faut rappeler le libellé exact de l'article 2 du Code de procédure pénale afin d'éclairer cette affirmation : « l'action civile en réparation *du dommage* causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont *personnellement souffert du dommage* directement causé par l'infraction ». Le législateur fait référence par deux fois à l'expression « du dommage ». La première référence *au dommage* précise l'objet particulier de l'action civile. Elle concerne la réparation du préjudice idéalement prévu par l'infraction. Cependant la nature particulière de ce dommage ne suffit pas à justifier la recevabilité de l'action civile devant le juge pénal. Le cas échéant, toute référence supplémentaire à cette condition aurait été inutile et redondante. Or le législateur mentionne une seconde fois cette condition *in fine*, pour lier aussitôt la réparation de ce dommage à la condition qu'il ait été « personnellement souffert ».

¹¹⁷⁷ Ass. Pl., 12 janvier 1979, Bull. crim. n° 20, p. 61, *JCP* 1980, II, 19335, rapp. A. PONSARD ; *JCP* 1980, II, 19335, note M.-E. CARTIER.

959. De plus, si la nature du dommage réparable justifiait, en soi, la recevabilité de l'action civile devant le juge pénal, le législateur n'aurait pas fondé l'action civile devant le juge civil sur cette même condition. Pourtant d'après l'article 4 alinéa 1 du Code de procédure pénale, « l'action civile en réparation *du dommage causé par l'infraction* prévue par l'article 2 peut être exercée devant une juridiction civile, séparément de l'action publique¹¹⁷⁸. Le premier alinéa de cet article vise bien *le* dommage causé par l'infraction, tout en permettant sa réparation au civil, ce qui signifie que cette condition ne rend pas compte de la spécificité de l'action civile devant le juge pénal.

960. Pour légitimer l'action civile devant le juge pénal, il faut s'en remettre à la condition de dommage *personnellement* souffert, dommage qui en outre doit découler directement de l'infraction.

961. Enfin, la portée de l'arrêt d'Assemblée plénière du 12 janvier 1979 se situe bien en-deçà de celle que l'opinion doctrinale commune veut bien lui prêter : avoir refusé la constitution de partie civile des proches de la victime. Cette décision reste circonscrite au domaine des infractions non intentionnelles commises par imprudence. A l'analyse, elle laisse même entendre exactement l'inverse de l'interprétation qui en a pourtant été donnée.

962. Dans cette affaire, un homme subit des blessures involontaires durant une partie de chasse et son épouse souhaite se joindre à la procédure au vu du préjudice qu'elle éprouve. Elle obtient gain de cause devant la chambre des mises en accusation. Cependant sur pourvoi du ministère public, cette décision est censurée par la Cour de cassation. Se posait le problème de droit suivant : l'épouse de la victime de blessures peut-elle se joindre à une procédure en cours pour obtenir réparation des effets d'une infraction d'imprudence sur son mari ?

963. La solution de droit est assortie d'un chapeau : « le droit d'exercer l'action civile devant les juridictions répressives, dont l'un des effets *éventuels* est la mise en mouvement de l'action publique, n'appartient qu'à ceux qui ont *personnellement* souffert *du* dommage causé *directement* par l'infraction ». Cette précision n'est qu'un rappel des enjeux de l'action civile exercée devant le juge pénal, dans le droit fil de l'arrêt Laurent-Atthalin du 8 décembre 1906. Cependant l'intérêt principal de cette décision ne réside

¹¹⁷⁸ Al. 2 : *Toutefois*, indique l'alinéa suivant, il est sursis au jugement de cette action tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement ».

pas dans le rappel de ces enjeux. La Cour répond à la question de droit posée par l'arrêt d'appel en ces termes : « l'épouse qui n'avait pas été personnellement blessée *et* victime du délit défini par les articles 319 et 320 du Code pénal, n'était pas recevable à saisir la juridiction répressive d'une demande de dommages-intérêts ; (...) il n'importe à cet égard qu'elle soit fondée à obtenir devant les tribunaux civils réparation d'un dommage résultant pour elle de la faute [du prévenu] ».

964. La Cour de cassation distingue ici le dommage souffert personnellement par le *blessé* de celui dont souffre personnellement *la victime* de l'infraction (« blessée *et* victime »). Il n'y aurait pas matière à distinguer ces deux qualités si elles ne pouvaient exister de manière disjointe. Implicitement, la Chambre criminelle affirme qu'une personne peut être victime sans pour autant être blessée. Précisément, l'épouse de la victime d'une infraction d'imprudence n'est pas personnellement blessée *et* victime, mais elle pourrait très bien être victime d'une telle infraction sans être touchée dans sa chair.

965. Cependant la Cour de cassation ne tire aucune conséquence de cette distinction en l'espèce, ce qui laisse entendre que ces deux qualités devaient aller de pair : la qualité de partie civile requérait la réunion de ces deux critères sur une même tête. Il faut en conclure qu'en principe, seul celui qui a subi des blessures peut se constituer partie civile lorsque les faits n'ont pas été réalisés intentionnellement. C'est autrement dire que le discernement de l'épouse ne pouvait être entamé par la survenance des blessures du mari, résultant pour lui d'une participation à une partie de chasse. Il aurait fallu, pour que la femme justifie avoir souffert de ces faits, qu'elle fût elle-même blessée *et*, du même coup en l'espèce, victime de l'infraction. En résumé, cette décision d'Assemblée plénière signifie sans doute déjà que l'action civile d'une victime autre que celle qui est matériellement touchée par l'infraction n'a rien d'inique, bien que les conditions nécessaires ne fussent pas réunies en l'espèce.

966. Ainsi bien loin d'opérer un revirement de jurisprudence par rapport à la décision du 12 janvier 1979, l'arrêt Latil-Janet rendu le 9 février 1989¹¹⁷⁹ confirme la jurisprudence initiée par l'Assemblée plénière dix ans auparavant. Il fournit l'illustration d'un cas d'infraction d'imprudence ayant une victime autre que la personne blessée. Dans cette affaire, l'épouse de la victime demandait, pour elle et pour ses enfants mineurs, des indemnités en réparation du dommage moral que leur causait le spectacle

des graves blessures infligées à leur mari et père. La victime en était effectivement ressortie « *considérablement diminué sur le plan physique et intellectuel* ». La Chambre criminelle y affirme que « *qu'il résulte des dispositions des articles 2 et 3 du code de procédure pénale que les proches de la victime d'une infraction de blessures involontaires sont recevables à rapporter la preuve d'un dommage dont ils ont personnellement souffert découlant directement des faits objets de la poursuite* ».

967. La différence entre ces deux arrêts tient à ce que, dans la première affaire, le discernement du requérant n'était pas atteint par la commission de l'infraction tandis que, dans la seconde, *le spectacle* des blessures avait pu provoquer cette atteinte. Il incombe cependant aux demandeurs à l'action civile de rapporter la preuve qu'ils souffrent personnellement d'un dommage, c'est-à-dire d'établir un affaissement de leur croyance en l'existence de la loi pénale. Bien qu'elle n'ait pas été blessée à l'occasion de la commission de l'infraction, la femme de *la* victime n'en était pas moins susceptible de ressentir une souffrance personnelle : l'atteinte à son discernement.

B. La réparation des dommages personnellement souffert par les proches de la victime

968. La victime par ricochet n'est pas la victime naturelle de l'infraction. Il faut donc qu'elle rapporte la preuve d'un affaissement de son discernement personnel pour que sa constitution de partie civile soit recevable (1). Le cas échéant, comme la victime idéale de l'infraction, elle peut prétendre obtenir réparation de tous chefs de dommage, aussi bien matériel que moral, qui découle des faits objets de la poursuite (2).

1. La nécessité de rapporter la preuve des dommages personnellement souffert

969. En principe, les proches de la victime ne souffrent pas matériellement du dommage découlant des faits objets de la poursuite. Cependant en théorie, la victime par ricochet peut également subir l'infraction dans son corps lorsqu'elle est *pars viscerum matris* au moment des faits. Les deux personnes victimes de l'infraction, la victime

¹¹⁷⁹ Crim., 9 février 1989, Bull. crim. n° 63, p. 173, *D.* 1989, p. 614, note C. BRUNEAU ; *ibid.*, somm. 389, obs. J. PRADEL ; *Gaz. Pal.* 1989, 1, p. 392, note J.-P. DOUCET.

idéale et le proche de la victime, existent dans le seul et même corps de la victime au moment des faits. Il faut donc envisager la réparation *du* dommage comme celle *d'un* dommage réparable.

970. *Le* dommage réparable correspond au préjudice civil qui découle directement de l'infraction. Dans l'hypothèse du viol, ce dommage correspond à l'impossibilité d'établir un rapport de filiation avec le père qui a commis l'infraction. La mère de l'enfant issu du viol en souffre donc autant que l'enfant de ce préjudice. Ainsi dans l'arrêt du 14 octobre 1998¹¹⁸⁰, pour des faits de viol et d'agressions sexuelles aggravées sur la victime subséquemment tombée enceinte, la Chambre criminelle décide « *qu'en appréciant souverainement que chacune des victimes avait personnellement souffert du dommage directement causé par les infractions*, la Cour, qui n'était pas tenue de spécifier les bases sur lesquelles elle a évalué le montant des réparations accordées, a justifié sa décision sans encourir les griefs allégués ».

971. Toutefois comme l'ensemble des proches de la victime qui rapportent la preuve d'une atteinte à leur discernement consécutivement à l'infraction, l'enfant né d'un viol peut demander réparation *d'un* dommage moral, comme l'illustre l'arrêt du 4 février 1998¹¹⁸¹, à maintes fois confirmé par la suite¹¹⁸². La Chambre criminelle y casse l'arrêt d'appel qui déclare irrecevable la constitution de partie civile de la mère, agissant au nom de sa fille, née de relations incestueuses que son père lui avait imposées au cours de sa minorité.

972. Les juges du fond énoncent que la fille « n'est pas la victime du viol commis sur la personne de sa mère et qu'elle ne subit aucun préjudice découlant de cette infraction ». La Chambre criminelle affirme dans le chapeau de l'arrêt que, « selon les articles 2 et 3 du Code de procédure pénale les proches de la victime d'une infraction sont recevables à rapporter la preuve d'un dommage dont ils ont personnellement souffert et qui découle des faits objet de la poursuite ». En l'espèce, elle censure la décision d'appel car, « en ne reconnaissant ainsi qu'à la seule personne ayant subi un viol le droit d'exercer l'action

¹¹⁸⁰ Crim., 14 octobre 1998, Bull. crim. n° 263, p. 761.

¹¹⁸¹ Crim., 4 février 1998, Bull. crim. n° 43, p. 109 ; *Dr. pén.* 1998, comm. 104, note A. MARON ; *D.* 1999, 445, note D. BOURGAULT-COUDEVYLLÉ ; *JCP* 1999, II, 10178, note I. MOINE-DUPUIS ; *RSC* 1998, 579, obs. J.-P. DINTILHAC.

¹¹⁸² Crim., 23 septembre 2010, Bull. crim. n° 139, p. 591, *AJ pénal* 2011, p. 27, note C. AMBROISE-CASTEROT, pour qui l'arrêt du 9 février 1989 malmène l'article 2 du Code de procédure pénale ; *Procédures* 2010, comm. 418, obs. A.-S. CHAVENT-LECLERE ; *D.* 2011, p. 126, obs. L. LAZERGES-COUSQUER ; *RCA* 2010, comm. 313, obs. S. HOCQUET-BERG (deux arrêts, n° de pourvoi : 09-84.108 sur l'enfant Kenzo issu d'un viol, admis dans ses prétentions pour le préjudice résultant des circonstances de sa naissance, notamment parce qu'il ne peut pas établir sa filiation paternelle (art. 310-2 du Code civil) et pour la réparation du traumatisme que le jeune enfant aura des faits en grandissant. Il importe donc peu que l'enfant n'existe pas au moment de la commission de l'infraction.

civile contre l'auteur des faits, la cour d'assises a méconnu les textes et le principe ci-dessus visés ».

973. Le double fondement des articles 2 et 3 du Code de procédure pénale ne tendent pas à renverser l'ordre d'importance de la qualité de partie civile et de l'étendue du droit à réparation. Il signifie d'une part que le dommage invoqué est bel et bien direct, d'autre part que s'agissant d'un préjudice moral, il était tout aussi réparable que celui consistant à ne pouvoir faire établir sa filiation paternelle. En tout état de cause, l'enfant issu de la commission de cette infraction en souffre personnellement. Elle doutera nécessairement, à l'âge adulte, de l'existence de l'interdiction violée si son préjudice n'est pas reconnu par le juge pénal.

974. La solution est d'autant plus ferme que même au stade de l'instruction, la Chambre criminelle affirme que « les infractions [de viol et d'agression sexuelle] poursuivies [sont] de nature à causer à la sœur de la victime un préjudice direct et personnel ». Au visa des articles 2, 3 et 87 du Code de procédure pénale, elle censure l'arrêt de la Chambre de l'instruction qui refuse d'admettre comme possible l'existence du préjudice allégué et sa relation directe avec une infraction à la loi pénale¹¹⁸³.

2. La réparation de tous les chefs de dommages civils

975. Une fois la qualité de victime ayant personnellement souffert des faits établis chez le proche de la victime, tout chef de dommage civil est réparable, y compris le préjudice économique découlant directement des faits. L'analyse de la jurisprudence ne l'étaye pas explicitement. La plupart des décisions rendues sur ce point sont des arrêts de cassation pour contradiction de motifs¹¹⁸⁴. Toutefois la Chambre criminelle ne peut s'aventurer sur le terrain du fait pour estimer l'étendue d'un dommage réparable. Il lui faut donc se contenter d'un contrôle *a minima* qui révèle néanmoins la possible

¹¹⁸³ Crim., 27 mai 2009, Bull. crim. n° 107, p. 412 ; *AJ pénal* 2009, p. 363, obs. C. DUPARC.

¹¹⁸⁴ Crim., 10 novembre 1992, Bull. crim. n° 365, p. 1014 (cassation pour contradiction de motifs, art. 2, 3 et 593 du CPP, où les juges du fond comparent erronément le revenu du concubin avec celui d'un démuné au lieu de le comparer à celui qu'il avait au sein du concubinage avant le décès de sa compagne) ; également, Crim., 27 janvier 1993, Bull. crim. n° 44, p. 106, où les juges du fond nient l'existence d'un préjudice économique au conjoint dont l'épouse décédée assurait des tâches ménagères au foyer commun ; Crim., 29 mai 2001, Bull. crim. n° 134, p. 409, où le refus de réparation est erronément établi, toujours par les juges du fond, en référence à l'inexistence de justificatifs de revenus chez le concubin survivant ; également au sujet du conjoint, Crim., 3 mars 1993, Bull. crim. n° 97, p. 233 ; Crim., 13 décembre 1995, Bull. crim. n° 377, p. 1101 où les juges du fond s'en tiennent aux revenus du conjoint survivant ; Crim., 21 juillet 1998, Bull. crim. n° 217, p. 629, où l'existence du préjudice économique est exclue alors que le conjoint décédé apportait une assistance à sa femme handicapée.

reconnaissance d'un préjudice économique, y compris donc lorsqu'il n'existe aucun lien de filiation entre l'enfant à charge et le conjoint survivant¹¹⁸⁵.

976. Il apparaît donc bien que la victime, qu'elle subisse le dommage ou un dommage découlant directement de l'infraction, puisse se constituer partie civile devant le juge pénal afin que sa foi dans le respect de la loi pénale soit restaurée. Le discernement constitue la condition de la constitution de partie civile. Ainsi lorsque ce discernement est absent chez la victime, notamment lorsqu'elle est mineure au moment des faits, il convient de trouver un moyen d'en assurer la formation.

Section 2. Les conséquences de l'absence de discernement sur la prescription de l'action civile

977. L'action civile est exercée devant le juge pénal accessoirement à l'action publique. Conformément aux articles 1 et 2 du Code de procédure pénale, la victime *met en mouvement* l'action publique que le Ministère public est seul à pouvoir *exercer*. Ainsi la constitution de partie civile oblige le Ministère public à intenter des poursuites. Dès lors l'action publique ne peut pas se prescrire tant que l'action civile est possible. En somme, matériellement, l'action civile est l'accessoire de l'action publique : elle n'existe qu'en vue de soutenir l'Etat dans son œuvre de préservation du discernement d'autrui. Cependant temporellement, *la prescription de l'action publique est dépendante de la prescription de l'action civile*.

978. Or il arrive qu'une personne ne sache absolument pas qu'elle bénéficie du droit de se constituer partie civile, précisément lorsqu'elle ignore avoir été victime d'une infraction. Par exemple, le mineur est incapable de discernement et ne peut donc pas connaître l'existence du statut personnel en violation duquel le délinquant a agi. Cette ignorance le prive d'une garantie effective de son droit constitutionnel à la sécurité. Aussi la prescription ne commence-t-elle à courir qu'à compter du moment où une victime *peut* prendre conscience de cette qualité. Tant qu'elle incapable de cette conscience réflexive, la computation du délai de prescription est neutralisée.

¹¹⁸⁵ Crim., 17 octobre 2000, Bull. crim. n° 297, p. 874.

979. Chez la victime majeure jouissant comme telle de cette conscience réflexive, la prescription débute également à compter du moment où il lui était loisible de connaître sa qualité de victime. Ainsi lorsque l'infraction se commet clandestinement, sans qu'elle puisse connaître de son existence, la prescription ne court pas tant que la victime n'en a pas eu connaissance. Cependant, dans l'hypothèse où la victime majeure viendrait à oublier qu'elle a subi l'infraction, son ignorance ne remet pas en cause la protection de son discernement. Aussi, l'abolition de sa conscience d'être victime d'une infraction ne suspend pas le temps de la prescription : elle sert les desseins de la procédure pénale.

980. En définitive, seule l'incapacité de discernement, du mineur ou du majeur, justifier de différer le point de départ de la prescription de l'action civile. Il faudra donc évoquer les conséquences de l'incapacité de discernement respectivement du mineur (§ 1) et du majeur (§ 2).

§ 1. Les conséquences de l'incapacité générale de discernement

981. La notion d'incapacité de discernement a été construite dans un double étau. Elle ne concernerait que le mineur, pour le surplus uniquement en droit pénal. Sa portée dépasse pourtant le clivage des mineurs et des majeurs. En outre, elle connaît des applications en procédure pénale. L'ignorance initiale de sa qualité personnelle concerne également celui qui ne connaît pas sa qualité de victime d'une infraction.

982. En effet, les articles 7, 8 et 9 du Code de procédure pénale fixent le point de départ de la prescription de l'action publique au moment de la « commission de l'infraction ». Cette règle se fonde sur l'oubli nécessaire de l'infraction : passé un certain laps de temps, rappeler le souvenir de l'infraction devient contre-productif pour la société.

983. Cependant en procédure pénale, l'existence de l'infraction est incertaine par nature. La personne mise en cause jouit de la présomption d'innocence et, tant qu'aucun jugement portant condamnation de cette personne n'est intervenu, il est impossible de tenir l'infraction pour constituée. Aussi, seul le moment à partir duquel il est possible de la découvrir, à supposer qu'elle existe, peut entrer en ligne de compte pour la computation de ce délai. Ce moment est celui de la *commission de l'infraction* : celui à partir duquel un lien peut être opéré entre le dommage constaté et une qualité personnelle

dont il signerait la violation (B). Il ne faut donc pas réduire ce moment à la constitution de l'infraction, celui où les éléments de l'infraction sont réalisés en fait (A).

A. L'ignorance de sa qualité de victime par le mineur incapable de discernement

984. Plusieurs explications sont proposées pour fonder la prescription de l'action publique. Leur discussion invite à opter en faveur de la thèse de l'oubli de l'infraction (1). Il manifeste notamment sa pertinence à l'égard du mineur. Il lui est impossible d'oublier l'infraction dont il n'a pu connaître l'existence étant donné qu'il est incapable de discernement. (2).

1. Le fondement de la prescription : l'oubli de l'infraction

985. La prescription de l'action publique repose sur plusieurs fondements concurrents¹¹⁸⁶. Deux d'entre eux doivent être écartés d'emblée car ils sont uniquement fondés en fait, et n'intéressent donc pas l'élaboration d'une explication théorique : la crainte du dépérissement des preuves et l'inquiétude du délinquant.

986. Le premier (le dépérissement des preuves) impliquerait de faire varier les délais de prescription en fonction des avancées de la science et n'aurait, au surplus, qu'une portée limitée. En théorie, il se trouve contredit par l'existence d'infractions imprescriptibles¹¹⁸⁷.

987. Le second (l'insomnie de trente ans du délinquant) se fonde sur un argument psychologique sans aucune portée en droit pénal. Il faudrait potentiellement y apporter une exception s'il est prouvé que le délinquant s'est enorgueilli de la commission d'une infraction, et se fier à une analyse psychique de l'état d'esprit du délinquant. Il recèle pour le surplus une affirmation très critiquable : l'équivalence entre une souffrance psychologique supposée et la souffrance effective liée à l'incarcération. Enfin, ce fondement n'explique pas pourquoi la société accorderait son pardon au délinquant qui se

¹¹⁸⁶ Sur l'incertitude des fondements de la prescription, voir notamment le Rapport d'information du Sénat n° 338, de MM. J.-J. HYEST, H. PORTELLI et R. YUNG, « Pour un droit de la prescription moderne et cohérent », en date du 20 juillet 2007.

¹¹⁸⁷ Art. 213-5 du Code pénal (crimes contre l'humanité) ; art. 94 alinéa 2 et 181 du code de justice militaire (désertion militaire).

serait soustrait à son joug : psychologiquement, rien ne justifie de distinguer la prescription de l'infraction et la prescription de la peine car, dans ces deux cas, le délinquant se serait soustrait à une punition légitime.

988. Parmi les fondements qui ont une portée abstraite, sont évoqués la perte du droit d'agir de la partie poursuivante ou de la société pour leur négligence à diligenter des actes de procédure¹¹⁸⁸, ainsi que « la grande loi de l'oubli »¹¹⁸⁹.

989. D'après le premier fondement théorique, la société perdrait son droit d'agir à raison de sa négligence à intenter des poursuites. Cette explication justifie effectivement la prescription des actes de procédure lorsque l'infraction est connue¹¹⁹⁰. En revanche lorsque l'infraction est inconnue (ou « clandestine »), de quelle négligence la partie poursuivante serait-elle responsable ? Cette explication semble plutôt circonscrite à une partie du régime de la prescription procédurale : celle des procédures en cours qui nécessitent que les parties indiquent clairement leur volonté de ne pas laisser choir leur droit d'action dans les limbes du palais.

990. Seul le second fondement théorique apporte une explication cohérente des mécanismes de la peine. D'après le fondement de l'oubli de l'infraction, l'écoulement d'un laps de temps suffisamment long permet d'effacer le souvenir de l'infraction, de sorte qu'il serait néfaste de le réactiver en acceptant des constitutions de partie civile sans limitation de durée¹¹⁹¹. Rechercher l'existence de cette infraction aurait cette conséquence paradoxale de la faire renaître, alors même que la procédure pénale a justement pour but de l'annihiler.

991. En effet, si le dommage provoqué par l'infraction est bel et bien intellectuel, une fois l'infraction extériorisée, cette conviction *contra legem* pourrait faire office d'exemple à suivre. De plus les personnes qui jusqu'alors avaient foi dans l'inviolabilité de la loi pénale en douteront désormais légitimement, voire même se questionner sur la nécessité de continuer de s'y plier.

¹¹⁸⁸ Notamment D.-N. COMMARET, « Point de départ du délai de prescription de l'action publique : des palliatifs jurisprudentiels faute de réforme législative d'ensemble », *RSC*, 2004, p 897 et s.

¹¹⁸⁹ Voir notamment S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1332.

¹¹⁹⁰ Dans le même sens, voir J. DANET, *Prescription, amnistie et grâce en France*, Université de Nantes (recherche subventionnée par le GIP « Mission Recherche Droit et Justice »), mars 2006, p. 125, qui distingue suivant que les poursuites sont engagées ou non.

¹¹⁹¹ Accessoirement à cette explication, est également avancé un argument psychologique : « l'insomnie du délinquant » qui, après avoir vécu dans la crainte d'être confondu des années durant, aurait suffisamment payé son tribut.

992. En somme l'infraction, une fois matérialisée en actes, porte atteinte au discernement d'autrui. Ainsi la sanction de l'infraction par la peine n'a d'autre but que de restaurer le discernement, en réaffirmant l'impérieuse nécessité de se soumettre à l'impératif pénal. Comme son nom l'indique, la procédure pénale correspond à l'ensemble des mesures procédant vers l'application d'une peine, peine qui a pour objet de revigorer le discernement ébranlé par l'infraction. Dès lors, faire revivre le souvenir d'actes criminels même très longtemps après les faits aurait pour conséquence d'alimenter continuellement cette atteinte. Pour la protection du discernement, il est donc nécessaire d'enfermer l'action publique dans des limites temporelles strictes. L'oubli constitue donc bien le fondement de la prescription de l'action publique et de l'action civile qui la déclenche.

993. Or le mineur est pour sa part incapable de discernement : sa conscience d'être responsable de ses actes et omissions en société est en voie de formation. Et afin d'oublier, encore faut-il avoir été en mesure de connaître l'existence de l'objet méconnu, car il n'est pas possible d'oublier ce qui n'a jamais pu être connu. L'oubli a besoin du souvenir de ce qui n'est plus accessible à la mémoire. Et comme pour se souvenir il faut d'abord avoir su, en définitive, le souvenir constitue une condition de l'oubli¹¹⁹². Dès lors, si l'oubli justifie bien la prescription de l'action publique, il faut admettre que les autorités publiques, comme la victime de l'infraction, aient eu une connaissance initiale de l'objet dont il faut anéantir le souvenir.

2. *L'impossible oubli de l'infraction durant l'état de minorité*

994. Matériellement, la victime mineure n'a pas conscience de subir des infractions. Elle est donc exclue du champ des *personnes* (art. 122-8 et 122-1 du Code pénal) seules susceptibles de déclencher l'action civile. Réciproquement, elle ne peut avoir conscience de subir une infraction. Les actes objectivement infractionnels dont elle souffrirait ne peuvent pas porter *atteinte* à son discernement, pour cette raison simple qu'il est encore inexistant chez elle.

995. Néanmoins, ces infractions peuvent empêcher l'émergence du discernement chez le mineur. Victime d'actes criminels durant sa minorité, le mineur pourrait avoir

¹¹⁹² cf. C. HARDOUIN-LE GOFF, *L'oubli de l'infraction*, LGDJ, 2008, qui développe dans sa thèse les conséquences de ce paradoxe évoqué dès l'introduction.

tendance à normaliser ce comportement pourtant répréhensible par la société, voire même à intégrer une conviction exactement contraire à celle que le droit pénal défend. Maintes fois victimes de viols, il pourrait reproduire ce schéma car il lui aurait fallu se convaincre de la licéité de ce comportement pour éviter l'angoisse de néantisation. Il serait alors persuadé de l'inexistence d'un statut personnel protecteur de l'intimité sexuelle d'autrui. Sans aller jusqu'à cette hypothèse extrême, il n'en reste pas moins que la victime qui, au moment de sa majorité, comprend la nature des faits qu'elle a subi durant sa minorité doutera nécessairement de l'inviolabilité du droit pénal, surtout si cette infraction n'est pas punissable au moment où elle souhaite faire condamner son auteur en justice.

996. Aussi, afin d'assurer la construction du discernement chez le mineur, la loi pénale fixe le point de départ de la prescription de son action en justice au moment de sa majorité : celui où elle devient titulaire du discernement personnel.

B. Le report du point de départ de la prescription à la majorité de la victime

997. Le point de départ de la prescription au moment de la majorité est un mécanisme général de la procédure pénale. Il s'illustre dans certains textes de loi particuliers, à l'instar du délit d'entrave à la saisine de la justice¹¹⁹³ qui, en principe, ne concerne pas la personne qui est soumise au secret professionnel¹¹⁹⁴. Cependant la protection de ce secret rencontre une exception lorsque la victime de cette infraction est mineure. Ainsi sur le fondement de l'article 226-14 du Code pénal, l'évêque qui n'a pas signalé des faits de viols sur mineur à la justice mérite condamnation¹¹⁹⁵.

¹¹⁹³ Art. 434-1 du Code pénal : « *Le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende* ».

¹¹⁹⁴ La violation du secret professionnel est même réprimée à l'article 226-13 du Code pénal qui incrimine « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire* ».

¹¹⁹⁵ Tribunal de Caen, 4 septembre 2001 ; cf. Y. MAYAUD, « *La condamnation de l'évêque de Bayeux pour non-dénonciation, ou le tribut payé à César...* », *D.* 2001, p. 3454, qui critique ce jugement en se fondant toutefois sur l'argument de la « réalité ecclésiale », le principe du secret imposait selon lui « *de se déterminer par référence à ce qui se noue de rapports originaux, au sens ecclésial du terme, entre un évêque et ses prêtres* » ; comp. O. ECHAPPE, « *Le secret professionnel de l'ecclésiastique* », *D.* 2001, p. 2606 ; voir également M.-E. CARTIER, « *Le secret religieux* », *RSC* 2003, p. 485 et les nombreuses références qu'elle cite. Il invoquait en défense l'option de conscience et considérait avoir agi avec le bénéfice du secret professionnel.

La modification de l'article 378 du Code pénal de 1810 avec l'article 226-13 pouvait autoriser l'argumentation de l'évêque. En effet, conformément aux débats qui ont eu lieu devant le Sénat. Cf. Rapport Jolibois, Doc. Sénat, n° 295 p. 154, JO Sénat, 15 mai 1991, p. 957, 959 et 960, Amendement n° 135, JOAN 22 juin 1991, p. 3553. Le secret n'est plus lié à la confiance. Il pouvait donc sembler indifférent que les aveux de l'abbé coupable n'aient pas été reçus par l'évêque durant l'exercice de sa fonction confessionnelle. Cependant une enquête interne avait mis à jour l'infraction. Le secret professionnel ne vaut pas lorsque la victime est incapable de discernement et, comme telle, insusceptible de dénoncer les faits car elle ne peut pas en comprendre la gravité. Cette conception pénale du secret est bien celle que défend Brouardel, lorsqu'il affirme qu'il « *couvre*

998. De même d'après l'article 7 du Code de procédure pénale, en principe, « l'action publique se prescrit par dix années révolues à compter du jour où le crime a été commis » (al. 3). Il contient une exception au sujet des infractions visées à l'article 706-47 du même code. Le délai de prescription est alors porté à vingt ans, à compter de la majorité des victimes, lorsqu'il s'agit d'infractions sexuelles gravissimes, telle que le proxénétisme à l'égard d'un mineur¹¹⁹⁶.

999. Ces cas éparses sont expressément visés par le législateur parce qu'ils dérogent à une règle établie en procédure pénale : la protection du secret professionnel dans le premier exemple, la durée de la prescription en matière criminelle dans le second (dix ans en principe, porté à vingt ans pour les infractions visées à l'article 706-47 du Code de procédure pénale). Ces dispositions illustrent un mécanisme général de neutralisation du délai de prescription lorsque l'action civile appartient à *la* victime incapable de discernement.

1000. La conséquence en est que, dans l'exemple précité, la prescription peut courir jusqu'à l'âge de trente huit ans chez la victime d'un viol lorsque les faits ont eu lieu durant sa minorité. Cette hypothèse quelque peu ubuesque d'un point de vue profane est tout à fait légitime dans l'ordre juridique. Elle s'illustre notamment dans l'arrêt de la Chambre criminelle du 1^{er} octobre 2013 qui faisait application immédiate de la loi du 17 juin 1998, celle qui porte à dix ans, à compter de la majorité, le délai de prescription en matière de crime commis sur mineur, *quelle que soit la qualité de l'auteur*¹¹⁹⁷.

1001. Ce délai spécial se compute à compter du moment où la victime, devenue majeure, est censée pouvoir prendre conscience de la nature des actes qu'elle a subis durant sa minorité. La prescription ne commence donc pas à courir à partir du souvenir individuel de l'infraction, mais de son souvenir personnel : celui où il est admissible d'admettre qu'elle pouvait être connue. Par conséquent, la méconnaissance individuelle de l'infraction ne suspend pas la computation du délai de prescription. Par exemple, le trouble psychique n'entre pas en ligne de compte dans le calcul de la prescription.

tout ce qui est venu à la connaissance du professionnel dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié mais aussi, ce qu'il a vu, entendu et compris ».

¹¹⁹⁶ Le report du point de départ du délai de prescription s'étend aux victimes d'un abus de leur état d'ignorance ou de leur situation de faiblesse. A leur égard, le législateur reporte le départ du délai de prescription « à compter du jour où l'infraction apparaît à la victime dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique ».

¹¹⁹⁷ Crim., 1^{er} octobre 2013, inédit, n° de pourvoi : 13-84981, sur le fondement des articles 112-2, 4° du Code pénal et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; également Crim., 16 février 2005, Bull. crim. n° 63, p. 233 (faits de pénétration digitale sur une enfant de six ans dont l'âge « ne lui conférait ni le discernement nécessaire pour consentir à des actes de nature sexuelle avec un adulte ni les ressources psychiques et physiques suffisantes pour s'opposer à son agresseur »).

1002. Ainsi dans l'arrêt de rejet du 18 décembre 2013¹¹⁹⁸, la Chambre criminelle refuse de reculer le point de départ de la prescription au jour où une victime amnésique se souvient avoir souffert d'une infraction. Dans cette affaire, une femme dénonçait en 2011 des faits de viols subis en 1977 durant sa minorité, si bien que trente deux ans s'étaient écoulés depuis sa majorité. Sa demande et son pourvoi furent rejetés respectivement par arrêt confirmatif de la Chambre de l'instruction et par l'arrêt de rejet de la Chambre criminelle. Pourtant devant les juges d'instruction, elle invoquait un certificat délivré par un psychiatre, attestant une « amnésie lacunaire fréquemment rencontrée dans les suites de traumatisme infantile ». Les juges décidèrent cependant « *qu'il ne saurait être déduit de cette phrase que le sujet se serait trouvé pendant trente-deux années dans une situation de totale perte de conscience* ». Cet arrêt se coordonne ainsi parfaitement avec tous ceux qui refusent de reconnaître aux critères médicaux une place dans l'ordre normatif.

§ 2. Les conséquences de l'incapacité particulière de discernement

1003. Une fois que la victime d'une infraction accède à la majorité, elle est présumée jouir du discernement. Le délai de prescription commence à se computer à ce moment précis. Il s'agit du moment à partir duquel elle peut prendre conscience de sa qualité de victime.

1004. Le critère est le même à l'égard d'une personne majeure qui serait victime d'infraction. En effet, si la prescription de l'infraction devait débiter au jour de sa découverte, de fait, toutes les infractions seraient imprescriptibles. Une victime pourrait alors faire revivre l'infraction indéfiniment, ce qui reviendrait à substituer au fondement de l'oubli celui d'une sempiternelle vengeance privée. De plus, les règles légales relatives à la prescription de l'action publique ne s'imposeraient ni aux autorités de poursuite ni à la victime. La forclusion de ce délai pourrait dépendre du bon vouloir des autorités, lorsqu'elles auraient jugé opportun de laisser couler le temps imparti respectivement à l'action publique ou à l'action civile.

1005. Afin de préserver l'essence de la prescription, il est donc nécessaire de n'accorder aucun effet à la date de découverte de l'infraction. *L'impossibilité d'une connaissance de*

¹¹⁹⁸ Crim., 18 décembre 2013, inédit, n° de pourvoi : 13-81129, *Gaz. Pal.* 1^{er} février 2014, n° 32, p. 15, note E. RASCHEL.

l'infraction en fait n'influence pas la computation du délai de prescription. Elle débute au moment où il lui apparaît possible de vérifier qu'une infraction a été commise à son détriment, et ainsi prendre conscience de sa qualité de victime.

1006. En principe, ce jour est celui de la commission de l'infraction (A). Lorsque la victime est dans l'impossibilité absolue de se douter qu'une infraction a pu être commise à son encontre, ce jour devient de la cessation de son ignorance personnelle (B).

A. Le point de départ de la prescription à la commission de l'infraction

1007. Des termes latins *committere* et *infractum*, la *commission de l'infraction* désigne la jonction d'une conviction coupable (l'infraction) au fait censé l'extérioriser (sa commission). Ce critère ne désigne donc pas le moment de la *découverte* de l'infraction, mais celui à partir duquel une personne peut admettre comme *possible* qu'une infraction *existe*.

1008. Sauf le cas d'une tentative d'infraction, il n'est pas possible de conclure que cette conviction coupable existe sans que « l'élément matériel » qui la manifeste ne soit entièrement réalisé. Par exemple, l'infraction d'habitude d'exercice illégal de la médecine requiert deux actes identiques, si bien qu'il n'est pas possible de conclure à l'existence éventuelle de cette infraction à partir de la réalisation du premier acte.

1009. Ainsi, la constitution de l'élément matériel de l'infraction conditionne la commission de l'infraction (1), moment qui ne se confond pas avec le jour de la découverte de l'infraction : la dissimulation de l'infraction, donnée purement factuelle, est inefficace en procédure pénale (2).

1. La nécessaire constitution de « l'élément matériel » de l'infraction

1010. Le législateur conditionne le point de départ du délai de prescription de *l'infraction* à sa *commission*¹¹⁹⁹, désignant ainsi le moment à partir duquel il apparaît possible d'admettre qu'une infraction existe. Il faut donc, d'une part, avoir préalablement

¹¹⁹⁹ A cette nuance près qu'en application de l'adage *dies a quo*, elle débute véritablement le lendemain du jour de commission de l'infraction. Cf. Crim., 8 septembre 1998, Juris-Data n° 004138, *Dr. pén.* 1998, n° 17, A. MARON.

fixé la date de commission de l'infraction pour que la Cour de cassation puisse se prononcer¹²⁰⁰ ; d'autre part que l'ensemble des actes incriminés soient réalisés pour faire courir la prescription, ce qui emporte une conséquence originale lorsque cet élément intègre un aléa.

1011. Il s'agit pour l'infraction instantanée d'usurpation d'identité (art. 434-23 CP, « Le fait de prendre le nom d'un tiers, dans des circonstances qui ont déterminé ou auraient pu déterminer contre celui-ci des poursuites pénales ») du jour de commission d'une infraction sous une identité usurpée, même si elle a eu lieu à l'étranger¹²⁰¹ ; en matière d'escroquerie du jour de la remise d'un bien par la victime entre les mains de l'escroc¹²⁰², si bien que « la prescription ne commence à courir qu'à compter de la dernière remise ou délivrance »¹²⁰³.

1012. Que décider au sujet des infractions dont l'aggravation modifie sans cesse la qualification ? Par exemple en matière de violences, le dommage causé pourrait passer graduellement d'une interruption totale de travail inférieure à huit jours à une infirmité permanente et même aboutir au décès de la victime. La modification de la qualification qui s'en suit influence la durée de la prescription. La Chambre criminelle doit donc se fier à l'évolution vraisemblable des blessures pour en déduire la nature de la faute du mis en cause.

1013. L'étude de la jurisprudence permet d'illustrer cette assertion, à l'instar de l'arrêt rendu par la Cour de cassation, réunie en Chambre mixte, le 26 février 1971¹²⁰⁴. Les juges devaient répondre à la question suivante : l'enfant blessé à la rétine par l'un de ses camarades peut-il obtenir réparation du préjudice constaté quatre ans plus tard ? Le moyen au pourvoi soutenait que ce ne pouvait être « que le jour où le fait délictueux avait été commis ».

1014. Dans son arrêt de rejet, la Cour de cassation approuve cependant les juges du fond d'avoir, à bon droit, fixé le point de départ de la prescription triennale « *au moment où*

¹²⁰⁰ Crim., 17 mars 2004 (où la Cour de cassation intime aux juges du fond de préciser la date des actes *constitutifs* du partage des produits de la prostitution pour se prononcer sur la prescription), Bull. crim. n° 72, p. 273, D. N. COMMARET, « Point de départ du délai de prescription de l'action publique : des palliatifs jurisprudentiels, faute de réforme législative d'ensemble », préc. ; également Crim., 5 juillet 1945, Bull. crim. n° 76, p. 108 : « *attendu qu'il appartient au juge du fait de rechercher à quelle époque précise le délit d'abus de confiance a été consommé, ou a pu être constaté, et de fixer ainsi le point de départ de la prescription* ».

¹²⁰¹ Crim., 16 février 1999, Bull. crim. n° 25, p. 60, Comp. RSC 2000, p. 206, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE.

¹²⁰² Crim., 7 janvier 1944, S. 1944, 1, p. 112 ; Crim., 22 novembre 1983, Bull. crim. n° 307, p. 783, RSC 1985, obs. P. BOUZAT.

¹²⁰³ Crim., 1^{er} février 1993, *Dr. pén.* 1993, comm. 158, obs. M. VERON

des poursuites auraient été possibles sous la qualification retenue ; qu'en effet, cette infraction s'est caractérisée qu'au jour où existe l'incapacité, élément constitutif de l'infraction prévue et réprimée par l'article 320 du Code pénal ». De même dans l'arrêt du 10 mars 1932¹²⁰⁵, relatif à l'effondrement d'un immeuble construit sept ans auparavant et ayant causé la mort de plusieurs personnes, elle écarte la date de construction de l'immeuble pour calculer le délai de prescription, au profit « du jour où la mort et les blessures ont été occasionnées »¹²⁰⁶. L'infraction est en effet constituée au moment où le dommage incriminé survient.

1015. La jurisprudence, souvent critiquée¹²⁰⁷, a entériné ce critère à maintes reprises¹²⁰⁸. Ainsi en matière de violences, la prescription débute au jour du décès de la cristallisation du dommage, qu'il s'agisse d'une incapacité ou de la mort de la victime¹²⁰⁹. Par exemple, au sujet de la victime d'un sida transfusionnel qui causera son décès huit ans plus tard, la Chambre criminelle casse l'arrêt qui a fixé le point de départ de la prescription au jour de la transfusion, dont le décès ne sera que la conséquence, pour retenir le jour de la constitution de l'infraction¹²¹⁰.

1016. Finalement, *le point de départ de la prescription de l'action publique dépend de la structure de l'infraction*. « L'élément » matériel incriminé décrit le comportement extériorisant une pensée coupable spécifique. Il ne peut effectivement y avoir aucun doute légitime qu'une infraction a été commise tant qu'aucun comportement correspondant à cet élément matériel n'a été observé. Des auteurs évoquent dont

¹²⁰⁴ Ch. mixte, 26 février 1971, *D.* 1971, p. 240, concl. LINDON. ; *Gaz. Pal.* 1971, 2, p. 552, note J.-P. DOUCET ; *RSC* 1971, p. 683, obs. G. LEVASSEUR

¹²⁰⁵ Crim., 10 mars 1932, *D. H.* 1932, p. 189.

¹²⁰⁶ L'arrêt confirme la jurisprudence des juges du fond, qui se fondaient alors indifféremment référence au dommage consommé ou constitué pour établir le point de départ de la prescription. Cf. un délai débutant à la *consommation* du délit (CA Aix, 12 janvier 1954, *S.* 1956, p. 61, note A. BRUNET ; *JCP* 1954, II, 8040, note J. SAVATIER, l'auteur étant favorable au critère posé par cet arrêt infirmatif) ; à la date du décès de la victime d'un homicide involontaire (CA Pau, 24 octobre 1960, *D.* 1961, *Somm.* 23 ; *Gaz. Pal.* 1960, 2, p. 340) ; également la date de sortie de la clinique où une opération s'était soldée par l'oubli de deux compresses dans l'abdomen du patient (CA Paris, 19 mars 1958, *JCP* 1958, II, 10806).

¹²⁰⁷ Comp. D. VIRIOT-BARRAL, *Revue de droit sanitaire et social* 2008, p. 21, qui y voit l'illustration d'un recul des délais de prescription ; également P.-Y. GAUTIER, « *De la prescription des infractions commises sur l'internet... et dans le monde physique* », *D.* 2002, p. 1852, spéc. n° 6.

¹²⁰⁸ Crim., 4 novembre 1985, *Bull. crim.* n° 339, p. 871 ; Crim., 17 décembre 1991, *Dr. pén.* 1992, p. 173 ; Crim., 4 novembre 1999, *Bull. crim.* n° 248, p. 775, *Dr. pén.* 2000, p. 43, obs. M. VERON ; *RSC* 2000, p. 395, obs. Y. MAYAUD « Un enjeu structurel : la prescription du délit d'homicide involontaire », pour qui, sur le fondement de l'empoisonnement, la solution aurait été différente.

¹²⁰⁹ Crim., 22 octobre 1979, *Bull. crim.* n° 291, *Gaz. Pal.* 1980, 1, p. 373 ; CA Bordeaux, 28 avril 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 2, p. 507 ; *RSC*, 1987, p. 878, n°3-1, obs. Y. MAYAUD ; Crim., 4 décembre 1990, *Bull. crim.* n° 413, p. 1038, *Dr. pén.* 1991, n° 199 ; *Gaz. Pal.* 1999, note J.-P. DOUCET. D'après l'arrêt du 4 décembre 1990, « *la prescription de l'action publique ne court que du jour où l'infraction objet de la poursuite est constituée en tous ses éléments, et que le délit de blessures involontaires n'est caractérisé que du moment où existe l'incapacité, élément constitutif de l'infraction prévue et réprimée par l'article 320 du Code pénal* », au sujet d'une insuffisance pulmonaire ultérieurement doublée d'une surdité en lien avec la profession exercée. Cassation pour n'avoir pas précisé la date de révélation du dommage.

¹²¹⁰ Crim., 4 novembre 1998, *Bull. crim.* n° 248, p. 775, arrêt de cassation assorti du chapeau suivant : « *La prescription de l'action publique ne court que du jour où l'infraction, objet de la poursuite, est constituée dans tous ses éléments ; que le*

indifféremment les moments de *constitution*¹²¹¹, *consommation*¹²¹² ou *commission*¹²¹³ de l'infraction en procédure pénale¹²¹⁴, comme déjà au XIX^e siècle, Edmond Villey enseignait que « la criminalité *objective*, qui exprime la gravité sociale du fait, [se distingue] de la criminalité *subjective* qui exprime le degré de culpabilité de l'agent : la prescription se détermine par la criminalité objective »¹²¹⁵.

2. L'inefficacité de la dissimulation de l'infraction

1017. Interpréter l'infraction de manière « réaliste » conduit à fondre ensemble le moment de *commission* de l'infraction avec celui de sa *réalisation*. Suivant ce système de pensée, l'infraction serait « commise » au jour de réalisation des actes incriminés. Il faudrait donc conclure à la clandestinité de l'infraction toutes les fois où elle aurait été réalisée de manière occulte, et retarder la computation de la prescription au jour de la découverte de l'acte incriminé. Ce système comporte cependant sa propre contradiction car il rend toute infraction imprescriptible de fait.

1018. Bien que la dissimulation des effets de l'infraction empêche absolument d'en prendre connaissance, la date de leur découverte ne devrait pas fixer le début du délai de prescription. Le rejet du *réalisme infractionnel*, évoqué en droit pénal, se manifesterait donc également en procédure pénale. Dans cette perspective, l'inefficacité de la dissimulation de l'infraction constitue un principe absolu.

1019. Cette règle s'applique de manière avec force à l'égard des autorités publiques, à la condition bien sûr qu'il soit possible de déterminer la date à laquelle l'infraction a pu être commise¹²¹⁶. La Chambre criminelle refuse d'accorder un effet quelconque à

délict d'homicide involontaire n'est caractérisé qu'au jour du décès de la victime, élément constitutif de l'infraction prévue et réprimée tant par l'article 319 du Code pénal de 1810 que par l'article 221-6 dudit Code ».

¹²¹¹ C. GAVALDA, « La théorie de la prescription des actions en procédure pénale », in G. STEFANI (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, op. cit., p. 77 et s., spéc. p. 85, n° 8, qui évoque « l'infraction » comme « mesure de la prescription » ou les « facteurs réels » permettant de déterminer le délai de prescription.

¹²¹² S. GUINCHARD et J. BUISSON, op. cit., n° 1341 : la consommation de l'infraction est retardée « lorsque le dommage constitutif d'une infraction instantanée apparaît quelques mois ou années après l'acte qui l'a généré », car « en réalité, l'infraction est réellement consommée ce jour-là, avec retard par rapport à l'acte générateur » ; également Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Dalloz, coll. Référence, 2003, p. 92 et s., pour lequel en matière de blessures involontaires ou d'homicide involontaire, il faut attendre que les blessures se manifestent sous leur état réel le plus grave pour qualifier l'infraction.

¹²¹³ Par exemple, M.-L. RASSAT, *J.-Cl. pén.*, v° « Enlèvement, arrestation, détention et séquestration arbitraires », § 48.

¹²¹⁴ *Ibid.*

¹²¹⁴ Voir *infra*, au sujet des manifestations jurisprudentielles du moment de commission de l'infraction

¹²¹⁵ M. VILLEY, S. 1881, 1, p. 385.

¹²¹⁶ Crim., 19 septembre 2006, Bull. crim. n° 226, p. 796, arrêt de rejet où la Chambre criminelle précise néanmoins que la Chambre de l'instruction s'en est erronément remis à la date de découverte des effets de l'infraction éventuelle.

l'infraction occulte, ainsi que l'illustre l'arrêt du 16 octobre 2013¹²¹⁷. Après découverte du corps sans vie de deux nouveau-nés au domicile d'un couple, une instruction permet de retrouver six autres cadavres de nouveau-nés, tous ayant été tués plus de dix ans avant leur découverte. La prévenue invoque la prescription de l'action publique mais cet argument fut rejeté par la Chambre de l'instruction. Les juges avaient fixé le départ de la prescription au jour de la découverte fortuite des premiers corps, au motif que « *le secret entourant les naissances et les décès concomitants, qui a subsisté jusqu'à la découverte des corps des victimes, a constitué un obstacle insurmontable à l'exercice de l'action publique* ».

1020. La Chambre criminelle devait répondre au problème de droit suivant : la dissimulation de cadavres reporte-t-elle le point de départ de la prescription au jour de leur découverte fortuite ? Elle rend un arrêt de cassation sur le fondement de l'article 7 du Code de procédure pénale et du principe qu'elle rappelle en chapeau de l'arrêt : « *en matière de crime, l'action publique se prescrit par dix années révolues à compter du jour où le crime a été commis si, dans cet intervalle, il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite* ».

1021. En l'occurrence, la Chambre de l'instruction avait substitué au critère de la commission de l'infraction celui de la découverte des effets de l'infraction (la découverte des cadavres), relevant que « ni un tiers, ni une autorité n'était en mesure de s'inquiéter de la disparition d'enfants nés clandestinement, morts dans l'anonymat, et dont aucun indice apparent ne révélait l'existence physique ». Elle ne pouvait décider que la prescription avait débuté au jour de la découverte des corps sans rendre l'infraction imprescriptible de fait. Peu importe que certaines infractions ne soient jamais connues si tant est que cette ignorance permette de préserver le discernement d'autrui. La découverte de l'infraction ne constitue pas le critère de la prescription en procédure pénale.

¹²¹⁷ Crim., 16 octobre 2013, inédit, n° de pourvoi : 11-89002 et 13-85232 ; *Gaz. Pal.* 23 novembre 2013, p. 20, obs. R. MESA ; *JCP* 2013, 1309, note S. DETRAZ ; *D.* 2013, p. 2673, note Y. MAYAUD.

B. L'ignorance de sa qualité chez la victime majeure : le report du point de départ de la prescription

1022. A l'égard de la victime de l'infraction, la découverte de l'infraction ne fixe pas davantage le point de départ de la prescription. Réciproquement, l'infraction n'est pas clandestine parce que sa réalisation est occulte, mais parce que la victime ne pouvait absolument pas se douter de sa qualité personnelle.

1023. En effet, lorsque la victime peut avoir un doute quant à la commission d'une infraction à son détriment, pâtit d'une ignorance relative. Elle peut alors mettre cette ignorance de fait à l'épreuve de vérifications au moment opportun. Notamment, si le succès d'une infraction implique d'abuser de la confiance dont elle a nanti ses co-contractants (abus de confiance) ou ses associés (abus de biens sociaux), la victime n'ignore pas la probable illégalité de leurs faits. C'est également le cas lorsque le succès d'une infraction implique de provoquer une erreur chez sa victime, par exemple en matière d'escroquerie ou de tromperie. L'infraction est alors seulement dissimulée. Cette dissimulation fait obstacle à la découverte de l'infraction *de manière temporaire*. La victime peut en vérifier l'existence, dans le cas de l'abus de biens sociaux, par exemple au moment du bilan comptable annuel.

1024. L'infraction dissimulée se distingue donc de l'infraction clandestine qui ne peut pas être découverte par sa victime. Ainsi, *une infraction n'est clandestine qu'à la condition que sa victime ignore sa propre ignorance*, c'est-à-dire lorsqu'il lui est impossible de se douter qu'une infraction a été commise à son détriment. Tel est le cas lorsque la constitution de l'élément matériel de l'infraction intègre son ignorance absolue. Il faut donc distinguer la dissimulation de l'infraction, qui correspond à une occultation de l'infraction en fait (1), de la clandestinité de l'infraction chez la victime majeure incapable de discernement (2).

1. L'ignorance individuelle et la dissimulation de l'infraction

1025. Le recul prétorien du point de départ de la prescription, au-delà du temps nécessaire à la constitution de l'infraction, résulterait pour certains auteurs d'une hostilité générale de la Chambre criminelle à la prescription des délits¹²¹⁸. Il est

¹²¹⁸ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1344.

également reproché à la jurisprudence de « reconnaître à la théorie criminelle de la prescription un fondement personnel et subjectif »¹²¹⁹. Ces solutions sont pourtant parfaitement légitimes. Elles fixent le point de départ de la prescription au jour où la victime pouvait se douter de sa qualité personnelle.

1026. Dès lors que les victimes peuvent avoir un doute sur l'existence d'une infraction, la prescription court. Leur négligence à diligenter des vérifications joue donc en leur défaveur. Ainsi lorsqu'un commissaire aux comptes découvre des anomalies portées à la connaissance des associés, lesquels n'intentent aucune poursuite (pour non-dénonciation de fraudes) parce que le commissaire n'avait émis aucune observation, le délit qu'il commet par omission se prescrit à compter du jour de la certification des comptes¹²²⁰. La Cour de cassation peut donc juger que la question prioritaire de constitutionnalité relative au recul de la prescription concernant cette infraction n'est pas sérieuse¹²²¹.

1027. Ainsi, l'atteinte portée à la conscience matérielle de la victime n'a pas un rôle déterminant en procédure pénale. Pour toutes les infractions qui consistent à perturber cette conscience du monde environnant par la provocation d'une erreur, l'infraction est simplement dissimulée. Par exemple en matière d'abus de biens sociaux, et bien que l'opinion doctrinale commune se soit toujours montrée farouchement opposée à ces solutions¹²²², la prescription débute non pas du jour de la transcription des versements indus dans les livres comptables de la société, mais au jour de l'expertise comptable¹²²³ ; au moment où le syndic a rendu un rapport de liquidation des biens ou lorsque l'infraction a pu être constatée par la partie civile grâce à des investigations

¹²¹⁹ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. 2, n° 371, p. 554 ; dans le même sens C. GAVALDA, « La théorie de la prescription des actions en procédure pénale », préc.

¹²²⁰ Article 457 de la loi du 24 juillet 1966 ; cf. Crim., 9 mars 1999, Bull. crim. n° 32, p. 73 (« le délai de prescription du délit de non-dénonciation, prévu par l'article 457 de la loi du 24 juillet 1966, court du jour où le commissaire aux comptes a connaissance des faits délictueux, au plus tard à la certification des comptes, et l'obligation de les révéler au procureur de la République »), *Rev. sociétés* 1999, n° 3, p. 650, note B. BOULOC.

¹²²¹ Ass. plén., 20 mai 2011, Bull. crim. n° 6, p. 27 ; *Gaz. Pal.* 7 juin 2011, p. 11, note G. DRAGO ; *Dr. pén.* 2011, comm. n° 95, obs. J.-H. ROBERT ; *RSC* 2011, p. 611, obs. H. MATSOPOULOU, et p. 656, obs. J. DANET ; *RSC* 2012, p. 221, obs. B. de LAMY.

¹²²² J. LARGUIER, « Le point de départ du délai de la prescription en matière d'abus de biens sociaux », *Mélanges R. Secrétan*, 1964, p. 159 et s. ; B. BOULOC, « Le dévoiement de l'abus de biens sociaux », *RJ com.* 1995, p. 301 ; X. de ROUX et K. BOUGARTCHEV, « L'abus de biens sociaux : derniers excès », Bull. Joly, 1995, p. 1025 ; C. COHEN, « La prescription en question », *Gaz. Pal.* 1995, 2, Doctr. p. 1059 et s. ; C. FREYRIA, « Imprescriptibilité du délit en droit des affaires », *JCP E* 1996, I, p. 563 ; M. VERON, « L'abus de biens sociaux : évolution ou dérive », *Gaz. Pal.* 1996, I, doct. p. 623 ; J.-F. RENUCCI, « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *D.* 1997, chr. p. 23, M. PRALUS, « Contribution au procès du délit d'abus de biens sociaux », *JCP* 1997, éd. G, I, 4001 ; A. DONNIER, « Prescription et clandestinité : la troublante constance de la Cour de cassation », *D.* 2005, p. 2998, qui considère que le mensonge rend l'infraction clandestine.

¹²²³ Crim., 7 décembre 1967, *D.* 1968, p. 617, note J.-M. R., p. 621, qui estime qu'en somme, « l'infraction ne serait parfaite qu'au moment où on peut la constater : de là à dire bientôt que la possibilité de cette constatation entrera dans les éléments constitutifs, il n'y a plus qu'un pas », alors qu'il s'agit déjà du critère sanctionné. D'après la Chambre de d'instruction, approuvée en cela par la Chambre criminelle la prescription ne débute pas au jour où les versements ont été portés dans les livres comptables de la société car ils l'avaient été sous un ordre équivoque, mais au jour de l'expertise comptable ordonnée après le départ du prévenu.

policières¹²²⁴ ; au moment où les dépenses reprochées (salaires attribués au titre d'emplois fictifs) figurent dans les bilans¹²²⁵ ; à la date du dépôt de bilan¹²²⁶, à la réception d'une dénonciation des Services fiscaux¹²²⁷, comme autant de moments à partir desquels les associés auraient pu vérifier qu'aucune infraction n'a été commise.

1028. S'agissant de l'abus de confiance, faute de dissimulation, elle court au plus tard à compter de la présentation des comptes annuels¹²²⁸. Cet arrêt de cassation pour non réponse à conclusion s'inscrit dans le droit fil des décisions qui fixent le début de la computation triennale au jour où l'infraction aurait pu être connue des organes ou représentants de la société¹²²⁹.

1029. En matière de publicité de nature à induire en erreur, il s'agira encore du moment à partir duquel les victimes auraient pu constater la fausseté de plaquettes publicitaires¹²³⁰, tout comme en matière de tromperie sur les qualités de la chose vendue, du jour de la réception de la chose défectueuse, instant à partir duquel l'acquéreur peut mettre le doute d'existence d'une infraction à l'épreuve d'une vérification¹²³¹. Les faits

¹²²⁴ Crim., 10 août 1981, Bull. crim. n° 244 ; *Gaz. Pal.* 1981, 2, p. 696, note J. COSSON ; *Rev. sociétés* 1983, p. 368, note B. BOULOC.

¹²²⁵ Crim., 13 octobre 1999 (« *les juges du fond ne peuvent conclure au report du délai de prescription sans répondre au moyen soutenant que ce délai devait être décompté à partir de la présentation des comptes annuels* »), Bull. crim. n° 219, *Dr. pén.* 2000, comm. n° 17, J.-H. ROBERT. Voir également Crim., 19 octobre 1999, Bull. crim. n° 223, *Dr. pén.* 2000, comm. n° 35, J.-H. ROBERT, « Du soupçon à la preuve », où selon l'auteur la Chambre criminelle fixe le point de départ de la prescription au moment où « *le principe* » et non « *le détail* » des abus avaient été constatés ; Crim., 5 mai 1997, Bull. crim. n° 159 : « *la prescription de l'action publique n'aurait pu commencer à courir à leur égard, sauf dissimulation, qu'à compter de la présentation des comptes annuels* ».

¹²²⁶ Crim., 13 février 1989, Bull. crim. n° 69 ; *Rev. sociétés* 1989, p. 692, obs. B. BOULOC.

¹²²⁷ Crim., 27 juillet 1993, *Rev. Dr. pén.* 1994, comm. 89.

¹²²⁸ Crim., 13 octobre 1999, Bull. crim. n° 219, *Rev. Sociétés* 2000, p. 360 et s., obs. B. BOULOC, *Dr. pén.* 1999, n° 255 ; comm. J. BUISSON, *Dr. pén.* 2000, n° 17 ; comm. J.-H. ROBERT, *RSC* 2000 ; p. 410, obs. J.-F. RENUCCI.

¹²²⁹ Comp. J.-F. RENUCCI, « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *D.* 1997, chr. p. 23, pour lequel cet arrêt constitue un revirement de jurisprudence, le jour à prendre en compte étant désormais celui de la formation du contrat, au détriment du jour du versement du dernier salaire. L'auteur dénonce une quasi imprescriptibilité de fait en droit pénal des affaires (n° 11 et s.), dans le même sens que M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, PUF, coll. Droit fondamental, 2ème éd., 1995, n° 292 *in fine*.

¹²³⁰ Crim., 20 février 1986, Bull. crim. n° 70, p. 167 : « *Attendu que pour infirmer le jugement qui avait retenu la culpabilité du prévenu, la juridiction du second degré relève d'abord que les seuls faits que les plaignants ont pu poursuivre sont ceux qui ont été commis au plus tard à la date de leur contrat de réservation et qui consistent dans les remises qui leur ont été faites des plaquettes publicitaires en cause ; qu'elle retient ensuite que la date de cette diffusion constitue le point de départ de la prescription, et qu'ayant constaté que les contrats de réservation avaient tous été conclus antérieurement au 7 juin 1974, elle en déduit que l'action publique était éteinte par la prescription le 7 juin 1977, date où le juge d'instruction a constaté le dépôt de la plainte avec constitution de partie civile et fixé le montant de la consignation :*

Mais attendu qu'en s'abstenant de rechercher la date à laquelle les parties civiles avaient eu la possibilité de constater la fausseté du contenu de la publicité incriminée et en refusant de reconnaître un caractère interruptif de prescription au dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile ayant donné lieu au versement dans le délai imparti de la consignation fixée par ordonnance du juge d'instruction, la Cour d'appel a méconnu les deux principes ci-dessus rappelés et privé sa décision de base légale »

¹²³¹ Crim., 7 juillet 2005, Bull. crim. n° 206, p. 716, *Gaz. Pal.* 22 juillet 2005, n° 203, p. 2, note A. C., affaire dite des hormones de croissance. La Cour de cassation approuve la Chambre de l'instruction d'avoir écarté la prescription en affirmant « *que l'infraction de tromperie, bien qu'instantanée, est « un délit clandestin par nature, en ce qu'il a pour but de laisser le contractant dans l'ignorance des caractéristiques réelles du produit. Dès lors, le délai de prescription de l'action publique de ce délit commence à courir du jour où il apparaît et peut être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique* ». Cependant en l'espèce, sa décision de rejet ne permet pas d'en tirer la conclusion qu'elle fait du délit de tromperie une infraction clandestine par nature. Il s'agit d'un arrêt de rejet qui n'apporte pas de véritable affirmation sur le fond du droit, le résumé de l'arrêt (« *la tromperie est une infraction clandestine par nature* ») induisant le lecteur non averti en erreur.

qui ont donné lieu à l'arrêt du 17 juin 1991 l'illustrent parfaitement¹²³². En l'espèce, un individu achète un véhicule et estime, sur la foi du rapport d'expertise survenu plus de trois ans après la vente, avoir été trompé sur les qualités de la chose vendue. L'arrêt confirmatif d'appel fait l'objet d'un pourvoi rejeté par la Chambre criminelle. Le requérant soutenait que la prescription de l'action civile débutait à la date à laquelle la fraude avait été connue. Les juges du fond ne partagent pas ce point de vue et fixent la prescription triennale de l'action publique devant la juridiction répressive à la date de la livraison. Or près de cinq ans s'étaient écoulés entre la livraison (comprendre la réception de la chose) et l'expertise consécutive au dommage subi au bord du véhicule. La question posée concernait le point de départ du délai de prescription en matière de délit de tromperie (art. L. 213-1 du Code de la consommation). La Chambre criminelle affirme qu'en effet, « *la prescription du délit de fraude court du jour de la livraison de la marchandise et non de la découverte de la tromperie* ».

1030. A ces hypothèses expresses d'erreur provoquée, il faut assimiler les pratiques dolosives telles que le faux témoignage, « infraction instantanée, à l'égard de laquelle le délai de prescription commence à courir du jour où la déposition a été faite »¹²³³. Cette solution a été confirmée implicitement dans un arrêt du 19 mai 2004 qui n'a pourtant pas trouvé les bonnes grâces d'une publication au Bulletin¹²³⁴. Un condamné à la réclusion criminelle se constitue partie civile en dénonçant le versement au dossier de l'information de faux relevés téléphoniques. La Chambre de l'instruction confirme l'ordonnance de refus d'informer du juge d'instruction en constatant qu'il s'agissait de faux délictuels soumis à la prescription triennale et non de faux en écritures publiques ou authentiques punis de peine criminelle. L'arrêt de rejet de la Cour de cassation est d'une exactitude qui n'a pas été saisie par son annotateur¹²³⁵. Elle justifie le rejet du pourvoi en relevant que « *le délit de faux est une infraction instantanée dont la prescription court à compter de la date de l'établissement de l'écrit argué de faux et non de la découverte de son existence* ». La date de l'établissement correspond, conformément à la définition de ce terme, à celle de l'exposition du faux, autrement dit de sa production en justice.

¹²³² Crim., 17 juin 1991, Bull. crim. n° 259, p. 672, *Rev. fiduciaire* 2004, p. 123-133.

¹²³³ Crim., 17 décembre 2002, Bull. crim. n° 233 et n° 234, *D.* 2003, p. 1731, note J. PRADEL ; *Dr. pén.* 2003, p. 12, comm. 29, note critique de M. VERON qui avoue ne pas comprendre la différence de solution dans ces deux arrêts ; *RSC* 2004, p. 94, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE.

¹²³⁴ Crim., 19 mai 2004, inédit, n° de pourvoi : 03-82.329.

¹²³⁵ D. N. COMMARET, « Point de départ du délai de prescription de l'action publique : des palliatifs jurisprudentiels, faute de réforme législative d'ensemble », préc.,

1031. La dissimulation ne porte jamais que sur l'occultation de l'infraction en fait. Elle peut se réaliser par le truchement d'opérations complexes, telle que la conclusion d'un contrat fictif et l'utilisation d'une structure écran en matière de trafic d'influence¹²³⁶, y compris lorsqu'il s'agit d'une association pour éluder les règles d'attribution d'un marché¹²³⁷, d'une division d'un marché entre cinq entreprises, de manière à sous-évaluer le prix global du marché et ainsi frauder l'obligation de procéder à un appel d'offre, alors qu'en réalité ces entreprises d'apparat sous-traitaient les travaux à une seule et même entreprise¹²³⁸; ou résulter de la réalisation d'actes sous couverture de mandats¹²³⁹. Au sujet de l'employé de banque¹²⁴⁰, la Chambre criminelle précise que l'infraction a été commise « à l'occasion de l'exercice de ses fonctions » et non *dans le cadre de ses fonctions*, ce qui indique bien qu'il a agi hors du champ de la délégation. C'est également le cas lorsque le mandataire, par ses mensonges et « ses réponses dilatoires aux réclamations qui lui étaient adressées, a pu dissimuler son intention délictueuse et empêcher ainsi de constater les éléments du délit »¹²⁴¹.

1032. En dehors des hypothèses de dissimulation, le délai de prescription court en principe à compter de la commission de l'infraction, délai qu'il faut établir distinctement pour chaque infraction, même pour l'infraction principale et le recel de cette infraction¹²⁴². La Chambre de l'instruction ne peut donc pas se fonder sur le critère de la

¹²³⁶ Crim., 19 mars 2008, Bull. crim. n° 71 : *Qu'en effet, si le délit de trafic d'influence est une infraction instantanée qui se prescrit à compter de la perception du dernier versement effectué en exécution du pacte litigieux, le délai de prescription de l'action publique ne commence à courir, en cas de dissimulation, qu'à partir du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice des poursuites* » ; en l'espèce, la Chambre criminelle indique que « les conditions de mise en oeuvre de l'action publique n'ont été réunies que lors de la découverte des mouvements enregistrés sur les comptes des prévenus et de la dénonciation de ces faits par les autorités suisses au juge d'instruction français », terme qui démontre la nature factuelle de la dissimulation.

¹²³⁷ Crim., 5 mai 2004 (La Chambre criminelle note que le procédé « a eu pour effet d'empêcher tous les contrôles habituels et a fait obstacle à la découverte de l'aspect irrégulier d'une opération dissimulée (...) dissimulation [qui] a perduré jusqu'à l'assemblée générale d'approbation des comptes annuels »), Bull. crim. n° 110, *RTD com.* 2004, p. 827, note B. BOULOC ; *AJ pénal* 2004, p. 285, obs. C. GIRAULT.

¹²³⁸ Crim., 19 mai 2004, Bull. crim. n° 131, sur le fondement de 432-14 CP, *RTD com.* 2004, note B. BOULOC, préc.

¹²³⁹ Crim., 18 juillet 1974, Bull. crim. n° 258.

¹²⁴⁰ Crim., 13 janvier 1934, *Gaz. Pal.* 1934, 1, p. 447.

¹²⁴¹ Crim., 4 janvier 1935, *Gaz. Pal.* 1935, 1, p. 353 : « le détournement frauduleux et le préjudice consécutif n'ont pu être constatés [qu'en 1932] et que, jusque-là, le prévenu, par ses réponses dilatoires aux réclamations qui lui étaient adressées par ses créanciers ou en leur nom, avait pu dissimuler son intention délictueuse et empêcher ainsi de constater les éléments du délit » ; également, Crim., 10 décembre 1925, Bull. crim. n° 339, p. 661, au sujet d'un agent d'affaire qui, après exécution de sa mission, a disposé des rentes acquises dans son intérêt personnel en les déposant à la Banque de France en nantissement d'un prêt.

¹²⁴² Crim., 6 février 1997 (arrêt Noir-Carignon), Bull. crim. n° 48, *D.* 1997, p. 334, note critique de J.-F. RENUCCI selon lequel cette décision dénature le rôle des composantes de l'infraction de recel ; *Dalloz Affaires* 1997, p. 780, note H. MATSOPOULOU ; *Rev. sociétés* 1997, p. 146, note critique de B. BOULOC ; *JCP* 1997, II, n° 22823, note critique de M. PRALUS ; *LPA* 14 février 1997, p. 12, C. DUCOULOUX-FAVARD. D'après ses annotateurs, cet arrêt assimile la prescription de l'infraction de conséquence (le recel) à celle de l'infraction principale d'abus de biens sociaux. L'arrêt n'en dit cependant pas tant. La Chambre criminelle y considère que les manifestations du recel, infraction tributaire d'une infraction initiale, ne pouvaient être antérieures à la commission de cette infraction d'origine. Or en l'occurrence, les poursuites avaient été intentées un an après la *commission* de l'infraction principale. *A fortiori*, le recel de cette infraction ne pouvait pas avoir été prescrit. La question de la prescription du recel d'abus de biens sociaux ne se serait posée que si plus de trois ans s'étaient écoulés entre la date de commission de l'infraction principale et celle des poursuites. L'arrêt Noir-Carignon ne revient donc pas sur l'autonomie des prescriptions du recel et de l'infraction recélée bien établie en jurisprudence. Cf. Crim., 7 mai 1939, Bull. crim. n° 114 ; Crim., 16 juillet 1964, Bull. crim. n° 241 ; *D.* 1964, p. 664 ; Crim.,

connexité des infractions pour retenir la prescription¹²⁴³, et elle reporte illégitimement la course de ce délai à une date ultérieure si elle ne caractérise aucune dissimulation¹²⁴⁴.

1033. Le critère sur lequel l'ensemble de ces arrêts se fondent (l'ignorance factuelle de la victime), est substantiellement le même qu'en ce qui concerne les infractions au résultat matériel indéterminé, à cette différence près que, dans cette dernière hypothèse, le dommage est supposé connu dès lors qu'il se manifeste. Lorsque ce n'est pas le cas, la prescription court également à compter du moment où le dommage pouvait être mis en lien avec une faute personnelle. Au sujet d'une personne atteinte de leucémie qui apprend après expertise qu'elle a été contractée en manipulant des produits toxiques sur son lieu de travail, le délai de prescription débute, au plus tard, au jour de la première expertise ayant établi un lien entre sa maladie et sa profession¹²⁴⁵.

2. L'ignorance personnelle de la victime et la clandestinité de l'infraction

1034. La victime se trouve dans l'impossibilité de connaître l'existence de l'infraction lorsque son extériorisation échappe à sa connaissance personnelle, autrement dit lorsque la loi prévoit qu'elle ne puisse savoir qu'elle existe.

1035. Par exemple, l'infraction d'atteinte à l'intimité de la vie d'autrui consiste en la captation de données sans le « *consentement* » de la personne intéressée d'après l'article 226-1 du Code pénal. L'article précise que, si la captation se réalise « au vu et au su des intéressés », le consentement est présumé (art. 226-1 al. 2 du Code pénal). En effet à ce stade, l'intéressé connaît l'existence de la captation (« au vu et au su ») si bien qu'il n'est pas ignorant du procédé. *A contrario*, elle pourrait avoir constaté la captation sur le fait et exprimé son refus. Mais dans ce cas, son consentement serait absent et non inexistant. L'alinéa premier vise donc l'hypothèse où la victime ignore absolument qu'une

28 mars 1996, Bull. crim. n° 142 ; *Rev. sociétés* 1997, p. 141 ; voir également M. CULIOLI, « Recel et infractions assimilées », *J.-Cl. pén.*, art. 321 à 321-5, Fasc. 50, n° 60 ; G. ROUJOU de BOUBEE, B. BOULOC, J. FRANCILLON et Y. MAYAUD, *Code pénal commenté*, Dalloz, 1996, p. 587.

¹²⁴³ La Chambre de l'instruction ne peut donc pas se fonder sur la connexité de deux affaires pour établir que la prescription est acquise. Cf. Crim., 17 décembre 2002, Bull. crim. n° 233, p. 851 : il lui faut déterminer la date à laquelle « *la partie civile a cessé d'être dans l'ignorance de l'infraction* », en l'occurrence un délit de falsification de preuve par l'expert employé d'une entreprise d'assurance.

¹²⁴⁴ Crim., 27 octobre 1999 (où les juges se sont déterminés « *sans établir que les actes irréguliers avaient été dissimulés ou accomplis de manière occulte* »), Bull. crim. n° 238 ; *Dr. pén.* 2000, comm. n° 27, M. VERON ; *RSC* 2000, p. 618, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE.

¹²⁴⁵ Crim., 3 juin 2008, Bull. crim. n° 137, *D.* 2008, p. 2003, note A. DARSONVILLE ; *RSC* 2008, p. 903, Y. MAYAUD. Les annotateurs se posent la question de savoir si le délit de blessures involontaires constitue une nouvelle infraction

infraction a été commise. La Chambre criminelle estime donc que le point de départ de la prescription dépend du moment à partir duquel la victime *a été informée de la captation de ses paroles*¹²⁴⁶.

1036. Au regard de la première branche de sa solution, elle se réfère à un double critère : la captation sans le consentement de la personne *et* la circonstance que cette infraction ne peut être poursuivie que sur plainte de la victime ou de ses ayants-droits. Cependant la seconde branche de la solution lève cette ambiguïté. La Chambre criminelle y évoque la mise en mémoire de données « sans l'accord exprès de l'intéressé ». L'inexistence du consentement de la victime constitue donc un critère suffisant pour établir la clandestinité de l'infraction.

1037. Cette décision confirme celle du 26 octobre 1965 rendue en matière de *fraude au divorce*, incriminée dans l'article unique de la loi du 13 avril 1932¹²⁴⁷. Dans un arrêt de cassation, la Chambre criminelle décide que « la prescription du délit de fraude en matière de divorce doit être fixé au jour où cesse *l'ignorance* des procédés frauduleux dans laquelle *a été tenue* la partie civile lésée ».

1038. Il faut encore citer l'exemple de la « dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant » prévue à l'article 227-13 du Code pénal¹²⁴⁸. La Chambre criminelle juge cette infraction clandestine par nature. Ainsi, si une mineure atteinte d'une légère déficience mentale accouche durant sa minorité et que son enfant est déclaré comme étant celui d'un autre couple avec l'aide de membres du personnel, le point de départ de la prescription connaît un double report : à la majorité des victimes d'une part, puis « au jour où les infractions de simulation et de dissimulation d'enfant sont apparues

clandestine ; voir également au sujet du délit de concussion, l'opinion de M. VERON sous Crim., 3 décembre 2008, *Dr. pén.* 2009, comm. n° 49.

¹²⁴⁶ Crim., 4 mars 1997, Bull. crim. n° 83, p. 270, *D.* 1997, p. 88 ; *RSC* 1997, p. 669, obs. J.-P. DINTILHAC. La solution de droit de l'arrêt est parlante : « *Qu'en effet, d'une part, les articles 368 ancien et 226-1 nouveau du Code pénal font de la clandestinité un élément constitutif essentiel du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui, qui n'est caractérisé que lorsque la personne, dont les paroles ont été enregistrées sans son consentement est informée de leur captation ou de leur transmission, et qui, selon l'article 226-6, ne peut être poursuivi que sur la plainte de la victime ou de ses ayants droit ; que la clandestinité est, de même, inhérente au délit, repris de la loi du 6 janvier 1978 dans l'article 226-19, constitué par la mise en mémoire informatisée, sans l'accord exprès de l'intéressé, de données nominatives faisant apparaître, notamment, ses opinions politiques, philosophiques ou religieuses* ».

¹²⁴⁷ « *Quiconque aura, par des manœuvres dolosives ou de fausses allégations, tenu ou tenté de tenir son conjoint dans l'ignorance d'une procédure de divorce ou de séparation de corps dirigée contre lui, sera puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 9 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement. En cas de récidive, la peine d'emprisonnement sera toujours prononcée* ».

¹²⁴⁸ Crim., 26 octobre 1965, Bull. n° 209 ; art. 227-13 du Code pénal : « *La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* ».

et ont pu être constatées dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique, *soit en l'espèce, lors de la révélation desdits faits au ministère public* » d'autre part¹²⁴⁹.

1039. En l'espèce, la révélation aux autorités résultait d'une dénonciation des faits par la mère véritable neuf ans après l'accouchement. D'après la Chambre criminelle, la Chambre de l'instruction s'était erronément fondée sur l'état de minorité de la mère pour décider que l'infraction n'était pas prescrite, mais ce raisonnement erroné ne portait pas à conséquence en l'espèce étant donné la nature clandestine de l'infraction. En effet, *l'enfant est également victime de l'infraction*. Il avait été élevé depuis lors par les complices de l'infraction. Or, même à l'âge adulte, il aurait été dans l'impossibilité absolue de soupçonner l'existence d'une fraude dans l'établissement de sa filiation. La clandestinité de l'infraction l'emporte donc sur l'absence générale de discernement de cette victime étant donné qu'elle permet le report du point de départ de la prescription au-delà de sa majorité, non acquise en l'occurrence.

¹²⁴⁹ Crim., 23 juin 2004, Bull. crim. n° 173, p. 630.

Conclusion du chapitre 1 :

1040. L'article 2 du Code de procédure pénale dispose que « *l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction* ». Cet article vise le dommage directement causé par une infraction, si bien qu'il semble possible de soutenir que seule le propriétaire de la chose volée peut exercer l'action civile pour vol, de même que seule celle qui subirait le viol pourrait se constituer partie civile pour obtenir réparation de son dommage. Cette explication présente l'intérêt de justifier la spécificité de l'action civile, qui s'exerce en principe devant les juridictions civiles pour la réparation de tout dommage en rapport de causalité avec un fait fautif ou non – suivant qu'il s'agit d'une responsabilité pour faute ou d'un fait d'autrui¹²⁵⁰. Elle n'éclaire cependant qu'une partie des termes de cet article, et laisse entendre que la mention du terme « *personnellement* » serait tautologique.

1041. Le postulat sous-tendu par cette proposition est celui d'une définition individuelle du dommage directement causé par l'infraction. La nature immatérielle de la *personne* en droit pénal, qui peut être indifféremment physique ou morale¹²⁵¹, ne suffit pas à contrarier cette proposition, car une personne morale devrait également pouvoir subir un préjudice civil. Il est possible de soumettre une critique plus décisive : si le dommage sanctionné par le juge pénal est de même nature que le dommage civil, comment justifier la spécificité du dommage pénal par rapport au dommage civil de *la* victime de l'infraction ? Au regard des fondements constitutionnels du droit pénal, une explication alternative peut être proposée. Le dommage *personnellement souffert*, concerne la victime de l'infraction, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale. Or, toute personne est censée jouir du discernement¹²⁵². Il est donc possible de conclure que le dommage personnellement souffert est celui qui atteint le discernement de la victime. Le discernement étant défini comme une conscience de l'existence de la loi pénale, expression de la Volonté générale, ce dommage pénal tiendrait donc sa spécificité de l'atteinte qu'il cause à la conscience que chacun a de devoir se soumettre à la loi.

¹²⁵⁰ Art. 1382 et s. du Code civil.

¹²⁵¹ Art. 121-2 du Code pénal.

¹²⁵² Art. 122-1 du Code pénal, par une interprétation *a contrario*.

1042. Ceci permet d'expliquer que l'action civile appartienne « *a tous ceux* » qui ont personnellement souffert de l'infraction, et non uniquement à « la personne » qui a souffert du dommage directement causé par celle-ci. Ainsi, en souffre nécessairement *la* victime idéale de l'infraction, celle qui est touchée dans son corps, son patrimoine ou son intégrité psychique : sa qualité de victime est présumée. Cependant devrait également pouvoir en souffrir personnellement tous ceux qui perdent foi en l'inviolabilité du droit pénal à cause de la commission de l'infraction : *les proches de la victime*, qui devront rapporter la preuve qu'elles ont personnellement souffert du dommage objet des poursuites. En somme, le seul dommage digne de répression est un dommage qui met en péril l'*indivisibilité* de la Nation, conformément aux fondements constitutionnels du droit pénal¹²⁵³. La nature indivisible de ce dommage implique qu'il n'appartienne pas au patrimoine de la victime, si bien qu'il n'est pas transmissible à ses héritiers, bien que ses derniers puissent faire partie des proches de cette victime. Le cas échéant, ils pourront, comme la victime, demander réparation du dommage subi, ce qui ne pourrait pas se traduire en une indemnisation pécuniaire car l'application d'une peine à l'auteur des faits constitue la seule réparation possible du dommage pénal. En revanche, conformément à l'article 3 du Code de procédure pénale, ils pourront obtenir la réparation de l'ensemble des préjudices qui découlent directement de l'infraction.

1043. L'action civile de la victime ne serait cependant pas possible tant qu'elle est incapable de discernement. Elle ne prendra conscience de la nature des faits qu'elle a subi qu'à l'âge de la majorité en principe. L'état de minorité présume cette incapacité, raison pour laquelle le point de départ du délai de prescription est reporté au jour où elle est présumée avoir acquis le discernement. La présomption inverse joue à l'égard des personnes. Elles devront prouver, pour obtenir le report du point de départ de la prescription, qu'elle ne pouvait pas connaître l'existence de l'infraction. L'ignorance simple, celle qui concerne l'existence matérielle de l'infraction, ne suffit pas à établir sa clandestinité. Si tel était le cas, toute infraction serait imprescriptible de fait, ce qui conduirait à remettre en cause le fondement de la prescription : l'oubli de l'infraction.

1044. Il apparaît donc que des qualités personnelles de la victime fondent le régime de l'action civile et de la prescription de l'action publique, pour préserver son droit à la sécurité ; de même que les qualités personnelles du *mis en cause* garantissent son droit à la sûreté.

¹²⁵³ Voir *supra* n° 3.

Chapitre 2. Le rôle du discernement du mis en cause

1045. La personne mise en cause, lorsqu'elle peut être soumise à la coercition publique, bénéficie d'une protection découlant directement de son droit à la sûreté contre toute arrestation arbitraire¹²⁵⁴. Différents statuts personnels assurent l'équilibre des droits à la sûreté et à la sécurité en prenant en compte l'apparence de culpabilité du mis en cause¹²⁵⁵. Plus la probabilité que le mis en cause ait effectivement commis une infraction punissable est forte, moins la protection du droit à la sûreté est effective. La procédure pénale se divise par conséquent en différentes phases : l'enquête, l'instruction et le jugement. A l'intérieur de chacune de ces phases, le mis en cause relève d'un statut personnel le protégeant de manière décroissante. Dans le Code de procédure pénale, il existe cependant une distinction marquée entre l'enquête et le jugement.

1046. Au stade de l'enquête *lato sensu* (en ce compris la phase d'instruction), il n'existe que des *indices*¹²⁵⁶, autrement dit des *raisons plausibles* de croire que le mis en cause a commis ou participé à la commission d'une infraction. Ces indices justifient l'éventuel placement du suspect en garde à vue¹²⁵⁷, de même qu'ils permettent de lui attribuer la qualité de témoin assisté¹²⁵⁸. L'implication du mis en cause dans la commission d'une infraction est alors *possible*.

¹²⁵⁴ Art. 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* ».

¹²⁵⁵ P. CONTE, *L'apparence en droit pénal*, thèse Grenoble, 1984, p. 23 : « *il n'y a apparence véritable que dans le cas où la différence existant entre l'apparition et la réalité n'est pas trop importante, et permet ainsi de considérer que la première ressemble suffisamment à la seconde : c'est en effet la ressemblance de l'apparition avec la réalité envisagée qui donne naissance à l'apparence* ».

¹²⁵⁶ Dans le Code de procédure pénale, les articles 20 al. 6 (au sujet des agents de police judiciaire qui sont habilités à recevoir « *par procès-verbal les déclarations qui leur sont faites par toutes personnes susceptibles de leur fournir des indices, preuves et renseignements sur les auteurs et complices de ces infractions* », D 17 al. 1 (« *les officiers et agents de police judiciaire veillent à la préservation de l'état des lieux ainsi qu'à la conservation des traces et des indices jusqu'à ce qu'il soit procédé aux opérations de police technique et scientifique* ») ; pour l'enquête préliminaire, l'article 75-2 (« *L'officier de police judiciaire qui mène une enquête préliminaire concernant un crime ou un délit avise le procureur de la République dès qu'une personne à l'encontre de laquelle existent des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction est identifiée* ») ; pour l'enquête de flagrance, l'article 53 al. 1 *in fine* (« *il y a aussi crime ou délit flagrant lorsque, dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d'objets, ou présente des traces ou indices, laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit* »), l'article 60 al. 4 (« *sur instructions du procureur de la République, l'officier de police judiciaire donne connaissance des résultats des examens techniques et scientifiques aux personnes à l'encontre desquelles il existe des indices faisant présumer qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction, ainsi qu'aux victimes* ») et l'article 55-1 au sujet des prélèvements externes réalisés par l'officier de police judiciaire ; enfin l'article 122 al. 2 au sujet du mandat de recherche décerné par le juge d'instruction.

¹²⁵⁷ Art. 62-2 du Code de procédure pénale : « *la garde à vue est une mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs* ».

¹²⁵⁸ Art. 113-2 al. 2 du Code de procédure pénale : « *toute personne mise en cause par un témoin ou contre laquelle il existe des indices rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi peut être entendue comme témoin assisté* ».

1047. Cette implication devient « *vraisemblable* » quand les indices sont « *graves ou concordants* ». L'existence vraisemblable de l'infraction autorise alors la *mise en examen* du suspect¹²⁵⁹, le décernement d'un mandat de comparution, d'amener ou d'arrêt¹²⁶⁰, qu'il soit procédé au dépistage d'une maladie sexuellement transmissible¹²⁶¹, de même que l'enregistrement de données personnelles dans le « *fichier d'analyse sérielle* »¹²⁶², dans le « *fichier national automatisé des empreintes génétiques* »¹²⁶³ ou dans le « *fichier d'antécédents judiciaires* »¹²⁶⁴.

1048. Enfin, lorsque l'implication du suspect dans les faits enquêtés est certaine, il peut être poursuivi car il existe contre lui non plus des indices mais des *charges* d'avoir commis ou participé à la commission d'une infraction¹²⁶⁵. Afin de permettre au magistrat du siège d'établir sa culpabilité, il faut passer à la phase de jugement et c'est alors que de suspect, le mis en cause devient *prévenu*.

1049. La distinction du suspect et du prévenu est essentielle pour comprendre les équilibres de la procédure pénale. Avant la phase de jugement, le discernement du suspect joue un rôle primordial dans le récolement des preuves. Il faut s'assurer qu'elles conduiront à la découverte de la vérité. Pendant la phase de jugement, il convient davantage de s'assurer que la condamnation à venir soit conforme aux objectifs de la peine : l'intimidation et la rétribution du prévenu¹²⁶⁶. Cette phase est par conséquent soumise au contrôle du juge du siège, seul autorisé à prononcer une peine à l'encontre du prévenu. Bien qu'il doive vérifier l'existence des preuves et leur pertinence afin de trancher la question de la culpabilité, en son intime conviction, il lui faut avant tout s'assurer que la peine qu'il pourrait prononcer remplira ses desseins. Preuve et punition de l'infraction constituent les deux pôles complémentaires de la procédure pénale.

¹²⁵⁹ Dans le Code de procédure pénale, les articles 80-1 al. 1 (« *à peine de nullité, le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi* ») ; 113-8 al. 1 (« *s'il estime que sont apparus au cours de la procédure des indices graves ou concordants justifiant la mise en examen du témoin assisté, le juge d'instruction procède à cette mise en examen* ») ; 154-2 al. 2 au sujet de l'absence d'indices graves ou concordants.

¹²⁶⁰ Art. 122 al. 2 du Code de procédure pénale. Contrairement au mandat de recherche, ces mandats sont attentatoires à la liberté d'aller et venir du suspect.

¹²⁶¹ Art. 706-47-2 du Code de procédure pénale : « *l'officier de police judiciaire, agissant au cours de l'enquête ou sur commission rogatoire, peut faire procéder sur toute personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants d'avoir commis un viol, une agression sexuelle ou une atteinte sexuelle* ».

¹²⁶² Art. 230-13 du Code de procédure pénale.

¹²⁶³ Art. 706-54 al. 2 du Code de procédure pénale.

¹²⁶⁴ Art. 40-25 1° du Code de procédure pénale.

¹²⁶⁵ Art. préliminaire du Code de procédure pénale, III, al. 2 : « *toute personne suspectée ou poursuivie (...) a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur* ».

¹²⁶⁶ Art. 130-1 du Code pénal, et *supra* n° 30.

1050. Aussi convient-il d'envisager successivement *le rôle du discernement du suspect* (Section 1) et *le rôle du discernement prévenu* (Section 2).

Section 1. Le rôle du discernement du suspect

1051. Durant la phase d'enquête, l'individu susceptible d'être soumis à des actes coercitifs est nécessairement ignorant, *a priori*, de sa qualité de suspect. Le temps de l'enquête est, par excellence, celui d'une absence de discernement de l'intéressé. La naissance de son discernement appelle donc la notification de son statut procédural à la personne concernée.

1052. L'information du suspect sur sa qualité de sujet d'enquête connaît cependant des empêchements, si bien qu'il faut alors repousser la notification de sa qualité personnelle au suspect à un moment ultérieur temps. Il convient donc de mettre en exergue le rôle du discernement dans la recevabilité de la preuve (§ 1), puis observer les conséquences de son absence (§ 2).

Sous-section 1. Le discernement du suspect, condition de recevabilité de la preuve

1053. Le régime de l'administration de la preuve obéit à des règles qui claires, mais dont les fondements juridiques sont incertains¹²⁶⁷. Pour déterminer la recevabilité de la preuve, il faut d'abord identifier la qualité de la personne qui l'administre. Lorsqu'elle est rapportée par la police judiciaire ou par un juge d'instruction, il convient de distinguer suivant que les procédés ont provoqué « à la preuve » ou « à l'infraction »

¹²⁶⁷ B. BOULOC, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 157 et s. ; J. LARGUIER et P. CONTE, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Les mémentos, 23^e éd., 2014, p. 111 et p. 432 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 575 ; P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », *Mélanges L. Hugueney*, Sirey, 1964, p. 172 et s. ; P. MAISTRE du CHAMBON, « La régularité des « provocations policières » : l'évolution de la jurisprudence », *JCP* 1989, I, 3422 ; G. BEAUSSONNIE, « La relativité du principe de loyauté de la preuve en procédure pénale », *LPA*, 28 août 2008, n° 173, p. 7, note sous Crim., 4 juin 2008 ; E. MOLINA, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *RSC* 2002, p. 263 ; H. DONNEDIEU de VABRES, note sous CA Toulouse, 13 mars 1942, *D. C.* 1943, p. 94 et s., spéc. p. 96 ; dans le même sens, C. AMBROISE-CASTEROT, « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité », *AJ Pénal* 2005, p. 261 ; J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Vers la reconnaissance légale de l'utilisation par l'administration fiscale de fichiers volés », *Gaz. Pal.* 2013, n° 157, p. 4 ; H. LECLERC, « Les limites de la liberté de la preuve », *RSC* 1992, p. 15 et s. ; M. BLONDET, « Les ruses et artifices au cours de l'enquête préliminaire », *JCP* 1958, I, 1419 ; B. BOULOC, « Les abus en matière de procédure pénale », *RSC* 1991, p. 221 et s. ; M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des Thèses, 2003 ; P. CONTE, « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », *Dr. pén.* 2009, Etude n° 8, p. 13 ; Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, thèse Bordeaux IV, 2011, n° 308.

comme y invite la Chambre criminelle et, dans ce dernier cas, la preuve n'est pas recevable. En ce qui concerne les particuliers, toute preuve est admissible, même dans l'hypothèse où celui qui la rapporte aurait utilisé un stratagème déloyal pour se la procurer, voire commis une infraction. Si la loyauté de la preuve était une condition de recevabilité de la preuve, reste à savoir pourquoi elle ne s'appliquerait pas aux particuliers agissant matériellement comme des enquêteurs ; ce à quoi on pourrait opposer que ces particuliers n'ont pas les mêmes pouvoirs d'investigations que les autorités publiques. En somme, l'irrecevabilité de la preuve déloyale serait la règle, et la recevabilité de la preuve déloyale, par des particuliers, l'exception démontrant la vigueur de cette règle. Un point non éclairci suscite alors l'interrogation : comment justifier la recevabilité de la preuve, même quand un particulier la rapporte, quand elle résulte de la commission d'une infraction ? La jurisprudence de la Chambre criminelle est en ce sens. Deux possibilités restent ouvertes : critiquer cette jurisprudence, ou remettre totalement en cause le postulat de départ. Il faut expliquer les arguments favorables à cette mise à plat du problème.

1054. L'analyse du problème de la loyauté de la preuve découle d'une approche « réaliste » de l'infraction. En effet, si l'infraction est à la fois un fait tangible (l'élément matériel) et la volonté anti-sociale qu'il manifeste (l'élément moral), alors les règles qui s'appliquent à la découverte de l'élément matériel peuvent se confondre avec celles qui permettent de définir cette infraction. Autrement dit, les règles de droit pénal qui s'appliquent à la qualification de ce fait pénal interfèrent avec celles qui permettent de prouver son existence. La recevabilité de la preuve peut donc être conditionnée par la « licéité » de son origine : si celui qui souhaite faire la preuve d'un fait a commis une infraction pour se la procurer, l'origine de cette preuve devrait s'opposer à sa recevabilité. Conférer un effet à des critères relatifs à la définition de l'infraction, en procédure pénale, n'apparaît toutefois pas des plus souhaitables. Car la procédure pénale a pour objet de réunir les moyens de preuve au vu desquels le juge se prononcera sur la culpabilité.

1055. La définition intellectuelle de l'infraction révèle alors l'illégitimité de ce mélange des genres. Le droit pénal ne regarde qu'à l'existence d'une conviction coupable. La procédure pénale ne s'inquiète que de l'existence matérielle d'un élément de preuve. Celle-ci est recevable dès lors qu'elle existe *objectivement*. Ce n'est toutefois plus le cas lorsqu'elle a été produite à l'encontre d'un mis en cause qui ignorait sa qualité de suspect. En effet, les autorités ont l'obligation de l'informer de cette qualité personnelle

avant de procéder à tout acte d'enquête car, s'ils n'en faisaient rien, le risque serait qu'ils se constituent des « fausses preuves », celles qui ne sont que le reflet de leurs préjugés sur la culpabilité du suspect. Autrement dit, il est nécessaire qu'ils garantissent *le discernement du suspect*. La loyauté des enquêteurs dans l'administration de la preuve a un objet tout autre et, à l'analyse, la Chambre criminelle n'a d'ailleurs jamais fondé aucune décision d'irrecevabilité de la preuve sur la déloyauté de la preuve.

1056. La justification du rôle du discernement dans la recevabilité de la preuve (§ 2) passe donc, au préalable, par la critique du rôle de la loyauté dans la recevabilité de la preuve (§ 1).

§ 1. La critique du rôle de la loyauté dans la recevabilité de la preuve

1057. La preuve d'origine illicite semble devoir être écartée pour sa déloyauté. Pourtant la loyauté dans l'administration de la preuve a une signification précise : elle désigne la probité morale d'un professionnel et n'a qu'un rapport indirect avec la recevabilité de la preuve. La critique de son insertion parmi les conditions de recevabilité de la preuve peut donc se justifier par son rôle dans la sanction disciplinaire de l'enquêteur (A). En outre, si la procédure pénale ne s'inquiète que de la matérialité des preuves, leur illicéité preuve ne devrait pas les rendre irrecevables. La critique se doublera donc d'une démonstration de la recevabilité de la preuve d'origine illicite ou déloyale (B).

A. Le rôle de la loyauté dans la sanction disciplinaire de l'enquêteur

1058. Lier déloyauté et recevabilité de la preuve a rendu la compréhension des arrêts de Chambre criminelle délicate pour ne pas dire impossible, et le problème de la loyauté de la preuve « *inextricable* »¹²⁶⁸. Ces difficultés proviennent semble-t-il de ce qu'elle n'est pas censée servir à cet objet. En théorie, son rôle est circonscrit à un tout autre domaine : elle constitue le fondement de la sanction disciplinaire de l'enquêteur (1), sens originel qui fut dévoyé ultérieurement (2).

¹²⁶⁸ Cf. P. MAISTRE du CHAMBON, « La régularité des « provocations policières » : l'évolution de la jurisprudence » préc.

1. *Le fondement de la sanction disciplinaire de l'enquêteur*

1059. La règle à suivre dans l'apport de la preuve, à suivre l'article 427 du Code de procédure pénale à la lettre, semble être qu'il n'y en ait pas. La preuve est libre ou plus précisément, « *hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction* ». Cette règle peut être comprise de deux manières. Elle peut tout d'abord signifier que l'objet de la preuve n'obéit à aucune liste restrictive. Elle peut être rapportée oralement, par écrit, par enregistrement vidéo ou sonore, en somme sans égard à la nature du support de la preuve. Cette disposition peut encore signifier, sans que cela soit exclusif de la première option, qu'elle peut l'être de n'importe quelle manière, en exerçant un chantage, des menaces ou encore en mettant une personne sur écoute à son insu.

1060. La première option de lecture ne fait pas débat. Tous les modes de preuves sont admissibles devant le juge pénal. La controverse touche à la manière dont cette preuve peut être rapportée. Elle ne concerne pas *l'instrumentum* mais le *medium* employé et met en lumière le point névralgique de la liberté de la preuve. En effet, si une preuve obtenue après commission d'actes de tortures ou de barbarie était recevable, la procédure pénale ne manquerait-elle pas à sa finalité première : confondre les auteurs d'infraction ? Quel comble serait-ce alors que d'admettre la recevabilité de preuves issues d'infractions pénales pour établir l'existence... d'une ou plusieurs autres infractions pénales ?

1061. Il semble donc nécessaire de soumettre la recevabilité de la preuve à une règle morale : celle de licéité de son origine. Cela revient à exiger des organes d'enquête qu'ils respectent une manière d'opérer dans la recherche des preuves. Cette règle trouve à s'exprimer sous la condition de *loyauté dans l'administration de la preuve*. Elle aurait pour objet de corriger les excès d'une application aveugle de l'article 427 du Code de procédure pénale. Le principe de loyauté justifierait l'irrecevabilité des preuves issues de l'emploi de ruses ou de stratagèmes par les organes d'enquête, aussi bien que l'utilisation de méthodes intrusives afin d'obtenir l'aveu, telle que l'utilisation du penthotal¹²⁶⁹. La question du recours au « sérum de vérité » n'a connu que de rares occurrences

¹²⁶⁹ En ce sens, J. PRADEL qui y voit une « *effraction de l'être psychique, un mépris de l'homme devenu animal de laboratoire, une conception aux antipodes de la doctrine chrétienne* », cf. « La religion face au droit criminel », in *Mélanges A. Chavanne*, Litec, 1990, p. 156.

jurisprudentielles mais elle s'illustrerait dans un jugement du Tribunal correctionnel de la Seine¹²⁷⁰.

1062. Cependant l'étude de la notion de loyauté démontre qu'elle ne concerne pas la question de la recevabilité de la preuve. Elle a un champ d'application certes relatif à la moralité du magistrat ou de l'enquêteur, mais qui demeure restreint à la sanction disciplinaire de l'organe d'enquête. Le rattachement de la notion de loyauté à l'examen de la recevabilité de la preuve est le fruit d'une extension doctrinale de champ d'application de cette notion.

1063. En effet d'une part, la loyauté ne renvoie qu'à la rectitude d'un individu par rapport aux règles de sa profession. Etymologiquement, le terme « loyauté » provient de « leial », apparu vers la moitié du XI^e siècle dans le langage de la chevalerie, ainsi qu'en atteste la Chanson de Roland. « Leial » provient lui-même de *legalis*, ce qui est relatif aux lois, à la coutume¹²⁷¹. Il s'applique originellement à des individus assumant une fonction particulière et concerne uniquement la commission d'une faute professionnelle. Sous l'Ancien Régime, la probité des professions n'avait pas fait l'objet d'une réglementation systématique, comme ce fut en revanche le cas à partir des codifications révolutionnaires. Ainsi au XIX^e siècle, elle se manifeste sous les traits de l'exigence de *bonne foi* des décisions judiciaires que posait, en 1802, le sénatus-consulte régissant le fonctionnement de la justice¹²⁷². Pour illustration, le commissaire du gouvernement Merlin condamna les juges qui avaient relaxé les auteurs d'une tentative de fraude à la conscription sur son fondement¹²⁷³.

1064. Cette bonne foi (de *fides*, la fidélité à une fonction en l'occurrence) constitue l'équivalent de l'exigence de *loyauté* des personnes titulaires de pouvoirs de coercition, ou encore du respect de la *dignité de la profession*. Elle concerne le devoir d'un professionnel de la justice vis-à-vis des règles déontologiques¹²⁷⁴. La déontologie astreint effectivement le sujet à une exigence vis-à-vis de lui-même – raison pour laquelle les

¹²⁷⁰ TC Seine, 23 février 1949, *JCP* 1949, II, 4786, note R. V. ; *D.* 1949, p. 287, où des experts avaient été relaxés après avoir administré ce « sérum de vérité » à un individu qui se prétendait aphasique.

¹²⁷¹ L. AYNES, « L'obligation de loyauté », in *APD*, t. 44, L'obligation, Dalloz, 2000, p. 196.

¹²⁷² Sénatus-consulte du 16 Thermidor an X (4 août 1802) ; son article 81 rend les tribunaux comptables envers le chef de justice et la cour suprême (Tribunal de cassation), le chef de justice devant *surveiller et reprendre* leurs décisions. L'article 82 lui confère un droit de *censure* et de *discipline*.

¹²⁷³ M. MEJAN, *Recueil des causes célèbres et des arrêts qui les ont décidées*, Paris, chez Garnery, 2^e éd., 1808, t. VI, p. 450 et s. Il s'agit de la fameuse affaire Cheminal où l'individu du même nom avait bénéficié de clémence de la part d'un juge parce qu'il avait cinq enfants, alors qu'il avait fait antidater son acte de mariage afin de ne pas servir dans les rangs de l'armée en des temps de conflits.

¹²⁷⁴ Pour une analyse de la nature juridique de cette obligation, voir J. GUTMANN, « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », *APD*, t. 44, *op. cit.*, p. 115 et s.

codes de déontologie font référence à des devoirs et non à des obligations¹²⁷⁵. La loyauté est donc « science des devoirs » et en tant que telle elle n'autorise que des sanctions disciplinaires pour manquement à la probité vis-à-vis d'un statut professionnel.

1065. L'arrêt « Wilson » du 31 janvier 1888¹²⁷⁶ manifeste cette stricte acception de la notion de loyauté dans l'administration de la preuve. Dans cette espèce, de graves soupçons d'implication dans un trafic de décorations pesaient alors sur un nommé S. et avaient abouti à son arrestation. Le ministère public reprochait au juge menant l'instruction de s'être attablé avec l'un des suspects d'une affaire qu'il était chargé d'instruire. Pour s'en défendre, ce juge faisait valoir qu'il avait souhaité éviter que S. ne se concerte avec un autre prévenu, le dénommé Wilson. Il avait organisé une confrontation entre ces deux individus et, l'heure du repas arrivant, avait jugé souhaitable de faire asseoir S. avec son greffier et lui-même dans un établissement public. D'après le ministère public, « *à supposer qu'il n'y eût pas de combinaison plus décente lui permettant d'atteindre le même but (...) il [avait] compromis déjà, dans une certaine mesure, la dignité de son caractère* ».

1066. Il était également reproché à ce juge d'avoir, par téléphone, imité la voix du gendre de Wilson auprès d'un témoin afin « d'éclairer sa conscience d'homme sur l'entente qu'il soupçonnait entre Wilson et [ce témoin], sans prétendre tirer des réponses de ce dernier des moyens d'information ». De fait, le juge d'instruction avait été informé du trafic liant un certain Legrand, âgé et presque sourd, qui avait bénéficié d'une décoration sous la protection du gendre du Président de la République. L'affaire obligea d'ailleurs ce dernier à la démission. Le juge d'instruction appela Legrand qui se fit rapporter les paroles en temps réel par un intendant. Interrogé sur son identité, il prétendit appeler depuis le domicile de Wilson.

1067. La Cour de cassation retient qu'en dépit de sa bonne foi, cette manœuvre l'avait nécessairement influencé dans la formation de sa conviction quant à la culpabilité de Wilson. S'il n'a pas voulu tirer profit de cette conversation téléphonique, cela « *n'empêche pas qu'il ait puisé dans les réponses [du témoin] la confirmation de ses*

¹²⁷⁵ L'exigence de loyauté présente un visage homogène dans tous les pans du droit où elle intervient mais, eu égard à la *ratio legis* propre aux matières civile et pénale, elle arbore dans chacune des aspérités particulières. En matière civile, la loyauté est une règle morale passée au crible de la parole donnée. Elle se décline sous des formes diverses à l'image de la bonne foi dans l'exécution du contrat ou du devoir de fidélité dans le mariage. Comme l'écrit un auteur au sujet du respect de la parole donnée par le créancier, « *tandis que l'obligation n'est que l'envers théorique du droit d'autrui à exiger une prestation – le terme de devoir se détache de la seule considération à l'égard de son créancier pour se révéler dans sa valeur intrinsèque, dans son indépendance à l'égard des personnes et des circonstances* », cf. J. GUTMANN, « *L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique* », *APD*, t. 44, *op. cit.*, p. 118.

souçons, et qu'il ait conclu de là à la nécessité de prendre immédiatement contre l'inculpé Wilson un moyen de rigueur que, la veille au soir, il n'estimait pas être suffisamment justifié ». C'est de cette circonstance que la Cour de cassation déduit (« qu'ainsi ») un manquement du magistrat à la probité de sa profession. Elle affirme que le juge « a employé un procédé s'écartant des règles de la loyauté que doit observer toute information judiciaire, et constituant, par cela même, un acte contraire aux devoirs et à la dignité du magistrat ».

1068. *L'arrêt Wilson ne comporte aucune référence à la recevabilité de la preuve. Il a été rendu par les chambres réunies de la Cour de cassation statuant en Conseil supérieur de la magistrature, au vu des réquisitions écrites du procureur général pour que soit prononcée une peine de suspension professionnelle contre le magistrat ayant instruit l'affaire. Sa portée demeure circonscrite à la sanction professionnelle du magistrat ayant manqué de probité vis-à-vis d'un témoin pour se constituer une preuve à charge d'une personne visée par l'instruction. S'y trouve visée l'exigence de loyauté de « toute information judiciaire » et non pas celle de la preuve. Le juge d'instruction Vigneau écopa d'ailleurs, conformément à l'article 50 de la loi du 20 avril 1810 relative à l'organisation de l'ordre judiciaire et à l'administration de la justice, de la peine de censure simple, la moins sévère parmi celles prévues. Les sanctions concernent des hypothèses de manque de probité à la profession chez ceux qui n'en assumeraient pas la charge sur le temps imposé, à l'instar de l'absence non autorisée. Elles concernent des actions commises en conscience des devoirs imposés par une qualité professionnelle¹²⁷⁷. La loyauté de la preuve a pourtant été étendue à la question de sa recevabilité, ce qui a eu pour conséquence d'en dévoyer le rôle.*

¹²⁷⁶ Cass., Ch. réunies, 31 janvier 1888, S. 1889, I, p. 241.

¹²⁷⁷ Cet article figurait au sein du chapitre VII de la loi relatif à la discipline des membres de l'ordre judiciaire, lequel s'ouvrait par l'article 48 punissant l'absentéisme sans congé régulier des juges et officiers du ministère public. A sa suite, l'article 49 dispose que « *Les présidents des cours impériales, et des tribunaux de première instance avertiront d'office, ou sur la réquisition du ministère public, tout juge qui compromettra la dignité de son caractère* ». L'objet de ces articles était donc d'obliger les magistrats « *aux devoirs de leur état* » (art. 53). La faute disciplinaire, coupable à raison de la conscience d'agir ou de s'abstenir d'agir en cette qualité s'y distingue de la commission d'une infraction pénale qui pourrait justifier, en fonction de la gravité des faits, une dénonciation auprès des organismes en charge de la discipline des magistrats (art. 59). Par nature, la faute disciplinaire visée à l'article 50 concerne des manquements professionnels dénués de connotation pénale. Le domaine naturel de cette loi regroupait donc les cas d'atteinte à la dignité de la fonction dans l'exercice de cette fonction, comme ce fut le cas dans l'affaire Wilson.

2. *Le rôle dévoyé de la loyauté dans la recevabilité de la preuve*

1069. L'élargissement du rôle de la loyauté à la recevabilité de la preuve résulte d'un errement doctrinal (a) qui emporte des conséquences théoriques illégitimes (b).

a. Le dévoiement doctrinal du rôle de la loyauté

1070. Lorsque Rousselet commente l'arrêt Wilson avec force détails en 1946, il conclut sa note de la manière suivante : « *le Magistrat doit se refuser à se servir de ruses et d'artifices, car avant tout il doit penser à ne pas compromettre ses fonctions qui sont si grandes et si belles* »¹²⁷⁸. Le professeur Bouzat lui emboîte le pas et, s'inspirant de la solution de droit de l'arrêt Wilson, il définit la loyauté de la preuve comme « *une manière d'être de la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice* »¹²⁷⁹.

1071. Ces affirmations restent circonscrites à l'appréciation de la probité du magistrat enquêteur. Pourtant les conclusions auxquelles les professeurs Rousselet et Bouzat parviennent contredisent le contenu de références qu'ils citent à leur soutien. Aucun des criminalistes qu'ils citent n'ont jamais interdit la recevabilité d'une preuve issue d'un procédé déloyal.

1072. Au XVI^e siècle, La Roche-Flavin affirme qu'il était loisible aux juges « de mentir quelques fois pour rechercher et découvrir la vérité des crimes et forfaits »¹²⁸⁰ ; suit directement l'exemple d'un individu interrogé auquel on ferait croire que ses complices l'ont dénoncé. L'hypothèse est donc celle d'un suspect conscient de faire l'objet d'une enquête. Jousse, à le lire avec détails, abonde dans le même sens même s'il fait montre de plus de précautions¹²⁸¹. Il défend certes au juge d'employer des mensonges ou des ruses mais dans la seule mesure où cela pourrait amener le criminel à donner des réponses toutes contraires à ce qu'on lui demande, voire à avouer des faits qui ne sont pas vrais. La parcimonie qu'il préconise dans l'utilisation de paroles captieuses a pour objet, en substance, d'empêcher la condamnation d'individus sur la foi de questions ambiguës, raison pour laquelle il préconise le respect de la dignité de la fonction du juge. Ces

¹²⁷⁸ M. ROUSSELET, « Les ruses et les artifices dans l'instruction criminelle », *RSC* 1946, p. 56.

¹²⁷⁹ P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », préc. n° 20, p. 172.

¹²⁸⁰ B. de La ROCHE-FLAVIN, *Treize livres du Parlement de France*, Bordeaux, 1617, livre 8, chap. 39.

¹²⁸¹ D. JOUSSE, *op. cit.*, t. 2, partie III, livre II, t. XIII, p. 170 et s., spéc. n° 47. Comp. La lecture qu'en donne M. ROUSSELET, art. préc., p. 52.

auteurs distinguent clairement le champ de la dignité du juge (ou loyauté du magistrat qui justifie de le punir en cas de faute professionnelle durant l'interrogatoire) de celui de la preuve dont ils discutent la *véracité* et non la *recevabilité*.

1073. Dans la même veine, Jousse entend par dignité de la justice la probité du magistrat qui « *ne doit jamais rien faire contre la justice, autrement il mérite d'être puni* »¹²⁸², suivant comme à son habitude l'opinion de Julius Clarus¹²⁸³ et de Farinacius¹²⁸⁴. Lorsqu'au début du XVIII^e siècle, un conseiller au présidial d'Angers écrit que « *la justice est la fille de la vérité et de la sincérité, et elle ne saurait souffrir le mensonge, la ruse ou la supercherie* »¹²⁸⁵, il faut donc comprendre que les magistrats rapportant la preuve ne doivent pas agir de manière telle qu'ils porteraient atteinte à l'image de leur profession. Enfin le respect de la loyauté n'était pas même incompatible avec l'exercice de la torture¹²⁸⁶, ce qui finit de convaincre que la loyauté n'avait aucune espèce d'influence sur la recevabilité de la preuve.

1074. L'idée qu'il existe un *principe de loyauté de la preuve* fut surtout défendue par le doyen Bouzat dans ce qui demeure une note de référence commune aux auteurs s'étant penchés sur la question¹²⁸⁷. Pourtant *confondant les moyens du pourvoi avec les motifs de la Cour de cassation*, le professeur fait erronément dire à la Chambre criminelle « *qu'il est de principe qu'un juge d'instruction doit toujours agir à visage découvert en déclarant ses qualités et fonctions, et qu'il ne lui appartient pas, à peine d'excès de pouvoir, de tendre des pièges aux témoins ou aux inculpés* »¹²⁸⁸.

¹²⁸² D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France, op. cit.*, t. 2, partie III, livre II, t. XIII, p. 170 et s., spéc. n° 47.

¹²⁸³ *Quaestio* 55, n° 9.

¹²⁸⁴ *Quaestio* 81, chap. 8, n° 289.

¹²⁸⁵ J. FRAIN du TREMBLAI, *Essais sur l'idée du Parfait Magistrat, où l'on fait voir une partie des obligations du juge*, Paris, chez Pierre Emery, 1701, p. 394.

¹²⁸⁶ D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France, op. cit.*, p. 281, n° 61 : « *mais si l'accusé est disposé à nier, ou qu'il avoue d'une manière équivoque et obscure, en avouant certains faits, et en en déguisant d'autres, ou en cachant des circonstances importantes, etc., le Juge le fera appliquer à la question pour avoir de lui, s'il est possible, la vérité exacte des faits* ».

¹²⁸⁷ B. BOULOC, « Les abus en matière de procédure pénale », art. préc., spéc. p. 237 où dans le sens du professeur Bouzat il affirme qu'un « *agent de l'Etat doit opérer de manière visible et loyale, les insignes de sa fonction doivent être apparents* » ; l'idée qu'il existe un *principe de loyauté des preuves* est également défendue par M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel, op. cit.* ; P. LEMOINE, « La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle) », *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2004, 2^e partie : « *Comment garantir (...) une exigence de loyauté dans la production des preuves qui soit compatible, non seulement avec le principe de liberté des preuves posé, notamment, par l'article 427 du Code de procédure pénale, mais aussi avec l'assurance d'une procédure pénale équitable et impartiale tout en restant efficace ? Tenter cette conciliation c'est finalement essayer d'ériger au rang d'un principe général de procédure et conférer valeur juridique à un concept, celui de loyauté, qui appartient, faute d'affirmation textuelle explicite, essentiellement au domaine moral* ».

¹²⁸⁸ P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », préc., n° 14, p. 166.

1075. D'après l'opinion doctrinale commune, la loyauté encadre la légalité de la preuve¹²⁸⁹. Les auteurs se fondent sur l'opinion émise par le doyen Bouzat, qui semble avoir trouvé bien des applications prétoriennes. Ils constatent pourtant l'imperfection de ce critère pour la compréhension de la jurisprudence¹²⁹⁰.

1076. Il paraît donc opportun de questionner l'existence d'un principe de loyauté qui gouvernerait à la recevabilité de la preuve. Par définition, un *principe* juridique est une règle créée par la jurisprudence par induction, en l'absence de règles légales, le plus souvent afin d'en contrecarrer certaines¹²⁹¹. Il régit des situations procédurales dont l'issue ne serait pas réglée par la loi comme il permet de tempérer l'application de dispositions légales qui s'avèreraient contraire à des normes supérieures.

1077. Or la *règle* de la loyauté a une valeur légale. Son champ d'application est aussi précis que restreint : la sanction de l'enquêteur ou du juge qui manquerait aux devoirs de sa profession. Les premiers sont soumis, sur le plan disciplinaire, à un contrôle bicéphale. Suivant les articles 13 et 226 et suivants du Code de procédure pénale, leur responsabilité dépend des supérieurs hiérarchiques mais également de la Chambre de l'instruction¹²⁹². Concernant les juges, la discipline est assurée par le Conseil supérieur de la magistrature¹²⁹³. Il n'y avait donc aucune utilité pour la Cour de cassation de rechercher un fondement extra-légal à la sanction du comportement du juge Wilson. L'arrêt en question ne fait d'ailleurs aucune allusion à un quelconque « principe » de loyauté.

1078. De plus, le Code de procédure pénale ne contient pas de disposition sur laquelle fonder une limitation de la liberté de la preuve. Il prévoit même que de telles limitations existent à titre spécial (« *hors les cas légalement prévus...* », art. 427 du CPP), sans

¹²⁸⁹ Par exemple, J.-R. DEMARCHI, « La loyauté de la preuve en procédure pénale, outil transnational de protection du justiciable », *D.* 2007, p. 2012 et s., considère que la loyauté de la preuve est « une sorte de principe général supérieur » qui, « dépassant les considérations purement juridiques (...), semble disposer de fondements moraux et éthiques ».

¹²⁹⁰ E. MOLINA, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », préc., p. 263 : « la morale qui en constitue le fondement a quelque peine à servir de point d'appui au prononcé de la sanction de sa transgression » et, un peu plus loin dans la note, l'auteur persiste et signe : « Alors que la morale la plus élémentaire commanderait de les exclure du débat judiciaire en application de l'exigence de loyauté, la jurisprudence est de plus en plus fréquemment portée à considérer que l'emploi de pareils procédés demeure sans incidence au plan de l'admissibilité de la preuve, ce qui relativise sensiblement l'affirmation selon laquelle la liberté de la preuve est tempérée par un « principe » de loyauté » ; G. BEAUSSONNIE, « La relativité du principe de loyauté de la preuve en procédure pénale », sous Crim., 4 juin 2008, Bull. crim. n° 141, *LPA*, 28 août 2008, n° 173, p. 7.

¹²⁹¹ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., n° 392.

¹²⁹² Un auteur n'hésite pas à évoquer l'idée d'une « capacité judiciaire » à cet égard. Cf. J. BUISSON, *Rép. pen.*, v° Force publique, n° 61 : « Le code de procédure pénale a voulu aussi créer une responsabilité disciplinaire des agents de la force publique à raison de l'exercice de leur capacité judiciaire, dont il a confié la mise en oeuvre à la chambre de l'instruction ».

¹²⁹³ Suivant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, et la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature (les articles 18 et 19 constituant une section relative à la compétence du Conseil en matière disciplinaire), modifiée par la loi organique n° 001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature.

contenir aucune règle exigeant la licéité de l'origine de la preuve. L'exigence de loyauté demeure circonscrite à l'examen de la faute professionnelle du magistrat. La jonction de la recevabilité de la preuve et de la loyauté de son administration résulte d'une extension doctrinale du champ de la loyauté. Elle en accroît la portée hors de la dénotation du terme loyauté. Si elle était appliquée, elle aurait des effets néfastes tant en droit pénal qu'en procédure pénale.

b. Les conséquences théoriques du dévoiement du rôle de la loyauté

1079. Droit pénal et procédure pénale répondent à des logiques complémentaires mais *autonomes* (du grec *auto-nomos*, qui a ses propres règles). Tandis que le droit pénal s'inquiète de la commission d'une infraction, la procédure pénale s'intéresse à la véracité des faits établis par la prévention. La *faute* constitue le maître mot du droit pénal, le *réalisme* celui de procédure pénale qui n'a d'égard qu'à l'existence de la preuve. Partant, quelle que soit son origine, une preuve devrait être recevable conformément à la règle posée à l'article 427 du Code de procédure pénale. La Chambre criminelle censure toute confusion des critères substantiels avec des données procédurales¹²⁹⁴. En effet, confondre l'infraction avec sa commission réelle invite à polluer le droit pénal par des considérations procédurales comme inversement, à corrompre la logique procédurale de récolement des preuves par le respect de règles régissant le droit pénal.

1080. Subordonner la recevabilité de la preuve à la conscience professionnelle de l'auteur d'un acte coercitif aurait pour effet de dénaturer le droit pénal par des considérations procédurales. Elle permettrait l'émergence des motifs de l'acte dans la qualification de la culpabilité. Cette liaison dangereuse de la loyauté et de la recevabilité de la preuve s'illustre à travers l'embryon doctrinal de « l'état de nécessité procédural ». Suivant cette proposition, il serait possible d'admettre la recevabilité d'une preuve d'origine illicite lorsque l'infraction a été commise en vue de prouver son innocence devant le juge. La commission d'une infraction en vue de se constituer un moyen de

¹²⁹⁴ La Chambre criminelle casse l'arrêt qui se fonde, pour justifier l'irresponsabilité pénale d'une journaliste poursuivie du chef de recel de pièces couvertes par le secret de l'instruction, sur un principe constitutionnel des droits de la défense (Cf. Crim., 11 juin 2002, Bull. crim. n° 132, p. 486, *Dr. pén.* 2002, comm. 135, obs. M. VERON, *JCP* 2003, II, 10061, note E. DREYER ; *RSC* 2002, p. 881, obs. J.-F. RENUCCI ; *RSC* 2003, p. 93, obs. B. BOULOC), ou sur les mobiles d'une salariée (Crim., 21 juin 2011, Bull. crim. n° 149, *D.* 2011, p. 1900 ; Crim., 16 juin 2011, Bull. crim. n° 134, *D.* 2011, p. 1768 [pas d'auteur] ; *RSC* 2012, p. 836, H. MATSOPOULOU ; voir également J. GALLOIS, *Rev. dr. tr.* 2011, p. 507).

preuve, par exemple le vol de documents à produire dans une instance prud'homale, justifierait l'irresponsabilité de l'auteur du vol, sur le fondement ce qu'il conviendrait de nommer la « nécessité des droits de la défense ». Et si, d'aventure, le vol d'un document s'accompagne malencontreusement de violences mortelles, devra-t-on considérer que ce vol aggravé est justifié dans son entier par les motifs d'action du prévenu ? On devine l'ensemble des difficultés insolubles qui s'imposeraient au juge pour la qualification de ce lien. Les convictions individuelles de l'agent pénal constitueraient alors soit une cause subjective d'irresponsabilité pénale, soit une cause réelle d'irresponsabilité faisant disparaître la criminalité du fait à l'égard de l'ensemble des participants à l'acte. La commission de l'infraction serait justifiée par les motivations honorables du suspect. La conséquence inévitable de ce système est la suivante : il faudrait excuser l'auteur d'une infraction nécessaire à l'exercice de sa défense et ériger ses motifs (la volonté de prouver un fait, par exemple devant un juge prud'homale) en cause d'irresponsabilité pénale.

1081. Ainsi que ce dernier exemple le met en lumière, force serait d'admettre l'ingérence des mobiles dans la qualification de la faute, ce qui reviendrait à assurer l'immixtion de la règle morale en droit pénal. Or la conscience morale ne peut pas justifier la commission d'une infraction sans mettre en péril le principe d'égalité des citoyens devant la loi pénale¹²⁹⁵.

1082. De plus, si la loyauté de la preuve régentait la recevabilité d'une preuve, le législateur aurait proscrit tout recours à la ruse ou, à tout le moins, se serait abstenu de légiférer en sens contraire. Or la ruse est instituée en moyen de preuve par le législateur lui-même, dans le cas de l'infiltration policière dans les réseaux de trafic de stupéfiants. Cette pratique est autorisée par l'article 706-32 du Code de procédure pénale, issu de la loi du 19 décembre 1991 et concerne la *constatation* d'infractions (« *aux seules fins de constater les infractions d'acquisition, d'offre ou de cession de produits stupéfiants visées aux articles 222-37 et 222-39 du Code pénal* »). Cette disposition est dédiée à garantir l'irresponsabilité pénale des policiers agissant à couvert (art. 706-35 al. 1^{er} *in fine*, « sans être pénalement de ces actes »).

1083. Et quand bien même les policiers agiraient de manière déloyale en la matière, par exemple lorsque l'infiltration s'opère sans autorisation, ce ne serait pas un motif

¹²⁹⁵ Voir *supra* n°90 et s.

susceptible de rendre la preuve irrecevable¹²⁹⁶. Tant que l'infiltré n'a pas dépassé la limite de la provocation à la commission de l'infraction, la preuve demeure recevable (art. 706-32 al. 2 : « A peine de nullité, l'autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction, qui peut être donnée par tout moyen, est mentionnée ou versée au dossier de la procédure et les actes autorisés ne peuvent constituer une incitation à commettre une infraction »).

1084. Par ailleurs, l'extension du rôle de la loyauté au stade de la recevabilité de la preuve aurait pour effet de contaminer la procédure pénale par des considérations de droit substantiel. Si la preuve recevable doit avoir une origine licite, le juge doit se prononcer sur l'existence d'une infraction à l'origine de la production de la preuve litigieuse. Il faudrait donc poser la question des caractères constitutifs de cette nécessité procédurale disculpante. En d'autres termes, il serait nécessaire de définir la nature juridique du lien tendu entre la conscience morale et la commission de l'infraction dans une instance procédurale à part. Afin de rendre l'élément de preuve recevable, il faudrait suspendre le temps de la procédure jusqu'à ce que la question de la licéité de la preuve soit éclaircie. Il faudrait alors distinguer suivant que l'illicéité du moyen de preuve critiqué est reconnue ou pas.

1085. Mais alors, de seconde part, il serait à craindre que la jurisprudence rendue par des juges officiant en droit civil, commercial, social ou public ait de la recevabilité de la preuve une conception différente de celle du juge pénal. Si par exemple, le juge prud'homale accepte d'étudier la preuve, sa décision préjuge de la licéité de la preuve. Dans notre exemple, pour éviter une contradiction entre la chose jugée aux prud'hommes et au pénal, il faudrait imaginer un système de question préjudicielle touchant au fond du litige, où le « juge de l'instance principale » prud'homale renverrait au « juge de l'instance pénale accessoire » la question de savoir si le respect des droits de la défense rendait la commission d'une infraction nécessaire. Il lui faudrait répondre à la question préjudicielle suivante : celui qui a commis l'infraction n'a-t-il voulu « que » se défendre ? Dans la négative, la preuve serait irrecevable. Dans l'affirmative, ce serait reconnaître du même coup qu'il n'y a pas d'infraction coupable.

¹²⁹⁶ Crim., 1^{er} avril 1998, Bull. crim. n° 124 p. 335 : « Attendu que le demandeur ne saurait se faire un grief de ce que, selon lui, les agents des Douanes auraient procédé à une livraison contrôlée, au sens de l'article 67 bis du Code des douanes, sans autorisation judiciaire préalable, dès lors que cette autorisation, qui n'est prévue par la loi que pour exempter les fonctionnaires de leur responsabilité pénale à raison de leur participation à des infractions à la législation sur les stupéfiants, est sans incidence sur la régularité de la procédure », D. 1998, p. 430, note J. PRADEL ; Crim., 30 avril 1998, Dr. pén. 1998, n° 124, obs. A. MARON ; Crim., 5 mai 1999, Bull. crim. n° 87.

1086. Tout dépendrait finalement du degré « d'association » de cette infraction avec la nature du moyen de preuve litigieux. Il faudrait évaluer le rapport de causalité liant l'infraction à l'exercice des droits de la défense, et par exemple vérifier le degré d'implication d'un fait – de violences ou de tortures – avec la nature de la preuve obtenue. Or n'est-ce pas justement ce à quoi s'emploie la Chambre criminelle en distinguant la provocation à la commission de l'infraction et la provocation à la preuve ? Le critère de la loyauté de la preuve constitue alors un détour inutile qui sème le trouble sur la bonne compréhension des fondements de cette distinction.

1087. Enfin, ce système conduirait surtout irrémédiablement à nier la règle de la liberté de la preuve, corollaire de l'intime conviction du juge, alors que les promoteurs du rôle de la loyauté dans la recevabilité de la preuve prétendent seulement la limiter. Dès lors que le juge aura établi l'illicéité de l'origine de la preuve, elle ne sera pas recevable. Cela revient à prôner, de manière larvée, un retour à la tarification des preuves¹²⁹⁷, à cette différence près qu'une telle tarification ne serait plus légale mais judiciaire. Or le législateur a abandonné le système de la tarification des preuves au profit de la liberté de la preuve sans poser aucune limite à cette liberté. La brider, ce serait remettre en cause le critère de l'intime conviction du juge, en violation de l'article 427 du Code de procédure pénale.

1088. Il n'apparaît donc pas possible de fonder la recevabilité de la preuve sur une règle morale, ou déontologique, celle que l'autorité publique devrait suivre pour se prémunir de toute sanction disciplinaire. La conscience professionnelle de l'enquêteur ne constitue pas un fondement légitime à la limitation de la liberté de la preuve.

B. La recevabilité de la preuve d'origine illicite ou déloyale

1089. Le seul point sur lequel il faille s'accorder en procédure pénale, lorsque les organes publics d'enquête usent de stratagèmes, touche à l'existence de l'élément de fait soumis au juge : présente-t-il une véritable densité matérielle ou n'est-ce que le résultat d'un plan initié par les organes d'enquête ? Dans le premier cas, la preuve est systématiquement recevable, indépendamment de la sanction disciplinaire qui pourrait

¹²⁹⁷ Pour l'exposé des arguments qui ont eu raison du système de tarification légale des preuves, voir J. PATARIN, « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », in G. STEFANI (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, op. cit., p. 2 et s., spéc. p. 45.

s'appliquer à l'enquêteur. Dans le second cas, il n'y a aucune « preuve » d'infraction. Par nature, l'origine illicite de la preuve ne préjuge pas de son existence matérielle.

1090. Un argument phare pourrait être avancé en sens contraire, pour justifier l'opportunité d'une moralisation de la preuve : la preuve obtenue par torture ne devrait pas être admissible car ce serait, d'une certaine manière, cautionner la commission d'un acte que le droit pénal réprime par ailleurs. Cependant ce raisonnement par l'exemple conduit à une analogie très critiquable. L'illustration confond deux hypothèses bien distinctes. Le fait pour un policier de se déguiser pour obtenir des aveux et celui consistant à torturer la personne auditionnée pour les lui soutirer ne relèvent pas du même cadre juridique. Le premier, par l'exercice d'une ruse, trompe l'attention du suspect pour le prendre à défaut. Dans ce cas, rien ne préjuge de la véracité de l'aveu. A l'inverse dans le second cas, cet aveu aura davantage été extorqué qu'obtenu. Le comportement du policier tortionnaire équivaut à une contrainte obligeant celui qui y est assujetti à parler, dénoncer, revendiquer être l'auteur d'une infraction plutôt que de souffrir plus longtemps ces actes malveillants.

1091. La critique à adresser à ce type de pratiques est trop connue pour qu'il soit nécessaire d'y revenir¹²⁹⁸. Cependant que décider dans des situations équidistantes de ces deux antipodes ? S'il est aisé de raisonner en termes extrêmes, en invoquant çà et là la menace d'une arme placée sur une tempe de la personne interrogée ou encore la commission d'actes de tortures et de barbarie, la qualification devient plus ardue lorsqu'il convient de se confronter à la variété des pratiques policières ou du juge d'instruction. Toutes ne sont pas condamnables sur le fondement du droit des droits de l'homme. En dehors des pratiques attentatoires aux libertés fondamentales, tous les actes d'enquêtes défilant les règles disciplinaires n'ont pas pour effet de fausser la constatation matérielle d'un élément de preuve.

1092. La torture ne constitue pas, *intrinsèquement*, un mode de preuve dépourvu d'intégrité. Faudrait-il écarter la preuve de l'innocence d'un individu parce qu'il se la serait procurée en torturant le seul individu susceptible d'en révéler l'existence ? Refuser la preuve qu'un crime a été commis au prétexte qu'un juge d'instruction aurait fait boire le mis en examen pour lui soutirer des informations sur l'emplacement de cadavres ? Faudrait-il risquer d'emporter, avec la faute disciplinaire, la preuve qui en résulterait

¹²⁹⁸ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Flammarion, 1991, § XVI, p. 95 et s.

même lorsqu'elle n'est pas « causée » par cette faute ? Il convient sûrement de distinguer suivant que le comportement fautif a *produit* la preuve en question ou l'a *constaté*¹²⁹⁹.

1093. Le manquement à la loyauté ne correspond que « par accident » à la création d'un élément de « preuve » qui, pour cette unique raison, doit être écartée des débats. Ce qui fonde véritablement l'interdiction des provocations policières, l'instrumentalisation du suspect afin de créer un élément de preuve. En revanche, la déloyauté de l'enquêteur dans l'administration de la preuve ne la rend pas *ipso facto* irrecevable¹³⁰⁰. Ainsi que l'exprimait un auteur, « *ce qui est vrai, c'est que les moyens employés par l'agent provocateur font suspecter l'objectivité de son témoignage ultérieur quant à la réalité du délit. Ils réduisent la valeur probante de son rapport* »¹³⁰¹.

1094. La première décision qui a explicitement reconnu la possibilité de produire un moyen de preuve d'origine illicite est celle que rendit la Chambre criminelle le 15 juin 1993¹³⁰². Cet arrêt de cassation confirme deux précédents arrêts de rejet¹³⁰³, et elle fit jurisprudence¹³⁰⁴. Une personne avait cité directement le membre d'une fédération sportive devant le tribunal correctionnel en produisant un document dont elle ne pouvait justifier la possession légitime. Ce document portait la mention « confidentiel » et une plainte avait par ailleurs été déposée pour vol par la personne traduite devant les tribunaux. En appel, la Cour de Paris avait déclaré la partie civile irrecevable dans son action, en se fondant d'après la Chambre criminelle sur un motif erroné. Elle aurait dû rechercher « si le document qui lui était soumis était *de nature à établir la prévention* ». La Chambre criminelle se soucie donc uniquement de l'existence objective du moyen de preuve présenté aux juges. C'est dans cette perspective qu'elle s'attache à vérifier que les faits ne révèlent aucune machination capable d'anéantir la volonté du prévenu¹³⁰⁵.

¹²⁹⁹ Comp. C. GUERY, note sous Crim., 27 février 1996, préc., p. 351, qui distinguait déjà la *participation policière*, consistant à initier ou contrôler les actes d'enquête ou d'instruction, de la *provocation policière* quant à elle de nature à annuler une écoute organisée dans un cadre légal ; M. BLONDET, « Les ruses et artifices au cours de l'enquête préliminaire », *JCP* 1958, I, 1419, qui évoque la provocation « facteur du délit » et la provocation en tant que « révélateur du délit ».

¹³⁰⁰ Comp. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Vers la reconnaissance légale de l'utilisation par l'administration fiscale de fichiers volés », *Gaz. Pal.* 2013 n° 157, p. 4 ; H. LECLERC, « Les limites de la liberté de la preuve », *RSC* 1992, p. 15 et s., qui fonde l'irrecevabilité de la preuve sur « la morale et les principes » ou la loi, sauf accommodements aux prescriptions légales.

¹³⁰¹ H. DONNEDIEU de VABRES, note sous CA Toulouse, 13 mars 1942, *D. C.* 1943, p. 94 et s., spéc. p. 96 ; dans le même sens, C. AMBROISE-CASTEROT, « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité », *AJ Pénal* 2005, p. 261 : l'auteur s'oppose à l'idée d'un « état de nécessité probatoire » et considère que l'utilisation d'un mode de preuve illicite par des policiers est valable si discussion contradictoire il y a.

¹³⁰² Crim., 15 juin 1993 (violation du secret de l'instruction), *D.* 1994, p. 613, note C. MASCALA ; Crim., 30 mars 1999 (documents volés), *D.* 1999, I.R., 131 ; Crim., 19 janvier 2000, Bull. crim. n° 33, p. 82, *Procédures*, 2000, n° 155.

¹³⁰³ Crim., 23 juillet 1992, *Dr. pén.* 1992, comm. 299 ; Crim., 1^{er} décembre 1992, *Dr. pén.* 1994, chr. 12.

¹³⁰⁴ Crim., 6 avril 1994, Bull. crim. n° 136 ; *D.* 1994, I.R. p. 155 ; *Gaz. Pal.* 1994, 2, p. 489, note J.-P. DOUCET.

¹³⁰⁵ Notamment Crim., 27 janvier 1944, *D. A.* 1944, p. 92.

1095. Cet arrêt confirme une décision non publiée mais tout aussi éclairante : l'arrêt de rejet du 6 avril 1993¹³⁰⁶, où un requérant contestait la loyauté de la production d'un mode de preuve, sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme relative aux droits de la défense, étant donné qu'il résultait de la commission d'une infraction pénale. L'arrêt de rejet se limita à rappeler que l'article 6 de la Convention précitée était applicable aux seules juridictions de jugement et ne pouvait être invoquée devant la Chambre d'accusation. La déloyauté de la preuve n'est pas visée dans le motif de la décision, alors même qu'il était question d'une preuve d'origine illicite.

1096. La Chambre criminelle ne déroge donc pas à sa jurisprudence lorsqu'elle affirme que le testing constitue un mode de preuve recevable¹³⁰⁷. Des individus appartenant à une association dont l'objet social consiste à dénoncer des pratiques discriminatoires se présentent par petits groupes devant l'entrée d'une discothèque. L'un des trois groupes « témoins » de cette expérience se voit refuser l'accès aux établissements concernés. D'après les membres de l'association, ce refus aurait visé le seul des détachements qui comprenait parmi ses membres des personnes basanées. Les gendarmes appelés sur place diligentent une enquête au vu de cet élément de fait, du chef de discrimination raciale lors de la fourniture d'un service en raison de l'origine ou de l'ethnie. La solution de cassation rendue par la Chambre criminelle, au visa de l'article 427 du Code de procédure pénale peut donc être accueillie favorablement : « *aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale (...) il leur appartient seulement, en application du texte susvisé, d'en apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire* ».

1097. Le critère retenu n'est pas différent dans l'arrêt du 16 janvier 2008¹³⁰⁸. Le directeur général adjoint des services du conseil général de Mayotte, chargé du développement, avait demandé de l'argent à l'un des concurrents afin qu'il obtienne un accusé de réception de son dossier. Plutôt que de se plier à cette requête, le concurrent était parti porter plainte à la gendarmerie et dans le même temps, avait fixé rendez-vous au directeur général en prétextant vouloir lui remettre les fonds. Les gendarmes informés du rendez-vous ont constaté la dation des valeurs et interpellé le délinquant qui, par la

¹³⁰⁶ Crim., 6 avril 1993, inédit, n° de pourvoi : 93-80184.

¹³⁰⁷ Crim., 11 juin 2002, Bull. crim. n° 131, p. 482, D. 2003, p. 1309, L. COLLET ASKRI, « La Chambre criminelle valide le testing comme mode de preuve, serait-il déloyal ».

¹³⁰⁸ Crim., 16 janvier 2008, Bull. crim. n° 14, p. 47.

suite, fut mis en examen du chef de trafic d'influence. L'intéressé demanda l'annulation de toutes les pièces de la procédure en soutenant que ce stratagème l'avait conduit à commettre le délit. Ni les juges du fond, ni la Chambre criminelle ne firent droit à sa requête, car « *l'intervention des gendarmes [avait] eu pour seul effet de permettre la constatation d'une infraction dénoncée par le plaignant et dont ils [n'avaient] pas déterminé la commission* ». La solution aurait été différente si les policiers avaient ne serait-ce que conseiller le plaignant avant qu'un rendez-vous ne fût pris.

1098. En résumé, aucun arrêt de la Chambre criminelle ne semble avoir conférer un effet à la déloyauté des enquêteurs dans l'administration de la preuve pour en refuser la recevabilité. Le dévoiement du critère de la loyauté a alors rendu l'interprétation de la jurisprudence délicate. Elle peut pourtant s'expliquer de manière cohérente une fois ce critère écarté de la discussion de la recevabilité de la preuve.

§ 2. La justification du rôle du discernement dans la recevabilité de la preuve

1099. Le droit des citoyens à la sécurité oblige l'Etat à diligenter des enquêtes en vue de l'application d'une peine. L'enquête a pour but de répondre aux questions suivantes : une infraction a-t-elle été commise et, dans l'affirmative, le ou les auteurs sont-ils identifiés ? Pour répondre à ces questions, les organes d'enquête assurent le récolement de preuves purement matérielles (indices, traces ADN, constatations), mais il peut également leur être utile de s'en remettre à des indices personnels. Certains résultent de l'audition ou de l'interrogatoire du suspect, d'autres de la consultation de son passé judiciaire.

1100. S'agissant des indices tirés des auditions ou interrogatoire du suspect, ils impliquent de mettre l'intéressé à la disposition des enquêteurs : ils annoncent donc une probable atteinte à sa liberté d'aller et venir. Cette atteinte appelle donc un garde-fou : l'information du suspect sur les risques que ces mesures comportent pour la jouissance de ses libertés, autrement dit la notification de son statut personnel. A défaut d'une telle information, les actes coercitifs dont il se pourrait qu'il fasse l'objet auraient l'apparence de l'arbitraire.

1101. S'agissant de la mémorisation de son implication dans des affaires qui n'ont pas donné lieu à jugement, la protection de sa présomption d'innocence impose l'information de l'intéressé. En effet, la conservation de ces données sert l'intime conviction des organes d'enquête. Néanmoins le risque existe alors de juger une personne sur la foi de

son passé quand il se pourrait qu'elle n'ait rien à voir avec les faits poursuivis. Face à cet autre risque d'arbitraire, il faut informer l'intéressé de son fichage judiciaire. Il acquière ainsi la conscience de la légalité de cette mémorisation et peut même réclamer l'effacement des données ainsi recueillies.

1102. Ainsi l'atteinte à la liberté d'aller et venir du suspect d'une part (A) et celle portée contre sa présomption d'innocence d'autre part (B), justifient le rôle de son information dans la recevabilité de la preuve.

A. La protection de la liberté d'aller et venir du suspect

1103. Afin de lutter contre le risque d'arrestations arbitraire, attentatoire à la liberté constitutionnellement reconnue d'aller et venir¹³⁰⁹, il est nécessaire de limiter les pouvoirs de police, mais également de rendre cette limitation apparente. Si le droit ne luttait pas contre la ressemblance de l'acte imposé avec un acte arbitraire, il manquerait au but que l'application d'une peine se propose d'assurer : assurer la confiance des citoyens dans la loi, comme une condition nécessaire de leur discernement personnel. Afin d'éviter ces deux risques – l'existence d'actes coercitifs arbitraires et la vraisemblance de l'acte coercitif arbitraire – les atteintes à la liberté d'aller et venir du suspect appellent une double limitation. D'une part, toute personne susceptible de subir un acte coercitif d'enquête doit recevoir une information sur ses droits qui ne provienne pas des organes de l'enquête ; d'autre part, si atteinte effective à cette liberté il y a, sa durée ne peut pas dépendre du moment choisi par ces organes : elle se compute à partir du moment où la coercition est vraisemblablement exercée. L'effectivité du droit constitutionnel à la sûreté implique donc une *protection matérielle de la liberté d'aller et venir* (1), par l'information de la personne auditionnée sur ses droits, et une *protection temporelle de cette liberté* (2), par la délimitation objective de la computation de cette atteinte.

1. La protection matérielle de la liberté d'aller et venir

¹³⁰⁹ Cons. const., décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, « relative à la loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants du réseau de transport public des voyageurs », JO du 19 juin 1999, p. 9018.

1104. Matériellement, l'attribution du discernement au suspect est une conséquence de son droit constitutionnel à la sûreté, lorsque sa liberté d'aller et venir est en jeu. Cette protection a donc une valeur constitutionnelle (a). Elle se décline en autant de statuts personnels qui impliquent le risque d'une atteinte à cette liberté (b).

a. La valeur constitutionnelle de la protection

1105. Le droit à la sûreté est prévu à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹³¹⁰. En vertu de ce principe, le Code de procédure pénale instaure des limites aux actes coercitifs qu'il autorise. Cela ne signifie pas pour autant que le respect de ce droit contrevienne frontalement à la construction de la vérité judiciaire. Le respect du droit à la sûreté est compatible avec la recherche de la vérité (a-1), autant qu'il se coordonne avec la protection de la liberté de conscience du suspect (a-2).

a-1. La compatibilité du respect du droit à la sûreté avec la recherche de la vérité

1106. Notifier à l'intéressé son statut de suspect voue la recherche d'informations au risque de mensonges de la part de la personne interrogée. Est-ce sacrifier la finalité d'une découverte de la vérité aux intérêts triviaux des délinquants ? Rien n'est moins sûr. L'audition ou l'interrogatoire d'une personne qui n'est pas informée de l'enjeu de l'entretien serait dépourvu d'objet et, de cause à effet, les propos échangés avec les enquêteurs seraient nécessairement sibyllins. En présence d'une personne qui ne comprendrait pas qu'elle participe à la preuve de la commission d'une infraction, l'interrogatoire pourrait se transformer en dialogue de sourds. La qualité des indices rassemblés lors de l'audition serait entachée d'un aléa dont le contour demeurerait indéfini. De plus, les policiers pourraient tout aussi bien avoir à faire à une personne consciente de la raison de son audition, bien avant qu'elle ne reçoive notification de son placement en garde à vue par les enquêteurs. Le défaut de notification de son statut et des droits y afférant à la personne interrogée n'éviterait donc en rien le risque de réponses mensongères.

1107. En revanche, l'information de la personne interrogée sur son statut fixe le périmètre de l'incertitude. Le droit pénal préfère ainsi la précision du propos recueilli, au

regard d'un risque de mensonge connu, à l'ambition candide d'une appréhension de la vérité matérielle par la bouche du suspect. La confrontation des preuves permet à terme de rapprocher les propos de leur conformité avec une vérité matérielle ou, inversement, de prendre la mesure de la contradiction des propos avec les faits. Face à la charge qui est sienne de résoudre l'énigme de la vérité matérielle, le juge doit sacrifier l'ambition de collecter des propos véridiques au profit du rassemblement d'éléments précis. Le discernement de la personne interrogée conditionne finalement le rapprochement de la vérité judiciaire de la vérité matérielle.

a-2. La limite de la protection du droit à la sûreté : le respect de la liberté de conscience

1108. Dans le même temps, ces droits ne peuvent s'imposer à leur bénéficiaire. Si le législateur ordonnait l'application automatique de ces droits (à un avocat, à un médecin) le législateur corrigerait le risque d'un déficit de sûreté par l'atteinte à une autre liberté de même rang normatif : la liberté de conscience¹³¹¹. La recherche du mieux dans la protection de la sûreté individuelle aboutirait à la certitude d'une moindre protection des libertés fondamentales. En application de la liberté constitutionnelle de conscience, le suspect doit pouvoir choisir de se défendre ou de ne pas se défendre, de s'exprimer ou de ne pas s'exprimer (raison pour laquelle le législateur prévoit la notification du droit au silence au bénéfice du sujet contraint durant à être auditionné), comme de combattre une accusation ou de ne pas la combattre et, finalement, d'être ou de ne pas être Raskolnikov. Il est par exemple susceptible de solliciter l'assistance d'un avocat lorsque la loi le prévoit ou de n'y avoir pas recours. Si cette assistance devenait une obligation en toute circonstance, elle ne serait plus l'expression d'une *liberté* mais d'un *droit* à se défendre qui, à la différence d'une liberté, n'engage pas la possibilité de son contraire : le droit de ne pas se défendre. L'aveu du délinquant, exprimé en présence d'un avocat, devrait-il être entaché de nullité au prétexte qu'il violerait le droit du gardé à vue à ne pas avoir d'avocat ? On devine toutes les hérésies juridiques qui découleraient d'une confusion des droits et des libertés du suspect. En application de sa liberté de conscience, le suspect doit conserver le choix de se défendre ou de ne pas se défendre des accusations qui portées contre lui¹³¹². Il apparaît donc nécessaire de l'informer de sa qualité de suspect, tout en le laissant libre d'arrêter le choix de sa défense. Cette protection n'a cependant

¹³¹⁰ Voir *supra* n° 3.

¹³¹¹ Art. 9 de la Convention européenne des droits de l'homme.

lieu d'être que dans les hypothèses où l'intéressé s'expose à un risque d'atteinte à sa liberté d'aller et venir.

b. Les déclinaisons de la protection : les personnes susceptibles de subir un acte coercitif d'enquête

1109. La procédure d'enquête semble suivre une même trame : conférer le droit à l'information aux seules personnes susceptibles de subir un acte coercitif d'enquête les privant de leur liberté d'aller et venir. Pour le mettre en exergue, les statuts insusceptibles de porter atteinte à la liberté d'aller et venir (b-1) peuvent être utilement opposés aux statuts nécessitant l'information du suspect (b-2).

b-1. Les statuts insusceptibles de porter atteinte à la liberté d'aller et venir

1110. Les situations qui ne souffrent aucun *risque* d'atteinte à la liberté d'aller et venir d'une personne ne sont pas concernées par l'attribution de droits.

1111. Cela va de soi pour le témoin qui n'est ni partie à la procédure ni mis en cause. C'est également le cas en ce qui concerne le statut de témoin assisté¹³¹³, créé par la loi du 15 juin 2000¹³¹⁴. Pour l'attribution de ce statut, le Code de procédure pénale distingue en fonction de la qualité de la personne mettant en cause le sujet de l'enquête. S'il s'agit d'une personne privée¹³¹⁵, la titulature du statut de témoin assisté n'est qu'une faculté¹³¹⁶. S'il s'agit d'une mise en cause par le procureur de la République, elle est obligatoire : le sujet de l'enquête ne peut être entendu que sous ce statut s'il n'est pas mis en examen. Cependant rien n'oblige le juge à entendre le témoin assisté. Son audition est facultative et la notification des droits ne deviendrait obligatoire que si ce magistrat avait pris la décision de l'*entendre*, ce qui impliquerait de l'avoir soumise au risque d'atteinte à sa

¹³¹² Le droit de ne pas s'auto-incriminer.

¹³¹³ *J.-Cl. Pén.*, v° Témoin, n° 125. Le témoin assisté est une personne qui, sans être mise en examen, a le droit, lorsqu'elle est entendue par le juge d'instruction, d'être assistée par un avocat qui a accès au dossier dans les mêmes conditions que les avocats des parties. Pour autant, le témoin assisté n'est pas une partie à la procédure. Cf. *Crim.*, 13 novembre 2001, *Bull. crim.* n° 232 ; *Crim.*, 21 juin 2005, *Bull. crim.* n° 181, *D.* 2005, IR, p. 2104 ; *D.* 2006, p. 623, obs. J. PRADEL ; *JCP* 2005, IV, 2822.

¹³¹⁴ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 « renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », *JO* du 16 juin 2000, p. 9038.

¹³¹⁵ Art. 113-1 du Code de procédure pénale.

¹³¹⁶ Art. 113-2 du Code de procédure pénale, devant le juge d'instruction, « elle est obligatoirement entendue en cette qualité si elle en fait la demande ».

liberté d'aller et venir¹³¹⁷. En règle générale par ailleurs, le statut de ce témoin assisté est exclusif de l'usage de la contrainte¹³¹⁸. Il se peut qu'il ignore totalement la titulature de ce statut pour n'avoir pas été entendu par le juge d'instruction, ni mis au courant de sa mise en cause par le réquisitoire introductif. Dans cette hypothèse, il n'encourt aucun risque de privation arbitraire de sa liberté. Par conséquent le Code de procédure pénale ne prévoit pas qu'il doive bénéficier de la connaissance de son statut procédural.

1112. Une illustration *a contrario* de ce critère peut être proposée avant d'envisager les cas où la notification est obligatoire. La Chambre criminelle admet une lecture souple des conditions de la perquisition, acte coercitif d'enquête certes, mais qui n'engage pas d'atteinte directe à la liberté d'aller et venir de la personne concernée. Dans l'arrêt rendu le 6 mars 2013¹³¹⁹, elle valide la perquisition, dans le cadre d'une enquête de flagrance, intervenue sur le fondement d'une condition subsidiaire : le contrôle de deux témoins. En l'espèce, prévenu par un appel anonyme – qui ne constitue pas un indice apparent au regard de l'article 53 du Code de procédure pénale¹³²⁰ – les policiers n'avaient pas fait preuve d'un zèle extrême pour rechercher la personne en présence de laquelle, en principe, la perquisition devait avoir lieu. Pourtant d'après l'article 57 du Code de procédure pénale, ce n'est qu'en cas d'impossibilité de respecter cette règle que l'officier de police judiciaire doit inviter la personne à désigner un représentant de son choix et, qu'à défaut, il choisit deux témoins requis à cet effet. Cet article pose une succession d'hypothèses allant de la plus préférable aux choix par défaut. La Cour de cassation aurait pu retenir une définition plus restrictive de la notion d'impossibilité, pour l'officier de police judiciaire, d'obtenir l'autorisation de la personne concernée. Néanmoins cet acte d'enquête ne portant pas atteinte à la liberté d'aller et venir du suspect, la Chambre criminelle assure un contrôle léger sur cette impossibilité. Elle la déduit de l'infructuosité des recherches menées et juge que les motifs de la Cour d'appel

¹³¹⁷ Cf. art. 113-8 du Code de procédure pénale. D'après cet article, si jamais des indices graves ou concordants venaient à naître au cours de la procédure sur l'implication de l'intéressé dans la commission d'une infraction, le juge de l'instruction ne pourrait pas « entendre » cette personne sous le statut de « témoin assisté » mais sous celui de « mis en examen ».

¹³¹⁸ L'article 113-5 du Code de procédure pénale dispose, en substance, que le témoin assisté ne peut subir d'atteinte à sa liberté d'aller et venir (il ne peut subir ni contrôle judiciaire, ni assignation à résidence, ni faire l'objet d'une demande de renvoi ou de mise en accusation). Egalement art. 80-1-1 al. 5 CPP : la personne mise en examen peut devenir témoin assisté et, si elle est détenue, le juge d'instruction ordonne sa mise en liberté d'office.

¹³¹⁹ Crim., 6 mars 2013, n° de pourvoi : 12-87810, Bull. crim. n° 62, p. 117.

¹³²⁰ Crim., 2 février 1988, Bull. crim. n° 52, p. 142 (au sujet d'un coup de téléphone anonyme) ; Crim., 8 novembre 1989, Bull. crim. n° 406, p. 979 (existence d'un renseignement dit « confidentiel » par les policiers mais de source anonyme) ; Crim., 23 octobre 1991, Bull. crim. n° 371, p. 922 (procédure valable car la dénonciation anonyme avait été confortée par des vérifications auprès de la préfecture de Bobigny, « qui ont [partant les vérifications et non la Préfecture] apporté des indices précis et concordants permettant de présumer que X... se rendait coupable d'infractions à la législation sur les étrangers et à la législation du travail ») ; Crim., 14 mars 1999, Bull. crim. n° 304 p. 941 (où la Cour de cassation élude le problème car le requérant n'avait pas qualité pour invoquer l'irrégularité affectant l'interpellation) ; Crim., 11 juillet 2007, Bull. crim. n° 183, p. 771 (par interprétation restrictive de la notion d'indices corroborant la dénonciation anonyme).

« établissent qu'en l'absence d'élément d'identification du locataire du box et au regard des nécessités de l'enquête de flagrance portant sur des infractions graves en cours de commission ou risquant de se commettre, il a été impossible aux policiers, malgré la recherche effectuée pour connaître l'identité et les coordonnées du titulaire du bail, de s'assurer la présence de M. X. ou d'un représentant, lors de la perquisition de son box, laquelle ne pouvait être différée, la Chambre de l'instruction a justifié sa décision ».

1113. Cet arrêt, développé à titre d'exemple, révèle combien la Chambre criminelle distingue l'examen de la validité des actes coercitifs d'enquête suivant qu'ils risquent de porter atteinte à la liberté d'aller et venir du suspect ou non. En l'occurrence, le discernement du suspect ne constituait pas la condition d'établissement d'un élément de preuve. *Envisagé sous l'angle d'une division des preuves personnelles (celles qui nécessitent d'informer le suspect de sa qualité pour avoir une utilité) et des preuves réelles (celles qui ne reposent que sur la constatation d'éléments de fait), la jurisprudence de la Chambre criminelle révèle une cohérence d'ensemble.*

b-2. Les statuts nécessitant l'attribution du discernement

1114. Les statuts personnels qui impliquent d'informer le suspect de sa qualité de sujet d'une enquête sont ceux qui mettent le suspect à la disposition physique des autorités publiques. Elles doivent s'assurer que le suspect connaît sa qualité remplit un but précis : lui permettre d'exercer son droit à la sûreté en l'informant des droits inhérents à sa qualité. Il est donc logique que le législateur ait étendu le droit à un avocat à la personne auditionnée librement, en créant le « statut de la personne auditionnée » à l'article 61-1 du Code de procédure pénale¹³²¹. Elle doit prioritairement être informée de la « *qualification* » des faits reprochés. Cet article ne prévoit pas que l'avocat ait accès au contenu du dossier car, durant l'enquête, le droit à la sécurité prime le droit à la sûreté. Il serait contre-productif d'autoriser l'accès au dossier au défenseur du suspect, alors que sa sûreté personnelle est déjà rendue effective par la notification des listés aux articles 63-1 et suivants du Code de procédure pénale.

1115. En résumé, il apparaît que le risque d'atteinte à la liberté d'aller et venir justifie l'information de la personne auditionnée, qui doit en bénéficier à plus forte raison

lorsqu'elle est interrogée – et alors la coercition est effective¹³²². Deux exemples permettent d'étayer cette proposition : l'étude des statuts de gardé à vue et de mis en examen.

- *Le discernement de la personne mise en examen*

1116. Celui que le juge d'instruction souhaiterait entendre doit l'être comme personne mise en examen, *ce qui implique de l'informer de cette qualité*. La règle est la même pour toute personne contre laquelle il existerait des indices graves ou concordants d'avoir participé à la commission d'une infraction consommée ou tentée.

1117. Ce critère se vérifie au regard des décisions du Conseil constitutionnel. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, il devait se prononcer, le 18 juin 2012¹³²³, sur l'audition d'une personne non suspectée et qui n'était pas soumise à la contrainte. La question concerne l'article 78 du Code de procédure pénale dans sa version issue de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004. Les requérants critiquaient la possibilité donnée à un officier de police judiciaire de convoquer, éventuellement par la contrainte, des personnes qui ne sont pas suspectées et qui ne bénéficieraient par conséquent d'aucune notification du droit à se taire ou à quitter les locaux de police ou de gendarmerie. Sur le fondement principalement des articles 7, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, concernant respectivement la prohibition des arrestations arbitraires¹³²⁴, la présomption d'innocence¹³²⁵ et la sûreté individuelle¹³²⁶, le Conseil constitutionnel a validé cette disposition. Cependant il a assorti sa décision d'une réserve d'interprétation.

1118. En principe, une personne à l'encontre de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction peut être entendue par les enquêteurs en dehors du régime de la garde à vue, dès lors qu'elle n'est pas

¹³²¹ Loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 « portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales », JO du 28 mai 2014 p. 8864.

¹³²² Sur la notion d'audition, voir S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, n° 2018 et s.

¹³²³ Cons. const., décision n° 2012-257 QPC du 18 juin 2012, JO du 19 Juin 2012, *Procédures 2012*, comm. 256, A.-S. CHAVENT-LECLERE.

¹³²⁴ Art. 7 : « nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance ».

¹³²⁵ Art. 9 : « tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ».

¹³²⁶ Art. 16 : « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

maintenue à leur disposition sous la contrainte. Toutefois, *cette audition ne peut avoir lieu ni se poursuivre sans que l'intéressé ait été informé de la nature et de la date de l'infraction qui lui est reprochée*¹³²⁷. Or précisément, l'enjeu de cette information est de conférer au désormais suspect la conscience de sa qualité personnelle de mise en examen. Cette précision s'imposait d'autant plus que, dans le Code de procédure pénale, l'attribution du discernement n'est prévue qu'à l'égard des personnes soumises à l'exercice d'une contrainte. Néanmoins dans ces cas y compris, la loi oblige les services d'enquête à cette information minimale garantissant le droit de l'intéressé à la sûreté.

- *Le discernement de la personne placée en garde à vue*

1119. Il en va pareillement en ce qui concerne celui qui fait l'objet d'une garde à vue, quelle que soit d'ailleurs le cadre d'enquête dans lequel elle intervient (enquête préliminaire ou de flagrance comme durant la phase d'instruction). En effet, à partir de l'exercice d'une contrainte justifiée par une apparence vraisemblable de culpabilité, les organes d'enquête doivent informer le suspect – et néanmoins présumé innocent – de sa condition de sujet d'une procédure d'enquête. Le Conseil constitutionnel a ainsi affirmé la valeur de « *principe général reconnu par les lois de la République* » du droit à l'avocat y compris durant la garde à vue¹³²⁸.

1120. La vraisemblance de l'implication du sujet de la procédure dans la commission d'une infraction transparait des conditions de la garde à vue. Cette mesure est définie à l'article 62 du Code de procédure pénale concernant l'enquête de flagrance. L'article 77 du même code, relatif à l'enquête préliminaire obéit aux mêmes conditions par renvoi à l'article 62 précité. A l'article 62 al. 2 du même code, on peut lire que « s'il apparait, *au cours de l'audition de la personne*, qu'il existe *des raisons plausibles* de soupçonner qu'elle a commis ou tenter de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement, elle ne peut être maintenue sous la contrainte à la disposition des enquêteurs que sous le régime de la garde à vue (...) ».

¹³²⁷ Consid. 9 : « *le respect des droits de la défense exige qu'une personne à l'encontre de laquelle il apparait, avant son audition ou au cours de celle-ci, qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, ne puisse être entendue ou continuer à être entendue librement par les enquêteurs que si elle a été informée de la nature et de la date de l'infraction qu'on la soupçonne d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie* ».

¹³²⁸ Au sujet de la présence d'un avocat durant la garde à vue, cf. Décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, relative à la « *loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale* », JO du 15 août 1993, p. 11599.

1121. L'obligation qui pèse sur les enquêteurs de l'informer de sa qualité personnelle découle de l'article 63-1 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale¹³²⁹, d'après lequel la notification des droits du gardé à vue doit être immédiate.

1122. L'enjeu de la notification étant d'informer le sujet de la procédure de son statut personnel, il faut distinguer la notification des droits inhérents au statut procédural de gardé à vue (le contenu des droits) de la notification de l'attribution du statut en lui-même (l'existence de droits), comme l'article 63-1 du Code de procédure pénale y invite. En effet, cet article prévoit une double information : celle de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête puis celle des droits mentionnés aux articles 63-2, 63-3 et 63-4 en plus que de celle des dispositions relatives à la durée de la garde à vue prévues par l'article 63 dudit code. Les deux derniers pôles de ce triptyque définissent le contenu du discernement du gardé à vue. Ils sont accessoires à la notification d'une suspicion de commission d'une infraction identifiée, ce qui correspond à la notification du statut juridique *stricto sensu* de la personne soumise à l'acte d'enquête. Cette notification à pour fin d'informer son destinataire de la gravité objective de sa situation, celle que la nature de l'infraction qui lui est reprochée détermine. Cette notification n'a donc pas pour but prioritaire d'informer le gardé à vue de ses droits mais de son statut procédural. En résumé, il faut qu'il connaisse en principe mais pas nécessairement le détail¹³³⁰.

1123. La Chambre criminelle a longtemps décidé que les règles énoncées aux articles 63 et 64 ancien du Code de procédure pénale, ainsi que celles prévues à l'article 77 n'étaient pas prescrites à peine de nullité¹³³¹. D'après sa jurisprudence, l'inobservation de ces

¹³²⁹ « Toute personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire, ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête, des droits mentionnés aux articles 63-2, 63-3 et 63-4 ainsi que des dispositions relatives à la durée de la garde à vue prévues par l'article 63 ».

¹³³⁰ A ce titre il est possible de conjecturer qu'en présence d'un avocat ou d'un magistrat mis en cause, l'absence de notification du contenu des droits ne ferait pas nécessairement grief au sujet de l'enquête. En dehors de cette hypothèse d'école, l'absence de notification du contenu de ses droits ferait automatiquement grief à toute personne auditionnée sous contrainte. Cf. Crim., 10 mai 2000, préc., survenu au sujet d'une personne ayant assisté à une perquisition. Le requérant se plaignait de n'avoir reçu notification de ses droits qu'à 9h30, alors qu'il avait été avisé de son placement en garde à vue à 6h45. Les juges du fond faisaient valoir que le report de la notification n'avait pas pu faire grief à l'intéressé car, durant ce délai, il n'avait fait l'objet d'aucune audition. La Chambre criminelle casse l'arrêt d'appel et affirme que ces motifs « ne caractérisent pas l'impossibilité, pour l'officier de police judiciaire, de notifier immédiatement chacun de ses droits à la personne gardée à vue ». Suivant une conception formelle de la notification, les policiers avaient rempli leur office. En informant le gardé à vue de son statut, ils l'avaient mis en capacité de discerner l'étendue de son ignorance. Cependant le législateur n'astreint pas uniquement les organes de police à lutter contre l'absence formelle de discernement de la personne gardée à vue. Il leur incombe au surplus de lui notifier le contenu des droits inhérents à ce statut juridique. C'est en référence à l'obligation pour les policiers de pallier à l'absence matérielle de discernement que la Chambre criminelle évoque la notification de « chacun » des droits de la personne gardée à vue. Il importe donc peu qu'aucune audition n'ait été réalisée entre la notification du statut et celui du contenu des droits car l'information incomplète fait nécessairement grief à l'intéressé. Durant ce laps de temps, il aurait pu, par exemple, bénéficier de son droit à l'assistance d'un avocat mais n'aura pas pu accéder à ce droit par ignorance d'en être le titulaire. Il faudrait admettre, dans le même ordre d'idée, que la notification de tous les droits à l'exception d'un seul violerait l'article 63-1 du Code de procédure pénale.

¹³³¹ Crim., 17 mars 1960, Bull. crim. n° 156, p. 330, *JCP* 1960, II, 11641, note P. MAISTRE du CHAMBON ; Crim., 10 octobre 1968, *JCP* 1969, II, 15741, note P. MAISTRE du CHAMBON ; Crim., 3 octobre 1973, Bull. crim. n° 343, p. 838 ;

règles pouvait engager la responsabilité personnelle des officiers de police judiciaire ; elles n'entraînaient la nullité des actes de la procédure qu'à la condition d'avoir vicié la recherche et l'établissement de la vérité¹³³². Cette jurisprudence a été corrigée par la loi du 4 janvier 1993 qui assortit le régime protecteur initialement prévu au profit du gardé à vue de nullités textuelles. Cependant elles ont rapidement été supprimées avec la loi n° 93-1013 du 24 août 1993. Il appartient donc aux juges de s'assurer que les irrégularités relevées répondent aux articles 171 ou 802 du Code de procédure pénale qui prévoient les conditions d'annulation d'actes ou de formalités de procédure. La Chambre criminelle opérait un contrôle sur l'existence de la notification et ne la considérait pas tardive au motif qu'elle aurait été reportée ultérieurement sur le procès-verbal¹³³³.

1124. Ce contrôle, eu égard à l'importance de son objet, a été maintenu : la Chambre criminelle relevait des cas de présomption de grief malgré la suppression des cas de nullités textuelles par la loi de 1993. Elle considère que le défaut de notification constitue une *formalité substantielle*, tout retard portant *nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée* s'il n'est insurmontable¹³³⁴. Et dans l'évaluation de ce retard, la Chambre criminelle adopte une position très contraignante pour les enquêteurs. Peu lui importe la faible durée objective du temps écoulé entre le placement en garde à vue et la notification des droits. Est nécessairement tardive la notification qui intervient ne serait-ce que trois heures quinze après l'interpellation d'un individu pris en flagrant délit de vol avec arme, à partir de sa soumission à la contrainte par les policiers¹³³⁵, quand bien même l'intéressé n'aurait pas été interrogé dans ce laps de temps¹³³⁶.

1125. L'arrêt rendu le 29 avril 1998¹³³⁷ achèvera d'illustrer ces propos. Arrivé librement au commissariat de police, un individu est entendu relativement à son identité, à ses ressources, à sa participation dans les diverses sociétés et, point le plus important, aux accusations portées contre lui. Il affirme suite à cela comprendre sa position de gardé à

Crim., 21 octobre 1980, *D.* 1981, p. 104, note D. MAYER ; Crim., 11 juin 1985, Bull. crim. n° 226, p. 578 ; Crim., 1^{er} août 1987, Bull. crim. n° 302, p. 804 ; Crim., 22 décembre 1987, *D.* 1989, p. 323, note F. JULIEN-LAFERRIERE.

¹³³² B. BOULOC, « Les abus en matière de procédure pénale », préc., p. 233, évoque une jurisprudence « *décevante* ».

¹³³³ Crim., 21 mars 2000, Bull. crim. n° 127, p. 381. Dans cet arrêt de cassation, elle déjuge la Cour d'appel de Paris qui avait vu dans la consignation par procès-verbal sept heures après le début de la garde à vue un retard injustifié ayant causé une atteinte nécessaire à ses intérêts. Cependant au regard des faits, l'intéressé s'était vu notifié ses droits dès l'entame de cette mesure.

¹³³⁴ Crim., 30 avril 1996, Bull. crim. n° 182, p. 525 ; *RSC* 1996, p. 879, obs. J.-P. DINTILHAC ; *Procédures* 1997, comm. n° 68, obs. J. BUISSON ; Crim., 3 décembre 1996, Bull. crim. n° 443, p. 1297 ; Crim., 29 avril 1998, Bull. crim. n° 145, p. 386, *RSC* 1998, p. 785, obs. J.-P. DINTILHAC ; *Procédures* 1998, comm. n° 265 ; Crim., 14 décembre 1999, *Dr. pén.* 2000, comm. n° 39 ; Crim., 6 mai 2003, *Procédures* 2003, comm. n° 178, note J. BUISSON.

¹³³⁵ Crim., 11 octobre 2000, Bull. crim. n° 296, p. 870.

¹³³⁶ Crim., 18 juin 1998, Bull. crim. n° 200, p. 552, *Dr. pén.* 1999, n° 28, cassation de l'arrêt de la Chambre de l'instruction qui avait validé l'information donnée au suspect que « *ses droits lui seraient notifiés par procès-verbal dans les meilleurs délais* » ; également Crim., 19 janvier 2000, Bull. crim. n° 33, p. 82, *Procédures* 2000, n° 155 ; Crim., 10 mai 2000, préc.

vue. Les policiers tardent cependant un tantinet avant de l'informer de ses droits. Après l'avoir placé en garde à vue, les policiers sollicitent quelques explications avant de lui notifier ses droits. La Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Grenoble refuse d'annuler cet acte de procédure mais la Chambre criminelle casse cette décision au visa des articles 77 du Code de procédure pénale et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour valider l'acte et la procédure subséquente, la Cour d'appel relève que le délai n'était pas excessif, en comparaison de ce que serait, par exemple, un retard de seize heures récemment sanctionné ; elle indique par ailleurs que le gardé à vue a pu exercer ses droits en temps utile. Sur ces deux points, l'arrêt méritait la censure. D'un point de vue constitutionnel, cette largesse contrevient à la protection de la sûreté que le législateur a voulu assurer. Pour le surplus d'un point de vue technique, cette position soulève plus de problèmes qu'elle n'en résout. Qu'est-ce, en effet, qu'un report « acceptable » de l'immédiateté ? Une attente d'une heure trente, ou d'une heure trente et une aurait-elle été jugée excessive par les juges du fond ?

1126. Cette « sévérité » apparente de la Chambre criminelle s'explique donc moins par le pragmatisme¹³³⁸ des juges que par l'enjeu de la notification. Il s'agit de l'une des manifestations du discernement en procédure pénale, soit l'obligation faite aux organes d'enquête d'informer la personne de sa qualité de sujet d'une procédure lorsqu'elle est soumise à la contrainte publique, sur le fondement du droit constitutionnel à la sûreté. L'effectivité de ce droit, outre cette protection matérielle qui tient à l'information de la personne concernée, nécessite une protection temporelle complémentaire.

2. La protection temporelle : le moment d'attribution du discernement

1127. Si le moment à partir duquel l'information du suspect devait avoir lieu dépendait du bon vouloir des organes d'enquête, il y aurait un risque permanent de détournement de procédure. Les policiers ou le juge d'instruction pourrait décider de ne recourir à la contrainte que plusieurs heures après qu'ils auraient des raisons sérieuses de croire à l'implication de la personne entendue dans la commission d'une infraction. L'attribution du discernement comme contrepoids à l'exercice d'une mesure contraignante manquerait alors à son office.

¹³³⁷ Crim., 29 avril 1998, préc.

¹³³⁸ Comp. C. GIRAULT, « Les nullités de la garde à vue », *AJ pénal* 2005, p. 140.

1128. Afin de préserver l'effectivité du droit du gardé à vue à la sûreté, il apparaît donc nécessaire de fixer le point de départ du temps de la coercition au moment où elle devient vraisemblable. En conséquence de quoi la jurisprudence dissocie le moment de l'attribution du discernement par les organes d'enquête de celui à partir duquel il *semble* soumis à la coercition publique. Le moment à partir duquel le suspect aurait pu recevoir notification de son statut fixe établit rétroactivement le point de départ de la computation du délai de la mise en examen ou de la garde à vue. Ainsi pour la mise en examen, la notification du prévenu doit être immédiate de la part du juge d'instruction qui souhaite l'entendre (a). Il en va pareillement en matière de garde à vue, cette protection existant quelle que soit le type d'enquête dans lequel elle intervient (b).

a. La notification immédiate de la qualité de mis en examen

1129. S'agissant de la mise en examen, la Chambre criminelle impose la notification immédiate de son statut personnel au mis en examen, dès l'entame de la coercition. Avant l'ouverture de l'information, l'irrecevabilité de la preuve se fonde non pas sur l'abus du juge d'instruction mais, par exemple, sur l'atteinte aux droits de la défense¹³³⁹. Une fois l'information ouverte en revanche, l'exercice de la coercition publique est conditionné par l'attribution du discernement. Le policier muni d'une commission rogatoire du juge d'instruction agit en lieu et place de ce magistrat. Ses qualités personnelles n'entrent pas en ligne de compte dans la vérification de la légalité de l'acte coercitif. Elle se vérifie au regard des pouvoirs dont dispose celui qui le mandate¹³⁴⁰.

1130. Ainsi, lorsque l'acte coercitif est de la compétence matérielle du juge d'instruction, l'audition du suspect contre lequel des indices graves et concordants de participation à l'infraction existent ne peut avoir lieu sans notification préalable de sa mise en examen. La Chambre criminelle n'admet donc pas l'enregistrement d'un suspect par un policier, durant l'instruction, lorsqu'il n'a pas bénéficié d'une notification de sa mise en examen.

¹³³⁹ Crim., 18 février 1958, Bull. crim. n° 163, p. 274.

¹³⁴⁰ Crim., 12 juin 1952 (affaire Imbert), JCP 1952, II, 7241, note J. BROUCHOT. La Chambre criminelle y affirme à titre liminaire « qu'aux termes de l'article 90, alinéa 3 du Code d'instruction criminelle, le juge ou officier de police judiciaire exerce, dans les limites de la commission rogatoire, tous les pouvoirs du juge d'instruction ; qu'il est, par suite, soumis aux mêmes obligations et doit, dans les diverses opérations qu'il peut être amené à pratiquer, obéir aux mêmes règles ».

1131. Dans une affaire tranchée par un arrêt de cassation le 16 décembre 1997¹³⁴¹, la Chambre criminelle sanctionne un détournement de procédure consistant, pour le juge d'instruction, à utiliser l'enregistrement d'un suspect sans l'aviser de sa qualité de mis en examen. Une information avait été ouverte contre personne non dénommée pour trafic de stupéfiants. Le juge en charge de l'instruction avait délivré une commission rogatoire au chef de l'Office central pour la répression du trafic illicite de stupéfiants (OCRTIS). Or ce dernier avait été contacté par l'avocat de l'un des suspects en vue d'un entretien qui, selon ces dires, pourrait présenter un intérêt pour l'activité de l'OCRTIS. Soupçonnant une implication de l'avocat dans ce trafic de stupéfiants, le policier avait avisé sa hiérarchie de cette entrevue et s'était muni d'un magnétophone, l'ensemble de l'entretien étant au surplus photographié par ses collègues. A partir de ces informations, le procureur de la République pris un réquisitoire supplétif contre l'avocat pour corruption de fonctionnaire. Le juge d'instruction procéda ensuite à sa mise en examen. L'un des deux arguments développés par l'avocat tenait au caractère déloyal du procédé utilisé par les policiers. Il critiquait la clandestinité de l'enregistrement de sa conversation avec le policier, effectué en contravention du respect des droits de la défense.

1132. La Chambre d'accusation n'a pas été sensible à ces arguments. Elle relève « *à bon droit* » d'après la Chambre criminelle que le policier n'a fait que répondre à des sollicitations et qu'il n'a, en aucune manière, « *participé de manière active à une provocation* ». Cependant l'un des points tranchés en appel n'a pas emporté l'assentiment de la Cour de cassation. Les juges du fait énonçaient par ailleurs que l'enregistrement ne nécessitait pas l'autorisation du juge d'instruction dès lors que le procédé d'interception utilisé n'entraînait pas dans les prévisions des articles 100 et suivants du Code de procédure pénale et que les policiers tenaient des articles 81 et 152 de ce Code le droit d'effectuer tous les actes utiles à la manifestation de la vérité. Toujours selon les premiers juges, les policiers « *ont agi après avoir pris l'attache du magistrat instructeur* », et les propos enregistrés entre les intéressés ne présentaient aucun caractère privé et qu'ils étaient « *étrangers à l'exercice des droits de la défense* ». En résumé, les policiers avaient avisé le juge d'instruction qu'ils rencontreraient l'avocat mais ils n'avaient pas précisé qu'ils procéderaient à un enregistrement, estimant que cet acte d'enquête ne relevait pas du champ des articles 100 et s. du Code de procédure pénale. Pour autant les policiers agissaient dans le cadre d'une commission rogatoire (« *dans le cadre de leur fonction* »),

¹³⁴¹ Crim., 16 décembre 1997, Bull. crim. n° 427, p. 1402, *D.* 1998, p. 354, note J. PRADEL ; *RSC* 1999, p. 588, obs. J.-P.

si bien que l'ensemble de leurs actes devaient être appréciés comme s'ils agissaient en qualité de juge d'instruction ; et s'ils agissaient en leur qualité propre, en flagrance afin de mettre en lumière l'existence d'une infraction annexe, ils n'en demeuraient pas moins soumis aux règles de la procédure pénale.

1133. La Cour de cassation reproche donc à la Chambre d'accusation de n'avoir pas vérifié la légalité de cet acte d'enquête. La Chambre criminelle opère une substitution de motifs et relève dans le chapeau de l'arrêt que « l'enregistrement effectué de manière clandestine, par un policier agissant dans l'exercice de ses fonctions, des propos qui lui sont tenus, fût-ce spontanément, par *une personne suspecte, élude les règles de procédure et compromet les droits de la défense* », ajoutant « que la validité d'un tel procédé ne peut être admise ». Partant en l'espèce, « après avoir précédemment constaté que le policier agissait dans l'exercice de ses fonctions, et, alors que l'accord, au demeurant hypothétique, du magistrat instructeur *n'était pas de nature à retirer au procédé son caractère illicite*, la chambre d'accusation, qui aurait dû apprécier la validité de la transcription de l'enregistrement et des actes ou partie d'actes s'y référant au regard du principe ci-dessus énoncé », la Chambre d'accusation n'avait pas justifié sa décision.

1134. En substance, cela signifie tout d'abord que le juge d'instruction lui-même ne pouvait contourner l'illicéité du procédé en donnant son aval à l'acte d'enregistrement clandestin. En quoi consistait l'illicéité sanctionnée par la Chambre criminelle ? Deux interprétations sont possibles. D'après la première, l'illicéité aurait pu découler de l'enregistrement clandestin des paroles d'un avocat par un policier, alors qu'en raison de sa qualité d'avocat il aurait dû bénéficier d'un regain de protection. En principe effectivement, la mise sur écoute de la ligne téléphonique d'un avocat est interdite. Toutefois elle est exceptionnellement permise lorsqu'il est lui-même impliqué dans la commission d'une infraction (art. 100-5 du Code de procédure pénale)¹³⁴². Le cas échéant, elle relève de la compétence exclusive du juge d'instruction qui doit en informer le bâtonnier (art. 100-7 al. 2 du Code de procédure pénale).

1135. Cependant conformément à la loi du 31 décembre 1971, cette protection ne concerne que les propos échangés entre un avocat et son client¹³⁴³. Or en l'espèce, il

DELMAS SAINT-HILAIRE ; *Procédures* 1998, comm. 98, obs. J. BUISSON.

¹³⁴² Par exemple : Crim., 1^{er} mars 2006, Bull. crim. n° 60, p. 213 ; Crim., 10 juin 2003, Bull. crim. n°129, p. 500 ; Crim., 27 janvier 2001, Bull. crim. n° 22, p. 60.

¹³⁴³ Art. 66-5 al. 1^{er} de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 : « *En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de*

n'était pas question d'interception de correspondances par la voie des télécommunications, pas plus que de conversation entre un avocat et son client. Qui plus est la Chambre criminelle ne fait aucune référence à la qualité de la personne enregistrée dans le principe qu'elle énonce en chapeau de sa décision. Enfin elle insiste sur le caractère hypothétique de l'autorisation du magistrat instructeur, autorisation qui à suivre la solution à la lettre n'aurait de toute façon pas sauvé l'acte de procédure.

1136. La cassation se fonde sur l'impossibilité, pour le juge d'instruction, d'entendre une personne contre laquelle existe des indices graves ou concordants de sa participation à une infraction (tel était le cas en l'espèce, la partie non censurée de l'arrêt de la Chambre d'accusation établissait le bien fondé des soupçons pesant sur l'avocat) qu'en la mettant en examen (art. 116 al. 1^{er} CPP). Or en l'espèce, le procédé employé avait pour finalité d'obtenir la confirmation d'indices graves ou concordants par détournement de la procédure de première comparution. Elle portait donc atteinte au discernement de l'avocat qui aurait dû bénéficier d'une notification de sa mise en examen. S'en suit logiquement une atteinte aux droits de la défense (« *et* compromet les droits de la défense) sans pour autant qu'il s'agisse là raison première de la censure (« compromet » et non « porte atteinte » ou « viole »). La Chambre criminelle étend donc logiquement ce fondement à la garde à vue, hypothèse dans laquelle la liberté d'aller et venir est également atteinte.

b. La notification immédiate de la qualité de gardé à vue

1137. S'agissant de la garde à vue, la protection du discernement de l'intéressé se manifeste quelle que soit le type d'enquête.

1138. Dans le cadre d'une enquête préliminaire, le placement en garde à vue peut ne pas débiter à l'entrée de la personne dans les locaux de la police, si elle s'y est rendue librement. Elle peut intervenir après l'audition de l'intéressé. Ainsi par exemple, conformément à une affaire jugée le 13 novembre 1996 par la Chambre criminelle, lorsqu'un individu se présente au commissariat de police sans contrainte et y est placé en garde à vue à 20h15, après avoir été entendu par un officier de police judiciaire de 18h à 20h, le point de départ de cette mesure est fixé *rétroactivement* à 17h30, heure de son arrivée dans les locaux.

celles portant la mention « officielle », les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ».

1139. Pour confirmer l'arrêt de la Chambre d'accusation, la Chambre criminelle conclut dans son arrêt de rejet que la notification était intervenue dès le placement effectif de l'intéressé en garde à vue, et « qu'il n'importe que, *dans son intérêt même*, le délai de garde à vue ait été calculé à compter non pas de ce placement, mais de son arrivée dans les services de police »¹³⁴⁴.

1140. La Cour de cassation procède au même raisonnement au sujet d'une personne dénoncée pour pratiques frauduleuses ayant eu pour effet de mettre en place un système d'attribution de marchés publics à des entreprises favorisées. D'après la solution de l'arrêt de rejet, « la notification des droits mentionnés à l'article 63-2 et suivants du Code de procédure pénale, effectuée immédiatement après que leur placement en garde à vue fût devenu effectif, n'a présenté aucun caractère tardif (...) ; il n'importe que, *dans l'intérêt des demandeurs*, la garde à vue ait été calculée à compter de l'arrivée de ces derniers dans les locaux de police »¹³⁴⁵.

1141. Dans le cadre d'une enquête de flagrance, l'enquêteur est d'ores-et-déjà pourvu du droit de procéder à des actes contraignants, sans autorisation préalable du Procureur de la République. Il ne peut donc entendre le suspect d'une infraction flagrante sans qu'il existe à son encontre des charges d'être impliqué dans une infraction dont l'existence ne fait pas débat. Le calcul de la durée de la garde à vue correspond donc systématiquement à celui où l'individu a été appréhendé. Pour illustration il est possible de se reporter à l'arrêt du 30 avril 1996, rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Chambre d'accusation ayant annulé la garde à vue. La personne placée en garde à vue avait été appréhendée en flagrant délit, vers 23h35, conduite au commissariat et entendue par un officier de police judiciaire vers 2h15. La Chambre d'accusation était parvenue à la conclusion d'une violation de l'article 63-1 du Code de procédure pénale, les policiers

¹³⁴⁴ Crim., 13 novembre 1996, Bull. crim. n° 401, arrêt n° 1, p. 1167 ; également Crim., 19 février 1997, Bull. crim. n° 66, p. 211 ; Crim., 6 mai 1997, Bull. crim. n° 174, p. 576 ; Crim., 4 mars 1998, Bull. crim. n° 84, p. 231, *Procédures* 1998, comm. 180.

¹³⁴⁵ Crim., 18 juin 1998, préc. ; également Crim., 14 octobre 1998, *Dr. pén.* 1999, n° 30 : « *qu'en effet, une personne qui accepte d'assister à une perquisition à son domicile puis de suivre, sans contrainte, les policiers jusqu'au commissariat de police, au cours de l'enquête préliminaire, peut, être placée en garde à vue ; que son audition n'est pas irrégulière dès lors que la notification des droits mentionnés à l'article 63-1 du Code de procédure pénale est effectuée dès le placement effectif en garde à vue et que la durée de cette mesure est calculée à compter du moment, antérieur à l'arrivée de la personne entendue dans le service de police, où a commencé la perquisition* » ; Crim., 24 novembre 1998, *Dr. pén.* 1999, comm. n° 30, A. MARON (qui s'interroge d'ailleurs sur cette dissociation de la notification des droits et du point de départ de la garde à vue au moment de l'exercice d'une contrainte) : « *attendu que pour rejeter la requête en annulation (...) prise d'une notification tardive de ses droits, la Chambre d'accusation retient que celui-ci s'est présenté volontairement au commissariat de police et a été entendu par l'officier de police judiciaire sans qu'aucune mesure coercitive ait été prise contre lui ; que les juges énoncent que ce n'est qu'à l'issue de ces auditions que l'officier de police judiciaire a jugé nécessaire de placer l'intéressé en garde à vue et que la notification de la mesure et des droits attachés à celle-ci a donc été régulièrement faite, à ce moment-là, même si, dans un souci de garantie des droits de la personne, la durée de cette mesure est calculée rétroactivement à compter de l'heure d'arrivée dans le service* ».

ayant « différé sans nécessité, au-delà du temps que justifiaient le transfert et l'accomplissement des diligences normales de mise à disposition de l'officier de police judiciaire, le placement en garde à vue de la personne et son information immédiate sur ses droits »¹³⁴⁶. Le gardé à vue ne peut évidemment pas exciper du caractère rétroactif de la mesure se plaindre de l'absence de notification de ses droits au point de départ d'une coercition vraisemblable¹³⁴⁷.

B. La protection de la présomption d'innocence du suspect

1142. Dès le stade de l'enquête, le législateur autorise les services d'enquête à collecter des données à caractère personnel : ce sont celles qui, à terme, permettent au procureur d'arrêter sa décision de poursuivre ou de ne pas poursuivre le suspect de manière éclairée. Le législateur vise donc à escient la *personne* du suspect ou le caractère *personnel* des données recueillies, c'est-à-dire celles qui sont en relation avec l'individu qui a été entendu après avoir été informé de son statut. Par exemple, la loi Loppsi II du 14 mars 2011, qui reprend les dispositions de la loi du 18 mars 2003, crée au sein du Code de procédure pénale les « *fichiers d'antécédents* » qui sont conçus pour « *faciliter la constatation des infractions à la loi pénale, le rassemblement des preuves de ces infractions et la recherche de leurs auteurs* » par les services de la police nationale et de la gendarmerie nationale. La loi autorise précisément ces services à mettre en œuvre des traitements automatisés de données « *à caractère personnel* »¹³⁴⁸. Ces informations ne peuvent concerner que les *personnes* à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants *rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteurs ou complices, à la commission de crimes, délits ou contraventions de cinquième classe*¹³⁴⁹. Il ne peut donc s'agir que de personnes qui étaient susceptibles de faire l'objet d'actes coercitifs d'enquête, à l'exclusion du témoin ou du témoin assisté. Ces fichiers sont placés sous le contrôle du Procureur de la République et le droit de l'intéressé à l'effacement de ses données est garanti par le contrôle concurrent du juge judiciaire¹³⁵⁰.

¹³⁴⁶ Crim., 30 avril 1996, Bull. crim. n° 182, p. 525.

¹³⁴⁷ Crim., 19 février 1997, Bull. crim. n° 66, p. 211, préc. ; Crim., 10 mai 2000, préc.

¹³⁴⁸ Art. 230-6 du Code de procédure pénale.

¹³⁴⁹ Art. 230-7 du Code de procédure pénale.

¹³⁵⁰ Art. 230-8 et 230-9 du Code de procédure pénale.

1143. Pour parvenir à la construction de cet outil, il a fallu que le législateur brise le rôle d'une définition unique de la mémoire en matière pénale. Traditionnellement, le casier judiciaire institue à lui seul cette mémoire. La condamnation passée en force de chose jugée constitue un repère permettant de situer le condamné sur un itinéraire de délinquance. Le législateur a cependant enrichi la mémoire du droit pénal en l'étendant au stade de l'enquête. Il a multiplié les fichiers conservant trace du passé d'un suspect, c'est-à-dire en dehors de toute condamnation définitive. Au souvenir de la culpabilité prononcée s'ajoute donc potentiellement celui d'une culpabilité non démontrée, par la création de « *casiers d'enquête judiciaire* », équivalents au stade de l'enquête au casier judiciaire du délinquant condamné.

1144. Ils posent alors problème au regard de la présomption d'innocence dans la mesure où ils conservent des données indépendamment de la commission certaine d'une infraction, constatée par un juge. C'est pourquoi, d'une part, les données personnelles ne peuvent pas être conservées indéfiniment¹³⁵¹. Par exemple, au stade ultime de conviction des enquêteurs – lorsque des indices graves ou concordants existent à l'encontre d'une personne – l'inscription au FNAEG est de quarante ans¹³⁵². D'autre part, elles ne peuvent l'être sans que l'intéressé n'en ait été informé, ce qui lui permet le cas échéant de réclamer l'effacement anticipé de ces données. L'information du suspect sur la conservation des données concernant sa *personne* est une condition de la mémoire de l'enquête, aux fins de limiter le risque d'une atteinte à la présomption d'innocence dont il devrait bénéficier.

1145. En principe, *les décisions d'acquittement ou de relaxe devenues définitives* entraînent l'effacement de ces données. En effet dans ce cas, l'individu suspecté tire de ces décisions la conviction de n'être plus sujet de soupçons. Il peut légitimement croire qu'il disparaît de la mémoire des autorités judiciaires et bénéficier à plein de la présomption d'innocence pour l'avenir. Par conséquent si le procureur de la République souhaite que ces données soient maintenues dans le fichier d'antécédents, il contrarie une conviction légitime chez le suspect acquitté ou relaxé. La loi impose qu'il doive en aviser

¹³⁵¹ CEDH, 4 décembre 2008, S. et *Marper c/ Royaume Uni*, sur le fondement de l'article 8 de la CESDH qui concerne le droit à la présomption d'innocence. La Cour condamne la conservation générale et indifférenciée, sans limitation de temps, d'empreintes digitales, échantillons biologiques et profils ADN de personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions mais non condamnées. Sous cette double limite, elle autorise la conservation de données personnelles.

¹³⁵² Art. 706-54 du Code de procédure pénale : les informations enregistrées ne peuvent en principe être conservées plus de quarante ans, mais la personne concernée peut former une requête en effacement devant le procureur de la République.

la personne concernée. L'intéressé est donc informé qu'il restera connu des services de police.

1146. A l'inverse, lorsqu'un doute persiste quant à l'implication de l'individu dans la commission d'une infraction, il bénéficie soit d'un *non-lieu* soit d'un *classement sans suite motivé par l'insuffisance des charges*. Dans ces deux derniers cas, l'effacement n'est pas de droit : cet antécédent fait l'objet d'une mention dans le fichier. L'individu qui n'est plus sujet d'une procédure d'enquête reçoit bien notification de cet état personnel : la décision de non-lieu ou de classement sans suite lui est adressée. Pour autant il ne devrait pas en tirer la conclusion qu'il est mis hors de cause. L'enquête a cessé en raison d'une insuffisance d'éléments matériels à charge prouvant sa participation à la commission d'une infraction. Cependant aucune autorité judiciaire n'a établi son innocence. Le Procureur de la République ou le juge d'instruction a donc la possibilité de revenir sur cette ordonnance qui ne les lie pas. Ils peuvent tous deux décider de rouvrir les investigations, notamment en raison de la découverte de faits nouveaux. En conséquence de quoi il n'est pas prévu que le bénéficiaire du non-lieu ou du classement sans suite pour insuffisance de charges doive être informé de la mention de ces décisions dans les fichiers d'antécédents. A partir de l'ouverture d'une enquête et tant qu'il n'a pas été blanchi par une décision d'un juge de la magistrature assise, il doit donc connaître sa qualité de suspect.

1147. La logique suivie par le législateur n'est pas différente en matière de fichiers d'analyse sérielle. La conservation des données nécessite l'information de l'intéressé. Les articles 230-12 et suivants du Code de procédure pénale établissent une différence expresse entre « *les individus* » et « *la personne* » seule visée par la collecte d'informations¹³⁵³. A la différence des données *individuelles* qui renvoient aux qualités d'un citoyen indépendamment des constatations réalisées par des services de police, les données *personnelles* sont issues des investigations diligentées par des représentants de l'Etat, durant l'enquête préliminaire, de flagrance, l'instruction ou au titre d'autres enquêtes spéciales (art. 74 et 74-1 du CPP). Elles ont pour seule fin de mettre à jour l'implication de l'individu concerné dans la commission vraisemblable d'une infraction. L'article 230-13 précise que ces données « *sur les personnes* » visent celles contre qui

¹³⁵³ Art. 230-12 du Code de procédure pénale : « afin de rassembler les preuves et d'identifier les auteurs, grâce à l'établissement de liens entre les *individus*, les événements ou les infractions, des crimes et délits présentant un caractère sériel, les services et unités de la police et de la gendarmerie nationales chargés d'une mission de police judiciaire peuvent mettre en œuvre, sous le contrôle des autorités judiciaires, des traitements automatisés de données *à caractère personnel* ».

existent « *des indices graves ou concordants rendant vraisemblable leur participation à une infraction* », comme pour les fichiers d'antécédents.

1148. En raison de la nature sérielle des infractions pour la prévention desquelles ce fichier est établi, il existe quelques différences avec les fichiers d'antécédents. D'abord, si les indices graves ou concordants aboutissent à une condamnation, les données sont conservées. Ensuite, ces fichiers d'analyse sérielle concernent également, parmi les personnes suspectées, celles à l'encontre desquelles existent « *des raisons sérieuses de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction punie d'au moins cinq ans d'emprisonnement* »¹³⁵⁴. Le critère des « *raisons sérieuses* » existe en concours de celui des « *indices graves ou concordants* ». Il met l'accent sur l'intime conviction de l'enquêteur car les « *raisons* » renvoient à ses motifs d'action, à une intuition, tandis que les indices graves ou concordants résultent de constatations objectives telles que le relevé de traces ADN ou le contenu d'une déposition. En effet, faire le rapport entre différentes infractions commises en série implique de s'en remettre aux « *soupçons* » de l'enquêteur qui doit « *établir des liens entre les individus, les évènements ou les infractions* » (art. 230-12 al. 1 CPP). Enfin, il est prévu à titre dérogatoire par rapport aux prévisions de la loi informatique et libertés, que les fichiers d'analyse sérielle peuvent enregistrer « *des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci* » (art. 230-12 al. 2 CPP, par renvoi au I de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978).

1149. Les règles de conservation des données dans les fichiers d'antécédents ou d'analyse sérielle sont sensiblement les mêmes : les informations sont effacées en principe lorsque le suspect a bénéficié d'une décision de justice l'innocentant. Si ce n'est pas le cas, l'intéressé est avisé du maintien des données le concernant dans le fichier d'analyse sérielle (art. 230-14 qui renvoie aux articles 230-8 et 230-9 du Code de procédure pénale). Une différence notable existe pour les procédures particulières de recherche des causes de la mort (art. 74 CPP) ou de disparitions (art. 74-1 CPP). La condamnation n'entraîne pas l'effacement des données. Le condamné dispose du droit à demander cet effacement, sauf si le Procureur de la République ou le magistrat mentionné à l'article 230-9 du CPP décide de les y conserver. Le droit à exercer cette

demande implique que le condamné soit informé de ce fichage, et *a fortiori* qu'il soit au courant d'y être encore fiché après condamnation lorsque les autorités susvisées opinent en ce sens.

1150. En résumé, la nature sérielle des infractions objet d'enquête entraînent parfois certains ajustements par rapport au régime du fichage d'antécédents. *Mais le principe est celui du droit à l'effacement des données après condamnation, comme c'est systématiquement le cas pour des infractions commises sans rapport les unes avec les autres. Ce principe devient l'exception lorsque la découverte d'un cadavre ou la disparition d'une personne augure la commission d'infractions en série. Cependant qu'il s'agisse des fichiers d'antécédents ou d'analyse sérielle, la personne concernée doit toujours être informée de son fichage.* Cette règle apparaît explicitement dans tous les cas où un individu peut légitimement escompter ne plus être suspecté, par exemple lorsqu'il est acquitté ou relaxé. En effet dans ses cas, le maintien des données personnelles du suspect dans les fichiers contrarie la conviction que l'individu concerné ne plus faire l'objet de suspicions dans la mesure où il été innocenté. Il a donc toujours connaissance de sa qualité de suspect aux yeux des organes d'enquête, quand ces soupçons impliquent de porter atteinte à sa présomption d'innocence par la conservation de ces données personnelles. *La conscience qu'un individu doit avoir de sa condition de suspect conditionne la validité de la l'inscription et de la conservation des données tant dans les fichiers d'antécédent que dans ceux d'analyse sérielle.*

1151. La création de ces deux types de fichiers illustre la reconstruction des équilibres procéduraux autour de la question du discernement. Au stade de l'enquête, le respect concurrent des droits à la sécurité et à la sûreté passe par l'inscription de données personnelles dans des fichiers de police, ce qui constitue une réponse à l'impératif sécuritaire, mais au su de la personne concernée par égard à son droit à la sûreté. Consciente que sa qualité de suspect perdure au-delà d'une enquête en cours, l'individu concerné peut demander l'effacement des données le concernant de ce « casier d'enquête judiciaire ».

1152. Certains fichiers ont une vocation préventive, à l'instar du Fichier Judiciaire National Automatisé des Auteurs d'Infractions Sexuelles ou Violentes (FIJAVIS), créé par la loi du 9 mars 2004 et modifié par celle du 12 décembre 2005. Comme l'ensemble des

¹³⁵⁴ Art. 230-13, 2° du Code de procédure pénale.

fichiers de police qui font l'objet d'une réglementation dans le Code de procédure pénale, le FIJAIS ne comprend aucune donnée à caractère personnel sans que l'individu concerné n'ait été mis au courant de la qualité en vertu de laquelle il y est mentionné (art. 706-53-6 qui prévoit une information par l'autorité judiciaire). Ainsi le FIJAIS recense les personnes ayant fait l'objet d'une condamnation pénale, qu'elle soit définitive ou non et assortie ou non d'une dispense ou d'un ajournement de peine, d'une composition pénale, d'une déclaration d'irresponsabilité ou enfin d'une mise en examen. Ce sont autant de décisions prises par des autorités judiciaires – françaises ou étrangères – dotées de compétences juridictionnelles. Elles sont donc nécessairement connues de l'intéressé.

1153. En conclusion, l'analyse du droit positif et du droit prétorien révèle deux constantes : la nécessaire information du suspect sur sa qualité personnelle, fondement qui reste jusqu'à présent méconnu en matière de preuve à cause de l'extension du champ de la notion de loyauté. C'est ce qu'il convient de justifier en abordant les hypothèses dans lesquelles cette conscience personnelle fait défaut.

Sous-section 2. Les conséquences de l'absence de discernement du suspect sur la recevabilité de la preuve

1154. Il se peut qu'un individu auquel le législateur souhaite attribuer une qualité personnelle ne soit pas en mesure de bénéficier d'une notification. S'il ne comprend pas la langue française, de même que lorsqu'il se trouve dans un état d'ébriété avancée, d'inconscience ou de sommeil, il se retrouve nécessairement dans l'incapacité de jouir du discernement. Dans ce cas, l'abstention des organes d'enquêtes, récalcitrants à prendre des mesures immédiates pour contourner ces obstacles, a pour effet de le maintenir indument dans un état d'absence de discernement. L'effet est donc le même qu'en matière de provocation à la commission d'une infraction par un policier, sauf que le comportement répréhensible est un acte de commission dans ce cas, d'omission dans l'autre.

1155. Une fois le suspect informé de son statut personnel, il se peut encore qu'il vienne à en manquer en cours d'audition, par exemple lorsque les fonctionnaires de police décident de lui administrer une substance chimique ou de le plonger sous hypnose. Le trouble psychique ou neuropsychique causé par ce procédé ne constitue pas une cause suffisante d'irrecevabilité de la preuve ainsi recueillie. Il faut en outre qu'il ôte son discernement au suspect. Cette absence momentanée de conscience réflexive prend alors la forme d'une abolition du discernement.

1156. Dans ces deux cas, l'incapacité de discernement (A) et l'abolition du discernement (B), l'absence de discernement de la personne entendue sous contrainte s'oppose à la recevabilité de la preuve recueillie.

§ 1. Les conséquences de l'incapacité de discernement du suspect

1157. L'incapacité de discernement peut être générale ou particulière. Sa généralité résulte de l'état initial d'ignorance du suspect sur sa qualité personnelle durant l'enquête. Mais cette ignorance peut également être provoquée par des policiers qui souhaitent le priver de cette connaissance afin de le surprendre. Dans ce cas, ils instrumentalisent l'incapable de discernement par abus de leurs prérogatives légales. Il faudra envisager ces deux hypothèses : l'incapacité générale de discernement du suspect (A) et son incapacité de discernement particulière (B).

A. L'incapacité générale de discernement du suspect

1158. Les hypothèses d'incapacité de discernement ne sont pas légion. Elles concernent principalement *la barrière de la langue* (1) et *l'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique* tel que, par exemple, l'ébriété avancée (2). L'inaptitude de l'intéressé à comprendre la notification de son statut personnel impose le report de l'attribution du discernement.

1. L'incapacité de discernement causée par la barrière de la langue et le recours immédiat à un interprète

1159. L'assistance de l'interprète est prévue en matière d'instruction aux articles 102 et 121 du Code de procédure pénale. Devant les juridictions de jugement, l'obligation d'y recourir se fonde sur les articles 535 du même code pour le tribunal de police et le juge de proximité, l'article 470 devant le juge correctionnel et les articles 272, 291 et 344 et suivants pour la cour d'assises. Depuis les lois des 4 janvier et 24 août 1993¹³⁵⁵, il a été étendu à la phase d'enquête par modification de l'article 63-1 du Code de procédure pénale. Cet élargissement de l'obligation du recours à l'interprète manifestait ainsi l'émergence du discernement comme condition générale de la validité des actes coercitifs touchant à la personne¹³⁵⁶. Il est parachevé avec la loi n° 2013-711 du 5 août 2013¹³⁵⁷ – assortie du décret du 25 octobre 2013¹³⁵⁸ –, le droit à un interprète figurant désormais dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale, où le législateur précise que le refus de l'octroi de cette assistance doit être fait de manière « éclairée »¹³⁵⁹. L'objectif étant de protéger le droit du suspect à la sûreté en l'informant de sa qualité personnelle,

¹³⁵⁵ Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 « modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale », JO du 25 août 1993, p. 11991.

¹³⁵⁶ Comp. E. GARCON, « Le droit à l'assistance d'un interprète impartial au cours de la garde à vue », *AJ pénal* 2004, p. 152, sous CA Agen, 10 novembre 2003, qui y voit la manifestation des droits de la défense étendus à la phase d'enquête ; voir également sur cette question J.-F. ESCHYLLE, « L'interprète en matière pénale », *RSC* 1992, p. 259 et s.

¹³⁵⁷ Art. 4 de la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 « portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France », JO du 6 août 2013, p. 13338. A noter que l'article 803-5 du Code de procédure pénale créé par la loi du 5 août 2013 évoque la « capacité » de la personne suspectée ou poursuivie à comprendre la langue française.

¹³⁵⁸ Décret n° 2013-958 du 25 octobre 2013 « portant application des dispositions de l'article préliminaire et de l'article 803-5 du code de procédure pénale relatives au droit à l'interprétation et à la traduction », JO du 27 octobre 2013, p. 17550.

¹³⁵⁹ « Si cette personne ne comprend pas la langue française, elle a droit, dans une langue qu'elle comprend et jusqu'au terme de la procédure, à l'assistance d'un interprète, y compris pour les entretiens avec son avocat ayant un lien direct avec tout interrogatoire ou toute audience, et, sauf renonciation expresse et éclairée de sa part, à la traduction des pièces essentielles à l'exercice de sa défense et à la garantie du caractère équitable du procès qui doivent, à ce titre, lui être remises ou notifiées en application du présent code ».

ces dispositions devaient logiquement s'étendre à tous ceux qui « *présentent des troubles de la parole ou de l'audition* »¹³⁶⁰.

1160. Ainsi *l'incompréhension de la langue française ne justifie pas nécessairement le droit à l'interprète*. Elle n'a cet effet que lorsqu'elle empêche le mis en cause d'avoir connaissance de son statut procédural. C'est pourquoi la Chambre criminelle n'érige pas le droit à l'interprète en droit absolu susceptible d'entraîner la nullité de la phase de jugement. L'individu qui parle une langue étrangère sait déjà qu'il est mis en cause au stade de l'audience. Il a déjà connaissance de sa qualité personnelle de prévenu et *il a donc conscience de l'étendue de son ignorance*. Le recours à l'interprète est un droit qui reste à sa disposition, sans qu'il puisse se plaindre de n'en avoir pas usage. Ainsi des accusés ne comprenant pas ou ne parlant pas le français ne peuvent pas invoquer d'atteinte à leur droit de défense pour absence de l'interprète lors de la suite des débats si, lors de la constitution du jury de jugement, ils avaient compris les avertissements du Président de la cour d'assises et le droit de récusation qui leur était ouvert¹³⁶¹. En règle générale, le fait qu'il soit représenté par un avocat suffit à établir qu'il avait tout le loisir de faire une demande en ce sens, si bien qu'à *défaut de réclamation* du conseil la demande en annulation de la procédure est rejetée¹³⁶². Qui plus est la présence d'un interprète présume la bonne compréhension des débats tant qu'il n'y a pas de réclamation pendant qu'ils se tiennent¹³⁶³.

1161. En revanche, dès lors que la méconnaissance des rudiments de la langue française rend le mis en cause ignorant de sa propre ignorance, il faudra recourir à un interprète (expert ès langues) afin de vaincre l'incapacité de discernement du suspect, au stade de l'instruction ou de la phase d'enquête.

1162. Au stade de l'instruction, l'article 102 du Code de procédure pénale prévoit la *possibilité* pour le juge en charge de désigner un interprète lorsqu'il entend un témoin. Celui-ci n'est pas partie à la procédure et ne risque donc pas d'être inquiété par des actes de contrainte. Par conséquent la nomination d'un interprète sert strictement les intérêts

¹³⁶⁰ Art. D. 594-5 du Code de procédure pénale, créé par le décret n° 2013-958 du 25 octobre 2013 : « *le droit des personnes suspectées ou poursuivies à bénéficier de l'assistance d'un interprète en application des dispositions du présent code s'applique également aux personnes présentant des troubles de la parole ou de l'audition* ». En jurisprudence, la solution à était connu à l'égard d'un prévenu uniquement, cf. Crim., 15 décembre 1999, Bull. crim. n° 309, p. 956.

¹³⁶¹ Crim., 4 janvier 1917, Bull. crim. n° 1, p. 1.

¹³⁶² Crim., 16 février 1906, Bull. crim. n° 83, p. 142 ; Crim., 14 avril 1930, Bull. crim. n° 126, p. 250 ; Crim., 18 mars 1921, Bull. crim. n° 134, p. 226 ; Crim., 10 novembre 1948, Bull. crim. n° 256, p. 388 (au sujet d'un Somalien comprenant mal le français) ;

¹³⁶³ Crim., 3 juin 1955, Bull. crim. n° 266, p. 482 ; Crim., 11 juillet 1919, Bull. crim. n° 171, p. 182 (au sujet d'un prévenu Syrien ne parlant que l'arabe et assisté d'un interprète) ; Crim., 11 mars 1970, Bull. crim. n° 99, p. 228.

du ministère public dans sa quête de vérité matérielle et sa carence ne devrait donc pas faire grief. La situation est différente en ce qui concerne la personne mise en examen. Pourtant l'article 121 al. 2 du même code opère un renvoi à l'article 102, ce qui laisse donc supposer qu'il n'y ait aucune obligation pour le juge d'instruction d'y recourir. Cependant d'après l'article 114 ouvrant la section consacrée aux interrogatoires et confrontations, « Les parties ne peuvent être entendues, interrogées ou confrontées, à moins qu'elles n'y renoncent expressément, qu'en présence de leurs avocats ou ces derniers dûment appelés ». Le juge d'instruction qui souhaite entendre un suspect ne peut procéder sans la présence d'un avocat, auquel il appartiendra donc de solliciter les services d'un interprète. La Chambre criminelle ne s'est prononcée que dans le cas où la personne représentée par un avocat, bien qu'étrangère, comprenait le français. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 3 mai 2007¹³⁶⁴, il s'agissait d'une personne en situation irrégulière. Durant l'interrogatoire de première comparution comme lors de son interrogatoire de *curriculum vitae*, réalisés en présence de son avocat, elle affirme comprendre le français bien qu'il faille lui parler « doucement » ou parfois lui répéter les termes des questions. Ce n'est qu'à titre de précaution que le magistrat instructeur a requis les services d'un interprète durant la confrontation, partant pour les besoins du récolement des preuves.

1163. Au visa des articles 102 et 121 du Code de procédure pénale, elle rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la Chambre d'accusation, étant donné que ni l'intéressé, ni l'avocat n'ont sollicité la présence d'un interprète, les différents interlocuteurs du mis en examen ayant par ailleurs dialogué avec lui sans avoir besoin d'une telle assistance. En l'occurrence, l'intéressé comprenait le français mais dans le cas inverse, il appartiendrait à l'avocat de garantir l'attribution du discernement au mis en examen.

1164. S'agissant d'une qualité nécessaire à l'audition, elle doit s'étendre aux entretiens du sujet de la procédure avec l'expert. Lorsque la barrière de la langue cause l'incapacité de discernement, aucun élément de preuve ne peut s'extraire d'une audition, comme l'illustre l'arrêt du 21 mars 2007¹³⁶⁵.

1165. Un prévenu avait bénéficié de l'assistance d'un interprète pendant la garde à vue et les interrogatoires menés par le juge d'instruction mais ce ne fut pas le cas lors des

¹³⁶⁴ Crim., 3 mai 2007, *Dr. pén.* 2007, n° 147, note A. MARON.

¹³⁶⁵ Crim., 21 mars 2007, Bull. crim. n° 90, p. 456, *D.* 2007, p. 1271, obs. A. DARSONVILLE ; *AJ pénal* 2007, note G. ROYER.

expertises psychologique et psychiatrique. Les juges de la Chambre de l'instruction n'y trouvèrent rien à redire. Ils se fondaient sur une analyse stricte des articles 102 et 121 du Code de procédure pénale qui régissent l'intervention d'un interprète au cours de l'information et ne mentionnent que les auditions de témoins, les interrogatoires et les confrontations. Ils se rangèrent aux arguments du ministère public qui observait que ces dispositions ne visaient pas l'expertise. Au surplus d'après les juges de la Cour d'appel d'Angers (arrêt du 29 novembre 2006), le rapport d'expertise avait été soumis au débat contradictoire devant le juge du fond, de sorte que les droits de la défense avaient été sauvegardés.

1166. Le moyen au pourvoi soutenait au contraire que toutes les opérations qui participent de l'établissement de la preuve de l'innocence ou de la culpabilité, doivent être menées dans le respect des principes qui gouvernent un procès équitable. Après avoir constaté l'existence de ce droit au stade de l'interrogatoire, le requérant en déduisait son extension lors de l'expertise par un raisonnement *a fortiori*. Les opérations d'expertise psychologique ou psychiatrique, lorsqu'elles sont ordonnées par le juge d'instruction, ne peuvent donc être menées sans que la personne mise en examen ne soit assistée d'un interprète à l'instar de l'assistance qui lui a été accordée lors des interrogatoires.

1167. Le problème de droit que la Chambre criminelle était amenée à résoudre concernait donc l'existence du droit à un interprète au profit du mis en examen comprenant difficilement le français au cours d'une expertise psychologique ou psychiatrique.

1168. La Cour de cassation vise l'article 6 § 1, 3° de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle énonce à titre préliminaire « qu'il s'*induit* des dispositions de ce texte, selon lesquelles tout accusé qui ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience a droit à se faire assister gratuitement d'un interprète, que ce droit doit bénéficier également à la personne mise en examen lorsque l'expert reçoit ses déclarations ». Elle casse donc la décision des juges d'appel qui n'avaient pas « rechercher si l'assistance d'un interprète était nécessaire à la conduite des expertises alors [que le mis en examen] avait bénéficié d'une telle assistance durant sa garde à vue et lors des interrogatoires menés par le juge d'instruction ».

1169. L'induction opérée par la Chambre criminelle indique la présence d'un principe régulateur de l'administration de la preuve sous-jacent aux règles posées aux articles 102 et 121 du Code de procédure pénale. Le droit à l'interprète au stade de l'information

découle d'un critère qu'elle ne désigne pas expressément mais qui impose l'extension de ce droit lors de l'expertise de personnalité. Elle vérifie sans l'affirmer la nécessité du discernement de celui qui est soumis à un acte d'enquête coercitif. Précisément, la preuve qui requière l'intelligence de l'intéressé n'a pas d'existence matérielle lorsqu'il n'était pas capable de discernement durant l'exécution de cet acte d'enquête.

1170. La nécessité absolue de la capacité de discernement de l'individu qui fait l'objet d'une mesure d'enquête personnelle apparaît également dans l'arrêt du 25 mai 2005¹³⁶⁶. Dans cette espèce, un ressortissant chinois mis en examen obtient la désignation d'un avocat commis d'office. Il requière l'assistance d'un avocat mais, devant l'inertie du juge d'instruction qui n'avait pas statué dans le délai d'un mois, il saisit directement le président de la chambre de l'instruction en application de l'article 81 (dernier alinéa) du Code de procédure pénale. Ce dernier déclare par ordonnance n'y avoir lieu à saisir la chambre de l'instruction. En principe (art. 186-1 du Code de procédure pénale), ces ordonnances sont insusceptibles de pourvoi en cassation, sauf si elles ne répondent pas aux règles de forme essentielles ou qu'elles réalisent un *excès de pouvoir*. Le pourvoi critiquait cet aspect de l'ordonnance devant la Chambre criminelle. Pour casser la décision du président de la chambre de l'instruction, la Cour de cassation vise les articles 81, 82-1 du Code de procédure pénale et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

1171. L'article 81 *in fine* du Code de procédure pénale n'intervient dans le visa que dans la mesure où il a fondé la possibilité d'adresser une requête auprès du président de la chambre de l'instruction. Pour fonder sa décision sur le fond du droit, la Chambre criminelle se repose surtout sur l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dont elle tire le « *principe de libre communication entre la personne mise en examen et son avocat* ». En vertu de ce principe, « la demande d'une personne poursuivie, bénéficiant de l'aide juridictionnelle et qui sollicite la désignation d'un interprète chargé de l'assister dans ses entretiens avec son avocat ainsi que la prise en charge par l'Etat des frais en résultant, ne saurait être déclarée irrecevable ; (...) elle

¹³⁶⁶ Crim., 25 mai 2005, Juris-Data n° 2005-028905, Bull. crim. n° 157, p. 563, D. 2005, IR 1884 ; JCP 2005, IV, 2555 ; RSC 2005, p. 868, obs. D. COMMARET ; Dr. pén. 2005, comm. n° 136, note A. MARON, qui exprime à cet endroit la même idée en commentant une décision indépendante. Cf. CA Dijon, 2 juin 1993, Juris-Data n°1993-049571, A. MARON, Dr. pén. 1993, comm. 205. Il estime que le visa de l'article 82-1 du Code de procédure pénale précité présente l'inconvénient de forcer la lettre du texte étant donné que « les mesures utiles » auxquelles peut provoquer le mis en examen, selon cet article, renverraient à des actes d'instruction tenant à *sa personne*, tels que l'examen médical ou l'examen psychologique. Il en conclut qu'il eut donc mieux fallu se fonder sur l'article 81 alinéa premier qui autorise le juge d'instruction à procéder « à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité ».

entre dans la catégorie des mesures qui peuvent, en application de l'article 82-1 du code susvisé, être demandées par la *personne* mise en examen au cours de l'information ».

1172. D'article 82-1 du Code de procédure pénale visé à l'arrêt « *les parties peuvent, au cours de l'information, saisir le juge d'instruction d'une demande écrite et motivée tendant à ce qu'il soit procédé [à tous actes] qui leur paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité* » (al. 1^{er}). En affirmant que la demande d'un interprète afin de s'entretenir avec son avocat entre dans la catégorie des mesures prévues à cet article, la Chambre criminelle procède à une double affirmation. D'une part, cette mesure concourt à la manifestation de la *vérité*. D'autre part, elle concerne la *personne* du mis en examen. En effet si la vérité judiciaire peut s'établir au détriment de l'individu qui provoque à l'assistance d'un interprète, elle est conforme à la mise en lumière de la vérité matérielle. La Cour de cassation n'envisage donc pas cette mesure d'assistance comme une manifestation des droits de l'accusé à se défendre, ou en tout cas pas à titre exclusif. Cette interprétation est conforme au statut de l'interprète qui agit généralement comme un auxiliaire de justice, obligé au serment « *d'apporter son concours à la justice en son honneur et en sa conscience* » et qui ne doit donc pas, lorsqu'il est commis gratuitement, servir les intérêts particuliers de l'accusé. Cette fonction continue d'être remplie lorsqu'il intervient auprès de l'une des *personnes* sujette à la procédure, ce qui est encore différent des actes d'instruction accomplis dans l'intérêt de l'individu pris dans la procédure pénale¹³⁶⁷. La correction de l'incapacité de discernement du mis en examen correspond donc bien à son œuvre d'assistant à la manifestation de la vérité judiciaire.

1173. Au stade de l'enquête policière, la présence de l'avocat n'est pas prévue *ab initio* lors des auditions dont il peut faire l'objet, notamment durant la garde à vue. L'article 63-1 du Code de procédure pénale ne vise pas expressément l'incapacité de discernement du sujet de la procédure pénale. D'après l'alinéa 3 de cet article, « *les informations mentionnées au premier alinéa doivent être communiquées à la personne gardée à vue dans une langue qu'elle comprend, le cas échéant au moyen de formulaires écrits* ». De fait, l'alinéa premier de l'article précité pose l'obligation de notifier ses droits au gardé à vue et postule donc l'intelligibilité de la notification. Il ne s'applique qu'aux personnes susceptibles de comprendre leur statut procédural, qu'elles maîtrisent parfaitement ou imparfaitement la langue française. En revanche il ne concerne pas celles

¹³⁶⁷ *Contra* A. MARON, note sous Crim., 25 mai 2005, préc., p. 26, qui considère que cette fonction n'est plus remplie lorsque le traducteur intervient au profit de l'une des parties exclusivement.

qui ne comprendraient même pas la notification du droit à un interprète. Comment un étranger ne comprenant pas un mot de français pourrait-il bénéficier du contenu de cette notification, quand bien même prévoirait-elle justement son droit à être assisté d'un interprète ? La notification du statut défini à l'article 63-1 précité est conditionnée, le cas échéant, par l'intervention d'un interprète.

1174. Dans le cas de l'incapacité de discernement liée à la barrière de la langue, les enquêteurs ou le juge d'instruction, aussitôt cette incapacité d'intellection constatée, doivent chercher à s'assurer les services d'un interprète ou recourir à des formulaires écrits. A la différence d'une concrétisation des droits notifiés au garde à vue qui peut intervenir dans un délai de trois heures, l'attribution du discernement est censée être immédiate et n'est pas concernée par ce délai.

1175. L'article 63-1 du Code de procédure pénale dispose in fine que, « *sauf en cas de circonstance insurmontable, les diligences résultant pour les enquêteurs de la communication des droits mentionnés aux articles 63-2 et 63-3 doivent intervenir au plus tard dans un délai de trois heures à compter du moment où la personne a été placée en garde à vue* ». L'incompréhension de la langue française par le gardé à vue ne constitue pas l'une de ces circonstances insurmontables. Cette précision liminaire signifie que dans l'hypothèse où les droits ont été notifiés immédiatement, les policiers ont une fenêtre de trois heures maximum afin d'entreprendre les démarches qui les rendent effectifs. L'article 63-1 dernier alinéa du Code de procédure pénale désigne en effet les « *diligences résultant (...) des droits mentionnés aux articles [précités]* ». Il s'agit par exemple du délai ouvert pour contacter un avocat lorsque le gardé à vue a exprimé le choix d'en solliciter les services, ou d'entreprendre la recherche d'un interprète qui assistera le suspect lors de son audition.

1176. En conséquence, il n'y a pas en la matière de limite temporelle objective qui encadre le délai dans lequel les mesures permettant de lutter contre l'incapacité de discernement doivent être entreprises. Il ne faut donc pas confondre l'effectivité des droits du gardé à vue et celle de la notification du statut de gardé à vue. Tandis que la mise en place des prérogatives du gardé à vue doit débiter dans un délai de trois heures après que l'intéressé en aura fait la demande, la notification d'un placement en garde à vue doit être immédiate, à moins que le gardé à vue ne comprenne pas le français. Dans ce cas, la recherche d'un interprète doit être immédiate.

1177. La jurisprudence offre des illustrations de cette exigence d'immédiateté. Elle décide dans un arrêt de rejet que l'intervention de l'interprète, plusieurs heures après le placement en garde à vue, n'est autorisée qu'à la condition de ne pas porter sur la notification de son statut procédural. Dans l'arrêt du 11 février 1998¹³⁶⁸, une personne d'origine tunisienne résidant en France depuis près de vingt-cinq ans au jour des faits est placée en garde à vue. Elle reçoit notification de ses droits en langue française qu'elle a déclaré comprendre et subit un interrogatoire de 9 à 11 heures. Elle est placée en garde à vue rétroactivement à 8h30 et son placement se prolonge jusqu'à minuit, moment à partir duquel les services de police recourent procédent à une nouvelle notification, en langue arabe, par le truchement d'un interprète. La Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Bastia le justifie par les réticences du gardé à vue à répondre lorsque l'interrogatoire est devenu plus précis et plus difficile. Le moyen au pourvoi soutenait la tardiveté de la notification des droits dans une langue comprise de l'intéressée. La nécessité d'un interprète durant l'audition indiquait selon le moyen que la personne placée en garde à vue n'avait pas pu comprendre les droits qui lui avaient été notifiés. La Cour d'appel avançait à l'inverse que la validité de la notification ne pouvait dépendre du bon vouloir des personnes d'origines étrangères, ce qui adviendrait si leurs réticences à répondre pouvaient finalement jouer en leur faveur. La Chambre criminelle s'appuie sur les constatations des juges du fond pour rejeter le moyen.

1178. L'arrêt posait la question de droit suivante : *la notification des droits en langue française doublée d'une notification ultérieure par un interprète établit-elle l'incapacité de discernement initiale de la personne gardée à vue ?*

1179. La Cour de cassation affirme précisément que « *pour refuser d'annuler cet acte de la procédure et ceux subséquents, la chambre d'accusation constate que les informations mentionnées au premier alinéa de l'article 63-1 du Code de procédure pénale ont été communiquées à X..., qui réside en France depuis 1973, dans une langue comprise par lui ; que les juges ajoutent que l'assistance ultérieure d'un interprète était justifiée par des difficultés tenant à l'attitude de la personne entendue* ». Quelle portée faut-il attribuer à cette décision de rejet ? Il semble que, d'une part, la nature et la portée de la notification ont été comprises dès le placement en garde à vue ; d'autre part et de manière accessoire (« *les juges ajoutent* »), que la seconde notification était nécessaire en

¹³⁶⁸ Crim., 11 février 1998, Bull. crim. n° 55, p. 148, RSC 1998, p. 583, obs. J.-P. DINTILHAC ; *Procédures* 1998, comm. n° 206, obs. J. BUISSON.

raison du comportement récalcitrant de l'intéressé. La Cour semble tirer les conséquences de la mauvaise foi de celui qui, pour refuser de s'exprimer, avait dû feindre de ne plus comprendre le sens des questions posées, la Cour insistant sur son « *attitude* ». Afin de parer à ce subterfuge, les policiers avaient eu la prudence de faire appel à un interprète.

1180. Lorsque l'incapacité de discernement du gardé à vue fait obstacle à cette attribution, le temps de la procédure ne peut débiter son cours. Certes, les policiers doivent entreprendre immédiatement la recherche d'un interprète. Néanmoins une fois cette formalité accomplie, l'arrivée effective de l'interprète peut survenir jusqu'au lendemain du début de la garde à vue.

1181. L'effet suspensif de procédure de l'incapacité de discernement se manifeste implicitement dans l'arrêt du 3 décembre 1993. Un interprète en langue arabe requis vers 18h par des policiers leur répond ne pouvoir se présenter au mieux que le lendemain. Il arrive sur place à 9h15, moment auquel le gardé à vue reçoit notification de ses droits. Les juges du fond refusent d'annuler la procédure mais leur décision est censurée par la Cour de cassation.

1182. La Chambre d'accusation se retranchent derrière l'argument peu pertinent du gardé à vue qui invoque n'avoir pas pu bénéficier du droit à l'assistance d'un avocat. Elle lui rétorque qu'il « ne peut tirer argument de n'avoir pu s'entretenir avec un avocat à l'issue de la 20^e heure de garde à vue, dès lors que « le barreau » avait été avisé dans des délais suffisants de la demande qu'il avait formée à cette fin ». En substance, d'après les juges du fait, l'arrivée effective de l'avocat ne dépendant pas des policiers, il ne pouvait leur être reproché de n'y avoir pourvu. Ils ajoutent que, « *conformément à sa volonté*, l'intéressé a été examiné par un médecin avant le terme de la mesure, qu'il a refusé de faire prévenir sa famille et qu'il n'a été entendu sur le fond qu'après avoir été informé de ses droits ». L'avocat du gardé à vue a donc orienté sa défense sur l'inefficacité du droit à un avocat – à laquelle il contribue sans le savoir – étant donné qu'il s'agit du seul que son client a sollicité parmi ceux visés à l'article 63-2 du Code de procédure pénale. Cette décision pose le problème de droit suivant : lorsque l'interprète contacté informe les services de police qu'il ne peut se présenter que le lendemain, la notification des droits intervenue avec son concours seize heures après le placement en garde à vue rend-elle la recherche d'un avocat tardive?

1183. Par un motif pris de pur droit, la Chambre criminelle casse la décision de la Chambre d'accusation et confirme l'existence d'une circonstance insurmontable¹³⁶⁹. Elle rappelle dans le chapeau de l'arrêt « *qu'il résulte de l'article 63-1 du Code de procédure pénale que l'officier de police judiciaire ou, sous son contrôle, l'agent de police judiciaire, a le devoir de notifier immédiatement les droits attachés au placement en garde à vue ; que tout retard injustifié dans la mise en œuvre de cette obligation porte nécessairement atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* ». Elle juge enfin que « *l'arrêt attaqué n'invoque aucune circonstance pouvant justifier qu'il ait été impossible, en l'espèce, de faire appel à un autre interprète que celui qui avait été requis* ». Ainsi premièrement, la Cour de cassation reproche aux juges d'avoir cautionné un détournement de procédure. Les policiers auraient dû tout mettre en œuvre pour assurer l'attribution immédiate du discernement au gardé à vue. Or ils s'étaient contentés de contacter un seul interprète. Deuxièmement, la solution de la Cour de cassation étaye implicitement l'effet suspensif de cette incapacité de discernement, pour l'hypothèse où les policiers auraient rempli leurs obligations. Elle vise effectivement des « circonstances » qui ne justifient pas « l'impossibilité » de vaincre l'incapacité de discernement du gardé à vue. Or l'article 63-1 *in fine*, qui s'applique à l'hypothèse où le gardé à vue aurait compris son statut procédural, mentionne des « circonstances insurmontables » ouvrant un délai de trois heures. Certes, l'impossible et l'insurmontable renvoient à une même idée : l'existence d'un obstacle incontournable. Toutefois l'emploi d'un même terme aurait laissé entendre que cette solution se plaçait sous les hospices de l'article 63-1 *in fine* du Code de procédure pénale quand elle se fonde plus sûrement sur son alinéa 3¹³⁷⁰.

1184. La Chambre civile de la Cour de cassation, compétente lorsqu'elle statue en matière de prolongation du maintien des étrangers en rétention administrative (art. L. 551-1-1 et s. du Code des étrangers), n'est pas très sourcilleuse à cet égard. Dans les faits d'une espèce tranchée le 19 juin 2007¹³⁷¹, des policiers sont appelés pour régler un différend sur la voie publique. Ils interpellent une femme d'origine nigériane qui présente un faux permis de résidence espagnol. Placée en garde à vue à minuit, elle ne reçoit notification de ses droits qu'à 8h20. Cependant dans l'intervalle, elle avait prétendu ne parler qu'anglais. Les policiers ont tenté de joindre en vain sept experts

¹³⁶⁹ Crim., 3 décembre 1996, Bull. crim. n° 443, p. 1297.

¹³⁷⁰ Comp. A. MARON, « La garde à vue fait une poussée de bourbouille », *Dr. pén.* 1999, chr. n° 5, p. 4, qui estime qu'il s'agit d'un « délai de confort » en l'espèce davantage que d'une « circonstance insurmontable ».

¹³⁷¹ Civ. 1^{ère}, 19 juin 2007, Juris-Data n° 2007-039676, *Dr. pén.* 2007, comm. 122, A. MARON.

différents avant que l'intéressée n'affirme comprendre la langue française. Aussitôt après cette révélation, l'officier de police judiciaire la plaçait en garde à vue et lui notifiait le contenu de ce statut. La personne d'origine étrangère faisant l'objet d'une procédure de reconduite à la frontière, elle a saisi le juge des libertés et de la détention (JLD) du Tribunal de grande instance de Toulouse afin de faire annuler la garde à vue pour tardiveté de la notification des droits prévus à l'article 63-1 du Code de procédure pénale. Il décide cependant de prolonger la mesure de rétention de l'intéressée. Le refus essuyé amène cette dernière à soumettre une demande identique au premier président de la Cour d'appel de Toulouse qui rend une ordonnance confirmative. L'ordonnance mentionne que les affirmations de la ressortissante nigériane, qui a indiqué expressément ne pas parler le français mais l'anglais, ont mis l'enquêteur dans *l'impossibilité* de notifier immédiatement les droits et l'a *contraint* à faire un procès-verbal de report de la mesure pour « barrière de la langue ». D'après l'ordonnance, « le comportement de l'intéressé a été à l'origine de l'impossibilité de lui notifier immédiatement ses droits en garde à vue et (...) les diligences *ensuite* accomplies par les policiers constituent les *circonstances insurmontables* au sens de la loi qui justifient le *retard* intervenu dans la notification ». Son contenu n'est pas repris en l'état par la Cour de cassation eu égard sans doute à ses approximations pléthoriques : il n'y a pas eu de « retard » mais un report du moment de la notification ; d'autre part les diligences accomplies par les policiers ne « constituent » pas les « circonstances insurmontables » mais bien au contraire, une fois ces circonstances identifiées, leur activité a consisté à tenter d'y remédier.

1185. Cependant la solution de droit de la Cour de cassation ne présente qu'une moindre approximation. D'après la Cour, les faits relevés « [caractérisent] des circonstances *insurmontables* justifiant la nécessité d'un interprète et qu'il ait été *impossible* de faire appel à celui-ci lors du placement en garde à vue ». Or suivant l'article 63-1 du Code de procédure pénale, sont insurmontables les circonstances qui s'opposent à la recherche de l'avocat, de l'interprète ou plus largement à la mise en œuvre des droits sollicités par le sujet de la procédure.

1186. Cette méprise ne porte cependant pas à conséquence en l'occurrence dans la mesure où la première Chambre civile de la Cour de cassation et la Chambre criminelle s'accordent pour neutraliser les demandes d'interprète dilatoires.

1187. L'ignorance de la langue spécifique dans laquelle s'exprime le sujet de la procédure peut entraîner une erreur des autorités dans le choix d'un interprète. Dès lors le report qui en découlerait serait-il légitime ou nécessairement fautif ? Il semble qu'en

dehors de l'hypothèse où l'intéressé aurait trompé les enquêteurs sur son intellection du français ou, ce qui reviendrait au même, sur la nature de la langue qu'il comprend, il n'y aurait aucun retard illégitime dans le temps imparti à trouver un autre interprète. Afin que la computation du délai de garde à vue ne joue pas en leur défaveur, le cas échéant, les policiers pourraient mettre à profit l'article 706-71 du Code de procédure pénale pour élucider la nature de la langue employée par l'intéressé. Cette disposition autorise, en cas de nécessité résultant de l'impossibilité pour l'interprète de se déplacer, une assistance par l'intermédiaire des moyens de télécommunication¹³⁷².

1188. L'incapacité de discernement peut être causée par d'autres causes que l'incompréhension de la langue française. Il faut envisager le cas des troubles psychiques qui feraient obstacle à la notification des droits du suspect.

2. L'incapacité de discernement causée par un trouble psychique ou neuropsychique

1189. L'incapacité de discernement du sujet de la procédure peut aussi résulter d'un trouble psychique ou neuropsychique tel que l'état d'ébriété ou la maladie mentale. Ces troubles individuels ne déterminent pas la validité des actes coercitifs, pas plus en matière de détention provisoire¹³⁷³ que de garde à vue.

1190. La Chambre criminelle l'a admis implicitement pour un individu souffrant de troubles mentaux qui n'avait pu être entendu que le lendemain après estimation du chef de service psychiatrique¹³⁷⁴. Elle a également eu à se prononcer sur la légalité de la garde à vue du contrevenant placé en cellule de dégrisement. En effet l'alcoolisation avancée peut empêcher l'efficacité de la notification. Ainsi dans l'arrêt rendu le 3 décembre 1995¹³⁷⁵, un agent de police avait arrêté un conducteur conduisant sous l'empire d'un état d'ivresse manifeste. Le contrevenant refusait de se soumettre aux vérifications destinées à établir la preuve d'un état alcoolique fut condamné d'une peine d'amende assortie notamment de l'annulation du permis de conduire. La cour d'appel relève qu'au moment

¹³⁷² Par exemple Cass. 2^e civ., 8 juillet 2004, n° 02-50.070, Juris-Data n° 2004-024544.

¹³⁷³ Crim., 4 mai 2010, inédit, n° de pourvoi : 10-81140.

¹³⁷⁴ Crim., 19 février 1997, Bull. crim. n° 66, p. 211, préc.

¹³⁷⁵ Crim., 3 avril 1995, Bull. crim. n° 140, p. 394 ; D. 1996, p. 261 ; RSC 1995, p. 609. Le résumé de l'arrêt trahit cependant la rigueur de la solution de droit : « Aucune nullité ne saurait résulter de ce que la notification des droits ouverts à la personne placée en garde à vue est intervenue huit heures après le début de cette mesure, en violation de l'article 63-1 du Code de procédure pénale, dès lors que l'arrêt constate que, lors de son interpellation, l'intéressé se trouvait dans un état d'ébriété, circonstance insurmontable, l'empêchant de comprendre la portée des droits qui auraient pu lui être notifiés et de

de l'interpellation, le requérant se trouvait « *dans un état l'empêchant de comprendre la portée des droits qui auraient pu lui être notifiés et de les exercer utilement* ».

1191. Dans son arrêt de rejet, la Chambre criminelle reprend presque telle quelle cette formulation. Cependant la décision d'appel reçoit une légère correction qui n'est pas de moindre importance. Suivant la Cour de cassation, « la cour d'appel a constaté l'existence d'une circonstance insurmontable qui a retardé *la notification* des droits, *laquelle* ne doit intervenir qu'à partir du moment où la personne gardée à vue est *en mesure d'en comprendre la portée* ». Le juge du fait insiste sur l'hypothèse d'une notification des droits lors même que son bénéficiaire n'y entendrait rien (« *qui auraient pu lui être notifiés* »). Cependant il établit un lien entre la capacité d'entendement du gardé à vue et la connaissance *des droits* qui lui seraient notifiés. Le juge du droit, quant à lui, met en exergue la prime importance d'une compréhension de *la notification*, la connaissance des droits issus de ce statut constituant l'accessoire de cette information obligatoire. L'objet de la compréhension du gardé à vue n'est pas le même dans ces deux décisions. La solution de droit de la Cour de cassation se focalise de manière prioritaire sur l'objet du discernement, en d'autres termes sur la compréhension de sa condition de suspect. La Cour en déduit que la notification intervient valablement huit heures après le début de la contrainte. Ce report dans le temps de la notification des droits pose deux questions : quel est le statut de la personne placée en cellule de dégrisement ? Et à partir de quand la notification des droits doit-elle intervenir ?

1192. S'agissant du statut de la personne appréhendée en état d'alcoolémie avancée, la Chambre criminelle indique qu'il s'agit d'une « personne gardée à vue ». Dans cette perspective, le point de départ de la garde à vue est fixé au moment où l'intéressé fait l'objet d'une coercition vraisemblable. La computation du délai de placement en garde à vue court donc durant toute la durée du dégrisement.

1193. En ce qui concerne le terme du report de la notification de ces droits, en théorie, il devrait correspondre au moment où le gardé à vue aura recouvré sa capacité de discernement. Néanmoins il n'est pas possible de connaître avec exactitude le terme de la cessation des troubles. Aussi le moment à prendre en compte devrait être celui à partir duquel les organes d'enquête auraient pu s'apercevoir de la cessation du trouble. Ce n'est donc pas la disparition du trouble en lui-même mais la vraisemblance de cette disparition

les exercer utilement » ; également Crim., 10 janvier 2007, inédit, n° de pourvoi : 06-84263 (report de la notification de la

qui devrait constituer le terme du report de la notification. La Chambre criminelle semble pencher en faveur de cette lecture. Elle se réfère au critère de l'absence de trouble *manifeste* pour jauger de la validité de l'audition du gardé à vue, ce qui tendrait à indiquer qu'*a contrario*, la disparition des manifestations du trouble devrait engager les enquêteurs à tenter de lui notifier son statut personnel¹³⁷⁶. Ce critère est d'autant plus objectif que la sortie de l'état de fatigue, pas plus que la cessation de l'état d'ébriété ne sont mesurables scientifiquement¹³⁷⁷.

1194. En tout état de cause, une fois le dégrisement acquis, les policiers ne peuvent pas procéder à l'interrogatoire du gardé à vue sans lui notifier ses droits, ni l'en informer à la fin de son audition sans que cette tardiveté dans l'attribution du discernement n'invalide cet acte d'enquête¹³⁷⁸.

1195. Enfin un dernier point mérite l'attention. D'après l'article 63-1 du Code de procédure pénale, « *toute personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire, ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête* ». Quelle est donc l'enquête que poursuivent les organes de police en plaçant le conducteur éméché en garde à vue ? Si la preuve de l'infraction est constatée, à quoi bon interroger le conducteur ? Si l'ébriété au volant convainc son auteur des contraventions prévues aux articles R. 234-1 du Code de la route (imposant un seuil maximal de 0,5 gramme d'alcool par litre de sang pour les conducteurs de véhicules terrestres à moteur) et L. 234-8 du même code sanctionnant le refus de se soumettre aux vérifications, le placement en garde à vue n'est pas nécessaire à la découverte de l'infraction et il n'y a donc plus aucune enquête qui vaille. Il faudrait alors fonder la mesure de rétention, qui n'est pas nécessaire à la preuve d'une infraction, sur l'exercice d'un acte de police administrative, qui peut durer tant que persiste un risque de trouble à l'ordre public.

1196. En résumé, la notification immédiate des droits du suspect peut être envisagée comme une des déclinaisons du rôle du discernement en procédure pénale, dans la

mesure prévue par l'article R. 234-4 du Code de la route en raison de l'état d'alcoolémie avancé du requérant).

¹³⁷⁶ Crim., 10 mai 2000, Bull. crim. n° 181, p. 528.

¹³⁷⁷ Crim., 18 octobre 2000, *Dr. pén.* 2001, chr. 23, obs. C. MARSAT, au sujet d'un gardé à vue particulièrement agité et qui avait présenté des états d'accalmie.

¹³⁷⁸ Crim., 4 janvier 1996, Bull. crim. n° 5, p. 8, *RSC* 1996, p. 399, obs. J.-P. DINTILHAC. Placé en cellule de dégrisement vers 23h35 après un accident de voiture, un gardé à vue est entendu entre 7h10 et 8h30 mais l'agent de police judiciaire l'ayant auditionné lui notifie son placement en garde à vue à 8h35. D'après la Cour, « *Justifie sa décision la cour d'appel qui annule le procès-verbal d'audition d'une personne arrêtée en flagrant délit et entendue une fois dégrisée, mais sans avoir, alors, reçu notification des droits attachés à son placement en garde à vue. Selon l'article 63-1 du Code de procédure*

mesure où elle consiste à informer le suspect de sa qualité personnelle. Si des obstacles s'y opposent, il convient de procéder immédiatement à des mesures qui permettent de les contourner, sauf à ce qu'il faille attendre la cessation du trouble psychique le cas échéant. L'incapacité de discernement du suspect constituerait toutefois un abus de fonction si elle était provoquée par les organes d'enquête.

B. L'incapacité de discernement provoquée : l'instrumentalisation de la preuve par les organes d'enquête

1197. L'interprétation des arrêts de la Chambre criminelle où la loyauté est visée a laissé entendre que ce critère fondait l'irrecevabilité de la preuve. Pourtant, la loyauté de la preuve n'intervient jamais *seule* en jurisprudence pour justifier cette irrecevabilité. Pour refuser la production d'une preuve, la Chambre criminelle vise par exemple la violation du secret professionnel de l'employeur¹³⁷⁹, du journaliste¹³⁸⁰, de l'avocat¹³⁸¹ ou encore de l'huissier de justice¹³⁸². Dans toutes ces hypothèses, la preuve existe mais la recevoir impliquerait de porter atteinte à un droit fondamental, au détriment du droit des citoyens à la sûreté. En dehors de ces où l'existence n'est pas contestée, il existe une cause d'irrecevabilité qui touche à l'essence même de cette preuve, et qui démontre l'accessoriété du critère de la loyauté de la preuve en procédure pénale.

1198. Ce qui rend véritablement un élément de « preuve » irrecevable, c'est qu'un organe d'enquête ait prétendu le constater alors qu'il l'a collecté auprès d'un suspect, sans l'informer du statut juridique qui aurait dû être le sien antérieurement à ou au moment de cette constatation. Cette supposée « preuve » n'est alors que le reflet d'une volonté de l'enquêteur de la voir exister, car *elle renverse le temps de commission de*

pénale, l'officier de police judiciaire ou, sous son contrôle, l'agent de police judiciaire, a le devoir de notifier les droits attachés au placement en garde à vue dès que la personne concernée se trouve en état d'être informée ».

¹³⁷⁹ Crim., 11 mai 2004, 2 arrêts, Bull. crim. n° 113, p. 437 et n° 117, p. 453, D. 2004, p. 2326, note H. K. GABA ; JCP 2004, II, 10124, note C. GIRAULT ; Rev. pénit. 2004, p. 875, obs. J.-C. SAINT-PAU ; RSC 2004, p. 635, obs. E. FORTIS et p. 866, obs. G. VERMELLE. Le second autorise la production de documents volés ; le premier casse l'arrêt d'appel parce qu'il invoque un critère de droit substantiel : l'erreur sur le droit.

¹³⁸⁰ Crim., 18 octobre 1993, Bull. crim. n° 296, p. 743, pour la production d'éléments dans une instance prud'homale, la Cour jugeant que « la production intégrale en justice du document litigieux était nécessaire à la défense des intérêts [de l'accusé] ».

¹³⁸¹ Crim., 16 mai 2000, Bull. crim. n° 192, p. 566 (« la violation du secret professionnel n'était pas, en l'espèce, rendue nécessaire par l'exercice des droits de la défense », s'agissant d'un avocat violant le secret pour produire une pièce dans un litige l'opposant à son client). Cependant elle admet qu'il soit fait état de condamnations disciplinaires pourtant amnistiées au conseil de l'ordre, cf. Crim., 19 juin 2007, Bull. crim. n° 163, p. 697 et n° 164, p. 699, Rev. pénit. 1007, p. 880, obs. P. BONFILS.

¹³⁸² Crim., 31 janvier 2007, Bull. crim. n° 27, p. 100 (au sujet de la production d'un procès-verbal d'huissier retranscrivant intégralement l'enregistrement d'une conversation téléphonique entre un prévenu et son épouse par cette dernière), Dr. pén. 2007, comm. 98, obs. M. VERON ; Rev. Pénit. 2007, p. 385, obs. C. AMBROISE-CASTEROT ; également P. CONTE, « La

l'infraction et celui de la preuve de son existence. Il faut toutefois distinguer suivant que cette « preuve » est obtenue directement par des organes d'enquête (1) ou indirectement par le truchement de tiers (2).

1. L'incapacité de discernement provoquée directement par un organe d'enquête

1199. Le suspect auditionné ne participe pas valablement à la construction de la vérité judiciaire s'il ignore la qualité en vertu de laquelle il est interrogé. Faute d'être informé de l'enjeu des questions qui lui sont posées, l'élément qui en résulterait serait une fausse preuve, *celle qui ne reflète que l'intime conviction de l'organe d'enquête*, son préjugé sur la culpabilité du suspect. Par leur abstention fautive, les organes d'enquête abusent alors de l'ignorance du suspect. L'abus de l'absence de discernement rend l'objectivité de l'élément rapporté plus que douteuse.

1200. En règle générale, l'abus de l'enquêteur public constitue, du même coup, une violation des règles déontologiques le concernant. Cependant, sa déloyauté joue encore un rôle accessoire dans l'irrecevabilité de la preuve. La Chambre criminelle juge régulièrement *« que l'inobservation de ces règles, si elle engage, même au regard de la loi pénale la responsabilité personnelle des officiers de police judiciaire ou des autres agents de la force publique qui les auraient méconnues, ne saurait par elle-même entraîner la nullité des actes de la procédure lorsque, comme en l'espèce, il n'est pas démontré que la recherche et l'établissement de la vérité en ont été fondamentalement viciés »*¹³⁸³.

1201. Interpréter cette jurisprudence au regard du critère de la loyauté obscurcit la compréhension de l'irrecevabilité des « preuves » par *instrumentalisation du suspect*¹³⁸⁴. Cette « preuve » n'existe que par la volonté de l'enquêteur. *Au lieu de succéder à la commission d'une infraction, l'acte des organes de police la précède*. Ce procédé a pour

loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », *Dr. pén.* 2009, Etude n° 8, p. 13.

¹³⁸³ Crim., 17 mars 1960, Bull. crim. n° 156, p. 330, *JCP* 1960, II, 11641, note P. CHAMBON ; Crim., 10 octobre 1968, *JCP* 1969, II, 15741, note P. CHAMBON ; Crim., 3 octobre 1973, Bull. crim. n° 343, p. 838 ; Crim., 21 octobre 1980, *D.* 1981, p. 104, note D. MAYER ; Crim., 11 juin 1985, Bull. crim. n° 226, p. 578 ; Crim., 1^{er} août 1987, Bull. crim. n° 302, p. 804 ; Crim., 22 décembre 1987, *D.* 1989, p. 323, note F. JULIEN-LAFERRIERE ; Crim., 26 février 1991, Bull. crim. n° 97.

¹³⁸⁴ Par exemple D. MAYER, note sous Crim., 21 octobre 1980, *D.* 1981, p. 104, qui considère que cette jurisprudence a contre elle de mettre à la charge de la personne visée par une procédure une preuve impossible : établir que ses aveux ne traduisent pas la vérité ; dans le même sens voir H. LECLERC, « Les limites de la liberté de la preuve (aspects actuels en France) », *RSC* 1992, p. 15 et s.

effet de *créer une preuve de l'infraction ab initio quand, en principe, la preuve constitue un élément de fait constatée par les autorités chargées de l'enquête.*

1202. La possibilité pour les organes de police de créer de toute pièce une preuve, en profitant de l'ignorance du suspect, les enjoint à empiéter matériellement sur la fonction de jugement. Ils présentent la vérité matérielle sous un jour biaisé et empêchent ainsi le juge de trancher le litige en toute clairvoyance. Aussi, le magistrat qui accepterait un tel moyen de preuve manquerait à sa fonction de gardien des libertés fondamentales¹³⁸⁵. Le Conseil constitutionnel fonde d'ailleurs à juste titre le respect du principe d'impartialité, censé garantir l'objectivité du juge dans l'application de la loi, sur l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen¹³⁸⁶.

1203. Dans la continuité de l'arrêt Wilson, la Chambre criminelle a régulièrement déjoué l'argument, invoqué par les requérants, d'une violation du principe de loyauté rendant la preuve irrecevable¹³⁸⁷, pour se fonder prioritairement sur l'abus de l'enquêteur qui provoque le suspect à la commission d'une infraction. Dans certaines décisions, la Chambre criminelle a refusé d'invalider le stratagème ayant abouti à la transcription d'une conversation, consistant pour des policiers à s'être cachés dans le bureau d'un suspect pour surprendre la conversation qu'il a eue avec des inculpés, sans faire référence au critère de la loyauté. Elle a pu juger « *qu'un tel procédé de la part des enquêteurs, demeurés passifs, qui ont laissé faire les événements, était exclusif de toute provocation [envers les inculpés] à commettre une infraction* »¹³⁸⁸.

1204. De même, dans l'arrêt du 27 février 1996¹³⁸⁹, elle *semble* se fonder sur le « *principe de loyauté* » pour annuler un acte de procédure et ses suites. De nombreux auteurs l'ont interprété en ce sens¹³⁹⁰, et mis sur le même plan les décisions relatives à la

¹³⁸⁵ Art. 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

¹³⁸⁶ QPC du 8 juillet 2011, n° 2011-147, JO du 9 juillet 2011, p. 11979, consid. 8.

¹³⁸⁷ Crim., 9 octobre 1980, Bull. crim. n° 255, p. 662 ; Crim., 23 avril 1981, Bull. crim. n° 117 ; Crim., 22 juin 1988, Bull. crim. n° 285 p. 760 ; Crim., 11 février 1992, Bull. crim. n° 66 p. 166 ; Crim., 20 août 1992, Bull. crim. n° 279, p. 760, où plutôt que de se référer au « principe de loyauté » sur lequel reposait le moyen au pourvoi, la Cour de cassation se fonde sur le principe d'interdiction pour le juge d'instruction d'accomplir des actes d'instruction dans un Etat étranger coopérant à l'enquête ; Crim., 22 juin 1994, Bull. crim. n° 247 p. 592 ; Crim., 2 avril 1996, Bull. crim. n° 145 p. 423 où le principe de loyauté de l'instruction revisité par les requérants « *interdit tout procédé ou artifice qui serait de nature à reconstituer la substance des actes annulés* » ; Crim., 30 mai 1996, Bull. crim. n° 226 p. 652 ; Crim., 16 décembre 1997, Bull. crim. n° 427, p. 1402, D. 1998, p. 354, note J. PRADEL ; RSC 1999, p. 588, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE qui affirme que la cassation a été encourue sur le terrain de loyauté ; Crim., 16 janvier 2008, Bull. crim. n° 14 p. 47.

¹³⁸⁸ Crim., 22 avril 1992, Bull. crim. n° 169, p. 441, spéc. p. 445, Dr. pén. 1992, comm. 215, obs. A. MARON ; D. 1995, p. 59, note H. MATSOPOULOU.

¹³⁸⁹ Crim., 27 février 1996, Bull. crim. n° 93, p.273, D. 1996, jur., p. 346, note C. GUERY ; JCP 1996, II, 22629, note M.-L. RASSAT. L'arrêt rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la Chambre d'accusation de Paris du 8 février 1995, D. 1995, jurispr., p. 221, note J. PRADEL ; Gaz. Pal. 1995, n° du 11 mars, note J.-P. DOUCET.

¹³⁹⁰ En sus des annotateurs de l'arrêt, voir notamment J. LEROY, *Procédure pénale*, LGDJ, 2^e éd., 2011, p. 222, n° 351 : « *la recherche des preuves doit être loyale. Tous stratagèmes, ruses ou provocations sont à exclure. Mais le fait de dissimuler un magnétophone pour enregistrer une conversation n'a pas été considéré comme un procédé déloyal* » ; P. LEMOINE, « La

loyauté de la preuve et celles relatives au respect des droits de la défense¹³⁹¹. Pourtant l'analyse du motif de l'arrêt établit une distinction entre la déloyauté du procédé constaté et ce qui serait au fondement de l'irrecevabilité de la preuve. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre la décision de la chambre d'accusation, considérant que « l'interpellation avait procédé d'une machination de nature à *déterminer* les agissements délictueux de l'intéressé et que, *par ce stratagème*, qui avait vicié la recherche et l'établissement de la vérité, il avait été porté atteinte au principe de la loyauté des preuves ». La Chambre criminelle n'affirme pas que la déloyauté des policiers rende la preuve irrecevable. Elle évoque ce stratagème comme un moyen (« par ») de parvenir à la déloyauté de la preuve. Il semble donc que cette décision s'inscrive dans le fil de l'arrêt Wilson. L'annulation des actes de procédure en raison de la provocation d'une personne à la commission d'une infraction par les policiers s'y trouve dissociée (« et que ») de la responsabilité disciplinaire que ces derniers pourraient encourir eu égard à leur implication dans la production d'une fausse preuve.

1205. Les faits de cet arrêt n'étaient pas sans rappeler ceux ayant donné lieu à l'arrêt du 12 juin 1952¹³⁹² (affaire Imbert) où un suspect tenta de corrompre un fonctionnaire de police qui, ayant prévenu ses supérieurs, dirigea la conversation téléphonique qui permit de confondre l'auteur de la proposition. Toutefois dans cette décision, il n'est nullement fait référence à la notion de loyauté¹³⁹³. Un tel moyen n'aurait d'ailleurs pas prospéré s'il avait concerné le policier qui, agissant sur commission rogatoire, avait consciencieusement appliqué les ordres du procureur de la république. Aucun manquement à la discipline ne pouvait lui être imputé. C'est pourquoi seule l'atteinte aux droits de la défense était de mise¹³⁹⁴.

loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle) », *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2004, 2^e partie, qui débute ses développements par le rappel de cette solution.

¹³⁹¹ B. BOULOC, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 157, qui évoque l'arrêt du 12 juin 1952 comme une atteinte à la loyauté de la preuve, au même titre que l'arrêt Wilson de 1888, de que dans l'édition précédente, cf. G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, *Procédure pénale*, 23^e éd., Dalloz, 2012, n° 146.

¹³⁹² Crim., 12 juin 1952 (affaire Imbert), *S.* 1954, 1, p. 69, note A. LEGAL ; *JCP* 1952, II, 7241, note J. BROUCHOT, également CA Caen, 28 février 1990, *D.* 1990, somm. com. p. 378, obs. J. PRADEL.

¹³⁹³ « *Attendu que l'opération exécutée dans de telles conditions doit être considérée comme nulle ; qu'en effet, elle a eu pour but et pour résultat d'éviter les dispositions légales et les règles générales de procédure que le juge d'instruction ou son délégué ne sauraient méconnaître sans compromettre les droits de la défense ; Attendu que la cour d'appel, par l'arrêt attaqué a déclaré Imbert coupable de l'infraction qui lui était imputée en se fondant notamment sur les actes dont l'irrégularité vient d'être constatée ; que, par suite, elle n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Comp. P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », art. préc., n° 13, p. 164 ; C. GUERY, note sous Crim., 27 février 1996, préc., p. 350, l'auteur effectuant un parallèle entre les deux décisions évoquées de cette manière : « *Sans même remonter à l'affaire Wilson, la Cour de cassation a eu depuis longtemps l'occasion d'affirmer que les écoutes devaient être dénuées d'artifice ou de stratagème et ne pas compromettre l'exercice des droits de la défense, notamment dans l'affaire Imbert* » ; J. BUISSON, note sous Crim., 23 novembre 1999, *Procédures* 2000, comm. 106.

¹³⁹⁴ Comp. par exemple, l'opinion du professeur Pradel qui écrit : « *Là où l'artifice devient déloyal, c'est lorsqu'il s'accompagne d'une provocation, menace, mensonge ou promesse fallacieuse et se pose alors un problème de loyauté dans la recherche de la preuve* », et plus loin : « *les juges annulèrent le procédé car il y avait violation du principe de loyauté et*

1206. La déloyauté des enquêteurs constitue uniquement le corollaire de la provocation à la commission de l'infraction, et qui constitue la manifestation prétorienne de l'abus de l'état d'ignorance du suspect. Cet abus existe indifféremment lorsque l'acte est commis par des tiers, qu'il s'agisse d'enquêteur public ou de l'intermédiaire d'une personne privée agissant à l'initiative de policiers.

2. *L'incapacité de discernement provoquée indirectement par des tiers*

1207. L'incapacité de discernement peut résulter de personnes publiques étrangères (a) comme de personnes privées (b)

a. *L'abus commis par l'intermédiaire d'officiers de police étrangers*

1208. Ainsi l'offre d'une connexion à un site internet pédophile par des policiers étrangers soumet l'utilisation de ce mode de preuve au vice de provocation¹³⁹⁵. Dans cette décision de cassation rendue au visa des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article préliminaire, ensemble le principe de la loyauté des preuves, la Chambre criminelle affirme que « porte atteinte au principe de la loyauté des preuves et au droit à un procès équitable, *la provocation à la commission d'une infraction par un agent public, fût-elle réalisée à l'étranger par un agent public étranger ou par son intermédiaire, (...) la déloyauté d'un tel procédé [rendant] irrecevables en justice les éléments de preuve ainsi obtenus* ». Un regard hâtif sur cette décision invite à fonder l'irrecevabilité de la preuve sur la déloyauté du procédé employé. Cependant la Chambre criminelle s'en remet prioritairement à la circonstance qu'une *provocation à l'infraction* était caractérisée. Dans le premier membre de l'articulation logique, « *la provocation à la commission d'une infraction* » constitue le sujet dont découle « *l'atteinte au principe de loyauté de la preuve* ». L'inversion du sujet et du verbe crée une équivoque. Il n'en reste pas moins que la cause de l'irrecevabilité de la preuve (sujet

de l'article 105 du Code de procédure pénale (...). Il y avait donc atteinte aux droits de la défense ». Cf. J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, éd. Dalloz, 2011, n° 15, p. 202 et 203.

¹³⁹⁵ Crim., 7 février 2007, Bull. crim. n° 37, p. 24, *Rev. pénit.* 2007, p. 673, obs. E. VERNY ; agissant à la demande de la brigade des mineurs, une personne s'est connectée sur des sites de rencontres homosexuels, sous la fausse qualité d'adolescent de quatorze ans intéressé par des relations sexuelles, et incite le suspect à lui transmettre des fichiers pédopornographiques. *Comp. Crim.*, 30 avril 2014, n° de pourvoi : 13-88162, où l'acte des fonctionnaires de police n'était pas assimilable à une provocation à la commission de l'infraction, d'où la recevabilité de la preuve.

inversé) n'est autre que la provocation à l'infraction. Cette provocation a deux conséquences : la déloyauté *de tels procédés* et l'irrecevabilité des éléments ainsi obtenus. L'effet de style n'est pas très heureux car il donne l'impression d'une prime importance conférée à la déloyauté de la preuve. Cette « faute » de plume finit d'obscurcir la portée de l'arrêt et avec elle, la compréhension de la jurisprudence qu'il confirme, notamment lorsque l'abus de l'état d'ignorance se commet par l'intermédiaire d'une personne privée.

b. L'instrumentalisation par le truchement d'une personne privée

1209. L'instrumentalisation du suspect entraîne également l'irrecevabilité de la « preuve » lorsqu'une personne privée se la procure en agissant de concert avec des fonctionnaires de police. C'est manifestement le cas lorsque des policiers payent des mineurs alpagués en flagrant délit afin qu'ils incitent leurs camarades à voler des objets disposés à cet effet par lesdits policiers¹³⁹⁶. La formule employée est alors la même que dans la décision du 7 février 2007¹³⁹⁷, notamment les arrêts des 11 mai 2006¹³⁹⁸ et 16 janvier 2008¹³⁹⁹. Leur analyse comparée établit l'accessorité de la déloyauté dans la recevabilité de la preuve.

1210. Dans l'arrêt du 11 mai 2006, un internaute avait été incité à transmettre des fichiers pédopornographiques à une personne privée. Or cette personne agissait elle-même sous la direction de fonctionnaires de police. La preuve a donc été écartée pour provocation à la commission de l'infraction. En revanche dans l'arrêt du 16 janvier 2008, la personne privée avait agi de sa propre initiative. Le directeur général adjoint des services du conseil général de Mayotte avait demandé de l'argent à l'un des concurrents afin qu'il obtienne un accusé de réception de son dossier. Plutôt que de se plier à cette requête, le concurrent était parti porter plainte à la gendarmerie et dans le même temps, avait fixé rendez-vous au directeur général en prétextant vouloir lui remettre les fonds.

¹³⁹⁶ Crim., 9 août 2006, Bull. crim. n° 202, p. 741 (cassation).

¹³⁹⁷ Crim., 7 février 2007, préc. : « porte atteinte au principe de la loyauté des preuves et au droit à un procès équitable, la provocation à la commission d'une infraction par un agent de l'autorité publique ou par son intermédiaire ; que la déloyauté d'un tel procédé rend irrecevables en justice les éléments de preuve ainsi obtenus ».

¹³⁹⁸ Crim., 11 mai 2006, Bull. crim. n° 132, p. 482 (incitation à l'échange de fichiers pédopornographiques), *Rev. pénit.* 2006, p. 859, obs. P. MAISTRE du CHAMBON ; *RSC* 2006, p. 848, obs. R. FINIELZ ; *AJ pénal* 2006, p. 354, note E. VERGES.

¹³⁹⁹ Crim., 16 janvier 2008, Bull. crim. n° 14, p. 47 ; *Comp.*, E. MOLINA, préc., « en ce qui concerne le sort des preuves déloyalement obtenues par les organes de justice, la jurisprudence semble décidée à sacrifier la loyauté sur l'autel de l'efficacité des procédures en considérant implicitement que les parties privées à la recherche de la preuve ont le pouvoir de

Les gendarmes informés du rendez-vous ont constaté la dation des valeurs et interpellé le délinquant qui, par la suite, fut mis en examen du chef de trafic d'influence. L'intéressé demanda l'annulation de toutes les pièces de la procédure en soutenant que ce stratagème l'avait conduit à commettre le délit. Néanmoins ni les juges du fond, ni la Chambre criminelle ne firent droit à sa requête, estimant que « *l'intervention des gendarmes [avait] eu pour seul effet de permettre la constatation d'une infraction dénoncée par le plaignant et dont ils [n'avaient] pas déterminé la commission* ». La solution aurait été différente si les policiers avaient dirigé les opérations dès la prise de rendez-vous.

1211. Il apparaît donc bien que *la provocation à la commission de l'infraction* fonde communément la déloyauté du procédé et l'irrecevabilité de la preuve. La provocation à la commission de l'infraction constitue l'abus que le discernement personnel du suspect devrait précisément empêcher. La preuve est dénuée d'objectivité lorsqu'elle est constituée par abus de l'état d'ignorance du suspect, ce qui est encore le cas lorsqu'il subit un acte coercitif d'enquête qui a pour effet d'abolir son discernement.

§ 2. *Les conséquences de l'abolition de discernement du suspect*

1212. L'abolition du discernement suppose son existence préalable chez l'intéressé et sa disparition au moment utile à la recherche de la vérité. Il est présent chez le suspect informé de sa qualité personnelle par les enquêteurs, puis aboli s'il doit, par exemple, s'exprimer sous hypnose.

1213. En jurisprudence, jusqu'à récemment, il n'existait que deux illustrations de la question, et d'une portée très limitée étant donné qu'il s'agissait d'une décision des juges du fond¹⁴⁰⁰. Dans l'arrêt rendu le 8 mars 1961 par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, les juges s'étaient fondés sur la notion de dignité pour justifier l'interdiction du recours au « sérum de vérité ». Mais quelle est cette dignité du suspect qui justifie d'interdire ce procédé ? Ne devrait-elle pas également empêcher policiers et juge de l'interroger, le maintenir en garde à vue alors qu'il est autrement plus digne que l'état dans lequel l'Etat cherche à l'avilir ? La notion de dignité est trop large pour être directement opératoire en

remédier à la carence ou à la difficulté d'agir des pouvoirs publics en se substituant à eux quand il est nécessaire de rapporter une preuve qui fait défaut ».

¹⁴⁰⁰ TC Seine, 23 février 1949, préc. ; CA, Aix-en-Provence, 8 mars 1961 : le procédé « *répugne à la conscience car il traite l'être humain en animal de laboratoire et ressuscite l'ancienne torture* » ; voir également B. BOULOC, *Procédure pénale*, op. cit., n° 160.

procédure pénale. Faut-il rappeler que cet argument était avancé aussi bien par un individu atteint de nanisme, M. Wackenheim, qui disait l'avoir retrouvée grâce à son nouvel emploi¹⁴⁰¹, que par les juges reprochant à la pratique du lancer de nain d'être contraire à la « *dignité de la personne humaine* » ? A défaut de lui avoir assigné des limites strictes, il devient impossible de s'assurer qu'elle sert les objectifs opposés mais complémentaires de sécurité et de sûreté en procédure pénale. Juger la narco-analyse contraire à la dignité humaine ne justifie qu'imparfaitement l'illégalité de cette pratique. Elle est à proscrire pour cette seule raison qu'*elle ampute le moyen de preuve obtenu de son objectivité*.

1214. En effet d'une part, l'aléa d'allégations mensongères un risque inhérent à l'audition de suspects. Admettre le contraire serait peu rassurant. Cela laisserait entendre que la plupart des individus qui font l'objet d'un acte coercitif d'enquête ne mériteraient pas qu'on les soupçonne. Et il est plus douteux encore qu'ils soient enclins à se dénoncer aux premières lueurs de soupçons à leur égard. Il faut donc que les enquêteurs composent avec la probabilité qu'ils recueillent des propos mensongers. Cependant cet aléa a un périmètre bien délimité. L'incohérence des réponses fournira souvent l'indice d'une vérité contraire. Le mensonge participe alors malgré lui à la construction de la vérité judiciaire. Cependant en manipulant les consciences à l'aide de procédés chimiques, le périmètre de l'ignorance des enquêteurs devient méconnu, et l'interprétation des dires du suspect soumis à l'hypnose ou à des procédés chimiques, sous couvert d'objectivité, comporterait un risque d'instrumentalisation de la procédure aux fins de « construire » des coupables.

1215. D'autre part, ces procédés contreviendraient au droit des suspects à ne pas participer à leur propre accusation. Les individus mis en cause qui ne participent plus à la procédure en conscience de leur statut procédural sont incapables de prendre conscience d'une atteinte à leurs droits fondamentaux. A l'extrême, ils s'exposent au risque d'une auto-accusation, ou pourraient mettre en cause un tiers innocent sans qu'il soit possible de se fier à la sincérité des accusations portées contre soi-même ou autrui. L'utilisation de substances chimiques auraient, finalement, les mêmes effets qu'un défaut de notification de sa qualité de sujet de l'enquête auprès d'une personne qui ne pourrait jouir de son « *droit de se taire lors d'un interrogatoire de police et (...) de ne pas*

¹⁴⁰¹ CE, 30 octobre 1995, Commune de Morsang sur Orge, *RFDA* 1995, p. 1204-1217, note P. FRYDMAN ; . Et sur la question de la dignité en droit pénal, voir K. GACHI, *Le respect de la dignité dans le procès pénal*, LGDJ, t. 54, 2012.

contribuer à sa propre incrimination »¹⁴⁰². Elle est donc interdite par la jurisprudence de la Chambre criminelle qui s'est prononcée sur ce point, pour la première fois, par deux arrêts de cassation¹⁴⁰³. Elle y affirme que le juge d'instruction ne peut recourir à un expert hypnologue durant une garde à vue, quand bien même avec le consentement de l'intéressé, car ce procédé « viole les dispositions légales relatives au mode d'administration des preuves et compromet l'exercice des droits de la défense ».

1216. En conclusion, l'information du suspect quant à son statut personnel constitue une condition générale de la phase d'enquête. Sa présence conditionne l'exercice d'acte coercitif d'enquête, et également de l'audition depuis récemment, de même qu'elle est indispensable à la constitution de la mémoire de l'enquête. Son absence fait réciproquement obstacle à la recevabilité de la preuve qui ne s'avèrerait être que le reflet de l'intime conviction du juge, sans compter que l'élément ainsi recueilli ne participerait pas valablement à la construction de la vérité judiciaire. Le rôle du discernement dans la phase d'enquête se poursuit durant la phase de jugement, où toutefois le droit à la sécurité prime le droit de l'intéressé à la sûreté. L'enjeu de son information est de le préparer à l'amendement que la peine est censée produire.

¹⁴⁰² CEDH, gr. ch. 27 novembre 2008, *Salduz c/ Turquie* ; CEDH, 8 février 1996, *John Murray c/ Royaume-Uni* ; CEDH, 25 février 1993, *Funcke c/ France* ; voir également Crim., 5 mars 2013, *RSC* 2013, p. 595, obs. J. DANET ; *D.* 2013, p. 711, obs. J. PRADEL.

¹⁴⁰³ Crim., 12 décembre 2000, Bull. crim. n° 369, p. 1113 ; Crim., 28 novembre 2001, Bull. crim. n° 248, p. 823.

Section 2. Le rôle du discernement du prévenu

1217. La procédure pénale, littéralement, concerne l'ensemble des actes qui procèdent vers l'application d'une peine. Les propos qui suivent ont pour objet de démontrer que cette sanction remplit une seule finalité : la condamnation de l'*infraction*, précédemment définie comme une conviction intellectuelle distincte de ses manifestations¹⁴⁰⁴. La condamnation de l'infraction passe donc par celle de son auteur, l'exemplarité de cette sanction ayant pour finalité de dissuader tant les autres membres de la société que l'auteur de l'infraction de « *commettre de nouvelles infractions* ». ¹⁴⁰⁵

1218. A l'égard de la société, la dissuasion pénale est strictement *préventive*. L'application d'une peine à l'auteur de l'infraction doit dissuader de potentiels délinquants d'emprunter l'« *iter criminis* », le chemin intellectuel qui conduit à la commission d'une infraction.

1219. A l'égard de l'auteur de l'infraction, la condamnation de l'infraction remplit également un but de prévention. Mais envers le condamné, elle présente une forme particulière. En effet, en principe, il est présumé connaître l'existence de la loi pénale. Cette connaissance constitue l'objet de son discernement¹⁴⁰⁶. Il ignore le détail du droit positif, et ne sait donc pas *a priori* ce qui est condamnable. Toutefois, conscient de cette ignorance, il est soumis par le droit pénal à un devoir général de précaution. Par voie de conséquence, la commission de l'infraction découle nécessairement d'un affaiblissement de son discernement. Il sera montré négligent vis-à-vis de ses devoirs (l'infraction d'imprudence) ou aura violé sciemment le droit pénal (l'infraction intentionnelle). Afin que la condamnation de l'infraction soit parfaite, il est nécessaire qu'elle rappelle l'auteur des faits à la conscience de ses devoirs. Si la peine atteint cet objectif, elle aura rempli sa finalité préventive à l'égard du condamné, et opéré l'« *amendement* » du condamné. Le terme « peine » dévoile alors la signification de son ambivalence : la

¹⁴⁰⁴ Voir *supra* n° 389 et s.

¹⁴⁰⁵ Art. 130-1 du Code pénal : « *afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion* ».

¹⁴⁰⁶ Voir *supra* n° 353 et s.

souffrance et l'expiation, ambivalence qui expliquait déjà la punition de l'hérétique pour le convertir au devoir de foi en droit canon¹⁴⁰⁷.

1220. La compréhension, par le prévenu, de la nature et des enjeux de l'instance pénale constitue donc un préalable indispensable à la condamnation de l'infraction. Le discernement du prévenu est une *condition du jugement pénal* (Sous-section 1) et de la *condamnation pénale* (Sous-section 2).

Sous-section 1. Le discernement du prévenu, condition de la condamnation pénale

1221. Au sens strict, le prévenu est la personne « *mise en cause devant une juridiction correctionnelle* ». Il se distingue de l'« *accusé* » quant à lui traduit devant une cour d'assises¹⁴⁰⁸. Toutefois l'accusé ne peut être jugé sans avoir été lui-même prévenu de la nature des faits qui lui sont imputés. Le terme « prévenu » sera donc pris dans son sens large de personne traduite devant une juridiction de jugement. S'il connaît les raisons de sa mise en cause devant un juge, sa condamnation éventuelle peut devenir la première étape d'un temps dédié à la rétribution pénale, par l'exécution de la peine.

1222. Le discernement du prévenu est donc une *condition du jugement pénal* (§ 1) avant d'être celle de la *rétribution pénale* (§ 2).

¹⁴⁰⁷ La « peine », du grec « *poînè* » et du latin « *poena* », signifie « souffrance, affliction » mais aussi « redressement ». Cette double fonction de la peine est attestée en droit canon, où la présomption de connaissance de la loi fait de l'« *hérétique* » un coupable, car il a connu l'existence de la loi divine mais refuse d'en accepter les préceptes. Cf. Pour une consultation des textes originaux, les œuvres de SAINT AUGUSTIN (*Corpus Christianorum. Thesaurus Patrum Latinorum: Thesaurus Augustinianus. Series A – Formae*) ; SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, spéc. *quaestio* 83, art.4 : « *voluntas et liberum arbitrium non sunt duae potentiae, sed una* », « *la volonté et le libre arbitre ne sont pas deux entités distinctes mais la même* », la présomption de connaissance de la loi divine constituant la condition de la faute volontaire. Pour aller plus loin, voir les deux importants travaux de recensement belges que sont le CETECO, sous la direction de P. TOMBEUR, et le CIPL (davantage orienté vers l'analyse grammaticale) de l'Université de Liège. Ces bases de données informatiques contiennent, outre l'intégralité des travaux des Pères de l'Eglise, environ soixante-cinq millions de formes latines et néolatines. Pour des commentaires des textes de droit canon, voir J.-P. RASSINIER, « L'hérésie comme maladie dans l'œuvre de Saint-Augustin », *Mots*, mars 1991, n° 26, p. 65 et s., qui définit l'hérésie comme une ignorance, un refus de se soigner par la foi ; le Christ est donc présenté, en droit canon, comme un « *medicus* » capable de convertir les pécheurs, cf. R. ARBERSMAN, « Christ, The Medicus Humilis », dans « Augustinus Magister » supplément à *L'Année sociologique augustiniennne*, t. 2, 1954, p. 623 ; du même auteur « The concept of Christus Medicus in Saint Augustin », *Traditio*, 10, 1954, p. 1 ; G. BARDY, « Saint Augustin et les médecins », *L'année sociologique augustiniennne*, fasc. 3 et 4, 1953, p. 327 ; C. VIOLA, « Anselme de Cantorbéry », in A. VAUCHEZ (dir.), *Histoire des saints et de la sainteté chrétienne*, t. 6, Paris, éd. Hachette, 1986, p. 65. Pour l'influence de la connotation morale de cette faute au Moyen-Âge, voir L. MAYALI, « La juridiction ecclésiastique et la justice en droit canonique médiéval », in B. DURAND (dir.), *Justice pénale et droit des clercs en Europe XVI^e-XVIII^e siècles*, Histoire de la justice, 2005, p. 15 et s., spéc. p. 20.

¹⁴⁰⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 3^e éd., 2002, v° « prévenu ».

§ 1. *Le discernement du prévenu, condition du jugement pénal*

1223. La possibilité pour le suspect de prendre conscience de sa qualité personnelle (celle de prévenu) constitue une condition *sine qua non* de l'ouverture de la phase de jugement. A défaut, la procédure joue à l'encontre d'une personne qui ne peut pas se défendre des accusations portées contre elle¹⁴⁰⁹. La question du discernement du prévenu semble donc se confondre totalement avec celle des droits de la défense. Les propos qui suivent tendent cependant à souligner l'approche nuancée de ce concept dans la jurisprudence européenne. La Cour européenne des droits de l'homme, tout comme la Chambre criminelle, établissent une distinction entre l'exercice des droits de la défense et la possibilité de les exercer. L'atteinte à l'exercice de ce droit *peut* conduire à la nullité d'une condamnation, tandis que l'*impossibilité* dans laquelle se trouverait le prévenu d'en faire usage, parce qu'il ignore l'étendue de ses droits, lui fait automatiquement grief. Ceci vaut tout autant lors de la mise en cause *initiale* devant un juge (A) que lorsque la phase de jugement est *en cours* (B). Tout au long du procès, il incombe au juge de s'assurer que ce mis en cause prévenu comprend la nature des faits qui lui sont reprochés.

A. La nécessaire compréhension de la nature et des enjeux de la prévention initiale

1224. Devant les juridictions de police, correctionnelles¹⁴¹⁰, comme devant une Cour d'assises¹⁴¹¹, aucun jugement ou arrêt ne peut être rendu si la personne mise en cause n'a pas été en mesure de connaître la nature des faits qui lui sont reprochés. Ce principe se justifie à la fois *au regard de la Convention européenne des droits de l'homme* (1) et *du droit interne* (2). Leur analyse permettra de mettre en lumière une ligne de démarcation commune, entre *l'impossibilité de connaître ses droits et les difficultés rencontrées par certains requérants pour les exercer*.

¹⁴⁰⁹ B. BOULOC, *Procédure pénale*, Précis Dalloz, 24^e éd., 2014, n° 978 et s. ; Sur la notion de droits de la défense, voir l'étude transversale de Y. CAPDEPON, *op. cit.*, spéc. n° 195 ; C. BAKAS, *Les principes directeurs du procès pénal au regard de l'intérêt de la personne poursuivie*, thèse Paris II, 1982 ; R. GASSIN, « L'audience de jugement, bilan des réformes depuis 1993 », *ALD* 1995, p. 103 ; J. LARGUIER et A.-M. LARGUIER, « La protection des droits de l'homme dans le procès pénal », *RIDP* 1965, p. 95 ; J.-M. VARAUT, « La défense pénale », *Rev. pénit.* 2003, p. 719.

¹⁴¹⁰ V. MEURISSE, « La représentation du prévenu devant le tribunal correctionnel et le tribunal de police », *RIDP* 1967, p. 339 ; J.-Y. LASSALLE, « La comparution du prévenu », *RSC* 1981, p. 541

¹⁴¹¹ B. BOULOC, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 1031 et s. ; J. LARGUIER, P. CONTE, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 369 et s. ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 2430 et s. ; J. DANET, « Le procès d'assises après la réforme : regard sur les pratiques », *RSC* 2003, p. 489 ; H. ANGEVIN, *Pratique de la Cour d'assises*, Litec, 4^e éd., 2005 ; J. BROUCHOT, « La Cour d'assises sous le régime du Code de procédure pénale », *JCP* 1959, I, 1479 ; F. CHAPAR, « Les modifications apportées au fonctionnement de la Cour d'assises », *D.* 1949, chr. 35 ; voir également F. DEFFERARD, « Les mystères de la

1. Au regard de la Convention européenne des droits de l'homme

1225. L'article 6 §3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme oblige les Etats à informer l'intéressé « *de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui* »¹⁴¹², dans le but de garantir les droits de la défense. De nombreux arrêts illustrent la force de ce principe. Toutefois la jurisprudence de la Cour européenne distingue les cas dans lesquels les droits de la défense du requérants étaient nécessairement violés par l'abstention de l'Etat à prendre des mesures positives pour remédier à son ignorance, de ceux dans lesquels cette obligation n'est pas absolue. Le cas échéant, l'Etat est condamné pour n'avoir pas laissé suffisamment de temps au requérant pour préparer sa défense.

1226. S'agissant des cas *d'impossibilité* synonymes d'invalidation de la procédure, il faut citer l'annulation de la condamnation à mort infligée à un paysan sans instruction, originaire du Kerala (sud de l'Inde) à l'issue d'un procès pour meurtre conduit à l'île Maurice dans une langue qu'il ne comprend pas et sans traduction des témoignages par un interprète¹⁴¹³. De même, dans l'affaire *Timergaliyev c/ Russie*¹⁴¹⁴, la Cour européenne des droits de l'homme fonde la nécessaire assistance du prévenu qui souffre de déficience auditive sur l'article 6 de la Convention. Elle rappelle qu'en principe, « *le droit d'un accusé, en vertu de l'article 6, de participer réellement à son procès inclut le droit non seulement d'y assister, mais aussi d'entendre et de suivre les débats* »¹⁴¹⁵. Elle insiste sur « *l'impossibilité* » dans laquelle serait le prévenu de « *signaler toute déposition avec laquelle il ne serait pas d'accord comme de tout fait annexe utile à sa défense* ». Quelle que soit la cause de l'ignorance du prévenu, celui qui « *n'a pas les capacités intellectuelles suffisantes pour donner des instructions à ses conseils, répondre à l'acte d'accusation, récuser des jurés, comprendre les témoignages et déposer* » est

Cour d'assises », *Mélanges V. Durtette*, éd. Mare et Martin, Paris, 2009, p. 171 ; J. GRANIER, « Le réquisitoire en Cour d'assises », *RSC* 1956, p. 709 ; A. VITU, « La Cour d'assises dans le Code de procédure pénale », *RSC* 1959, p. 539

¹⁴¹² Art. 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme : « *tout accusé a droit notamment à : a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ; b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense* ».

¹⁴¹³ CEDH, 27 juillet 1993, *Kunnath c/ the State*, *Weekly Law Reports* 1993, vol. 1, p. 1315. Le Conseil privé (Privy Council) déclara que « *La présence à l'audience d'une personne accusée d'une infraction grave est un principe fondamental du droit pénal. Ce principe ne requiert pas simplement la présence physique de l'intéressé mais, de par sa présence, sa capacité à comprendre la procédure et à décider quels témoins il désire citer, s'il souhaite ou non déposer et, dans l'affirmative, sur quels points touchant la procédure à son encontre* ».

¹⁴¹⁴ CEDH, 14 janvier 2009, *Timergaliyev c/ Russie*, n° 40631/02. Voir également CEDH, 19 décembre 1989, *Kamasinki c/ Autriche* (l'Etat doit exercer le contrôle de la valeur de la traduction proposée par l'interprète).

¹⁴¹⁵ Notamment, CEDH, 6 décembre 1988, *Barberà, Messegué et Jabardo c/ Espagne*, spec. § 78, série A no 146 ; *Stanford c. Royaume-Uni*, 23 février 1994, § 26, série A no 282-A, et *S.C. c. Royaume-Uni*, no 60958/00, § 28, CEDH 2004-IV.

dans l'incapacité de se représenter la nature ou l'enjeu de la prévention, si bien que la condamnation prononcée consécutivement à cette audience doit être annulée¹⁴¹⁶.

1227. En revanche, la jurisprudence de la Cour européenne relative aux *malentendants* est moins tranchée. La commission avait déjà jugé que cet état n'entraînait pas *ipso facto* une violation du droit à un procès équitable et ne faisait pas obstacle aux poursuites¹⁴¹⁷. En effet, les difficultés d'audition n'affectent pas l'intellection des débats de manière absolue, si bien qu'il n'est pas possible d'en induire une atteinte systématique aux droits de la défense. Dans l'affaire *Roos*, le requérant souffrait d'une déficience auditive bilatérale chronique attestée médicalement, trouble qui avait amoindri son aptitude à suivre les débats. *Il savait qu'il ne comprenait pas l'ensemble des débats mais, parce qu'il avait manifesté ce défaut d'intellection, la Commission a sanctionné l'Etat qui n'avait pas octroyé un temps supplémentaire au prévenu pour remédier à ce problème.* Cette décision conforte la jurisprudence de la Cour européenne suivant laquelle « *les circonstances de la cause peuvent imposer aux Etats contractants de prendre des mesures positives de manière à permettre à l'accusé de participer réellement aux débats* », ainsi qu'elle l'avait déjà exprimé dans l'arrêt *Liebreich c/ Allemagne* où la requérante avait cependant feint cette incompréhension qu'un trouble mental aurait causé¹⁴¹⁸.

1228. Une distinction transparait donc de l'analyse de la motivation des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : l'Etat a une obligation absolue de pourvoir à l'information du prévenu sur la nature des faits qui lui sont reprochés, obligation qui devient relative lorsque la compréhension de l'objet du procès n'est plus *impossible* mais rendue *difficile* par les circonstances. Cette distinction est également présente dans l'interprétation du droit interne par la Chambre criminelle

2. *Au regard du droit interne*

1229. En droit interne, la jurisprudence de la Chambre criminelle concorde avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme, dans la mesure où la Cour de cassation se

¹⁴¹⁶ Robertson c/ Royaume-Uni, Criminal Appeal Reports, vol. 52, p. 690.

¹⁴¹⁷ Décision de la Commission du 6 avril 1994, *Roos c/ Suède*, n° 19598/92. Un audiophone avait toutefois été fourni au requérant.

¹⁴¹⁸ CEDH, 8 janvier 2008, *Liebreich c/ Allemagne*, n° 30443/03.

fonde sur l'article 6 § 3 de la Convention pour vérifier la compréhension des enjeux du procès chez le prévenu.

1230. La Chambre criminelle relève ce moyen d'office, par exemple dans son arrêt du 4 mars 1998, où elle rappelle que « *tout prévenu a droit à être informé d'une manière détaillée de la nature et de la cause de la prévention dont il est l'objet et doit, par suite, être mis en mesure de se défendre, tant sur les divers chefs d'infraction qui lui sont reprochés, que sur chacune des circonstances aggravantes susceptibles d'être retenues à sa charge* »¹⁴¹⁹. Elle censure les juges du fond qui avaient modifié la qualification des faits sans en aviser le principal concerné. La prise en compte de la qualité personnelle du prévenu pour y parvenir était légitime¹⁴²⁰. Mais il en résultait qu'une tout autre infraction était imputée à l'auteur principal, et subséquemment au complice¹⁴²¹.

1231. La protection de l'information personnelle du prévenu s'étend *a fortiori* à celui qui ne parle pas la langue de l'avocat qui lui est commis d'office. Ainsi dans cette hypothèse, la Chambre criminelle a étendu par arrêt de cassation le droit à l'assistance gratuite d'un interprète pour préparer sa défense, en s'appuyant sur l'article 6 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en dépit de l'absence de disposition légale précise en ce sens¹⁴²². Cette décision s'aligne sur la jurisprudence européenne¹⁴²³. Lorsque ce droit à être défendu par un avocat est mis à la charge *positive* de l'Etat, il lui incombe de l'assortir du droit à un interprète. La Chambre criminelle a donc raison de relever que le prévenu « *n'a pas été mis en mesure de préparer utilement sa défense* », dans la mesure où ne parlant ni ne comprenant la langue de son client, l'avocat n'avait pu s'entretenir avec lui avant l'audience, faute d'avoir obtenu que lui soit adjoind un interprète.

1232. Cependant, lorsque le prévenu bénéficie de l'assistance d'un avocat pratiquant une langue voisine de la sienne, il n'ignore pas nécessairement l'étendue de ses droits. La Chambre criminelle juge donc lapidairement que « *l'absence de réclamation de*

¹⁴¹⁹ Crim., 4 mars 1998, Bull. crim. n° 85, p. 232, *Procédures* 1998, comm. n° 180.

¹⁴²⁰ Voir *supra* n° 690 et s.

¹⁴²¹ « *la circonstance que le prévenu avait autorité sur les victimes n'était pas visée dans le titre de poursuite et qu'aucune mention de la décision attaquée n'indique que l'intéressé ait été préalablement informé de cet élément modificatif de la prévention, lequel constitue, pour les faits commis à l'égard des mineurs de moins de quinze ans, une circonstance aggravante et, pour les mineurs de plus de quinze ans, un élément constitutif de l'infraction* ».

¹⁴²² Crim., 29 juin 2005, *AJ pénal* 2005, p. 419, obs. P. R. ; *Procédures* 2005, n° 240, note J. BUISSON ; *Dr. pén.* 2005, comm. 155, note A. MARON.

¹⁴²³ Notamment CEDH, 28 novembre 1978, *Luedicke, Belkacem et Koç c/ Allemagne*, § 40 et s., *Cah. Dr. Eur.* 1979, p. 477, obs. G. COHEN-JONATHAN.

[l'accusé] concernant l'assistance d'un interprète en langue russe fait présumer que cet accusé comprenait cette langue »¹⁴²⁴.

1233. Toutefois, l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur ces points restent très relative si l'on se souvient qu'au XIX^e siècle déjà, la Chambre criminelle jugeait que « l'état de démence d'un prévenu, alors qu'il n'existait pas lors de la perpétration des faits poursuivis, n'est pas une cause suffisante pour mettre obstacle à la mise en accusation de ce prévenu, si la chambre d'accusation déclare que cet état de démence n'est pas tel qu'il soit de nature à paralyser la défense de l'accusé... »¹⁴²⁵. C'est dire que la compréhension par le prévenu des faits qui lui sont imputés constitue une condition traditionnelle de la phase de jugement, à l'ouverture de cette phase. Cette compréhension des enjeux de la procédure doit persister jusqu'au prononcé formel de la condamnation, ce qui démontre bien que l'exercice des droits de la défense n'en est pas le fondement mais l'un des corollaires.

B. La nécessaire compréhension de la nature et des enjeux de la prévention en cours

1234. La modification de la nature de la prévention qui s'opère à l'insu du prévenu le rendrait *ipso facto* ignorant de la nature des faits qui lui sont reprochés. S'il n'est pas informé de cette modification, il se trouve dans le même état d'ignorance que le suspect qui ne connaît pas les raisons de sa mise en cause initiale devant le juge. Il faut donc assurer la permanence de cette connaissance personnelle durant toute la phase de jugement, comme l'illustre l'arrêt *Cuscani c/ Royaume-Uni*¹⁴²⁶. Dans cette affaire, un individu d'origine italienne subit une condamnation pour diverses fraudes et détournements. Son avocat interpelle dans un premier temps la Cour sur les difficultés de compréhension de l'anglais par son client, d'autant que lui-même ne parlait pas l'italien couramment. Il avait sollicité la présence d'un interprète mais, à la reprise des débats, constatant que la Cour n'y avait pas pourvu, proposa de confier au frère du prévenu la traduction des points demeurés incompris. L'avocat était bien mal avisé dans la mesure où le frère de l'accusé ne comprenait pas non plus l'anglais. De plus l'ensemble de ces

¹⁴²⁴ Crim., 3 juin 2004, n° 03-80.989, Juris-Data n° 2004-023323, *Dr. pén.* 2004, comm. 150, note A. MARON. Sur cette question, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation adopte une démarche similaire, cf. Civ., 2^e, 3 juin 2004, n° 02-50.067, Juris-Data n° 2004-023917

¹⁴²⁵ Crim., 13 octobre 1853, Bull. crim. n° 508, p. 591, *DP* 1853, 5, p. 204, préc.

¹⁴²⁶ CEDH, 24 septembre 2002, *Cuscani c/ Royaume-Uni*, req. n° 32771/96.

échanges avaient eu lieu sans que le prévenu n'ait été consulté. Or la juridiction interne a réévalué les faits imputés au prévenu qui avait initialement décidé de plaider coupable, estimant notamment que le montant des sommes détournées approchait les 800 000 livres sterling quand il avait uniquement acquiescé en avoir détourné le huitième, et elle considérait par ailleurs qu'il n'avait pas la qualité de dirigeant. Son ignorance aggravait donc sa situation sans même qu'il ait pu en prendre conscience. Les juges internes s'en étaient complètement remis aux dires de l'avocat sans vérifier par eux-mêmes la capacité de compréhension des débats par l'accusé.

1235. Formellement, le prévenu avait bien bénéficié de l'assistance de son avocat. Cependant cette assistance avait été exercée de manière telle que le champ du mandat avait été réduit à une peau de chagrin. La Cour jugea donc, au visa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, que le fait pour des juges de s'en remettre aux dires de l'avocat pour s'assurer que l'accusé étranger comprenait les débats avait violé les droits de la défense. Certes, l'avocat avait pris la responsabilité de ne pas informer son client des changements intervenus dans l'imputation des faits¹⁴²⁷. Cependant, le respect des droits de la défense est indisponible. En l'occurrence, les juges internes auraient dû s'assurer que la langue dans laquelle allait se dérouler le procès était comprise de l'accusé. Il y a donc bien là un cas d'impossibilité absolue de connaître la nature des faits reprochés.

1236. L'issue aurait été totalement différente s'il n'y avait pas eu de modification de la qualification des faits. Jusqu'alors en effet, le prévenu était conscient d'ignorer la langue dans laquelle le procès se déroulait. Il avait néanmoins pris des mesures adéquates en confiant à son avocat le soin de plaider coupable au su des faits qui lui étaient reprochés. Cette *ignorance simple* avait d'ailleurs justifié la levée de séance durant le temps nécessaire à la communication entre l'avocat et son client en première instance. En revanche à partir de la modification de la prévention, *le prévenu ne connaît plus l'objet de son ignorance* : il ne sait pas qu'il y a désormais matière à se renseigner. La présence de son frère et de l'avocat l'avaient justement conforté dans l'idée que la nature de la prévention n'avait pas changé. Cette ignorance le prive du droit de demander un interprète, comme de s'entretenir avec son avocat pour déterminer un nouveau cap dans

¹⁴²⁷ § 28 : « The Commission concluded that there were grounds for finding that the plea was uninformed in that the applicant had not fully understood the nature of the case to which he was pleading, partly because of his inadequate understanding of the language, and because of the inadequate explanation of the case given to him by his legal representatives ».

l'argumentation en défense. La mauvaise compréhension de la langue dans laquelle se déroule le procès ne constitue donc pas un cas systématique de violation des droits de la défense. Elle ne le devient que dans les hypothèses d'ignorance absolue sur la nature de la cause, de telle sorte qu'il lui est impossible d'exprimer toute demande utile à assurer sa défense. La condamnation prononcée ne servirait alors pas sa finalité rétributive.

§ 2. Le discernement du prévenu, condition de la rétribution pénale

1237. La finalité rétributive de la peine ne peut s'accomplir chez celui qui ne comprend pas les raisons de sa condamnation. Au terme de l'exécution de sa peine, il est censé craindre de souffrir à nouveau la peine prononcée. Autrement dit, par la crainte suscitée, elle restaure chez le délinquant la conscience de devoir se conformer à la loi pénale. A cette fin, celle-ci doit être d'une intensité suffisante pour le dissuader de commettre à nouveau une infraction, sans qu'il soit possible d'avoir la certitude que la peine produira l'effet escompté. Toutefois, la consultation du casier judiciaire du prévenu pourra fournir au juge l'indice d'une vraisemblable insensibilité du prévenu à la peine qu'il serait amené à prononcer. Depuis la loi n° 2008-174 du 25 février 2008, le législateur lui accorde la possibilité de neutraliser ce délinquant impénitent par l'application d'une *rétenion de sûreté*¹⁴²⁸, dans des conditions suffisamment restrictives pour assurer la protection des citoyens sans altérer leur droit à la *sûreté*. Cette sanction préventive a pour objet de prévenir le risque de commission *de nouvelles infractions* par celui qui se trouve, au moment où il est jugé, *de nouveau en état de récidive*. Le pronostic de commission d'une nouvelle infraction ne se fonde pas sur l'état mental de l'accusé, donnée individuelle, mais sur la conscience qu'il devrait avoir de la nature pénale de son fait, à raison des multiples condamnations passées. Cette réforme s'avère être non seulement conforme aux finalités de la peine et aux fondements constitutionnels du droit pénal, mais encore confirmative d'une réorganisation des équilibres de la procédure pénale autour des qualités de la personne.

1238. Ainsi la restauration du discernement altéré constitue l'objet de la peine à prononcer (A) ; toutefois lorsque l'état de multirécidive du prévenu démontre l'inefficacité la répression à son égard, cette dangerosité objective justifie l'application d'une rétenion de sûreté (B).

A. *La restauration du discernement altéré*

1239. Le recours à l’incarcération pourrait laisser entendre que la peine se confond avec la souffrance physique du condamné. Toutefois cette définition de la peine semble réductrice au vu du florilège de peines prévues par le Code pénal. Il est donc possible d’étendre le champ de cette notion afin qu’elle englobe l’ensemble des ces peines, quelle que soit leur nature. Il apparaît alors que la souffrance intellectuelle du condamné est l’objet principal de la peine, à la seule fin de restaurer son discernement¹⁴²⁹, et l’incarcération l’un des multiples supports de cette souffrance, ensemble avec les peines dites « alternatives » ou « complémentaires » à la peine classique.

1240. Il faut alors distinguer deux cas : l’un présumé le succès de l’application d’une peine ; l’autre le contraire. Dans le premier cas, le discernement semble pouvoir être restauré sans difficulté majeure, le cas échéant en atténuant la peine de celui qui démontre l’altération de son discernement en commettant une infraction. Dans le second cas, la probabilité d’amender le délinquant par la peine diminue au regard des échecs passés des condamnations. Mais il faut d’abord démontrer l’objet (1) de la peine avant d’évoquer les paramètres du choix de la peine (2).

1. *La souffrance intellectuelle, objet de la peine*

1241. Un argument démontre que la peine vise principalement à faire souffrir le condamné intellectuellement : les troubles psychiques, même très graves, qui peuvent avoir été causés pendant l’incarcération ne peuvent pas justifier la suspension médicale de peine. *A contrario*, force est d’admettre que cette souffrante soit inhérente à la peine, comme le démontre le régime de la suspension médicale de peine.

1242. L’incarcération vient du latin *carcer* qui désigne, à l’origine, les fers appliqués aux condamnés pendant le temps d’exécution de la peine dans un cachot¹⁴³⁰, afin d’ajouter à la rigueur de l’enfermement la contention supplémentaire des fers.

¹⁴²⁸ Art. 706-53-13 et s. du Code de procédure pénale.

¹⁴²⁹ La déclaration de culpabilité prononcée par le juge peut donc suffire à provoquer cette peine, quand bien même elle ne s’accompagne d’aucune incarcération. Sur la difficulté de définir la condamnation pénale, cf. S. DETRAZ, « La notion de condamnation pénale : l’arlésienne de la science criminelle », *RSC* 2008, p. 41, spéc. n° 19 et s.

L'incarcération se distingue néanmoins toujours de la peine, aussi vrai que tous les condamnés ne sont pas forcément incarcérés. La peine correspond intrinsèquement à la souffrance imputée, à la fin d'amender celui qui la subit, c'est-à-dire afin qu'il réprime l'infraction qui a causé sa souffrance¹⁴³¹. Il faut envisager les conditions de la suspension médicale de peine pour vérifier la cohérence du système répressif sur ce point. Le législateur a prévu que la computation de la peine soit suspendue lorsque le détenu doit être extrait de prison pour des troubles *physiques* (a) mais que les troubles psychiatriques n'aient jamais cet effet (b) comme le prévoit l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale. Cette disposition légale semble parée de vertus humanitaires au premier abord¹⁴³² mais, à l'analyse, elle est toute entière dédiée à la répression de l'infraction.

a. La suspension médicale de peine, justifiée par des troubles physiques uniquement

1243. La suspension médicale de peine est prévue à l'article 720-1-1 du Code de procédure pénal¹⁴³³. La promulgation de cet article par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé^{1434, 1435}. Elle est

¹⁴³⁰ Voir sur ce point l'ouvrage historique de Y. RIVIERE, *Le cachot et les fers, détention et coercition à Rome*, éd. Belin, 2004.

¹⁴³¹ La rétribution pénale concerne une conviction coupable précise, aussi l'existence de deux infractions distinctes impose une double peine, pour chacun des statuts personnels violés. L'article 132-16-7 du Code pénal prévoit ainsi qu'en cas de réitération d'infractions, hypothèse exclusive de la récidive, les peines prévues pour chacune des infractions se cumulent. Ce problème est soulevé par A. DARSONVILLE, in « La réitération, ou la consécration légale d'une notion hybride », *D.* 2006, p. 2116 et s., qui expose de manière détaillée les différences qui existent entre le concours réel, la récidive et la réitération, mais affirme que « la disparité entre la réitération et la récidive, au regard des peines encourues, est (...) délicate à expliciter ».

¹⁴³² M. HERZOG-EVANS, « La loi n'oblige pas à rechercher si la suspension médicale présente un risque pour l'ordre public », *AJ pénal* 2006, p. 273, sous Crim., 15 mars 2006, Bull. crim. n° 80, p. 297.

¹⁴³³ « Sauf s'il existe un risque grave de renouvellement de l'infraction¹⁴³³, la suspension peut également être ordonnée, quelle que soit la nature de la peine ou la durée de la peine restant à subir, et pour une durée qui n'a pas à être déterminée, pour les condamnés dont il est établi qu'ils sont atteints d'une pathologie engageant le pronostic vital ou que leur état de santé est durablement incompatible avec le maintien en détention, hors les cas d'hospitalisation des personnes détenues en établissement de santé pour troubles mentaux »

¹⁴³⁴ JO du 5 mars 2002, p. 4018, *D.* 2002, p. 1022.

¹⁴³⁵ « Les détenus souffrant de handicaps physiques graves et ceux qui sont très âgés devraient pouvoir mener une vie aussi normale que possible et ne pas être séparés du reste de la population carcérale. Les modifications structurelles nécessaires devraient être entreprises dans les locaux pour faciliter les déplacements et les activités des personnes en fauteuil roulant et des autres handicapés, comme cela se pratique à l'extérieur de la prison. La décision quant au moment opportun de transférer dans des unités de soins extérieures les malades dont l'état indique une issue fatale prochaine devrait être fondée sur des critères médicaux. En attendant de quitter l'établissement pénitentiaire, ces personnes devraient recevoir pendant la phase terminale de leur maladie des soins optimaux dans le service sanitaire. Dans de tels cas, des périodes d'hospitalisation temporaire lors du cadre pénitentiaire devraient être prévues. La possibilité d'accorder la grâce ou une libération anticipée pour des raisons médicales devrait être examinée ». Cet article s'inscrit dans le droit fil d'une recommandation n° R (98) 7 adoptée par le Comité des ministres en Conseil de l'Europe le 8 avril 1998 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire qui invitait à fonder la suspension de peine sur des critères strictement médicaux

conforme à l'obligation conventionnelle pour l'Etat de prodiguer des soins aux détenus¹⁴³⁶.

1244. La suspension de peine concerne deux hypothèses distinctes : l'existence d'une pathologie engageant le pronostic vital *ou* d'un état de santé durablement incompatible avec le maintien en détention. Soit le détenu souffre d'une maladie qui engage son pronostic vital, soit il présente un état de santé qui, indépendamment d'un risque de mort, est durablement incompatible avec son maintien en prison. *Dans ces deux hypothèses, le maintien en détention est impossible pour des raisons purement médicales, celles qui tiennent à la santé physique du condamné.*

1245. L'une concerne un état qui, sans engager le pronostic vital, impose l'élargissement temporaire du condamné. Ce serait par exemple le cas du condamné atteint d'un cancer qui nécessiterait un traitement inexécutable en prison¹⁴³⁷, mais cet état n'est pas lié à l'âge du condamné : dans les arrêts Papon¹⁴³⁸ ou Priebke¹⁴³⁹, l'âge des condamnés (88 ans et 80 ans) ne faisait respectivement obstacle ni à l'incarcération, ni au placement en détention provisoire¹⁴⁴⁰. La Cour européenne des droits de l'homme a précisé dans l'arrêt Sawoniuk¹⁴⁴¹, où l'intéressé avait été condamné pour crime de guerre à l'âge de 78 ans, que la Convention n'interdit pas l'emprisonnement des personnes d'un âge avancé.

1246. L'autre, proposée par le Sénat en 2001, a pour but de prévenir le risque d'une mort annoncée par le maintien en détention, quelle qu'en soit la cause. La Chambre criminelle a précisé qu'il devait s'agir d'une cause engageant le pronostic vital « à court terme » sur l'échelle d'une vie (environ un an)¹⁴⁴². Il n'est pas indispensable que le bénéficiaire de la mesure soit moribond, cette hypothèse devant d'ailleurs plus sûrement

¹⁴³⁶ CEDH, gr. Ch., 26 octobre 2000, Kudla c/ Pologne, n° 30210/96 : en application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, les Etats ont l'obligation de « s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine (...) et que la santé et le bien-être du détenu sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis » ; également CEDH, 27 juillet 2010, Rokosz c/ Pologne, n° 1595209 : le droit à la santé doit parfois primer sur le maintien en détention, mais la Cour ne va pas jusqu'à affirmer que la peine doit continuer de courir durant les soins hors de la prison ; voir également C. MURILLO, « Le droit à la santé des détenus sous le regard de la CEDH », *Gaz. Pal.* 2011, p. 30 et s.

¹⁴³⁷ CEDH, 14 décembre 2004, Gelfmann c/ France, req. n° 25875/03, *AJ pénal* 2005, p. 33, obs. M. HERZOG-EVANS, où la France ne fut pas condamnée en raison du refus pour le détenu cancéreux de prendre ses médicaments ; voir également CEDH, 10 juillet 2007, Mouisel c/ France, n° 67263/01, *LPA* 2003, n° 122, p. 15, H. TIGROUDJA, « Le maintien en détention d'une personne atteinte d'un cancer au regard de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

¹⁴³⁸ CEDH, 7 juin 2001, Papon c/ France, n° 64666/01 ; M. HERZOG-EVANS, « La suspension de peine médicale de Maurice Papon », *D.* 2002, p. 2893.

¹⁴³⁹ CEDH, Priebke c/ Italie, 5 avril 2001, req. n° 48799/99 (décision d'irrecevabilité).

¹⁴⁴⁰ Egalement CEDH, Kudla c/ Pologne, 26 octobre 2000, req. n° 30210/96.

¹⁴⁴¹ CEDH, Sawoniuk c/ Royaume-Uni, 29 mai 2001, req. n° 63716/00 (décision d'irrecevabilité).

¹⁴⁴² Crim., 28 septembre 2005, Bull. crim. n° 247, *AJ pénal* 2005, p. 461, obs. M. HERZOG-EVANS ; *Dr. pén.* 2005, comm. 183, obs. A. MARON, *RSC* 2006, p. 428, obs. P. PONCELA.

correspondre à l'alinéa 2 *in fine* de l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale qui prévoit une procédure d'urgence. Enfin, il n'est pas nécessaire que cette personne ait débuté l'exécution de sa peine. La Chambre criminelle a accepté d'étendre cette suspension de peine au profit de celui qui n'est pas encore détenu¹⁴⁴³, conformément aux préconisations d'une circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces du 7 mai 2003.

1247. L'engagement du pronostic vital peut donc résulter d'une démarche consciente (grève de la faim) ou inconsciente (trouble psychiatrique, tel que l'anorexie aigue¹⁴⁴⁴), et néanmoins entraîner la suspension de peine. En effet, si un condamné s'automutile ou entame une grève de la faim en vue d'échapper à l'exécution de sa peine, son pronostic vital ne s'en trouve pas moins engagé. Il faudrait donc le soigner, le cas échéant en dehors de la prison, conformément à l'obligation conventionnelle d'offrir un accès aux soins aux détenus – article 3 de la convention¹⁴⁴⁵, et dont l'article L. 3211-3 du Code de la santé publique retranscrit fidèlement le contenu¹⁴⁴⁶. De ce bénéfice sont exclues les personnes souffrant de troubles mentaux justifiant leur hospitalisation psychiatrique.

b. L'objet de la peine, révélée par les conditions négatives de la suspension médicale de peine

1248. Le législateur ne s'inquiète en effet que de la santé physique du condamné. S'il faut placer le détenu dans un hôpital pour qu'il reçoive des soins, la peine est suspendue durant tout le temps passé hors de la prison. Comme son nom l'indique, la *suspension* médicale marque une pause dans l'exécution de cette souffrance. Une fois le condamné à nouveau en état de subir physiquement l'incarcération, il sera réintégré en prison et la computation de la peine reprendra son cours. La suspension médicale de peine n'a donc aucun fondement philanthropique, lequel serait à l'œuvre si l'état physique du délinquant ne causait aucune suspension de peine. La peine continuerait de courir pendant qu'il

¹⁴⁴³ Crim., 21 février 2007, Bull. crim. n° 60, p. 334, *Dr. pén.* 2007, p. 23, obs. C. MICHALSKI ; *AJ pénal* 2007, p. 192, obs. M. HERZOG-EVANS ; comp. M. de CROUY-CHANEL, E. NOEL, O. SANNIER, *ibid.*, qui étendent la portée de cet arrêt aux deux hypothèses de suspension médicale de peine en raison de « l'esprit du texte ».

¹⁴⁴⁴ CEDH, 21 décembre 2010, *Raffray Taddei c/ France*, n° 36435/07, *D.* 2011, p. 793, note J.-F. RENUCCI ; *AJ pénal* 2012, p. 357, obs. J.-P. CERE ; *D.* 2011, actu., O. BACHELET.

¹⁴⁴⁵ Par exemple, CEDH, *Yakovenko c/ Ukraine*, n° 15825/06, § 101 ; *Dybeku c/ Albanie*, n° 41153/06, § 103 ; *Ghosh c/ Allemagne*, n° 24017/03, § 98 ; *Iorgov c/ Bulgarie*, n° 36295/02.

¹⁴⁴⁶ Art. L. 3211-3 al. 1 du Code de la santé publique : « Lorsqu'une personne atteinte de troubles mentaux fait l'objet de soins psychiatriques en application des dispositions des chapitres II et III du présent titre ou est transportée en vue de ces soins, les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis. En toutes circonstances, la dignité de la personne doit être respectée et sa réinsertion recherchée ».

reçoit des soins hors des murs, ce qui diminuerait d'autant le temps de son incarcération. Afin d'infliger toute la durée de la souffrance décidée par le juge au condamné, le législateur prévoit cette suspension, celle qui n'est justifiée que par son incapacité physique à supporter l'incarcération.

1249. A l'inverse, lorsque la souffrance poursuit son cours, même en dehors des enceintes de la prison, la computation de la peine se poursuit. Toutefois, l'article 720-1-1 du Code pénal prévoit une exception commune aux deux causes de suspension médicale de peine : elle existe « *hors les cas d'hospitalisation des personnes détenues en établissement de santé pour troubles mentaux* ». Le fondement de cette exception demeure obscur pour qui considérerait la protection de la santé du détenu comme une fin en soi. Deux arguments peuvent être avancés pour appuyer la justification de cette exception.

1250. *D'abord*, les critères psychiatriques n'ont aucune portée en matière pénale, tant qu'ils ne sont pas la cause d'une absence de discernement. Si tel était le cas, la décision d'y recourir devrait revenir au médecin. Or l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale dispose que la suspension de peine *peut* être ordonnée par le juge. Il lui faut alors recourir à une double expertise dont les résultats seraient concordants (art. 720-1-1 al. 2 *in fine* du Code de procédure pénale) mais il peut en ordonner une troisième pour affûter sa conviction¹⁴⁴⁷. S'agissant de la fin de cette mesure, le dernier alinéa de cet article précise que le juge de l'application des peines *peut* à tout moment ordonner une expertise médicale pour vérifier que les conditions de la suspension de peine sont plus remplies. Aucun parallélisme des formes n'est imposé : une seule expertise psychiatrique peut convaincre le juge de devoir mettre un terme à cette suspension de peine¹⁴⁴⁸.

1251. La suspension médicale de peine dépend donc de l'intime conviction du juge et ne se fonde aucunement sur des critères médicaux. Ainsi d'une part, l'article D. 398 du

¹⁴⁴⁷ Auquel cas il lui faudra motiver sa décision de façon telle qu'il démontrera en avoir tenu compte, cf. Crim., 14 octobre 2009, *AJ pénal* 2010, p. 42, obs. M. HERZOG-EVANS (« *Suspension médicale de peine : prise en compte obligatoire de la contre-expertise* »).

¹⁴⁴⁸ Crim., 23 juin 2004, Bull. crim. n° 172, p. 628 ; *AJ pénal* 2004, p. 373, obs. M. HERZOG-EVANS ; *Dr. pén.* 2004, comm. 153, A. MARON ; *Gaz. Pal.* 2005, p. 19, note Y. MONNET. L'annotatrice de l'arrêt estime que cette décision « *heurte les droits de la défense* ». Au soutien de cette conclusion, elle avance l'article 167 al. 3 du Code de procédure pénale qui autorise la contre-expertise en droit commun pénal, étant entendu que la Chambre criminelle aurait reconnu que ce droit commun s'imposait à l'application des peines dans le silence des dispositions qui lui étaient spécialement consacrées (Crim., 17 mars 1977, Bull. crim. n° 102, p. 246). Toutefois la décision de cassation citée n'en affirme pas tant. Dans l'arrêt du 17 mars 1977, la Chambre criminelle devait trancher la question de la possibilité d'opposer le caractère gracieux d'une décision d'octroi de suspension de peine à une procédure d'appel. Elle indique qu'il ne peut être dérogé à la possibilité de faire appel que lorsque le législateur a expressément attribué à une juridiction le pouvoir de statuer en dernier ressort. Il était donc possible de faire appel des décisions prises sur le fondement de l'article 720-1 du Code de procédure pénale, relatif à la

Code de procédure pénale, qui dispose que « *les détenus atteints de troubles mentaux (...) ne peuvent être maintenus dans un établissement pénitentiaire* », n'affirme pas que cet état doit suspendre la peine. Et le Code de la Santé Publique, dans son chapitre dédié à « *l'admission en soins psychiatriques des personnes détenues atteintes de troubles mentaux* », précise que le temps passé par le détenu en milieu hospitalier, sous le régime de l'hospitalisation complète (obligation prévue à l'article 3214-1 CSP, il s'agit de celui qui limite au maximum la liberté d'aller et venir) s'impute sur sa peine (art. R. 3214-16 CSP). En principe, la maladie mentale du détenu n'impacte ni la durée, ni l'exécution de sa peine.

1252. Ensuite, l'étude des finalités de la peine justifie sans doute ce régime dérogatoire en présence de détenus souffrant de troubles psychiatriques. Le trouble psychique dont souffre le condamné est de la même nature que celui que la condamnation cherche à provoquer : la souffrance intellectuelle du condamné. La Cour européenne des droits de l'homme a pu condamner la France parce que les soins prodigués au malade mental ne l'étaient pas pendant une durée suffisante, ce qui a entraîné la multiplication des internements sur une durée de quelques années¹⁴⁴⁹. Cependant elle ne considère pas que la souffrance inhérente à la détention constitue un traitement inhumain et dégradant¹⁴⁵⁰. Elle juge également, dans l'arrêt Kudla contre Pologne, que l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme « *ne peut être interprété comme établissant une obligation générale de libérer un détenu pour motifs de santé ou de le placer dans un hôpital civil afin de lui permettre d'obtenir un traitement médical d'un type particulier* »¹⁴⁵¹. De ce point de vue, il n'est guère étonnant de constater la présence de malades mentaux en prison, bien que la tendance soit à la dénonciation de cet état de fait¹⁴⁵².

suspension des peines, sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il s'agissait d'une décision gracieuse ou contentieuse. Autrement dit, cette décision concerne l'impératif du droit à un double degré de juridiction.

¹⁴⁴⁹ CEDH, 23 mai 2012, *G. c/ France*, n° 27244/09, spéc. § 77 : « *si les hospitalisations d'office ponctuelles du requérant ont permis d'éviter la survenance d'incidents qui auraient pu mettre en péril son intégrité physique et mentale ainsi que celle d'autrui, l'extrême vulnérabilité du requérant appelait cependant, aux yeux de la Cour, des mesures aptes à ne pas aggraver son état mental, ce que n'ont pas permis les nombreux allers-retours de celui-ci entre la détention ordinaire et ses hospitalisations* » ; également § 80 : « *le maintien en détention du requérant dans les conditions décrites ci-dessus, et sur une longue période, de 2005 à 2009, a entravé le traitement médical que son état psychiatrique exigeait et lui a infligé une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention* ».

¹⁴⁵⁰ *Contra* : O. BACHELET, « Schizophrénie et incarcération, condamnation de la France », *D.* 2012, p. 742 et s. ; également J.-P. CERE, « Condamnation de la France pour l'absence de prise en charge médicale suffisante d'un détenu atteint de graves troubles mentaux », *AJ pénal* 2012, p. 357.

¹⁴⁵¹ CEDH, 26 octobre 2000, *Kudla c/ Pologne*, req. n° 30210/96 ; également CEDH, *M. c/ France*, 14 novembre 2002 (détenue atteinte de leucémie), note H. MOUTOUH, *D.* 2003, p. 303 ; M. de CROUY-CHANEL, E. NOEL, O. SANNIER, « Les aménagements de peine pour raison médicale », *AJ pénal* 2010, p. 318 et s.

¹⁴⁵² Les rapports dénoncent un taux variant entre 20 et 60% de détenus souffrant de troubles psychiatriques. Cf. « La santé et la médecine en prison », avis n° 94 du Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, 2006, qui dénonce un « déplacement de l'hôpital psychiatrique en prison » ; les rapports successifs de l'Observatoire

1253. En effet, la peine doit être d'une intensité telle qu'elle le dissuade définitivement de passer à nouveau à l'acte, au risque de provoquer chez le condamné des troubles psychiatriques manifestant un haut degré de souffrance. Elle vise avant tout à réformer sa tendance à nourrir des volontés coupables. C'est d'ailleurs pourquoi il faut aggraver le taux de cette peine lorsque l'accusé à condamner s'avère être un récidiviste. Dans ce cas, la condamnation pénale n'a pas suffi à le dissuader de passer à nouveau à l'acte, tandis que sa qualité de primodélinquant pourrait laisser entrevoir un amendement par une peine d'une gravité moindre. Il faut distinguer ces deux hypothèses, par l'étude des effets de l'altération du discernement sur la responsabilité pénale.

2. L'effet de l'altération du discernement sur la responsabilité pénale

1254. *La commission d'une infraction par le délinquant sera toujours le signe d'une altération de son discernement, constatée par le juge.* De même que le magistrat constate l'abolition du discernement, il peut atténuer la peine en fonction de la personnalité du prévenu. L'altération du discernement peut donc jouer en faveur de l'atténuation de la responsabilité pénale, dans une mesure qui a été récemment précisée par le législateur¹⁴⁵³. Il pourra notamment prononcer une *contrainte pénale* en lieu et place d'une peine de prison ferme¹⁴⁵⁴. L'article 131-4-1 du Code pénal prévoit la possibilité de prononcer, à l'encontre d'un *délinquant* (au sens strict) punissable d'emprisonnement, des mesures auxquelles il doit satisfaire s'il veut éviter l'incarcération. Son champ d'application est réduit aux délits faisant encourir une peine inférieure ou égale à cinq ans de prison à leur auteur. la loi n° 2014-896 a prévu son extension future à l'ensemble des délits à compter du 1^{er} janvier 2017. Cependant la modification de l'article 122-1 alinéa second du Code pénal concerne l'individu. Il faut donc gager que la connaissance effective d'une précédente condamnation par le prévenu jouera en défaveur de ces mesures plus favorables.

1255. En effet, le régime juridique de l'individualisation de la peine se trouve lié avec la connaissance effective des condamnations passées que le prévenu aurait eu à subir. En

International des Prisons (section française), « Les conditions de détention en France », éd. la Découverte, 2012 notamment ; voir également les sources citées dans l'arrêt suivant : CEDH, 23 mai 2012, G. c/ France, n° 27244/09, spéc. n° 36 et s.

¹⁴⁵³ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 « relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales », JO du 17 août 2014 p. 13647.

¹⁴⁵⁴

témoigne la prise en compte de la peine *non-avenue* ou de la *réhabilitation* pour qualifier le second terme de la récidive. Ces deux mécanismes légaux constituent des moyens d'apurer le casier judiciaire d'un individu qui n'a pas commis d'infraction depuis qu'il a purgé sa peine. La réhabilitation, qu'elle soit légale ou judiciaire, rétablit le délinquant dans son honneur et sa probité par effacement de la condamnation de son casier judiciaire, ainsi que de toutes déchéances et incapacités prononcées à titre de peine complémentaire ou accessoires. Le mécanisme de la peine dite « non-avenue » a le même effet mais il concerne les peines assorties du sursis. Lorsque le délinquant n'a commis aucune infraction dans le délai de suspension de la peine, alors la peine est révoquée et s'efface du casier judiciaire de l'intéressé.

1256. Si le mécanisme de la récidive était lié à la mémoire du casier judiciaire, il faudrait qu'une condamnation y soit mentionnée au jour de la commission d'une nouvelle infraction pour que le régime de la récidive s'applique. Dès lors, il serait impossible de se servir de la peine de sursis dite non-avenue. La faculté de s'appuyer sur le passé pénal du délinquant purgé par la réhabilitation serait également fermée au juge. Chacun de ces mécanismes d'apurement du passé devrait faire obstacle à la prise en compte de la peine effacée du casier.

1257. Or d'une part, le législateur prévoit à l'article 133-16 in fine du Code pénal, tel que modifié par la loi du 10 août 2007, que « la réhabilitation n'interdit pas la prise en compte de la condamnation, par les seules autorités judiciaires, en cas de nouvelles poursuites, pour l'application des règles sur la récidive légale ». Cette nouvelle formulation met fin à une jurisprudence qui considérait qu'une condamnation avec sursis réputée non avenue ne pouvait constituer le premier terme de la récidive.

1258. En effet, l'apurement du casier judiciaire ne suffit pas à effacer le souvenir d'une condamnation. Le prévenu conscient d'avoir subi une condamnation, certes effacée par le mécanisme légal de la réhabilitation, et qui commet une infraction de même nature que la précédente, démontre l'inefficacité de la peine qui a été effacée de son casier. Il est donc nécessaire que le juge puisse prendre la condamnation apurée en compte pour prononcer une peine véritablement dissuasive. L'article 133-16 dispose à cette fin que la réhabilitation « *n'interdit pas* » la prise en compte de la condamnation primaire. Il faut donc s'en remettre à l'appréciation que le juge portera sur le profil pénal du délinquant.

1259. D'autre part, cette solution a été logiquement étendue au cas du sursitaire dont la peine serait réputée non-avenue. La modification des articles 133-13 et 133-16 du Code

pénal par la loi du 5 mars 2007¹⁴⁵⁵, a suscité un avis de la Cour de cassation qui s'est prononcée en ce sens¹⁴⁵⁶. La demande d'avis à la Cour de cassation, daté du 23 octobre 2008, était formulée par le Tribunal de grande instance de Morlaix dans les termes suivants : « *une condamnation à une peine avec sursis et mise à l'épreuve ou de sursis avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, rendue moins de cinq années avant la commission de nouveaux faits, constitue-t-elle le premier terme de la récidive ?* ». Le 26 janvier 2009, la Cour de cassation aligne le régime juridique du sursitaire sur celui du délinquant réhabilité, comme elle le faisait avant l'entrée en vigueur de la loi précitée. La question se posait d'autant plus qu'avant la loi du 5 mars 2007, la Chambre criminelle considérait que la peine ayant fait l'objet d'une réhabilitation ne pouvait pas servir de support à l'infraction récidivée. Dans le silence de la loi, elle répercutait les solutions de ce régime sur celui de la peine de sursis réputée non-avenue¹⁴⁵⁷. Avec l'entrée en vigueur de la loi précitée, le législateur a adopté une solution qui met fin à la jurisprudence antérieure. La Chambre criminelle en tire des conséquences en ce qui regarde à la peine de sursis. La Chambre criminelle assimile à nouveau le régime de la réhabilitation avec celui de la peine révoquée et comme telle réputée non-avenue.

1260. Il apparaît donc bien que la connaissance effective d'une condamnation préalable peut justifier la neutralisation du bénéfice de la contrainte pénale. Elle peut même justifier l'application d'une rétention de sûreté à l'égard du délinquant dangereux.

B. L'insensibilité du prévenu à la souffrance pénale : la dangerosité et la rétention de sûreté

1261. Intégrée à l'économie du droit pénal, la dangerosité constate une persévérance dans la commission d'un même type infractions. Cette assiduité criminelle fait de cette personne un délinquant hors norme : celui que l'avertissement solennel de la loi, par l'intermédiaire d'une condamnation, ne parvient pas à *dissuader* de commettre de nouvelles infractions.

¹⁴⁵⁵ Art. 43 de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 « *tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale* », JO du 6 mars 2007, p. 4206.

¹⁴⁵⁶ Cass., 26 janvier 2009, Avis, Bull. crim. n° 1 ; D. 2009, p. 501, obs. M. LENA ; *AJ pénal* 2009, « Les sursitaires en danger au regard de la récidive », p. 173, obs. C. SAAS ; E. FORTIS, Conditions de la récidive, *RSC* 2010, p. 125.

¹⁴⁵⁷ Crim., 28 novembre 1978, Bull. crim. n° 335 ; Crim., 20 mai 2006, Bull. crim. n° 153, p. 538.

1262. Avec la loi n° 2008-174 du 25 février 2008, le législateur a fourni au juge les moyens de neutraliser ce délinquant. Ce n'est cependant pas à partir de critères médicaux qu'il est possible d'expliquer la nature de cette dangerosité. Pour en prendre la mesure sans désavouer les fondements constitutionnels du droit pénal, il faut prendre en compte les multiples condamnations pénales passées : le multirécidivisme personnel. Le constat de dangerosité ne dépend donc pas d'une expertise médicale qui ne ferait foi que de la dangerosité psychiatrique du prévenu. Il résulte de commission répétée d'infractions de même nature. La distinction de la dangerosité médicale et de la dangerosité pénale (1) précèdera donc l'étude des paramètres de cette dangerosité personnelle (2).

1. La distinction de la dangerosité médicale et de la dangerosité pénale

1263. Suivre la trame d'un critère médical (a) ne permet pas de comprendre la nature juridique de la dangerosité (b).

a. L'acception médicale de la dangerosité, ou la confusion du droit pénal et du droit administratif

1264. A partir d'une définition médicale de la dangerosité, les mesures de surveillance de sûreté et de rétention de sûreté, quant à elle privative de liberté, sont logées à la même enseigne. Elles se justifieraient toutes deux par la dangerosité psychiatrique du malade mental. Pourtant, le terme « dangerosité » n'apparaît pas dans les textes qui justifient l'application d'une mesure de sûreté à l'irresponsable de l'article 122-1 du Code pénal.

1265. De plus, l'internement des malades mentaux lui-même ne se fonde qu'indirectement sur l'existence de troubles mentaux. Il faut encore que le malade mental présente par son comportement un trouble à l'ordre public, ce depuis la loi fondatrice de l'institution asilaire¹⁴⁵⁸. La commisération publique à l'égard des « anormaux » n'explique pas la création de l'hôpital psychiatrique, comme l'interprétation de loi de

¹⁴⁵⁸ Loi n° 7443 du 30 juin 1838, *Rec. Duvergier*, p. 490, art. 1^{er} : « chaque département est tenu d'avoir un établissement public, spécialement destiné à recevoir et soigner les aliénés, ou de traiter, à cet effet, avec un établissement public ou privé, soit de ce département, soit d'un autre département ».

1838 pourrait y inviter¹⁴⁵⁹. Elle fut justifiée par les carences de la loi de 1791¹⁴⁶⁰ et présentée comme une mesure de philanthropie à l'attention des malades mentaux, supposément négligés durant des siècles d'obscurantisme. Mais elle se contentait de réparer les excès de l'abolition des privilèges instaurée par l'ordonnance de 1791¹⁴⁶¹. En privant les malades mentaux des lieux où ils étaient pris en charge, dans les maladreries ou les hospices ecclésiastiques, la loi de 1791 ayant créé les conditions d'une divagation de fous furieux. Ils ne bénéficient pas de l'attention humaniste dont on voudrait établir l'ancienneté légale¹⁴⁶².

1266. Le projet qui précède la loi de 1838 n'aborde pas la curabilité des insensés. Les débats durent dix-huit mois (6 janvier 1837 au 14 juin 1838) et correspondent à plus de mille pages de procès au sein desquels cinq seulement font référence à Pinel¹⁴⁶³. La considération du maintien de l'ordre public a déterminé l'intervention du législateur qui ne répare pas l'oubli supposé de l'ordonnance de 1790¹⁴⁶⁴. La loi du 30 juin 1838 relative à l'enfermement des malades mentaux – aussi dite loi Esquirol – envisage l'enfermement comme un moyen de maintenir *la tranquillité, la sécurité ou la salubrité publique*. La loi du 27 juin 1990 réforme en partie celle de 1838 afin d'en actualiser le contenu¹⁴⁶⁵, avant que le droit définissant les liens entre maladie mentale et ordre public ne soit encore modifié par celle du 4 mars 2002¹⁴⁶⁶.

1267. Rechercher le critère de la dangerosité pénale du côté de la médecine ne se justifie ni en droit administratif où la dangerosité médicale ne décide pas de l'internement, ni en droit pénal où il serait inconstitutionnel qu'elle intervienne¹⁴⁶⁷. L'approche médicale de cette notion ferait alors passer le recours à l'hospitalisation d'office pour une mesure de

¹⁴⁵⁹ Par exemple chez A. COLLINEAU, *Examen de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés*, Paris, Félix Malteste, 1870 ; A. PROTHAIS, « La loi du 30 juin 1838 à l'aune du droit pénal », *D.* 1990, chr., p. 51.

¹⁴⁶⁰ Exposé des motifs du 6 janvier 1837, *Moniteur universel*, supplément du 7 janvier 1837 : le ministre de l'Intérieur affirme que « l'erreur ou l'oubli de l'ancienne législation s'est prolongé jusqu'à nos jours ».

¹⁴⁶¹ C. PENY, *op. cit.*, p. 12.

¹⁴⁶² P. SERIEUX, L. LIBERT, *Le régime des aliénés en France au XVIIIe siècle d'après de documents inédits*, Paris, Masson, 1914, pp. 147-150.

¹⁴⁶³ C. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, Paris, éd. Tallandier, 2009, p. 287-292 : « La loi de 1838 prévoit que tous les aliénés doivent être admis dans les asiles, et non point seulement ceux qui posent des problèmes d'ordre public (article 25 de la loi, section III, « Dépenses du service des aliénés » : « Les aliénés dont l'état mental ne compromettrait point l'ordre public ou la sûreté des personnes y seront également admis ». Une circulaire du 5 août 1839 s'en explique : « Les dispositions du paragraphe 2^e de l'article 25 de la loi paraissent n'avoir pas été complètement comprises (...). La loi n'est pas seulement une loi de police ; c'est aussi une loi de bienfaisance. Il est des aliénés dont la condition est trop déplorable, quoiqu'ils ne menacent point la sécurité des citoyens, pour que la société ne leur vienne pas en aide ».

¹⁴⁶⁴ Ce qui lui valut d'être taxé de plagiaire, cf. D. LAURENT, « De la manière de gouverner les insensés », *Vie sociale et traitements*, 1989, cahier n° 2, p. 54.

¹⁴⁶⁵ Loi n° 90-527 du 27 juin 1990 « relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation ».

¹⁴⁶⁶ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

¹⁴⁶⁷ Voir *supra* n° 306.

sûreté pénale¹⁴⁶⁸. La dangerosité pénale est étrangère à toute question d'ordre médical. Est dangereuse la personne ayant subi des condamnations répétées qui *démontrent* son insensibilité à l'intimidation par la peine.

1268. La récidive constitue donc une condition de la dangerosité pénale mais elle s'avère insuffisante à l'établir. Seule la persistance dans la récidive renverse la présomption de discernement que la loi attache à son âge. Dans ce cas en effet, l'infraction commise sous l'empire de l'état alcoolique, les viols en série, comme autant d'infractions commises malgré l'intervention de la peine et sa portée rétributive, révèle l'*incorrigibilité* de l'agent pénal.

b. La construction du statut légal de la personne dangereuse

1269. Le législateur a totalement rendu au juge le pouvoir d'individualisation de la peine qu'il lui avait retiré au lendemain de la Révolution de 1789. Le premier Code révolutionnaire de 1791 avait fait du juge un automate pénal. L'adoption du Code pénal de 1810 constitue la première étape d'une longue série d'infléchissements du système trop rigide de la tarification légale des peines. Il se « contente » de prévoir un minimum et un maximum. Sous l'empire du Code d'instruction criminelle de 1808, la loi du 25 juin 1824 poursuit cette tendance en prévoyant la possibilité de prononcer des circonstances atténuantes. Votée sous la Restauration, elle ne concerne toutefois que quelques crimes et ne peut être votée que par les magistrats¹⁴⁶⁹. La loi du 28 avril 1832 généralise ces circonstances en permettant au jury de les prononcer pour tous les crimes et délits du Code pénal, si bien que Garraud a pu en dire qu'elles étaient « *indéfinissables et illimitées* »¹⁴⁷⁰. Et avant que la loi du 11 février 1951 ne supprime les dispositions spéciales qui limitaient par principe le champ d'application des circonstances

¹⁴⁶⁸ Comp. H. MATSOPOULOU, note sous Crim., 16 décembre 2009, *D.* 2009, p. 1111, et « *L'application des "peines", puis des "mesures de sûretés", aux personnes atteintes de troubles mentaux : l'incohérence jurisprudentielle et ses conséquences* », *Dr. pén.* 2010, Etude 4, p. 11, qui propose l'assise de l'article 5-1 e de la Convention européenne des droits de l'homme, d'après lequel « *toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales (...) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond* » ; dans le même sens mais sur le fondement de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, J. PRADEL, « *Nature et application dans le temps des mesures de sûreté créées par la loi du 25 février 2008 à l'égard des criminels atteints d'un trouble mental* », *D.* 2010, p. 471 et s., spéc. p. 475.

¹⁴⁶⁹ Voir sur ce sujet S. BOISSONADE, *Les circonstances atténuantes devant la cour d'assises de la Lozère de 1814 à 1914*, thèse Toulouse, 2010.

¹⁴⁷⁰ A la différence des circonstances aggravantes, sur cette discussion voir S. RUOPOLI-CAYET, *Arnould Bonneville de Marsangy (1802-1894), un précurseur de la science criminelle moderne*, éd. L'Harmattan, 2002, p. 346 et s. Ces

atténuantes, la loi du 21 décembre 1928 et l'ordonnance du 4 octobre 1945 avaient prévu qu'elles puissent être prononcées par le jury. Enfin l'article 332 de la loi d'adaptation du 16 décembre 1992 supprime tout plancher de peine dans le nouveau Code pénal.

1270. La loi du 10 août 2007¹⁴⁷¹ préserve cet acquis en reconnaissant au juge la possibilité de neutraliser le mécanisme des peines-plancher par une décision spécialement motivée. A cet égard, dans une décision qui valide la constitutionnalité de cette loi, le Conseil constitutionnel a précisé qu'il n'y a aucune contrariété entre le principe d'individualisation de la peine et la méthode de la peine-plancher¹⁴⁷². La tarification légale et l'individualisation relèvent de deux domaines distincts¹⁴⁷³.

1271. Par la création du système des peines-planchers, le législateur invitait le juge à prononcer des peines de prison fermes à l'égard des prévenus multirécidivistes¹⁴⁷⁴. Elle avait donc pour fonction de garantir l'intimidation pénale en promettant l'incarcération au multirécidiviste, sauf motivation contraire du juge¹⁴⁷⁵. La dissuasion ne reposait pas sur l'alourdissement supplémentaire du quantum de la peine, mais sur la certitude de l'exécution d'une peine de prison.

1272. Cette innovation a cependant été supprimée par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 : les peines planchers n'auront fait qu'une apparition furtive dans le paysage légal. Pourtant, leur reconnaissance poursuivait une évolution au long cours : la prise en compte du statut personnel du prévenu, suivant qu'il est primodélinquant, récidiviste ou, jusqu'à la suppression des peines planchers, multirécidiviste.

témoignages historiques montrent combien la trame d'ensemble échappe aux auteurs contemporains de ces modifications ponctuelles.

¹⁴⁷¹ Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 « renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs », JO du 11 août 2007, p. 13466.

¹⁴⁷² Cons. const., décision n° 2007-554 DC du 9 août 2007, loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs ; B. DE LAMY, « Principe d'individualisation des peines : la personnalité du condamné n'est qu'un critère parmi d'autres », *RSC* 2008, p. 136.

¹⁴⁷³ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, Paris, PUF, 1927 [1898], propos introductifs, où l'auteur affirme que l'individualisation légale est une fausse individualisation car elle consiste à appliquer abstraitement à un comportement un tarif, la loi n'ayant pas à connaître des espèces ou des individus.

¹⁴⁷⁴ Il s'agissait de l'état de celui qui commet un crime à nouveau en état de récidive, par la loi du 10 août 2007 (art. 132-18-1 du Code pénal).

¹⁴⁷⁵ L'infraction est une conviction coupable, par conséquent il importe peu que les faits pris en compte le soient au titre d'un fait principal ou d'une circonstance aggravante. Dans les deux cas, ils manifestent la violation consciente d'un statut personnel. Pour illustration, cf. *Crim.*, 6 novembre 2012, *Bull. crim.* n° 240, p. 504.

2. Les déclinaisons de la dangerosité personnelle

1273. La catégorie juridique de la dangerosité s'est construite en droit moderne par touches successives, au sujet de ce qu'une large partie de la doctrine considère être des concessions au positivisme criminel¹⁴⁷⁶.

1274. Pourtant les mesures de sûreté peuvent être interprétées dans un sens qui révèle la permanence des fondements traditionnels de la peine. Elles s'appliquent aux personnes multi-récidivistes, celles qui ont été condamnées à plusieurs reprises et dont il est à craindre qu'elles ne passent de nouveau à l'acte. Or cette personne peut être physique (a) ou morale (b) d'après le Code pénal. Il faut donc envisager leur dangerosité respective.

a. La dangerosité de la personne physique

1275. La probabilité qu'un condamné commette une nouvelle infraction ne se fonde pas sur des considérations médicales. Elle s'établit conformément au principe de légalité criminelle, à partir de la constatation objectives de commission d'infractions, avec cette particularité que leur auteur se trouve avoir persévéré dans la délinquance.

1276. Le lien qui existe entre certaines infractions et l'état de récidive est au fondement de l'identification de cet état. Ce rapport a d'abord été posé au sujet l'état alcoolique et en matière de récidivisme sexuel, avant d'être élargi à l'ensemble des cas de récidive par la loi du 12 décembre 2005.

1277. S'agissant du premier cas, la loi n° 54-439 du 15 avril 1954 a identifié l'alcoolisme comme l'un des possibles facteurs de récidive : elle est relative au traitement des alcooliques dangereux pour autrui. La plupart de ses dispositions ont été codifiées dans le Code de la santé publique¹⁴⁷⁷, avant d'être abrogées par l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000¹⁴⁷⁸. Ces articles appartenaient au livre 3 relatif à la « lutte

¹⁴⁷⁶ J. ALIX, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », in *La dangerosité saisie par le droit pénal* (dir. G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES), coéd. PUF et IRJS, 2012, p. 49 et s. ; G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité - droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2010, p. 69 et s., d'après laquelle « les fissures dans la digue du droit pénal moderne sont (...) de plus en plus nombreuses » et qui, à l'instar du professeur J. Pradel, dénonce l'incohérence de l'expression « droit pénal de la dangerosité » ; M. DELMAS-MARTY, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle », *RSC* 2010, p. 5 et s. ; J.-L. HALPERIN, « Ambivalences des doctrines pénales modernes », *RSC* 2010, p. 9 et s. ; J. DANET, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle », préc. ; J. PRADEL, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.* 2008, chr. p. 1000 ; voir également J. PRADEL (dir.), « Le malade mental devant le juge pénal : un droit qui se cherche », en ouverture de *L'irresponsabilité pénale, regards croisés droit-santé-culture*, Travaux de l'institut catholique d'études supérieures de Paris, Cujas, 2008.

¹⁴⁷⁷ Les articles 1 à 9 de cette loi sont devenus les articles L. 355-1 à L. 355-8 du Code de la santé publique.

¹⁴⁷⁸ Art. 4, I, JO du 22 juin 2000.

contre les fléaux sociaux », dans un titre 5 concernant le cas particulier de la lutte contre l'alcoolisme. L'article L. 355-1, al. 1 précité notamment disposait que « *l'Etat organise et coordonne la prévention et le traitement de l'alcoolisme, sans préjudice du dispositif prévu à l'article L. 326 du présent code* ». Les articles 11¹⁴⁷⁹ et 12¹⁴⁸⁰ de cette loi sont encore en vigueur. *Le législateur y dresse ainsi le rapport de l'alcoolisme avec un certain nombre d'infractions dont il serait l'élément constitutif ou le facteur aggravant. Lorsqu'une personne ne parvient pas à corriger ce comportement criminogène, elle peut être considérée comme dangereuse par le droit pénal, dès lors qu'elle essuie de multiples condamnations impliquant cette constante.*

1278. S'agissant du récidivisme sexuel, l'existence d'un rapport objectif entre infractions aux mœurs et récidive date de la loi du 17 juin 1998¹⁴⁸¹. Cette loi institue le suivi socio-judiciaire, nouvelle mesure permettant de soumettre les auteurs de certaines infractions à des mesures de surveillance et d'assistance (injonction de soin) afin de prévenir la récidive. Elle adapte aux récidivistes le mécanisme jusqu'alors applicable au primodélinquant par la loi du 17 juillet 1970, relative au contrôle judiciaire et à la détention provisoire. Ce suivi socio-judiciaire (formule préférée au suivi socio-médical invoquée pendant les travaux préparatoires) s'applique aux auteurs d'agression sexuelle (art. 3 de la loi créant l'art. 222-48-1 CP) : « les personnes physiques coupables d'un meurtre ou d'un assassinat précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie encourent également le *suivi socio-judiciaire* selon les modalités prévues par les articles 131-136 à 131-36-8 » (cf. art. 2 et 28 de la loi). Les causes ciblées (alcoolisme, perversion sexuelle) correspondent à deux facteurs majeurs de récidive. *L'arsenal répressif, avec la promulgation de la loi du 17 juin 1998, se cantonne à une approche spéciale de la dangerosité.*

¹⁴⁷⁹ « Les officiers ou agents de la police administrative ou judiciaire doivent, lors de la constatation d'un crime, d'un délit ou d'un accident de la circulation, faire procéder, sur la personne de l'auteur présumé, aux vérifications médicales, cliniques et biologiques, destinées à établir la preuve de la présence d'alcool dans son organisme, lorsqu'il semble que le crime, le délit ou l'accident a été commis ou causé sous l'empire d'un état alcoolique. Dans le cas d'accident matériel, il ne sera procédé à cet examen que si le ou les auteurs présumés semblent en état d'ivresse. Dans tous les cas où il peut être utile, cet examen est également effectué sur la victime ».

¹⁴⁸⁰ « Lorsque le fait qui a motivé des poursuites en matière pénale peut être attribué, après avis de la commission médicale, à un état alcoolique chronique, la juridiction répressive saisie de la poursuite pourra interdire, à titre temporaire, à l'individu condamné, l'exercice des emplois des services publics ou concédés où la sécurité est directement en cause, ainsi que la délivrance du permis de chasse. En cas de récidive, l'interdiction pourra être prononcée à titre définitif. Toute infraction aux interdictions prévues à l'alinéa précédent sera punie d'une amende de 12 000 et 50 000 frs. En cas de récidive, l'amende pourra être portée au double, et une peine de prison de six mois à un an pourra être prononcée ».

¹⁴⁸¹ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 « relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs », JO du 18 juin 1998, p. 9255. Voir J.-F. SEUVIC, « La loi n° 98-468 du 17 juin 1998 « relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs », RSC 1998, p. 792.

1279. La loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, constitue un tournant. Elle crée le « placement sous surveillance électronique mobile à titre de mesure de sûreté et aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré »¹⁴⁸². Son application est comprise dans le temps d'exécution de la peine, mais à partir du moment où la privation de liberté prend fin. Avec cette loi, le législateur s'émancipe d'une analyse spéciale des causes personnelles de la récidive pour ne plus s'attacher qu'à l'état de multirécidive lui-même : la personne dangereuse.

1280. Aussi fait-il basculer l'analyse de ces constantes dans le champ de l'apparence (« paraît »), car il faut désormais confier au juge la charge de déterminer si un facteur unique constitue la cause vraisemblable du récidivisme. Ainsi, certes, le port du bracelet électronique suppose un examen médical préalable¹⁴⁸³, comme d'ailleurs pour la surveillance judiciaire¹⁴⁸⁴ ; mais il n'est pas dit que cet examen doive porter sur l'état mental du condamné, pas plus que les conclusions de l'expert ne devraient s'imposer au juge. La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 parachève la construction du statut juridique de la personne dangereuse. Malgré la décision du Conseil constitutionnel qui reconnut sa conformité à la Constitution, elle a suscité la méfiance¹⁴⁸⁵, mais elle peut être justifiée sous l'angle du discernement altéré.

1281. Les requérants invoquaient la violation du principe de non-rétroactivité de la loi pénale par le « maquillage légal » de peines en mesures d'exécution des peines¹⁴⁸⁶. Ils demandaient donc aux sages de la rue Montpensier de qualifier ces mesures en s'émancipant de leur qualification formelle. Au fond, ils provoquaient le Conseil constitutionnel à faire usage d'une technique de bien connue de sa jurisprudence, au moyen de laquelle il reconnaît, par-delà le trompe l'œil légal, l'existence d'une sanction pénale. Il écarte alors l'intitulé d'une majoration pécuniaire ou d'une sanction administrative, y compris lorsqu'elle est de nature disciplinaire¹⁴⁸⁷, pour soumettre cette

¹⁴⁸² Art. 723-29 du Code de procédure pénale.

¹⁴⁸³ Art. 463-10 du Code de procédure pénale.

¹⁴⁸⁴ Art. 723-31 du Code de procédure pénale.

¹⁴⁸⁵ C. LAZERGES, « L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel », *La dangerosité saisie par le droit pénal* (dir. G. GIUDICELLI-DELAGÉ et C. LAZERGES), *op. cit.*, p. 79 et s.

¹⁴⁸⁶ Consid. 6.

¹⁴⁸⁷ Cons. const., décision QPC n° 2011-199 du 25 novembre 2011, JO du 26 novembre 2011, p. 20016, texte n°73, préc., spéc. consid. 6 et 7 (sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen) : « les principes énoncés par l'article 8 de la Déclaration de 1789 ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition. Appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des manquements sanctionnés se trouve satisfaite, en matière disciplinaire, dès lors que les textes applicables font référence aux obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent ».

peine au principe de légalité criminelle. Le Conseil distingue à cet effet « les peines » des « sanctions ayant le caractère d'une punition »¹⁴⁸⁸.

1282. Pourtant la censure n'a porté que sur les dispositions prévoyant l'application rétroactive de la mesure de sûreté en raison de ses effets sur la liberté d'aller et venir, bien qu'elle ne constitue pas une mesure répressive d'après le Conseil constitutionnel. Il admet le principe d'un enfermement de sûreté postérieur à l'exécution de la peine. L'opinion doctrinale commune a réprouvé cette décision à l'unanimité car les critères adoptés par la loi obligerait à revisiter les fondements de la répression¹⁴⁸⁹.

1283. L'examen des conditions posées pour l'application d'une rétention de sûreté permettent de relativiser les craintes des auteurs de la saisine. Ces conditions sont les suivantes : une expertise médicale doit avoir constaté la persistance de la dangerosité de l'intéressé et, lorsque les obligations résultant de l'inscription dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes *apparaissent* insuffisantes pour prévenir la commission des crimes mentionnés à l'article 706-53-13 », la surveillance de sûreté doit constituer « *l'unique moyen de prévenir la commission, dont la probabilité est élevée, de ces infractions* ». Prévue à titre principal, elle peut également être choisie subsidiairement lorsque la mesure de rétention de sûreté n'est pas renouvelée ou qu'il y est mis fin alors que le risque de commission d'une des infractions mentionnées à l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale demeure (art. 706-53-19 du Code de procédure pénale).

1284. La rétention de sûreté concerne également une période débutant au-delà de la fin du temps juridique de l'incarcération. D'après l'alinéa quatrième de l'article 706-53-13 précité, elle « *consiste dans le placement de la personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel il lui est proposé, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure* ». A l'issue de sa peine, la situation du détenu est réexaminée en vue d'une éventuelle rétention de sûreté. Deux conditions doivent être remplies pour la prononcer : il faut qu'il présente « une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très

¹⁴⁸⁸ Ils proposèrent au Conseil de se fier, pour qualifier la peine instituée de manière rétroactive, à la fonction des personnes pouvant les prononcer ainsi qu'à l'atteinte à la liberté d'aller et venir qu'elle provoque. Toujours d'après les auteurs de la saisine, quand bien même ne conviendrait-on pas que la mesure de sûreté constitue une peine, force serait d'admettre qu'elle porte atteinte au principe de nécessité des peines : « *elle contreviendrait aux articles 4 et 9 de la Déclaration de 1789 qui prohibe la rigueur non nécessaire en matière de restrictions apportées à la liberté individuelle, à la liberté personnelle ou au respect de la vie privée* ». Enfin, « *le principe du respect de la présomption d'innocence interdirait qu'une personne puisse être privée de sa liberté en l'absence de culpabilité établie, quelles que soient les garanties procédurales entourant la mise en œuvre de ce dispositif* ».

élevée de récidive parce [qu'il] souffre d'un trouble grave de la personnalité » ; d'autre part qu'aucun autre dispositif n'apparaisse suffisant pour prévenir la récidive des crimes visés.

1285. Dans sa décision relative à la loi de 2008, le Conseil constitutionnel relève que la loi vise *la situation* du condamné lorsqu'il évoque sa dangerosité. Il ne s'agit donc pas d'une qualité *individuelle* mais *personnelle*, celle qui s'évince de l'examen des antécédents pénaux de l'agent pénal. Le Conseil constitutionnel fait d'ailleurs référence à une *particulière* dangerosité, celle qui est relative à la commission spécifique d'un certain type d'infractions. Ceci explique sans doute pourquoi, parmi l'ensemble des conditions à l'application d'une rétention de sûreté, l'expert ne peut se prononcer avant le magistrat compétent¹⁴⁹⁰.

1286. Enfin, ce procédé n'est utilisable qu'en dernier recours, le juge devant d'abord vérifier qu'aucune autre mesure que l'atteinte à la liberté d'aller et venir ne permette de juguler la dangerosité du multirécidiviste. La dangerosité pénale oblige en effet à agir sur les causes objectives du passage à l'acte lorsqu'elles sont identifiables. Sur ce point, la dangerosité de la personne physique fait l'objet d'un traitement analogue à celui de la personne morale.

b. La dangerosité de la personne morale

1287. La loi du précitée du 12 décembre 2005 intervient un an après la loi du 9 mars 2004 qui généralise de la responsabilité pénale des personnes morales. Dans la suite de cette loi, elle et participe à la définition objective de la personne en droit pénal. Physique ou morale ; primodélinquante, récidiviste ou dangereuse, la personne doit ses qualités personnelles au contenu de la loi.

1288. Depuis la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, la dangerosité devrait également concerner l'état de la personne morale qui commet l'infraction à nouveau en état de récidive. Le juge dispose alors de la possibilité de

¹⁴⁸⁹ Voir *supra*, n° 283 et s.

¹⁴⁹⁰ Cons. const., décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, § 32, qui censure l'article 12 de la loi déferée ainsi libellé : « la personne condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité ne peut bénéficier d'une libération conditionnelle qu'après avis favorable de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté dans les conditions prévues par le deuxième alinéa de l'article 706-53-14 ». La décision d'appliquer une mesure de sûreté au condamné à perpétuité ne doit pas être conditionnée par les conclusions de la commission d'experts se prononçant, pour leur part, sur la dangerosité psychiatrique

dissoudre la personne morale qui a commis l'infraction à titre de peine. Cette éradication de la cause du récidivisme personnel présente alors une équivalence avec les mesures préconisées à l'encontre de la personne physique dangereuse. Tout comme la « *castration chimique* » a pour fonction d'éradiquer la cause du passage à l'acte chez le délinquant sexuel, la mise à mort de la personne morale anéantit la condition *sine qua non* de commission de l'infraction. Elle détruit la source même de la criminalité de cette personne.

1289. En résumé, ces mesures de sûreté sont attentatoires à la liberté d'aller et venir (la rétention de sûreté), voire même susceptibles de condamner à mort la personne morale pour mieux en neutraliser la criminalité.

1290. Lorsqu'elles n'atteignent pas ce niveau de sévérité, elles peuvent également concerner les personnes incapables de discernement. L'enjeu de ces mesures remplit alors une fin très différente : assurer la construction du discernement chez l'incapable. Il faut donc aborder les conséquences de l'absence de discernement du prévenu.

Sous-section 2. Les conséquences de l'absence de discernement du prévenu sur la condamnation pénale

1291. Pour aboutir à la condamnation de l'infraction, la prévention ne peut concerner que des personnes qui comprennent la nature et les enjeux de l'instance pénale. Cette compréhension correspond parfaitement à celle que le prévenu aurait dû avoir au moment des faits pour être punissable. Toutefois si elle fait défaut au jour du jugement, même si la culpabilité de l'accusé ne fait aucun doute au moment des faits, la procédure pénale doit suspendre son cours, quitte à prendre le risque de voir le souvenir de l'infraction s'estomper dans les eaux dormantes de l'oubli. La condamnation doit nécessairement s'adresser à quelqu'un qui comprenne le sens d'une souffrance annoncée.

1292. A l'inverse, s'il s'avère que, au moment des faits, le prévenu souffrait d'une absence de discernement, il ne peut subir ni condamnation ni peine, même si cette compréhension advient durant la phase sentencielle. La procédure pénale se solde alors par la relaxe ou l'acquittement du prévenu, qui résulte de l'abolition ou de l'incapacité de

du prévenu. La loi prévoyant l'intervention du Juge des Libertés et de la Détention après un avis d'experts ne respecte pas la

discernement du mis en cause. Le cas échéant, le législateur s'inquiète de la bonne formation de son discernement. L'incapable de discernement doit alors subir une sanction qui en favorise la naissance, qu'il soit mineur ou majeur. Car il se peut qu'un majeur n'ait, en fait, encore jamais atteint un degré de conscience réflexive.

1293. Il convient donc de distinguer les conséquences de l'absence de discernement du prévenu suivant qu'elle existe au jour du jugement (§ 1) ou au moment des faits (§ 2).

§ 1. Les conséquences de l'absence de discernement du prévenu au jour du jugement

1294. Lorsque le suspect ne peut pas comprendre la modification de son statut personnel pour celui de prévenu, aucune audience ne peut avoir lieu. Il ne pourrait pas assurer sa défense devant le juge, ni même comprendre le sens de la condamnation prononcée à son encontre. Son absence de discernement devrait donc empêcher l'ouverture de la phase de jugement.

1295. Toutefois à l'égard des *individus* incapables de discernement, cette posture n'est pas tenable. La procédure exercée à l'égard des mineurs entend contribuer à la formation de leur discernement. Elle se veut pédagogique car, au sortir de cette phase, le mineur doit avoir compris les risques qu'il encourt en négligeant l'existence de lois pénales. L'incapacité générale de discernement influence l'objet de la procédure qui, dans cette hypothèse, n'est pas dirigée vers l'application d'une peine. La condamnation qui surviendrait ne peut d'ailleurs consister qu'en une sanction éducative. Cette finalité serait donc tenue en échec si le procès devrait être conditionné par l'existence du discernement chez le mineur. Aussi la phase de jugement doit avant tout faire la lumière sur l'incapacité de discernement de l'accusé incapable de discernement.

1296. A l'égard des personnes en revanche, la phase de jugement ne peut qu'être suspendue si le prévenu n'a pas connaissance de l'objet et la nature du procès¹⁴⁹¹. Cela n'advient que dans l'hypothèse où, d'abord informé de la nature des faits qui lui sont reprochés, cette qualification est modifiée sans qu'il puisse en prendre conscience. Il peut notamment tomber dans le coma, ou être frappé d'un trouble mental qui l'empêche

Constitution.

¹⁴⁹¹ L'abolition du discernement de l'accusé s'avère être une hypothèse d'école. Il faudrait admettre qu'une personne informée de la nature de la prévention, en vient à oublier jusqu'aux raisons de sa présence devant le juge. A supposé que ce

de connaître la modification de la prévention. La phase de jugement est donc suspendue jusqu'à ce que le prévenu recouvre la raison, pour une durée aussi indéterminée que la durée de cet empêchement.

1297. Ces éléments imposent de traiter distinctement de l'incapacité générale de discernement (A) et de l'incapacité particulière de discernement (B).

A. Les conséquences de l'incapacité générale de discernement

1298. Par présomption, le mineur est incapable d'accéder à un niveau de conscience réflexive. Il ne peut être déféré devant un juge spécialisé qu'à la condition d'une capacité de discernement latente. Pour le juger, il convient donc de remédier à cette carence initiale par des mesures positives. La procédure pénale doit donc être particulièrement pédagogique à son égard. Pour conduire à l'application d'une sanction, il faut qu'elle ait réussi à lui faire prendre conscience de la signification de l'audience. Sur ce point, les règles du droit interne sont conformes aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme.

1299. Dans l'affaire *T. c/ Royaume-Uni* notamment¹⁴⁹², la Cour européenne des droits de l'homme censura la décision d'une Cour qui avait validé une procédure durant laquelle les enfants mis en cause n'avaient pas pu *réellement* participer au procès. Les faits de l'espèce avaient défrayé la chronique. Deux enfants âgés de dix ans firent l'école buissonnière et enlevèrent un enfant de deux ans dans l'enceinte d'un centre commercial. Après l'avoir emmené à quelques kilomètres de là, ils le battirent à mort et abandonnèrent son corps sur une voie ferrée.

1300. Pour juger ces mineurs, il fallait d'abord vaincre leur incapacité de discernement, notamment en écartant toutes formalités qui les intimideraient et perturberaient la pédagogie du procès. Ainsi en droit anglo-saxon, aux termes de l'article 24 de la loi de 1980 sur les Magistrates's Courts (Magistrates's Courts Act), les enfants et adolescents âgés de moins de dix-huit ans doivent être jugés selon une procédure simplifiée par la Magistrates's Court, où le procès se déroule généralement devant le tribunal spécial pour mineurs, lequel applique une procédure informelle et non publique. Il n'est fait exception

cas se présente, une telle abolition du discernement répondrait au même régime que l'incapacité particulière de discernement : elle suspendrait le procès.

¹⁴⁹² CEDH, 16 décembre 1999, *T. c/ Royaume-Uni*, Grande chambre, req. n° 24724/94.

à cette règle que pour les accusations de crimes gravissimes¹⁴⁹³, qui requière la présence d'un jury, comme ce fut le cas en l'espèce. Cependant même dans cette hypothèse, l'information du mineur reste une priorité absolue.

1301. En l'occurrence, des mesures avaient été adoptées aux fins de favoriser l'éveil du discernement chez le mineur durant la prévention. L'arrêt relate que les juridictions internes ont tenu compte de la nécessité de ne pas intimider l'enfant mis en cause. Afin de lui permettre de suivre la procédure, des mesures spéciales furent prises : il a notamment visité la salle d'audience avant le début des audiences, bénéficié d'explications à cette occasion et ces audiences ont été écourtées (§ 86). Le formalisme de la procédure empruntait au procès pénal réservé aux adultes (port des robes et perruques par les magistrats et avocats notamment) ; elle s'en distinguait eu égard de l'âge des prévenus qui furent placés à côté de travailleurs sociaux surélevé, leurs parents et leurs avocats se trouvant à proximité. De plus l'horaire et la durée des audiences fut fixée sur le modèle du temps scolaire et assortis d'une pause de dix minutes par heure. Durant ces pauses, les deux garçons purent retrouver leurs parents dans un espace-jeu. Enfin leurs avocats exercèrent une fois leur droit à suspendre l'audience après avoir constaté des signes de stress et de fatigue chez l'enfant.

1302. L'avocat obtint gain de cause en alléguant une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme relève le malaise du mineur¹⁴⁹⁴. En substance, elle constate qu'il n'avait pas eu une parfaite conscience de l'impérieuse nécessité de se défendre, faute pour lui d'avoir compris la nature des faits qui lui étaient reprochés. Il faut en déduire qu'il ignorait la signification de ce qu'être prévenu. La procédure pénale simplifiée n'avait donc pas vaincu son ignorance.

1303. Le fondement de la censure se vérifie dans l'arrêt *S. C. c/ Royaume-Uni*¹⁴⁹⁵. Un enfant de onze ans avait participé à un vol avec violences sur une personne âgée. Durant la procédure de jugement, de nombreux éléments démontraient une incompréhension du but du procès chez le mineur, y compris après que la décision de condamnation est

¹⁴⁹³ Accusations de meurtre, d'homicide involontaire ou d'une autre infraction passible, pour un adulte, d'une peine de quatorze ans d'emprisonnement ou plus. Dans ces cas, les mineurs sont jugés par la Crown Court composée d'un juge et d'un jury.

¹⁴⁹⁴ Cf. § 88 : « *En l'espèce (...) il est très peu probable que celui-ci se fût senti assez à l'aise, dans une salle où l'ambiance était tendue et où il était exposé aux regards scrutateurs de l'assistance, pour conférer avec ses conseils durant le procès, voire qu'il fût capable de coopérer avec eux hors du prétoire et de leur fournir des informations pour sa défense, vu son immaturité et le fait qu'il était bouleversé* ».

¹⁴⁹⁵ CEDH, 15 juin 2004, *S. C. c/ Royaume-Uni*, n° 60958/00.

tombée. Dans la mouvance des arrêts *T. c/ Royaume-Uni* et *V. c/ Royaume-Uni* (n° 24888/94, grande chambre, 1999), le Lord Chief Justice a pris une directive relative à la procédure. Elle dispose notamment que « le procès lui-même ne doit pas exposer le mineur accusé à une intimidation, une humiliation ou une détresse évitables. Toutes les mesures possibles doivent être prises pour aider le mineur accusé à comprendre la procédure et à y participer ». L'inspiration d'une crainte durant la phase du procès pourrait neutraliser chez le déployement d'une aptitude latente à se défendre. Un formalisme exacerbé rendrait la scène judiciaire incompréhensible pour l'enfant qui n'a pas encore conscience du rôle que jouent des individus au sein de l'appareil de justice. C'est pourquoi l'article 44 de la loi de 1933 précise qu'il convient de prendre en considération « le bien-être » du mineur accusé.

1304. En résumé, le déroulement du procès doit faire intervenir un mineur conscient de la gravité de l'enjeu des débats, sans l'éloigner du sentiment qu'il peut interagir sur l'issue du procès. En l'espèce, de nombreuses pauses eurent lieu afin que le mineur puisse suivre l'ensemble des débats malgré sa plus faible aptitude à maintenir sa concentration dans la durée. Il avait également été décidé que les juges ne porteraient pas leurs perruques ni leur robe. Enfin l'enfant avait été autorisé à s'asseoir aux côtés du travailleur social qu'il connaissait. Le témoignage de ce dernier a semble-t-il été déterminant dans la décision de condamnation du Royaume-Uni sur le fondement de l'article 6 de la Convention. En effet d'après lui, l'enfant n'aurait pas compris l'enjeu du procès, ni la nécessité de plaire au jury auquel il avait souvent tourné le dos pour que le travailleur social réponde à ses nombreuses questions. Il l'avait notamment interrogé sur l'absence de sa mère parmi les personnes présentes dans la salle. Une fois la condamnation prononcée, il pensait pouvoir enfin rentrer chez lui retrouver son père. Les juges conclurent donc à une violation de l'article 6 de la Convention, après avoir constaté selon nous l'absence de discernement persistante du mineur durant la phase de jugement.

1305. L'incapacité du mineur à se défendre découle immédiatement de son absence de discernement. S'il ne comprend pas la gravité de l'issue du procès, comment aurait-il pu se défendre contre les allégations qui l'accablent ? Le discernement exigé du mineur ne doit pas atteindre le détail des enjeux de technique juridique. Les adultes eux-mêmes ne sont pas capables de maîtriser ce degré de sophistication dans l'analyse juridique et s'en remettent à leur conseil. Il importe en revanche qu'il comprenne « la nature et l'enjeu du procès », ce qui comprend la conscience qu'une peine pourrait être prononcée contre lui

ainsi que la portée de cette condamnation¹⁴⁹⁶. Le critère au moyen duquel les juges invalident la procédure impliquant le prévenu est le même au sujet des adultes.

B. L'incapacité particulière de discernement

1306. L'incapacité particulière de discernement désigne l'état d'ignorance de toute personne quant à la nature des faits qui lui sont reprochés. Cette ignorance peut donc exister en rapport à la qualification initiale des faits (1), comme à partir de la modification de cette qualification (2).

1. L'incapacité particulière de discernement quant au contenu de la prévention initiale

1307. La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007¹⁴⁹⁷ crée un titre XXVII dans le livre IV du Code de procédure pénale, suite à la condamnation de la France pour le jugement par défaut de majeurs sous tutelle¹⁴⁹⁸. L'arrêt de la Chambre criminelle du 11 juillet 2007¹⁴⁹⁹ en tire les conséquences, sans revenir par ailleurs sur la légalité de l'instruction réalisée dans l'ignorance du suspect. Dans cette affaire, un homme suspecté de viol est convoqué devant un magistrat instructeur, première comparution durant laquelle il maintient l'ensemble de ses dénégations. Il est ultérieurement victime d'un accident cérébral, néanmoins le juge d'instruction poursuit ses investigations sans procéder à aucune autre audition du suspect : il entend les témoins et fait procéder à des expertises sur la victime autant que sur le prévenu afin de s'assurer de son incapacité à être entendu. Au sortir de ces expertises, l'auteur présumé des faits est placé sous tutelle et un tuteur est désigné pour l'assister. Au vu des éléments recueillis, le magistrat instructeur décide de rendre une ordonnance de mise en accusation à son encontre que la Chambre de l'instruction confirmera. Le prévenu se pourvoit en cassation et obtient gain de cause. Toutefois seule une partie de l'argumentation des magistrats instructeurs a suscité la censure de la Chambre criminelle. Au visa des articles 6 § 1 et 6 § 3 a et c de la Convention

¹⁴⁹⁶ Arrêt *S. C. c/ Royaume-Uni*, préc. cf. § 29.

¹⁴⁹⁷ Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 « *tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale* », JO du 6 mars 2007, p. 4206.

¹⁴⁹⁸ CEDH, 30 janvier 2001, *Vaudelle c/ France*, JCP 2001, 10526, note L. Di RAIMONDO ; *Procédures*, avril 2001, n° 85, obs. N. FRICERO ; voir également JCP 2003, I, 179, « Capacité pour agir et se défendre devant le juge pénal », chr. L. BORE.

¹⁴⁹⁹ Crim., 11 juillet 2007, Bull. crim. n° 185, p. 789 ; dans le même sens que CEDH, 23 mai 2012, *G. c/ France*, n° 27244/09, spéc. § 50 : « *la participation réelle de l'accusé à son procès présuppose qu'il en comprenne globalement la nature et les enjeux. Cela signifie qu'il doit comprendre dans les grandes lignes ce qui se dit au tribunal* ».

européenne des droits de l'homme, elle juge que, « lorsque l'altération des facultés d'une personne mise en examen est telle que celle-ci se trouve dans *l'impossibilité absolue* d'assurer effectivement sa défense, il doit être *sursis* à son renvoi devant la juridiction de jugement ». La censure de l'arrêt d'appel ne concerne *que le renvoi devant la juridiction de jugement*, ce qui vaut validation implicite de l'instruction. Cependant il n'est pas possible de renvoyer une personne incapable de discernement devant une juridiction de jugement. Lorsqu'elle se trouve dans un état qui rend son information impossible, l'ouverture de la phase de jugement est suspendue.

1308. L'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique ne présume pas cet état d'ignorance, bien qu'elle puisse en résulter. C'est pourquoi il reste possible juger une personne placée sous tutelle ou curatelle, à la condition de prévenir son tuteur ou curateur. En effet, il incombera à ce tuteur de prouver l'absence de discernement de celui qu'il représente ou, à tout le moins, de demander un report de la date d'audience pour préparer la défense de l'intéressé. En somme, la Chambre criminelle n'interdit pas le jugement du malade mental placé sous curatelle, mais elle annule la procédure ayant abouti à la condamnation d'un malade mental récidiviste placé sous tutelle, en raison de la seule absence d'information du tuteur durant la phase des poursuites¹⁵⁰⁰, sur le fondement de l'article 706-113 du Code de procédure pénale.

2. *L'incapacité particulière de discernement quant au contenu de la prévention modifiée*

1309. Le prévenu peut encore subir une ignorance personnelle lorsque l'objet de la procédure est modifié en cours d'instance. En théorie, rien n'empêche de juger la personne atteinte d'un trouble mental. Cependant si son trouble psychique a pour effet d'abolir la compréhension de la nature de la prévention, la procédure pénale ne peut plus suivre son cours.

1310. La Chambre criminelle juge ainsi de manière constante qu'une juridiction répressive « doit faire droit à la demande de renvoi qui lui est présentée par l'avocat du prévenu, s'il est établi que, pour des raisons de santé, la personne poursuivie est dans

¹⁵⁰⁰ Crim., 27 novembre 2012, Bull. crim. n° 258, p. 548, Hebdo édition privée n° 508 du 6 décembre 2012.

l'impossibilité absolue de communiquer avec son avocat et de présenter sa défense »¹⁵⁰¹, et à cette fin faire droit à toute demande d'expertise mentale¹⁵⁰².

1311. En l'espèce, un individu était poursuivi pour des faits d'abus de confiance au préjudice de la société dont il avait été agent général. Cependant il est victime d'un accident vasculaire cérébral en janvier 1992. Un expert, commis par un premier arrêt avant dire droit de la cour d'appel, indique que « le prévenu était atteint d'une hémiplégie avec aphasie complète et trouble des fonctions intellectuelles, qu'il ne pouvait ni parler ni écrire et que son état de santé n'est susceptible d'aucune amélioration, l'atteinte cérébrale étant définitive ». D'après le rapport d'expert, le déplacement de l'intéressé à l'audience serait techniquement possible mais inutile, étant donné qu'il ne peut ni parler, ni écrire. S'il parvient à comprendre certains ordres simples, il ne les comprend plus dès lors qu'ils se compliquent un peu.

1312. Ces conclusions sont confirmées par le magistrat désigné par un second arrêt *avant dire droit* du 18 novembre 1993. Il constate que l'état de santé du prévenu était incompatible avec une audition judiciaire, ce dernier ne pouvant comprendre les questions qui lui étaient posées, ni signer le procès-verbal d'audition. Les débats ont néanmoins repris devant la cour d'appel si bien que l'avocat du prévenu a sollicité le renvoi de l'affaire *sine die*, au motif qu'il ne pouvait assurer la défense de son client, faute de pouvoir communiquer avec lui. La Cour d'appel écarte cette demande pour juger l'affaire au fond. La Cour de cassation décide pour sa part de surseoir à statuer par arrêt du 5 juin 1997.

1313. Elle invoque l'impossibilité dans laquelle se trouve le prévenu d'intervenir *devant elle* avec la latitude que la loi lui accorde et, notamment, d'exercer la faculté de produire un mémoire personnel ou de se désister de son pourvoi. Elle ajoute que, dans le silence de la loi sur les effets du recours en cassation formé au nom d'un prévenu privé de l'exercice de ses facultés intellectuelles et qui ne peut communiquer avec son avocat, il appartient à la Cour de prendre les mesures nécessaires pour préserver les droits des parties et l'intérêt de la justice. En revanche, la Chambre criminelle précise qu'un tel sursis est sans incidence sur l'exécution des condamnations civiles, auxquelles, selon l'article 569 du Code de procédure pénale, ne s'attachent pas l'effet suspensif du pourvoi

¹⁵⁰¹ Crim., 5 juin 1997, Bull. crim. n° 228, p. 761, *JCP* 1997, II, 22908, rapp. M. LAROSIERE de CHAMPFEU ; Crim., 2 juillet 1991, Bull. crim. n° 290, p. 739 ; Crim., 10 juin 1985, Bull. crim. n° 221, p. 566 ; Crim., 31 janvier 1920, Bull. crim. n° 61 p. 94.

en cassation. Elle n'examine donc même pas les moyens de cassation proposés, « jusqu'à ce qu'il soit justifié que l'état de santé du prévenu lui permette d'intervenir personnellement lors de l'instance engagée devant la Cour de cassation ».

1314. Le problème de droit posé par l'arrêt était le suivant : l'atteinte cérébrale définitive survenue après la commission des faits poursuivis fait-elle obstacle au jugement de l'affaire au fond ? A cette question, la Chambre criminelle apporte une solution particulièrement protectrice des droits du prévenu. Elle va jusqu'à appliquer immédiatement le principe qu'elle dégage, au regard de la persistance de cet état au jour du pourvoi en cassation. L'impossibilité pour une personne d'intervenir personnellement devant la Cour de cassation en raison de son état de santé l'oblige à surseoir à statuer pour préserver les droits des parties et l'intérêt de la justice.

1315. Cette décision illustre le rôle du discernement en procédure pénale, appréhendé comme une condition première d'exercice des droits de la défense devant une juridiction répressive. En l'espèce, si la Chambre criminelle avait cassé l'arrêt d'appel, elle eut manqué elle-même au principe qu'elle dégage en dehors de tout texte de loi. Si l'atteinte au discernement rend l'exercice des droits de la défense impossible, alors la Cour de cassation elle-même ne peut pas statuer sur le pourvoi formé par l'avocat dans l'intérêt de son client, lorsque ce client se trouve dans un état qui ne lui permet pas de critiquer les allégations portées à son encontre. Elle ne pouvait pas, dans le même temps, reprocher aux juges du fond d'avoir examiné l'affaire au fond alors que l'avocat n'avait pas pu communiquer avec son client, et rendre une décision qui aurait été de fait entaché du même vice.

1316. Cette décision vaut cassation de la décision d'appel, pour l'application d'une règle fondamentale qui lie également la Chambre criminelle. Sa solution rappelle implicitement la fonction de représentation de l'avocat, la défense devant être exercée personnellement par la personne mise en cause. L'avocat n'a qu'une fonction de représentation et de conseil du client qui, juridiquement, demeure auteur du pourvoi quand bien même il ne paraîtrait pas physiquement devant la Cour de cassation.

1317. Cette solution s'inscrit dans le droit fil de l'arrêt du 23 décembre 1859, où la Chambre criminelle avait jugé que lorsque le demandeur est dans un état de démence, « tant que cet état subsiste, il y a pour lui impossibilité de produire sa défense devant la

¹⁵⁰² Crim., 11 avril 1907, Bull. crim. n° 165, p. 255.

cour avec la latitude que la loi lui accorde, et d'exercer la faculté, soit de s'inscrire en faux contre les actes authentiques de la procédure, soit de se désister de son pourvoi ». Partant « dans le silence de la loi, sur les effets du recours en cassation formé par un aliéné dans un intervalle lucide, ou par un individu atteint, postérieurement à ce recours, d'aliénation mentale, il appartient à la cour de prendre les mesures nécessaires à la conservation des droits de la défense, et à l'intérêt général de la justice »¹⁵⁰³.

1318. La suspension de l'audience n'est pas causée par l'existence d'une maladie mentale mais par l'absence de discernement du prévenu qui, par conséquent, ne peut pas communiquer avec avocat.

1319. C'est pourquoi le fait que l'auteur d'un pourvoi se trouvait interné dans un asile à la date à laquelle il a été statué ne signifie pas *ipso facto* qu'il lui soit impossible de faire valoir ses moyens à l'appui d'un recours¹⁵⁰⁴. Toutefois la durée de l'internement et le moment auquel il intervient, en l'occurrence durant le temps imparti pour envoyer des mémoires en défense à la Cour de cassation¹⁵⁰⁵, peut constituer une telle impossibilité¹⁵⁰⁶. Ce n'est pas le cas si l'absence de discernement du prévenu cesse à la date de l'examen de l'affaire au fond¹⁵⁰⁷. Les actes de procédure adressés à un prévenu durant son état de démence ne sont pas irréguliers pour la seule raison qu'ils auraient été remis au prévenu alors qu'ils ne pouvaient comprendre la nature de la prévention¹⁵⁰⁸. L'impossibilité dans laquelle se serait trouvé le malade mental de préparer sa défense n'emporte aucun effet suspensif de procédure dès lors qu'il peut, de lui-même, rapporter les effets de son trouble psychique sur la préparation de sa défense devant la juridiction de jugement, à la date de l'examen de l'affaire au fond.

1320. Une commission réunie sur le sujet de la mise en état des affaires pénales a proposé qu'un expert intervienne afin d'examiner le prévenu malade mental et se prononce sur sa capacité à être jugé, puis sur son aptitude à subir la peine¹⁵⁰⁹. Au vu des

¹⁵⁰³ Crim., 23 décembre 1859, Bull. crim. n° 287, p. 462.

¹⁵⁰⁴ Crim., 31 octobre 1912, Bull. crim. n° 525, p. 962.

¹⁵⁰⁵ Art. 576 et s. du Code de procédure pénale.

¹⁵⁰⁶ Il est donc incomplet de prétendre qualifier cette impossibilité en se focalisant sur l'identité de date des internement et examen du pourvoi en cassation. Comp. M. LAROSIERE de CHAMPFEU, rapporteur sous Crim., 5 juin 1997, in *JCP* 1997, II, 22908, p. 401.

¹⁵⁰⁷ Crim., 10 juin 1985, Bull. crim. n° 221, p. 566, préc.

¹⁵⁰⁸ « Il n'importe que l'ordonnance de renvoi soit rendue et la citation à comparaître délivrée à une époque à laquelle le prévenu se trouve en état de démence, dès lors qu'il est établi que cet état est apparu postérieurement aux faits poursuivis – en excluant ainsi l'application de l'article 64 du Code pénal – et qu'il a cessé à la date de l'examen de l'affaire au fond par la juridiction de jugement ».

¹⁵⁰⁹ « La mise en état des affaires pénales », *Rapport de la Commission*, La Documentation française, 1991, p. 204 ; M. LEMONDE, « L'article 64 est-il incurable ? », *RSC* 1992, p. 521, qui s'étonne que les propositions de la commission

propos précédant, cette proposition semble inutile et dangereuse. Elle est inutile car la maladie mentale ne constitue pas le critère justifiant la suspension de la procédure pénale. Le fou pourrait être défendu par un avocat avec, à la clef, une déclaration d'irresponsabilité pénale sur le fondement de l'article 122-1 du Code pénal. Pour la mise en état des affaires pénales, la maladie mentale du prévenu n'intervient qu'au titre de ses effets éventuels sur la compréhension de la nature des faits reprochés et des enjeux de la procédure.

1321. Conditionner le début de la phase de jugement à l'intervention d'un expert, ce serait remplacer ce critère juridique par *un*, voire *des* critères scientifiques. Or ces critères n'ont aucun sens dans l'ordre juridique. La réforme proposée est donc du même coup dangereuse : elle remettrait en cause l'appréciation souveraine des effets d'un trouble psychique sur le discernement du prévenu et, à terme, le principe de l'intime conviction du juge judiciaire.

1322. La proposition du rapport précité s'inscrit dans la suite de cette acception médicale de l'état de démence pour soumettre le bon déroulement de la procédure à l'aval d'un expert psychiatre. Elle en constitue le versant procédural¹⁵¹⁰. La Chambre criminelle distingue bien les effets de l'aliénation suivant qu'elle intervient en droit pénal (auparavant « état de démence », aujourd'hui « abolition du discernement ») ou en procédure pénale. Dans ce dernier cas, elle fait explicitement référence au critère de « l'aliénation »¹⁵¹¹. Elle s'applique scrupuleusement à en vérifier l'existence étant donné qu'elle suspend le cours de toute procédure impliquant un prévenu inconscient de son statut personnel, se refusant elle-même à statuer sur la recevabilité du pourvoi dénonçant cet état.

1323. Des propos qui précèdent, il ressort que tout accusé doit être informé des raisons de sa présence devant un juge. Cette exigence est tempérée à l'égard du mineur présumé incapable de discernement. Néanmoins aucune condamnation ne peut être prononcée à son encontre s'il ne comprend pas l'enjeu du procès. La solution est identique à l'adresse du majeur incapable de discernement, c'est-à-dire celui qui ne peut connaître la nature de la prévention ou sa modification postérieure. Toutefois dans ce dernier cas, l'instance

présidée par Mme Delmas-Marty n'aient pas suscité l'engouement, notamment en ce qui concerne la division des fonctions de l'expert devant intervenir pour dire si l'agent pénal est jugeable, et ensuite s'il est coupable.

¹⁵¹⁰ Cf. Partie 1, Titre 1, Chap. 2, Section 1, § 2.

¹⁵¹¹ Crim., 13 octobre 1853, Bull. crim. n° 508, p. 591, *DP* 1853, 5, p. 204 ; Crim., 23 décembre 1859, Bull. crim. n° 287, p. 462, tous deux précités.

pourra reprendre son cours lorsque la cause d'incapacité de discernement aura disparu. L'absence de discernement au jour du jugement présente ainsi une différence notable avec celle qui existe au moment des faits.

§ 2. Les conséquences de l'absence de discernement du prévenu au moment des faits

1324. Au moment des faits, l'incapacité de discernement fait obstacle au renvoi du mineur devant une juridiction de jugement, sauf à ce qu'elle ait été renversée, mais alors il ne sera plus question d'incapacité de discernement. Il n'y a donc aucun effet attaché à l'incapacité de discernement au moment des faits qui puissent donner lieu à un examen au jour du jugement. En revanche, les majeurs sont présumés jouir du discernement. Cette présomption ne peut être renversée que par décision d'un magistrat. Durant la phase de l'instruction, le juge d'instruction¹⁵¹² ou la Chambre de l'instruction¹⁵¹³ peuvent respectivement rendre une ordonnance ou un arrêt constatant l'irresponsabilité pénale de l'intéressé¹⁵¹⁴ en application de l'article 122-1 du Code pénal. Seule la Chambre de l'instruction peut, le cas échéant, prononcer des mesures de sûreté à l'égard de l'irresponsable¹⁵¹⁵. Mais elles sont de même nature que celles que peut prononcer la juridiction de jugement¹⁵¹⁶. Il sera donc question de la procédure devant la juridiction correctionnelle. Eu égard à la présomption de discernement sus-évoquée, et qu'il aura fallu renverser pour prononcer éventuellement des mesures de sûreté, il faudra envisager la preuve de l'abolition du discernement (A), et expliquer la nature des mesures de sûreté pouvant être prononcées (B).

A. La preuve de l'abolition du discernement

1325. L'influence de l'aliénisme médical sur la définition de « l'état de démence », devenu « abolition du discernement », a conforté l'idée que ce cas d'irresponsabilité

¹⁵¹² Art. 706-119 et 706-121 du Code de procédure pénale.

¹⁵¹³ Art. 706-125 du Code de procédure pénale.

¹⁵¹⁴ Il est cependant regrettable que le législateur n'ait pas harmonisé la terminologie utilisée au sujet de la personne atteinte de « *troubles psychiques ou neuropsychiques* » (art. 122-1 du Code pénal) avec ceux du Titre XXVIII du Livre IV du Code de procédure pénale (relatif aux « *décisions d'irresponsabilité pour causes de troubles mental* »), d'autant que l'expression trouble mental apparaît également à l'article 414-3 du Code civil, qui dispose que « celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation », ce qui pourrait laisser croire que le droit pénal fonde l'irresponsabilité sur ce critère à la différence du droit civil délictuel. Sur ce point, voir également *supra* n° 33 et s.

¹⁵¹⁵ Art. 706-125, 4° du Code de procédure pénale.

pénale dépendait directement des conclusions d'un examen psychiatrique. Il devient alors nécessaire d'adapter le système procédural à l'indispensable intervention de cet expert.

1326. Dans cette perspective certains auteurs, au nombre desquels des psychiatres comme des juristes spécialisés dans l'étude du droit pénal, ont fustigé la toute puissance du juge en matière d'expertise mentale¹⁵¹⁷. Au nom d'un droit à être jugé – qui, étonnamment, n'est pas accompagné du corollaire droit pour le délinquant à ne pas être jugé – une partie de la doctrine a vertement critiqué « l'impossible vérité du droit pénal »¹⁵¹⁸, et les partisans du positivisme pénal ont fait feu du même bois pour appeler à une évolution de la définition légale de l'expert¹⁵¹⁹. Elle fait écho à l'opinion de psychiatres qui souscrivent à la supposée fonction cathartique du procès pénal : le malade mental aurait besoin de participer à une audience afin que le processus de guérison s'enclenche.

1327. L'ensemble de ces remarques dérivent d'une conception médicale de la notion d'état de démence. Cette appréciation est à la source d'une confusion des causes médicales (les troubles psychiques ou neuropsychiques) de l'aliénation avec le critère juridique qui l'établit (l'abolition du discernement). Elle corrompt du même coup la compréhension du jugement des malades mentaux. Le procès pénal a pour but de punir l'auteur d'une infraction, quelle que soit la nature de ses troubles individuels, en lui appliquant une souffrance rédemptrice. Il ne remplit aucune finalité médicale et sert la finalité du droit pénal de manière stricte : assurer l'effectivité du discernement. *Le malade mental, tant qu'il est conscient de l'existence de la loi pénale, est un patient de la peine comme un autre.*

1328. Ainsi d'une part, l'expertise psychiatrique porte sur la conscience individuelle du prévenu (1), et le juge reste maître, d'autre part, de l'opportunité d'une telle expertise (2).

¹⁵¹⁶ Art. 706-131, al. 2 du Code de procédure pénale pour la Cour d'assises ; art. 706-133, al. 1, 4° pour le tribunal correctionnel.

¹⁵¹⁷ J.-P. BOUCHARD, « L'expertise psychiatrique et l'expertise psychologique, l'indispensable réforme », Colloque relatif à « la preuve pénale », Paris, Sorbonne, 2006, in *Revue de la gendarmerie nationale* n°221, décembre 2006, p. 117 et s.

¹⁵¹⁸ P. PONCELA, « *Le droit pénal en folie ou l'impossible vérité* », RSC 1986, p. 61 et s., spéc. p. 66 où l'auteur propose la suppression des ordonnances de non-lieu.

¹⁵¹⁹ M. ANCEL, « Réflexions sur le rôle de l'expertise dans l'évolution de la procédure pénale moderne », *Rev. Pénale Suisse*, 1981, p. 133. L'auteur considère toutefois que l'apport scientifique de l'expert renforce le rôle du juge, seul garant des libertés, cf. M. ANCEL, *Le procès pénal et l'examen scientifique des délinquants*, op. cit., spéc. p. 25 et s. ; dans le même sens J.-B. HERZOG, *RIDC* 1953, vol. 5, n° 2, p. 425 et s.

1. L'objet de l'expertise psychiatrique

1329. Du latin *experiri* signifiant « éprouvé », et de *expertus*, « qui a fait ses preuves », l'expert est commis pour vérifier et décider des choses dont il a acquis par l'expérience une certaine connaissance¹⁵²⁰. Du temps du Code d'instruction criminelle, le recours à l'expert psychiatre se fondait sur les articles 43 et 44 qui visaient respectivement la possibilité pour le Procureur de la République de se faire accompagner par un homme de l'art sur le lieu du crime, comme dans l'hypothèse de la découverte d'un cadavre où il était assisté d'un ou deux officiers de santé. La reconnaissance légale du statut de l'expert dans le Code de procédure pénale (ordonnance n° 58-1296 du 23 décembre 1958) n'accorde aucune place particulière au médecin de l'esprit et prévoit la désignation par le seul juge d'instruction d'un expert unique.

1330. L'expertise psychiatrique, en droit positif comme dans l'Ancien Régime bien qu'elle y apparaisse sous un nom différent, une fonction accessoire. Elle porte sur les causes de l'aliénation morale du délinquant, aliénation sur laquelle le juge doit se prononcer. La double présence des médecins dans les juridictions séculières et religieuses peut expliquer l'ampleur des changements qui s'observent entre le XVI^e et le XVIII^e siècle. Ils participent à l'identification des criminels sous l'Ancien Régime, tant au service du droit canon que du droit séculier, en raison de leur connaissance des rouages du corps humain.

1331. Dans l'ordre séculier, ils se prononcent par exemple sur les causes de la mort par l'analyse des plaies du défunt, au temps où le suicide constituait un crime pour le droit canon. Accessoirement au témoignage des proches du défunt qui devait se faire par turbe de dix personnes au moins¹⁵²¹, ils devaient indiquer si ce crime avait été commis en conscience et sur lui-même par le défunt¹⁵²². Le rôle des médecins s'illustre également

¹⁵²⁰ *Le nouveau Littré*, éd. Garnier, v° Expert. Voir également C. AMBROISE-CASTEROT, « Des contradictions dans le contradictoire en matière d'expertise pénale », *Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin, Principes de justice*, Dalloz, 2008, p. 26.

¹⁵²¹ cf. J. IMBERT, *op. cit.*, Chap. XLIII, « Des procès verbaux, des Enquêtes et tourbes de témoins » : « la forme de les examiner est que les Commissaires présentent à dix témoins ou plus tous ensemble les articles sur lesquels ils entendent les examiner par tourbe, et les lit, et leur fait faire serment de porter bon et loyal témoignage de ce qu'ils croient, savent et ont vu observer et garder du contenu desdits articles », p. 286.

¹⁵²² J. PAPON, *Recueil d'arrêts notables des cours souveraines de France. Ordonnés par titre en vingt-quatre livres*, Paris, Chez Nicolas Buon au mont Saint-Hilaire à l'enseigne Saint-Claude, 1607. PAPON, reprenant à son compte une opinion de Dahmoudère, rappelle qu'il faut « créer un curateur au corps pour le défendre (...) outre faire visiter en sa présence (le juge) le corps ou cadavre par Chirurgiens et Barbiers, informer à la requête du Procureur du Roy ou d'office, de la vie et mœurs du défunt, ou malade, et de la cause pour laquelle il s'est défait » Cf. J. de DAMHOUDERE, *Pratique judiciaire des causes criminelles*, Bruxelles, Anvers, chez Iehan Bellere, 1564, p. 1277. Le rôle des médecins est d'une importance telle qu'il justifie l'intervention du Roi François Ier par l'ordonnance de Blois en août 1536, ordonnance dont l'article VI leur recommande d'être plus consciencieux dans l'exercice de leur profession. Elle interdit de recevoir des chirurgiens dans les villes sans qu'il aient été approuvés par les docteurs régens en médecine. Cf. J. B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Désaint, 5e éd., 1766, t. 1, v° Chirurgiens, p. 83.

dans l'ordre juridictionnel religieux. Les chirurgiens intervenaient aux côtés de l'Eglise afin que le supplicié soumis à la torture de la sellette ne succombe pas à ses blessures avant d'avoir prononcé l'*aveu*¹⁵²³, et ils avaient pour obligation de produire leurs conclusions devant le curé afin que ce dernier ordonne les derniers sacrements¹⁵²⁴. Merlin les cite d'ailleurs ensemble pour l'identification des personnes en état de démence au XVIII^e siècle¹⁵²⁵.

1332. Le médecin expert gagne sa place dans la procédure pénale aux côtés du juge sous les traits de l'expert en démonologie¹⁵²⁶. La Roche-Flavin explique qu'il existe plusieurs espèces de « *fols mélancoliques* », autant de catégories qui relèvent du savoir des médecins. Fait nouveau, les termes de « *chirurgiens* », « *experts* », « *furieux* » et « *médecins* » font leur entrée ensemble dans le glossaire des ouvrages de droit pénal. Les termes « *manie* » et « *mélancolie* » apparaissent dans le Dictionnaire de Furetière à la fin du XVII^e siècle¹⁵²⁷. L'exigence d'une visitation du malade mental par des médecins apparaît chez Farinacius et Jousse¹⁵²⁸, tandis que chez Imbert en 1623, aucune mention n'est encore faite au sujet de médecins dans le diagnostic du malade mental¹⁵²⁹. Dès la fin du XVII^e siècle, dans les manuels des criminalistes, la terminologie antique s'efface progressivement en faveur d'un vocabulaire scientifique. La dénomination de l'objet de l'expertise a donc changé, mais celui-ci se distingue systématiquement du critère de la responsabilité qui, durant l'Ancien Régime et jusque sous l'empire du Code pénal de 1810, correspond à l'« *imputabilité* », la conscience morale.

Egalement J. IMBERT, *op. cit.*, p. 582-584 : « aujourd'hui il se commet un grand abus au rapport de plusieurs Médecins et Chirurgiens, qui ne sont point conscience de faire faux rapports pour favoriser le blessé et croient que signer un faux rapport est peu de chose, il les faudrait faire jurer en justice suivant l'Ordonnance du Roi François I (1536) à Valence en Août pour Bretagne article 6, quand il y aura excès, batues, navreures, sera incontinent après icelles, soit que la mort s'en soit ensuivie ou non, fait visitation desdits excès et navreures par Barbiers, Chirurgiens et gens expérimentés, qui en seront bon et loyal et entier rapport par serment, pour être mis par devers la justice ».

¹⁵²³ Une Bulle *ad extirpanda* d'Urbain IV autorisa les inquisiteurs à appliquer la torture aux hérétiques. La présence d'un médecin et d'un chirurgien était obligatoire pendant l'interrogatoire. Voir notamment, P. AYRAULT, préface de V. JEANVROT, *Les progrès de la procédure criminelle en France*, p. XIII-XIV.

¹⁵²⁴ C. PENY, *op. cit.*, p. 106.

¹⁵²⁵ P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 3, 5^e éd., 1826, v° Démence : « la démence d'un accusé peut se reconnaître par ses réponses aux interrogatoires, par une information de sa conduite, par un rapport de médecins et de chirurgiens », p. 512.

¹⁵²⁶ L'analyse des arrêts compilés par La Roche-Flavin permet de situer le moment à partir duquel l'identification du malade mental par la doctrine chrétienne a cédé sa place à la médecine aliéniste, notamment l'arrêt que nous citons en référence. Cf. B. de LA ROCHE-FLAVIN, *Recueil des arrêts notables du Parlement de Toulouse*, Toulouse, imprimerie de N. Caranove, 1745, p. 149 : « il y a plusieurs espèces de fols mélancoliques, comme leurs rêveries et vaines persuasions sont diverses, le dénombrement desquels nous laissons aux Médecins, nous contentant d'alléguer certains préjugés et exemples » (Livre II, arrêt VII).

¹⁵²⁷ A. FURETIERE, *Dictionnaire universel contenant généralement tous les mots français, tant vieux que modernes, et les termes des sciences et des arts*, *op. cit.*

¹⁵²⁸ D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, *op. cit.*, t. II, p. 623, n° 238, où il fait référence à l'obligation de faire visiter le fou par des médecins et chirurgiens.

¹⁵²⁹ J. IMBERT, *op. cit.*

1333. Qu'il s'agisse de l'expert psychiatre ou de tout autre type d'expert, sa mission porte sur l'établissement d'un fait. Il n'y a donc aucune distinction à opérer suivant que l'expertise est médicale ou d'une autre nature¹⁵³⁰. L'objet de l'expertise psychiatrique consiste à déterminer l'existence d'un état individuel névrotique (où le sujet a conscience des troubles mentaux qui l'accablent) ou psychotique (hypothèse dans laquelle l'individu n'a pas conscience d'être l'instrument de sa maladie mentale) au jour des faits¹⁵³¹. Cette analyse psychologique peut aiguiller le choix d'une sanction pénale. L'enquête de personnalité confiée à l'expert prend la place du témoignage par turbe qui avait vocation à éclairer le juge sur la réputation du mis en cause¹⁵³².

1334. L'expert porte son regard sur l'état mental du prévenu au jour des faits, de sorte qu'il renseigne d'abord le juge sur l'existence d'un lien de causalité entre la maladie mentale qu'il diagnostique et la nature de l'infraction en cause. *Toutefois le psychotique qui ignore son propre état de malade mental n'est pas, pour cette seule raison, un irresponsable pénal.* Il incombe donc à l'expert de qualifier l'intensité médicale du trouble pour assister le juge, les juges du fond affirmant parfois explicitement, en référence à des conclusions expertales que le prévenu avait conscience du « mal » de l'acte commis ou de sa « gravité »¹⁵³³. L'expert lui-même n'est pas ignare de cette dualité de critère, lui qui estime que « *le fait pour un homme qui transporte dans sa voiture de fonction ses dessins représentant des sexes d'enfants au milieu d'assiettes, et de s'être rendu auteur d'une émasculatation sur un enfant de quatre ans ne révèle aucune abolition du discernement* »¹⁵³⁴. L'estimation à laquelle il se hasarde, celle du lien de causalité

¹⁵³⁰ Comp. M. ROLAND et M. LAROQUE, « Les rapports du juge pénal et du médecin expert », Rapports présenté aux XVI^e journées de défense sociale des 14 et 15 juin 1963, Rennes, RSC 1963, p. 730.

¹⁵³¹ Crim., 16 septembre 1875, Bull. crim. n° 293, p. 556 : « l'état de folie étant exclusif de toute criminalité, il n'y a pas lieu de poser au jury une question séparée sur l'état mental de l'accusé avant ce moment ou à ce moment (contrairement aux excuses, cf. Crim., 1er mars 1855, Bull. crim. n° 71, p. 126, D. P. 1855, 5, p. 201 : « *le fait de démence constitue, non un simple fait d'excuse, mais un élément de justification absolue sur lequel le jury, interrogé par la question principale, ne doit pas être interrogé à nouveau par une question distincte et surabondante* » ; également Crim., 2 août 1951, Bull. crim. n° 243 ; Crim., 7 octobre 1992, inédit, n° de pourvoi : 92-82.181, les juges bordelais ne s'étant pas expliqués sur l'état mental de la prévenue le 2 mars 1991, « date des faits reprochés ». A défaut de précision de l'expert sur ce point, il faut considérer que son rapport porte sur cette période, cf. Crim., 11 mai 2004, inédit, n° 04-81179.

¹⁵³² Sur le témoignage au Moyen-Âge, voir A. PORTEAU-BITKER et A. TALAZAC-LAURENT, « La renommée dans le droit pénal laïque du XIII^e au XV^e siècle », *Médiévales*, 1993, n° 24, p. 67, spéc. p. 70, qui distingue les témoins de crédence, ceux qui disent ce qu'ils pensent, des témoins de science, par exemple oculaire, les premiers suppléant à l'absence des seconds.

¹⁵³³ Crim., 27 novembre 2012, « L'information du curateur de la personne faisant l'objet de poursuites », *Hebdo édition privée* n° 508 du 6 décembre 2012, pour des faits de tentative d'homicide sur une dame âgée par usage d'une arme (des ciseaux qui se sont brisés sous la force de l'assaut). Malgré la folie apparente de l'acte, aucun des trois psychiatres ayant examiné le prévenu ne conclut à l'abolition du discernement. Ils sont unanimes pour affirmer qu'il n'a souffert que d'une altération du discernement ou du contrôle de ses actes. D'après les juges, « *le comportement du prévenu à l'audience confirme cette analyse dans la mesure où il a reconnu avoir eu connaissance du mal qu'il faisait (...) dès la commission des faits* ».

¹⁵³⁴ Crim., 16 novembre 2004, Bull. crim. n° 286, p. 1067.

entre la maladie mentale et l'atteinte au discernement, reste cantonnée à une question de fait en jurisprudence¹⁵³⁵.

1335. Le magistrat doit quant à lui trancher la question de l'influence éventuelle de ce trouble psychique sur la conscience d'être sujet du droit pénal du prévenu. Il peut donc tout à fait autoriser l'expert psychiatre à « envisager » la culpabilité d'un prévenu, ou « analyser » et « apprécier » sa personnalité »¹⁵³⁶. Ces estimations n'entraînent pas de confusion des offices respectifs du psychiatre et du juge. En revanche le juge d'instruction ne peut pas déléguer complètement la charge d'établir l'abolition du discernement du prévenu à un expert sans que sa décision n'encourt la censure¹⁵³⁷.

1336. L'expertise psychiatrique constitue donc bien, en droit pénal, une mesure d'ordre technique censée éclairer le juge sans s'avérer décisive (art. 158 du Code de procédure pénale). La preuve de l'abolition du discernement pour cause de maladie mentale ne diffère pas de celle de l'ensemble des autres troubles psychiques ou neuropsychiques. L'expert peut déterminer avec exactitude le taux exact d'alcoolémie d'un conducteur, mais la mesure qu'il établit n'est pas décisive pour établir sa culpabilité. Ce taux ne constitue que l'un des éléments sur la foi desquels le juge fonde sa conviction¹⁵³⁸. Il apprécie l'analyse du taux d'alcoolémie en fonction d'éléments contextuels au contrôle et peut notamment indexer le résultat de l'éthylomètre en fonction du temps écoulé entre l'accident et la mesure du taux d'imprégnation alcoolique.

1337. Le juge a par exemple refusé de prendre en compte la marge d'erreur intrinsèque à l'éthylomètre étant donné sa réalisation une heure et demi après les faits¹⁵³⁹. A l'inverse, s'il doute de l'exactitude du taux, le doute profitera au prévenu. Une Cour d'appel relaxe ainsi valablement le conducteur présentant d'après une première analyse

¹⁵³⁵ Les illustrations de ce rapport de causalité expertale sont nombreuses, il en existe près de 290 dans la jurisprudence de la Cour de cassation entre 1992 et 2013. Notamment, Crim., 13 mars 2012, inédit, n° de pourvoi : 11-84354 : « *l'expertise psychiatrique le concernant, diligentée le 30 juin 2007 à la demande du juge d'instruction par le docteur Jean K..., expert près la cour d'appel de Lyon, mentionne [que le prévenu] ne présente pas de pathologie mentale ni de troubles de personnalité ; qu'il n'était pas atteint au moment des faits d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli ou altéré son discernement ou le contrôle de ses actes au sens de l'article 122-1 du code pénal ; que le pronostic pénal n'est pas lié à une pathologie mentale ou à un trouble de la personnalité* » ; Crim., 17 janvier 2012, inédit, 11-81756, au sujet de l'infraction d'appels téléphoniques malveillants : « *qu'il convient de déclarer M. X...coupable des faits reprochés ; que l'examen psychiatrique réalisé par le docteur B...pendant le temps de la garde à vue a relevé une pathologie délirante évoluant depuis plusieurs années ayant altéré son discernement, les faits étant liés à ces troubles délirants* ».

¹⁵³⁶ Crim., 29 octobre 2003, n° 03-84617.

¹⁵³⁷ Crim., 29 janvier 2003, Bull. crim. n° 22, p. 81, où, sous couvert d'une mission d'expertise, ordonnée et exécutée en méconnaissance des règles édictées aux articles 156 et suivants du Code de procédure pénale, le juge d'instruction a délégué des pouvoirs relevant de sa seule compétence.

¹⁵³⁸ Crim., 3 décembre 1963, préc., d'après lequel « *aucune disposition légale ou réglementaire n'interdit au juge de recourir à tout moyen de preuve pour déterminer d'après leur intime conviction, si le prévenu s'est rendu coupable du délit de conduite en état d'ivresse* ».

¹⁵³⁹ Crim., 31 octobre 2001, jurisp. auto. 2002, p. 72.

sanguine un taux d'alcoolémie de 1,10 gramme par litre, une seconde un taux de 1,08 gramme par litre, et une troisième analyse, réalisée à l'aide du matériel fourni par le ministère de la Santé un taux de 0,36 gramme par litre¹⁵⁴⁰.

1338. La détermination de l'abolition du discernement est entièrement soumise à l'intime conviction du juge. La maladie ne constituant pas le critère de l'aliénation pour le droit pénal, l'expertise qui a servi à établir la nécessité d'une mise sous curatelle n'est d'aucune utilité pour jauger l'intégrité du discernement de l'intéressé¹⁵⁴¹. Cette solution est d'autant plus nécessaire que le juge devra éventuellement jauger l'influence réciproque de plusieurs causes d'atteinte au discernement, telles que la fatigue, la consommation d'alcool et l'existence d'une maladie mentale.

2. L'opportunité du recours à l'expertise psychiatrique

1339. Pour se faire une idée de la persistance du discernement chez le prévenu atteint de maladie mentale, le juge peut solliciter l'assistance de l'expert psychiatre. Toutefois cet expert ne se prononce jamais que sur les effets du trouble psychique sur la conscience individuelle du prévenu.

1340. Par conséquent le magistrat est maître de l'opportunité de la saisine d'un expert psychiatrique¹⁵⁴², le président n'ayant pas d'obligation à poser une question à ce sujet si le requérant n'en a pas fait la demande au préalable¹⁵⁴³. S'agissant d'une question de fait, lorsque le moyen au pourvoi se fonde sur l'existence d'une atteinte au discernement sans que cette question n'ait été soulevée devant les juges du fait, la Cour de cassation rejette l'argument¹⁵⁴⁴, notamment parce qu'il critique nécessairement l'appréciation souveraine des faits par les premiers juges¹⁵⁴⁵.

¹⁵⁴⁰ Crim., 7 juin 1988, Bull. crim. n° 259, p. 692 : « Les résultats des analyses qui ont été pratiquées afin de déterminer le taux d'alcoolémie du sang d'un prévenu de conduite sous l'empire d'un état alcoolique sont soumis à l'appréciation des juges du fond qui conservent, aux termes de l'article 427 du Code de procédure pénale, le droit de se décider d'après leur intime conviction en se fondant sur les preuves qui leur sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant eux ».

¹⁵⁴¹ Crim., 25 novembre 2008, inédit, n° de pourvoi : 08-80819.

¹⁵⁴² Crim., 18 février 2009, inédit, n° 83-83681 ; déjà Crim., 13 octobre 1853, Bull. crim. n° 508, D. 1853, IV, p. 204.

¹⁵⁴³ Par exemple, Crim., 5 décembre 2007, inédit, n° 06-88040 : « Attendu qu'il ne résulte d'aucune mention du procès-verbal des débats ni d'aucune pièce de procédure que l'accusé ou son avocat ait invoqué comme moyen de défense l'existence d'une cause d'irresponsabilité pénale prévue par l'article 122-1, alinéa 1er du code de procédure pénale ; que, dès lors, le président n'était pas tenu, en vertu des dispositions de l'article 349-1 du même code, de poser une question à ce sujet ; d'où il suit que le moyen ne peut qu'être écarté ».

¹⁵⁴⁴ Notamment, Crim., 18 octobre 2006, inédit, n° 05-86267 : « Attendu qu'il ne résulte d'aucune mention du procès-verbal des débats ni d'aucune pièce de procédure que l'accusé ou son avocat ait invoqué comme moyen de défense l'existence d'une cause d'irresponsabilité pénale prévue par l'article 122-1, alinéa 1er, du code de procédure pénale ; que, dès lors, le président n'était pas tenu, en vertu des dispositions de l'article 349-1 du même code, de poser une question à ce sujet ; que,

1341. Les discussions ne peuvent donc porter que sur l'unité ou de la pluralité d'experts en matière de troubles psychiques a longtemps fait débat. Le législateur a d'abord instauré l'expertise contradictoire par la loi du 31 décembre 1957 qui instituait le premier livre du Code de procédure pénale¹⁵⁴⁶. Sous l'empire de l'article 159 tel que modifié par l'ordonnance du 4 juin 1960¹⁵⁴⁷, le Code de procédure pénale distinguait deux hypothèses : si la question soumise au juge portait sur le « fond de l'affaire », un seul expert pouvait être commis ; sinon deux experts devaient être nommés¹⁵⁴⁸. Le critère du « fond de l'affaire » était cependant bien trop flou¹⁵⁴⁹, ce qui a entraîné une valse hésitation jurisprudentielle. La Chambre criminelle a d'abord jugé dans l'affaire Brébion que « l'expertise confiée à un médecin en vue de l'examen mental d'un inculpé » ne concernait pas le fond de l'affaire, « cette mesure n'ayant pas pour objet de concourir à la preuve de l'infraction poursuivie »¹⁵⁵⁰. Elle a rapidement opéré un revirement de jurisprudence dans l'affaire Locquin tranchée le 9 janvier 1975¹⁵⁵¹.

1342. Le législateur a donc modifié l'article 159 précité pour davantage de clarté par la loi du 30 décembre 1985¹⁵⁵². Il dispose désormais que « le juge d'instruction désigne l'expert chargé de procéder à l'expertise (al. 1). Si les circonstances le justifient, il désigne plusieurs experts (al. 2) ». Cette disposition réaffirme implicitement la maîtrise de l'opportunité du recours à l'expert par le juge.

par ailleurs, les dispositions de l'alinéa 2 dudit texte ne prévoyant pas une cause légale de diminution de la peine, le président n'a pas à poser de question à la Cour et au jury sur le trouble psychique ou neuropsychique ayant pu altérer le discernement de l'accusée ou entraver le contrôle de ses actes ».

¹⁵⁴⁵ Crim., 12 mars 2004, Bull. crim. n° 119, p. 462 (faits d'exhibition sexuelle par un homme sur ses petits-enfants) : « Attendu que les juges, après avoir souverainement apprécié les conclusions de deux rapports successifs d'expertise psychiatrique, ont retenu celles du second rapport, constatant qu'une pathologie psychiatrique avait altéré le discernement du prévenu au moment des faits » ; ou encore Crim., 25 février 2003, inédit, n° de pourvoi : 02-83635, la Cour de cassation employant généralement cette formule : « le moyen, qui se borne à remettre en question l'appréciation souveraine, par les juges du fond, des faits et circonstances de la cause, ainsi que des éléments de preuve contradictoirement débattus, ne saurait être admis » ; voir encore Crim., 29 mai 2002, inédit, n° de pourvoi : 02-82125 ; Crim., 15 mai 2002, inédit, n° de pourvoi : 01-85876 ; Crim., 2 mai 2002, n° de pourvoi : 01-84447 ; Crim., 26 janvier 2000, inédit, n° de pourvoi : 99-80066, au stade de l'instruction ; Crim., 12 décembre 2000, inédit, n° de pourvoi : 00-86249, cas d'altération du discernement de l'auteur de viols et agressions sexuelles aggravées ; Crim., 29 février 2000, inédit, n° de pourvoi : 99-85055.

¹⁵⁴⁶ Il réformait le système précédant, datant de 1955, qui prévoyait que deux experts seraient systématiquement nommés.

¹⁵⁴⁷ Cette ordonnance revient sur celle du 23 décembre 1958, rendue avant que le livre premier du Code de procédure pénale n'entre en vigueur, et qui prévoyait à nouveau que le juge d'instruction doit désigner deux experts.

¹⁵⁴⁸ Art. 159 ancien du Code de procédure pénale : « lorsque la question soumise à l'expertise porte sur le fond de l'affaire, les experts commis sont au moins au nombre de deux » (al. 1^{er}), et « lorsque la question soumise à l'expertise ne porte pas sur le fond de l'affaire, un seul expert peut être commis » (al. 3).

¹⁵⁴⁹ J. GOULESQUE et J. MICHAUD, « Le juge d'instruction et l'expert », *RSC* 1975, p. 791 ; J. BERMOND, « La désignation d'un expert unique », *D.* 1967, chr., p. 231 ; A. BESSON, « Des règles de l'expertise élaborées par le code de procédure pénale », *D.* 1960, chr., p. 51 ; R. VOUIN, « Le Code de procédure pénale », *JCP* 1959, I, 1477 ; R. VOUIN, *JCP* 1968, II, 15337 ; R. VOUIN, note au *D.* 1968, p. 184. ; J. PRADEL, note sous Crim., 9 janvier 1975, *D.* 1975, p. 390 et s., spéc. p. 392.

¹⁵⁵⁰ Crim., 7 mai 1968, Bull. crim. n° 141, p. 337, *RSC* 1969, p. 161, obs. J. ROBERT ; *D.* 1969, p. 293, note approbative de R. VOUIN.

¹⁵⁵¹ Crim., 9 janvier 1975, préc., note. J. PRADEL.

¹⁵⁵² Loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985 portant diverses dispositions de procédure pénale et de droit pénal.

1343. Les « circonstances » qui justifient la pluralité d'experts peuvent en effet évoquer deux hypothèses. *Soit* la découverte de la vérité matérielle impose de réunir des experts intervenant dans des champs hétéroclites. Un expert en psychiatrie interviendra par exemple aux côtés d'un expert en balistique. Le premier expert désigné intervient dans un champ de compétence. *Soit* le juge d'instruction a besoin des lumières d'un autre expert, relevant du même domaine de compétence que le premier, pour asseoir son intime conviction. Dans ce cas, il n'a pas d'obligation de répondre affirmativement à la demande de contre-expertise. Il « avise aussitôt les parties » de son refus¹⁵⁵³, par une décision motivée¹⁵⁵⁴.

1344. Lorsqu'une décision de non-lieu du juge d'instruction intervient en matière d'expertise psychiatrique, une partie civile a la possibilité de contester l'ordonnance du juge d'instruction jusque devant la Cour de cassation, y compris lorsque le ministère public n'a formé aucun recours en ce sens¹⁵⁵⁵. La Chambre criminelle a donc dû modifier sa jurisprudence sur ce point. Elle jugeait que l'ordonnance de non-lieu du juge d'instruction fondée sur le motif d'aliénation mentale n'était pas susceptible de recours¹⁵⁵⁶.

1345. Il faut en conclure que le Code de procédure pénale n'impose pas le respect du contradictoire en matière d'expertise psychiatrique, car l'essence de la contradiction ne consiste pas à pouvoir discuter de la pertinence d'un mode de preuve produit par le juge, mais à participer à la production d'un mode de preuve analogue. Or, en procédure pénale, le juge reste libre de s'assurer les lumières d'un seul ou de plusieurs hommes de l'art. Quelle que soit le nombre d'experts qui se prononcent, il lui appartient d'*interpréter* leurs conclusions¹⁵⁵⁷, sans qu'elles ne le lient en aucune façon¹⁵⁵⁸.

¹⁵⁵³ Art. 159 al. 3 du Code de procédure pénale, ajouté par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993, portant réforme de la procédure pénale.

¹⁵⁵⁴ Art. 161-1 du Code de procédure pénale, applicable étant donné que la question de l'aliénation mentale est directement liée à l'établissement de la culpabilité.

¹⁵⁵⁵ Cons. const., décision n° 2010-15/23 QPC du 23 juillet 2010, JO n°0169 du 24 juillet 2010, p. 13727, notamment consid. 6 et 8 ; décision déclarant l'article 575 du Code de procédure pénale contraire à la Constitution. Cette décision infonde la jurisprudence initiée par la Cour de cassation. Cf. Crim., 26 mars 1992, inédit, n° de pourvoi : 91-84.128 : « *la cause de non-imputabilité fondée sur l'état de démence de l'inculpé n'entre pas dans les prévisions de l'article 575, alinéa 2.3°, du Code de procédure pénale visant les exceptions mettant fin à l'action publique* ».

¹⁵⁵⁶ Crim., 15 juillet 1965, Bull. crim. n° 176, p. 390, *Gaz. Pal.* 1965, 2, p. 231, qui rappelle que l'ordonnance de non-lieu n'est pas de celles qu'énumèrent limitativement les articles 186 et 186-1 du Code de procédure pénale.

¹⁵⁵⁷ Crim., 1^{er} juin 2010, inédit, n° de pourvoi : 09-86545 : « *Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure que Raphaël X... a été poursuivi pour avoir commis une série d'actes de malveillance au préjudice de sa belle-sœur, de l'époux de celle-ci et de leur exploitation agricole ; que, devant la cour d'appel, il a soutenu qu'il se déduisait du rapport de l'expert psychiatre désigné par les premiers juges qu'il n'était pas pénalement responsable de ces actes ; Attendu que, pour écarter ce moyen, l'arrêt retient que le prévenu était atteint, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement et entravé le contrôle de ses actes, sans les abolir* ».

¹⁵⁵⁸ Crim., 6 décembre 1962, Bull. crim. n° 363 ; Crim., 18 mars 1965, Bull. crim. n° 83, p. 181 (au sujet d'une expertise viticole).

1346. L'opportunité du recours à un expert psychiatre supplémentaire connaît toutefois un tempérament. Etant donné que la preuve de l'état mental du prévenu constitue un élément de fait, la nécessité qu'il y aurait eu de recourir aux services d'un expert peut constituer un fait nouveau au sens de l'article 622 du Code de procédure pénale¹⁵⁵⁹. Le rapport d'expert qui prouve qu'avant d'être placé en curatelle forcée, l'auteur d'une infraction présentait déjà des troubles psychiatriques majeurs à la date des faits, justifie une révision de l'arrêt de condamnation pour méconnaissance de la nécessité de procéder à une expertise psychiatrique¹⁵⁶⁰. En revanche si une ou des expertises psychiatriques ont été diligentées afin d'éclairer le juge, il est vain de demander révision de l'arrêt de condamnation¹⁵⁶¹.

B. Les mesures de sûretés prononcées à l'égard de l'irresponsable de l'article 122-1 alinéa premier du Code pénal

1347. La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 « *relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* », crée au sein du livre IV du Code de procédure pénale, relatif aux procédures particulières, un titre XVIII traitant « *de la procédure et des décisions d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* », afin de permettre la constatation de l'irresponsabilité pénale pour trouble mental.

1348. Les articles 706-119 et suivants du Code de procédure pénale, issues des lois du 25 février 2008 et du 5 juillet 2011, instaurent en effet une session d'imputabilité matérielle, conditionnée par la déclaration d'irresponsabilité pénale du sujet à un trouble psychique ayant aboli son discernement au moment des faits. Le juge se prononce sur la nature des faits imputés au malade mental. L'article 706-122 du Code de procédure pénale prévoit qu'une audience publique aura lieu en présence du bénéficiaire d'une cause d'irresponsabilité pénale pour abolition du discernement. Cette audience a pour objet d'établir *l'implication* du malade mental déclaré irresponsable dans la commission des faits.

¹⁵⁵⁹ Article 622 du Code de procédure pénale dont le 4° dispose : « *La révision d'une décision pénale définitive peut être demandée au bénéfice de toute personne reconnue coupable d'un crime ou d'un délit lorsque : (...) 4° Après une condamnation, vient à se produire ou à se révéler un fait nouveau ou un élément inconnu de la juridiction au jour du procès, de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné* ».

¹⁵⁶⁰ Crim., 12 septembre 2007, inédit, n° de pourvoi : 06-87290.

¹⁵⁶¹ Crim., 25 mars 2009, inédit, n° de pourvoi : 08-87030.

1349. Cette mesure fut comprise comme l'institution d'un procès judiciaire à valeur symbolique qui manifesterait l'influence du courant psychiatrique envisageant le procès comme une étape indispensable du projet thérapeutique. Un courant doctrinal, chez les médecins psychiatres, présente le procès pénal comme une étape indispensable à la prise de conscience, chez le malade mental, du mal de ses faits¹⁵⁶². Baptisé « d'antipsychiatrie » par ses détracteurs, ce courant défend l'idée que le procès remplirait à leur égard une fonction cathartique dotée de vertus thérapeutiques¹⁵⁶³.

1350. Or durant cette audience publique, instituée devant la Chambre de l'instruction ou devant la juridiction de jugement, supposément dédiée aux victimes traumatisées par la commission de l'infraction, le juge se prononce donc sur les *faits constatés*. Il ne s'agissait que d'une étape nécessaire à l'examen de l'incapacité de discernement du prévenu. Le juge l'évalue en son intime conviction, à la condition d'avoir déclaré l'irresponsabilité pour cause d'abolition de discernement. Il lui est donc interdit d'appliquer une souffrance pénale à l'irresponsable, comme ce peut être le cas chez celui qui jouit du discernement.

1351. L'incapacité de discernement constitue pour ainsi dire l'exact inverse de la récidive. Elle s'établit par le nombre et la nature particulière de la déclaration d'irresponsabilité pénale, quand la récidive s'établit à partir des condamnations successives d'un prévenu pour un même type d'infractions.

1352. Si le prévenu était relâché, il ne serait pas insusceptible de commettre à nouveau les faits incriminés. Pour autant, il n'est pas possible de lui imputer une peine. Cette punition remplit une fonction rétributive, impossible à remplir en présence d'un individu incapable de discernement. Le législateur a donc prévu d'éloigner cet irresponsable de la société en lui appliquant une *mesure de sûreté*. Bien qu'elle consiste éventuellement à enfermer le prévenu dans un hôpital psychiatrique¹⁵⁶⁴, elle se distingue de la peine.

¹⁵⁶² M. LEMONDE, « L'article 64 est-il incurable ? », *RSC* 1992, p. 521 : l'auteur émet des propositions de réformes pour encadrer le rôle de l'expert psychiatre, comme si ce médecin avait vocation à décider du degré de responsabilité du mis en cause ; dans le même sens que P. PONCELA, « Le droit pénal en folie ou l'impossible vérité », *préc.*, qui fonde sur l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales le droit de quiconque à être jugé.

¹⁵⁶³ Voir notamment P. SCHERRER, « Responsabilité et "responsabilisation" du malade mental », *Annales Médico-psychologiques* 1990, 148, n° 7, p. 635 ; F. CHAUMONT, « Folie et responsabilité », *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique*, dir. C. LOUZOUN et D. SALAS, éd. Erès, 1998, p. 131, spéc. p. 140 ; rapp. C. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, Paris, éd. Tallandier, 2009, spéc. p. 89 et s., qui adhère à la thèse foucauldienne du grand enfermement moderne, détaché de toute ambition thérapeutique.

¹⁵⁶⁴ Cf. Loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013 « modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge », JO du 29 septembre 2013, p. 16230.

1353. L'enfermement en lui-même ne peut pas constituer le critère d'identification de la souffrance pénale. Si tel était le cas, il faudrait admettre que tout malade mental enfermé à l'asile subit *de facto* une peine de prison¹⁵⁶⁵.

1354. La mesure de sûreté ne poursuit aucune finalité rétributive : elle se fonde sur l'incapacité de discernement de celui qui risque néanmoins à nouveau de commettre des actes incriminés. Son application n'est donc pas soumise à la règle de non-rétroactivité pénale. La Chambre criminelle casse donc l'arrêt d'appel qui refuse l'application immédiate de cette mesure à l'égard du prévenu ayant commis les faits avant la création de ces mesures par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008¹⁵⁶⁶. L'argumentation de la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Colmar (décision du 25 juin 2009) prêtait le flanc à la critique. Ils effectuent une analogie entre les effets réels de la mesure de sûreté et de la peine¹⁵⁶⁷. Les juges de la Chambre de l'instruction s'inspiraient sûrement d'une décision de la Chambre criminelle qui s'était fourvoyée en assimilant peine et mesure de sûreté¹⁵⁶⁸.

1355. Dans cet arrêt, la Chambre criminelle mieux inspirée censure leur décision de manière lapidaire. Au visa des articles 112-1 et 112-2 du Code pénal, elle rappelle que « *les peines légalement applicables à la date de l'infraction ne s'appliquent pas aux mesures de sûreté prévues, en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, par les articles 706-135 et 706-136 du code de procédure pénale issus de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008* ». Cette solution a été confirmée depuis lors¹⁵⁶⁹, et le Conseil d'Etat a jugé qu'il n'y avait pas lieu de saisir le Conseil constitutionnel de cette question prioritaire de constitutionnalité¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁵ L'équivalence opérée par Foucault entre la prison et l'hôpital psychiatrique est donc source de confusion. Elle néglige la fonction spécifique de la peine (assurer la rétribution d'une personne douée de discernement par l'affliction d'une personne identifiée par le droit pénal), complètement distincte de celle que l'hospitalisation psychiatrique remplit (soigner ou éloigner de la société celui que la médecine aura identifié), cf. M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, naissance de la prison*, op. cit.

¹⁵⁶⁶ Crim., 16 décembre 2009, Bull. crim. n° 216. Comp. E. FORTIS, qui voit dans cette décision « *la lente mais certaine déliquescence du principe de non-rétroactivité des lois plus sévères posé par l'article 112-1 du code pénal* »

¹⁵⁶⁷ Ils considèrent que « *par l'étroite similitude existant entre la liste que forment celles d'entre elles qui sont énoncées à l'article 706-136 du code de procédure pénale et la nomenclature des peines figurant à l'article 131-6 du code pénal, par leur gravité intrinsèque et par la gêne qu'elles ont vocation à engendrer pour la personne à l'encontre de laquelle elles peuvent être prises, par leur régime contentieux et par les conditions procédurales censées devoir précéder leur prononcé, par la différence de leur durée maximale encourue, selon que les faits incriminés sont de nature criminelle ou de nature délictuelle, ou selon la peine d'emprisonnement normalement encourue pour ces faits et, enfin, par les sanctions pénales dont est assortie leur violation par la personne à elles soumise, les mesures individuelles qui, aux termes des articles 706-135 et 706-136 du code de procédure pénale peuvent être ordonnées par la chambre de l'instruction en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, constituent, bien que qualifiées de mesures de sûreté, des peines au regard du principe de la légalité des peines et des dispositions de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme* ».

¹⁵⁶⁸ Crim., 21 janvier 2009, Bull. crim. n° 24, *Dr. pén.* 2009, p. 5, note F. ROUSSEAU.

¹⁵⁶⁹ Crim., 14 avril 2010, inédit, n° 09-82291.

¹⁵⁷⁰ CE, 8 septembre 2010, n° 323694, inédit, M. LAVIE.

Conclusion du chapitre 2 :

1356. Conformément au droit constitutionnel des citoyens à la sûreté (art. 2 *in fine* de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789), la recherche des preuves doit respecter une condition indispensable : informer le mis en cause de sa qualité durant la phase de l'enquête ou de l'instruction, comme durant la phase de jugement.

1357. Durant la phase de l'enquête *lato sensu*, la notification immédiate du statut personnel de gardé à vue ou de mis en examen a pour objet de prévenir les atteintes arbitraires à la liberté d'aller et venir du suspect, eu égard aux pouvoirs de coercition dont les autorités publiques disposent pour la recherche des preuves. L'effectivité de cette prévention a deux dimensions : l'une temporelle, l'autre matérielle. Temporellement, il est nécessaire de computer le délai d'atteinte à la liberté d'aller et venir dès qu'elle est vraisemblable, afin d'éviter que des mesures dilatoires aient pour effet de contourner la limitation légale de la durée de cette atteinte. Matériellement, une distinction doit être établie entre le contenu de la notification d'une part, et le principe de la notification. En effet, bien qu'il bénéficie de droits durant la phase d'enquête, l'abstention des policiers ou du juge d'instruction à l'en informer aurait effet de neutraliser l'effectivité de ces droits.

1358. Toutefois, l'ignorance qui touche aux différents droits dont le suspect dispose implique qu'il faille vaincre une ignorance préalable chez le suspect : celle qui porte sur l'objet de sa propre ignorance. Ainsi par exemple, le droit à un interprète ou à un avocat serait sans effet s'il était notifié à un individu qui ne comprend pas la langue française. Par conséquent, l'*incapacité* du suspect à comprendre cette notification doit être combattue par des mesures immédiates. Tout retard à rechercher un moyen de surmonter cet obstacle s'assimilerait à un abus de pouvoir : celui qui consiste à tirer avantage de l'ignorance du suspect sur sa qualité personnelle : son absence de discernement.

1359. Cet abus peut prendre la forme d'une abstention fautive des organes d'enquête, qui ne vicie pas l'existence de la preuve mais son mode d'administration. En revanche lorsque, par des actes positifs, les enquêteurs provoquent l'ignorance du suspect, cet abus devient une instrumentalisation, dont l'effet est de créer une fausse preuve : celle qui n'est que le reflet de l'intime conviction de l'enquêteur. Ces deux causes d'annulation de

la preuve ne doivent pas être confondues avec la déloyauté de son administration, qui ne justifie que la sanction disciplinaire des organes d'enquête et qui se caractérise par un comportement *illicite*. Déloyauté et illégalité de la preuve sont souvent assimilées l'une à l'autre car, en droit, la faute disciplinaire est connexe à l'abus qui cause l'irrecevabilité de la preuve. Leur dissociation devient claire au regard d'une analyse de la procédure pénale à l'aide du discernement. Ce critère explique également l'irrecevabilité des modes de preuve issus de l'hypnose ou de l'emploi de substances chimiques. Dans ces hypothèses, le suspect aura bien reçu la notification de sa qualité personnelle ; mais il perdra momentanément le bénéfice de cette conscience réflexive, se trouvant alors dans un état d'*abolition du discernement*. Toutes les déclarations qu'il ferait dans cet état violeraient son droit à ne pas s'auto-accuser, sans compter qu'elles ne présenteraient aucune valeur pour la recherche de la vérité. Le périmètre de leur inexactitude serait bien trop incertain, leur manque d'objectivité peut donc à lui seul fonder leur irrecevabilité, même si les juridictions du fond ont parfois fondé l'annulation de ces pratiques sur le fondement de la dignité du suspect. Le discernement du suspect constitue donc une condition permanente de l'acte coercitif d'enquête, de même qu'il conditionne la « mémoire » de l'enquête. Les fichiers d'enquête ne peuvent pas conserver de données personnelles concernant le suspect s'il ne peut pas avoir eu connaissance de la conservation de ces données.

1360. Durant la phase de jugement, le discernement joue également un rôle chez le prévenu ou l'accusé pour assurer les droits de la défense au cours du procès pénal. Il ne peut pas être condamné s'il ne comprend pas la nature des faits qui lui sont reprochés. Le respect des droits de la défense se coordonne ainsi avec la finalité rétributive de la peine. Cette sanction ne peut avoir pour effet d' « *amender* »¹⁵⁷¹ le prévenu (*lato sensu*), s'il ignore la justification de sa condamnation. Le repentir du condamné constituant l'objectif de la peine, il n'est pas nécessaire qu'elle s'applique sur le corps du condamné. L'incarcération n'est que l'un des moyens mis à la disposition du juge pour parvenir à cette fin. Le régime de la suspension médicale de peine permet de l'illustrer. En effet, le trouble mental est exclu des conditions de cette suspension de peine. Il ne pourrait être pris en compte qu'à la condition de causer un trouble physique qui rendrait l'état de santé du condamné incompatible avec le maintien en détention¹⁵⁷². Il faut en déduire que l'hospitalisation psychiatrique de celui qui est atteint de troubles mentaux pendant

¹⁵⁷¹ Art. 130-1, 2° du Code pénal.

l'exécution de sa peine ne suspend pas la peine. Elle continue de courir, et par conséquent en théorie, cette souffrance intellectuelle fait partie intégrante de la peine.

1361. Toutefois lorsqu'une peine d'incarcération est prononcée, sa computation ne peut pas être suspendue par l'hospitalisation psychiatrique du détenu. Sur ce point, la création de la « contrainte pénale » par les articles 19 et 22 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 est en accord avec la finalité rétributive de la peine. L'amendement du condamné implique de le contraindre intellectuellement à un devoir de soumission à la loi pénale, si bien que l'individualisation de la peine favorise son efficacité. L'exécution de la peine a pour fin de renforcer le discernement du condamné.

1362. Elle ne pourrait donc pas être prononcée à l'encontre de celui qui, *au moment des faits*, a agi en état d'abolition du discernement. A cet égard, le juge n'est pas lié par les conclusions de l'expert car il vérifie tout autre chose que l'état mental du prévenu. Il faut établir que le trouble psychique a causé une ignorance absolue, celle qui portait sur les causes qui ont empêché l'auteur des faits de douter de la légalité de son comportement. Il doit avoir ignoré l'existence des causes de son ignorance. C'est pourquoi l'article 122-1 du Code pénal fait primer un critère temporel (« *au moment des faits* ») sur le critère médical (les « *troubles psychiques ou neuropsychiques* »). Si l'abolition du discernement est constatée, l'infraction est inexistante, si bien qu'aucune *peine* ne peut être prononcée.

1363. La peine de condamnation ne pourrait pas non plus être appliquée à l'encontre du prévenu qui, *au jour du jugement*, ne peut pas comprendre le sens de la condamnation. Mais il ne s'agit que d'un cas de suspension de la condamnation pénale, la Chambre criminelle appliquant à sa propre jurisprudence les conséquences de l'absence de discernement du prévenu – elle s'est prononcée sur cette question par un arrêt avant-dire droit. L'absence de discernement au moment des faits ne doit donc pas être confondue avec celle qui existe au jour du jugement, car la première détermine l'inexistence de l'infraction, quand l'abolition du discernement du prévenu reporte la condamnation à la cessation de cet état.

1364. Sous cette double réserve, au jour où elle est prononcée, la condamnation tient compte de l'état de récidive du prévenu. Cet état justifie l'aggravation de la peine, car il prouve une résistance du délinquant à l'amendement. A cette fin, la peine réputée non avenue, comme la mesure de réhabilitation, peuvent être prises en compte pour qualifier

¹⁵⁷² Art. 720-1-1 du Code de procédure pénale.

l'état de récidive. En effet, l'effacement de la condamnation, jusqu'alors inscrite dans le casier judiciaire, laisse intact le souvenir de cette condamnation chez l'individu condamné. S'il commet de nouveau l'infraction en état de récidive, alors son état de *dangerosité* peut être constaté par le juge. Un régime spécifique découle de ce critère juridique : le juge peut prononcer une peine qui contient une part d'aléa. La condamnation prévoit *ab initio* le réexamen de l'état du discernement du condamné à l'issue de sa peine, et il peut la prolonger, suivant son intime conviction, pour une période renouvelable d'un an. La création de la rétention de sûreté par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ne constitue donc pas une concession du droit positif aux théories criminologiques. La dangerosité constitue une forme particulière de récidive : la *récidive du récidiviste* ou *récidivisme légal* : l'état de celui que la condamnation pénale ne parvient pas à amender. Cette possibilité d'enfermement du délinquant dangereux est d'ailleurs attestée en droit romain, s'agissant du cas d'un certain Aelius Priscus qu'un rescrit autorisait à maintenir sous bonne garde.

1365. Conditionnée par l'existence du discernement chez le condamné, la « *rétention de sûreté* » ne doit donc pas être confondue avec la « *mesure de sûreté* » qui peut être prononcée suite à une déclaration d'irresponsabilité pénale par la Chambre de l'instruction, le tribunal correctionnel ou la Cour d'assises. Deux différences notables existent entre ces mesures. D'abord, la mesure de sûreté ne peut pas être une mesure d'incarcération. Ensuite, lorsqu'une juridiction « *ordonne* » l'enfermement asilaire de l'irresponsable, sa décision doit respecter le droit commun de l'hospitalisation psychiatrique. Dans cette hypothèse, à l'inverse de ce qui est prévu pour la déclaration d'irresponsabilité pénale, le juge est lié par les conclusions des experts, car des critères d'un autre champ juridique s'appliquent – ceux du droit administratif.

Conclusion du Titre 2 :

1366. L'étude de la procédure pénale sous l'angle du discernement des personnes mise en cause ou titulaire de l'action civile révèle la permanence d'un équilibre fondamental : celui des droits constitutionnels à la sûreté et à la sécurité.

1367. S'agissant du droit à la sécurité, il pouvait sembler que la recevabilité de l'action civile, élargie aux « *victimes par ricochet* », soit annonciateur de l'émergence d'un « droit pénal des victimes ». Pourtant ce risque ne se vérifie pas à l'analyse. La critique ne vaut qu'à la condition de postuler que le dommage réparé devant le juge pénal correspond à celui dont la victime souffre dans son corps, son patrimoine ou sa santé mentale. Cependant ce dommage ne serait pas distinct, par sa nature, de celui dont souffre la société. Or, au vu des articles 34 et 37 de la Constitution, il existe un dommage spécifique à la matière qui n'est pas réductible à celui de chacun des individus qui ont à souffrir des effets de l'infraction. La personne ayant été définie comme la conscience du rôle auquel la loi oblige chaque individu¹⁵⁷³, ce dommage *personnellement souffert* devrait être *indivisible* : il s'agit littéralement de celui qui affaiblit la personne, c'est-à-dire celui qui altère le discernement de la victime.

1368. S'agissant du droit à la sécurité, son effectivité est garantie par la notification obligatoire des droits que la loi accorde au mis en cause. Il peut alors prendre conscience de sa situation objective, c'est-à-dire comprendre le statut personnel dont il relève alors, cette notification devant intervenir avant que les autorités n'effectuent un acte coercitif d'enquête. Durant la phase de l'enquête ou de l'instruction, l'objet de cette notification change, elle vise la *nature des faits reprochés et des enjeux du procès* durant la phase de jugement. Elle conditionne ainsi la finalité rétributive de la peine. En effet, l'amendement du condamné serait un objectif hors de portée si le prévenu pouvait subir une sanction pénale dont il ne connaîtrait pas les raisons.

1369. Il apparaît donc qu'en procédure pénale, l'équilibre traditionnel de la sécurité et de la sûreté se réorganise sous une justification formelle différente : le paradigme de la personne douée de discernement.

¹⁵⁷³ Voir *supra* n° 392.

Conclusion générale

1370. La théorie générale de la responsabilité pénale présente encore de nombreuses incertitudes, dont les causes tiennent à la méconnaissance de la notion de discernement. Elle est définie dans un sens qui perturbe la compréhension des mécanismes de la responsabilité pénale. Préciser le sens de cette notion a permis d'éclairer la cohérence du droit pénal avec ses fondements constitutionnels.

1371. Conclusion relative à la notion de discernement. Les premières codifications révolutionnaires de 1791 et de 1810 n'ont pas rompu avec les racines chrétiennes du système répressif de l'Ancien Régime. Le premier est adopté dans le cadre d'une monarchie constitutionnelle. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui précède sa promulgation fut d'ailleurs posée, ainsi que le révèle son préambule, sous les auspices de l'« *Être suprême* ». Les droits « *naturels* » y sont reconnus à l'« *Homme* » sur des fondements de droit divin. Aussi, sous l'empire du Code pénal de 1810, la condition minimale de conscience indispensable à la commission d'une faute fut définie en référence à ces fondements : la condition d'« *imputabilité* ». N'est « *imputable* » que celui qui est apte à « *séparer le bien du mal* », c'est-à-dire à faire preuve de *discernement*. Ce terme, qui au sens strict signifie « *tamiser* », « *distinguer le vrai du faux* », doit sa connotation morale à l'influence persistante du droit canon sur les deux premières codifications révolutionnaires.

1372. Le droit positif moderne n'est plus fondé sur un ordre immanent ayant un dieu pour garant. L'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, en son alinéa 5, reconnaît le principe de souveraineté nationale : « *du peuple, par le peuple et pour le peuple* ». Les changements qui s'opèrent en droit positif ont échappé à l'analyse de cette trame d'ensemble, tant et si bien que la définition morale du discernement n'a pas été remise en question. Elle le fut d'autant moins qu'en droit positif, elle s'appliquait au mineur pour justifier son irresponsabilité pénale. Quant au majeur, il convenait de s'en remettre au critère de l'« *état de démence* ». Ce critère renvoyait alors à sa dénotation classique, telle qu'elle fut abstraite en droit romain qui l'emprunta au système répressif hellène où *de-mens* signifie « être hors de ses esprit ». Dans ces systèmes répressifs anciens, il

s'agissait d'un critère strict qui permettait de justifier l'irresponsabilité pénale de l'aliéné.

1373. La laïcisation du droit pénal, qui s'opère entre le XIX^e et le XXI^e siècle, modifie complètement le regard porté sur la condition d'état de démence, devenue « *abolition du discernement* » causée par des « *troubles psychiques ou neuropsychiques* » au sein de l'article 122-1 du Code pénal. L'emploi de ces termes laisse entendre que le droit pénal conférerait un effet à des critères scientifiques pour déterminer l'irresponsabilité pénale des malades mentaux, comme il l'aurait fait au sujets des états désormais dits « *voisins de la démence* ». Cette « *scientification* » supposée du droit pénal a conduit à des contradictions théoriques qui sont au départ de l'analyse. Pour le mettre en exergue, il convenait d'opposer la rationalité scientifique à la rationalité juridique, ce qui revenait à distinguer le *discernement individuel* du *discernement personnel*.

1374. Le discernement de l'individu. L'approche scientifique du discernement invite à le définir soit sous sa forme élémentaire, comme la conscience du monde environnant, soit sous une forme complexe de conscience morale de l'individu.

1375. S'il devait s'agir d'une conscience du monde environnant, il serait impossible de spécifier la nature de la faute pénale par rapport à la faute civile. Elles réclament toutes deux cet état de conscience pour la commission d'une faute. Or, la division de ces deux matières est consubstantielle au respect du principe de légalité criminelle. Si les fautes civile et pénale – intentionnelle ou d'imprudence – étaient de même nature, il faudrait en tirer deux conséquences : ou bien la faute pénale n'a plus aucune portée rétributive ; ou bien la faute civile peut prétendre à cette fonction. Dans la première hypothèse, il n'y aurait plus aucune raison de maintenir une ligne séparative en droit civil et droit pénal, ce qui signifierait la disparition de la matière pénale. Dans la seconde, l'existence de la matière pénale pourrait être maintenue, mais il faudrait admettre que le juge civil puisse prononcer des « *dommages-intérêts punitifs* ». Les justiciables pourraient donc commettre des « *infractions* » sanctionnés d'une peine, alors même qu'au jour de la commission des faits, ils en ignoraient le caractère répréhensible. Cette solution violerait donc le droit des citoyens à la sûreté, qui se décline en droit positif sous la forme de deux règles interdépendantes : la non-rétroactivité et l'interprétation stricte de la loi pénale.

1376. Pour éviter cette conséquence, il est d'usage de recourir à des critères sociologiques pour justifier la nature pénale de la faute. En matière intentionnelle, elle devrait être définie comme une volonté tendue vers un résultat illicite : la « *valeur*

sociale protégée » par le législateur. Ce critère, imprécis étant donné qu'il fut emprunté aux sciences sociales, ne permet pas de distinguer clairement les fautes civiles et pénales. Les valeurs sociales en question sont également protégées par le droit civil. De plus cette méthode impose de recourir, pour la qualification de l'imprudence pénale, au standard juridique du bon père de famille. Or ce critère n'avait de légitimité qu'en matière civile, et laisse donc entendre que les dommages civil et pénal sont de même nature. En substance, la responsabilité pénale de l'imprudence nécessiterait un dommage (de même nature que celui du droit civil), une faute (qui serait quant à elle distincte de la faute civile, mais sans qu'il soit possible de le justifier par des arguments de droit substantiel) et un rapport de causalité les liant. Le critère de la conscience matérielle est donc sérieusement limité.

1377. Si le discernement correspondait à une conscience morale de l'individu, il faudrait admettre de ne pas punir les faits réalisés conformément aux convictions de son auteur. Cette proposition n'est pas tenable car elle neutraliserait la force normative du droit. Elle est d'autant moins acceptable qu'elle implique de confier à l'expert psychiatre la compétence de vérifier l'abolition de cette conscience morale au moment des faits. En effet, l'article 122-1 du Code pénal dispose que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes* ». L'atteinte au discernement devrait donc être fonction de l'intensité des troubles psychiques. Un discernement à « demi-altéré » devait entraîner une « demi-responsabilité ». Cette proposition contrevient pourtant à la lettre de l'article 122-1 alinéa premier, dans lequel le législateur n'établit aucun rapport entre l'intensité des troubles et l'abolition du discernement. De plus, d'après l'alinéa second du même article, la personne dont le discernement est altéré « *demeure pénalement responsable* », et le juge « *peut* » prendre en compte cet état. Il n'y a donc pas d'obligation à proportionner la peine à l'altération éventuelle du discernement. Le cas échéant, il ne peut le faire que dans les limites précisées par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, relative à *l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*.

1378. Deux arguments tirés du droit constitutionnel s'opposent pour le surplus à une définition scientifique de l'abolition du discernement. D'une part, si cet état relevait de la compétence de l'expert psychiatre, le juge devrait suivre le sens de ses conclusions. En faisant sienne cette motivation, il ne jugerait plus du fait commis au regard de sa contrariété à la loi pénale, mais au regard des qualités morales de celui qui l'a commis.

Cette méthode de jugement serait contraire au principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi pénale. Elle ne tient pas compte de leurs convictions idéologiques, qu'elles soient religieuses ou encore politiques, mais uniquement de la situation objective dans laquelle ils se trouvent. Ainsi, d'autre part, la décision d'irresponsabilité dépendrait de « l'arbitraire scientifique », de sorte que le rôle constitutionnel du juge, gardien des libertés individuelles, s'en trouverait neutralisé. De tels effets auraient dû justifier une censure, par le Conseil constitutionnel, de la création d'une mesure de sûreté par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008, qui peut être prononcée par le juge à l'encontre de celui qui a été déclaré irresponsable sur le fondement de l'article 122-1 du Code pénal ; pourtant il n'en fit rien. Il valida également la création de la rétention de sûreté prévue par cette même loi, mécanisme qui autorise le juge à reconduire d'année en année l'incarcération de celui qui présente une forte probabilité de récidive, état de dangerosité qui ne peut être que psychiatrique d'un point de vue individuel.

1379. Il apparaît donc que de nombreuses contradictions se manifestent à partir d'une approche individuelle du discernement. Elle ne permet pas d'expliquer le rapport entre les conditions de la responsabilité pénale et les finalités d'intimidation et de rétribution de la peine. D'un point de vue individuel, il est en effet impossible que la personne morale puisse commettre une faute dont la sanction pénale serait rétributive, la constitutionnalité de la rétention de sûreté créée par la loi du 25 février 2008 sus-évoquée, l'indifférence de la Chambre criminelle à la bonne de l'auteur du fait objectivement punissable, la punition du matelot endormi au moment des faits du délit intentionnel de désertion comme ce fut le cas dans l'affaire *Trémintin*, la punition de l'auteur d'une « *infraction impossible* » sur le fondement de la tentative, le cumul des infractions de violences volontaires et de non-assistance à personne en péril, ou encore l'interprétation « restrictive » des hypothèses d'erreur de droit.

1380. L'ensemble de ces problèmes peuvent être dépassés grâce à une interprétation stricte des termes de la loi pénale. Or le droit pénal invite à distinguer la *personne*, pénalement responsable et douée de discernement, de l'*individu*, dont les qualités n'interviennent jamais pour établir sa culpabilité en droit pénal.

1381. Le discernement de la personne. La personne, qui peut être physique ou morale, se distingue de l'individu en droit pénal. Elle constitue un modèle qui, à l'image du modèle antique du « *bonus pater familias* » du droit civil délictuel, est dotée de qualités objectives au regard desquelles une faute peut être qualifiée. Pour le comprendre, il a

d'abord fallu démontrer la permanence de la présomption de connaissance de la loi pénale.

1382. L'article 122-3 du Code pénal ne reconnaît pas « *l'erreur de droit* » mais « *sur le droit* », ce qui implique que celui qui se trompe connaît, au préalable, l'existence du texte de droit positif qu'il a mal interprété. L'existence de cette présomption est essentielle en droit pénal. Elle justifie à elle seule sa nature impérative, si bien que la loi peut se « contenter » de décrire les comportements prohibés dans des textes d'incrimination (« *le fait de... est puni de* »). Reconnaître l'existence de cette présomption conduit à un renversement de perspective total dans l'approche de la faute pénale. Traditionnellement, elle est définie à l'aide du critère individuel de la volonté, si bien que la faute est intentionnelle lorsqu'une volonté est tendue vers le résultat incriminé, et non intentionnelle lorsque le dommage survenu n'est pas celui vers lequel cette volonté était tendue. En substance, *la volonté constitue le critère de la faute, et l'ignorance celui de l'irresponsabilité pénale.*

1383. Cette conclusion n'est pas tenable au vu de l'article 122-3 du Code pénal. Il est effectivement impossible de connaître les lois dans les détails de leurs dispositions. Cependant, comme dans l'Antiquité, la présomption de connaissance de la loi ne porte pas sur son contenu, mais sur le principe de son existence. Chaque individu étant conscient qu'il existe des lois impératives, a précisément pour obligation de se renseigner lorsqu'il doute de la légalité de son comportement. Cette vérification justifie son irresponsabilité même s'il s'est trompé, si tant est qu'il ait acquis la certitude qu'il pouvait agir sans violer la loi : c'est l'hypothèse visée par l'article 122-3 du Code pénal. En somme, *l'ignorance constitue le critère de la faute*, la volonté n'ayant qu'un rôle accessoire à jouer, dans les seules cas où la loi exige la preuve de son existence.

1384. Si le droit pénal sanctionne une ignorance, il est logique que *l'intention* soit le critère de la faute. La volonté est une certitude, celle qui se traduit en acte après délibération interne. En revanche l'intention – au sens strict de « *tension interne* » – existe chez celui qui doute. Ainsi en matière intentionnelle, celui qui fait le vœu de *réaliser* l'infraction peut seulement supposer qu'il y parviendra. Un fait « *extérieur à sa volonté* » (art. 121-5 du Code pénal) pourra toujours empêcher la concrétisation de ses desseins, sa volonté reste limitée par la conscience d'un aléa. Par définition *l'ignorance est inhérente à l'intention*. De même, en matière non intentionnelle, l'individu imprudent prend le risque de voir advenir un dommage dont il ne désire pas la réalisation. Dans ces deux hypothèses, celle de l'intention ou de la non-intention, l'ignorance de l'individu

n'est pas absolue. L'auteur des faits connaît les limites de son ignorance. Intention et non-intention postulent donc, chez l'auteur des faits incriminés, *la conscience de son ignorance*. Ce critère est commun à toutes les fautes prévues à l'article 121-3 du Code pénal. La conscience qui est au fondement de la culpabilité pénale n'est pas celle qui porte sur le monde environnant, ni sur la gravité d'un fait s'il faut entendre par là qu'elle serait morale. Il s'agit d'une conscience des obligations prévues par la loi. Elle correspond à la conscience de l'existence des devoirs qu'un individu a accepté de respecter étant donné qu'en théorie, il se les est imposé en confiant le pouvoir de voter des lois à ses représentants. Cette conscience dialogique est à mi-chemin entre la conscience individuelle et la « conscience collective ». Elle renvoie l'individu au rôle qu'il doit jouer en société au regard de la loi pénale : la conscience réflexive qui le rend personnellement responsable de ses actes. En résumé, *le discernement personnel n'est pas l'état de conscience, qualité psychologique commune aux individus, mais la conscience d'un état, cette conscience réflexive qui rend tout individu comptable de ses actes ou omissions pénalement qualifiables*.

1385. Conclusion relative au rôle du discernement. Cette définition du discernement, qui lui confère une véritable juridicité, permet au surplus d'assurer la jonction du droit constitutionnel avec les dispositions légales et réglementaires. Ainsi entendu, le discernement joue un rôle dans toutes les hypothèses légales où la personne intervient, notamment en droit substantiel. Car cette personne n'est pas un être fait de chair et de sang, mais un rôle que l'individu doué de discernement s'est imposé en faisant voter la loi. Lorsqu'il est doué de cette conscience au regard de qualités qu'il porte en son *nom propre*, sa responsabilité de *personne physique* peut être engagée ; celle de la *personne morale* le sera en revanche si un individu agit en conscience d'incarner un groupe de personnes, c'est-à-dire d'agir « *pour le compte* » de cette entité. De nombreuses conséquences de cette définition du discernement, induite à partir d'une interprétation stricte de la loi pénale.

1386. Etant au support des fautes intentionnelles ou non intentionnelles, ce discernement justifie la caractérisation d'une faute à chaque fois le fait incriminé aura été commis. La seule constatation du dommage implique alors que son auteur ait eu l'intention de commettre l'infraction, ou établit la violation manifestement délibérée d'une obligation de prudence ou de sécurité, comme elle détermine l'existence d'une faute d'imprudence pénalement punissable.

1387. La loi n'impose cette obligation généralisée de prudence qu'aux majeurs. A cet égard, deux situations doivent être distinguées car elles jouent un rôle transversal en droit pénal : la présence et l'absence de discernement. L'incapacité de discernement du mineur correspond à une présomption d'absence de discernement. Il ignore l'existence de devoirs qui s'imposent en revanche aux majeurs, à l'égard desquels une présomption contraire existe. Afin de bénéficier de l'irresponsabilité de l'article 122-1 du Code pénal, il leur incombe de prouver qu'ils n'ont pas pu connaître l'existence d'un devoir les concernant. C'est l'exemple du conducteur qui, drogué à son insu, ne sait pas qu'il pourrait causer la mort d'autrui au moment où il prend le volant. Le trouble psychique dont il souffre, s'il en a ignoré l'existence, justifiera son irresponsabilité étant donné qu'il ne pouvait pas connaître le risque qu'il prenait. Autrement dit, *l'article 122-1 du Code pénal sanctionne une ignorance absolue : celle qui porte sur les causes de sa propre ignorance.*

1388. Ce critère joue également un rôle dans le droit de la procédure pénale. Son équilibre s'organise autour des droits et devoirs de la personne. La protection du discernement du mis en cause permet d'assurer la protection du droit constitutionnel à la sûreté des citoyens, contre toute arrestation arbitraire ou atteinte à la présomption d'innocence. L'information du prévenu ou de l'accusé sur la nature des faits qui lui sont reprochés constitue un préalable indispensable à ce que l'application d'une peine puisse accomplir l'amendement du condamné. La réparation du dommage *indivisible* qu'il cause à la société serait imparfait si la victime de l'infraction, comme tous ceux qui souffrent *personnellement* de ce dommage, ne pouvaient être recevable à exercer l'action civile devant la juridiction pénale. Leur refuser cette prérogative serait prendre le risque que leur foi dans l'impérativité de la loi pénale faiblisse. La « *restauration de l'équilibre social* », visé à l'article 130-1 du Code pénal, serait-elle assurée pour autant ?

1389. De *poenalis* qui signifie à la fois *souffrance* et *expiation*, la peine doit également provoquer la « condamnation » de l'infraction par le condamné. Elle manquerait à sa propre nature si elle ne remplissait qu'une seule de ces deux fonctions : l'application d'une souffrance. Celle-ci n'est une peine qu'à la condition de remplir un dessein complémentaire : celui de convertir le condamné à la légitimité des sanctions qui lui sont infligées. Or, la peine de condamnation ne peut garantir l'amendement. De la souffrance et de l'expiation recherchées, il se pourrait que le condamné ne retienne que la souffrance endurée. Pour parvenir à ses fins, il faut donc que la peine soit consciente de ses propres limites, et qu'elle s'adapte à l'égard du délinquant lorsque celui-ci se trouve

en état de récidive, mais en acceptant toujours le risque de « *commission de nouvelles infractions* »¹⁵⁷⁴. Le discernement devient alors pour la peine ce que la peine est au discernement : la conscience de son ignorance face aux devoirs qui s'imposent.

¹⁵⁷⁴ Art. 130-1 du Code pénal.

TABLES DES MATIERES

Bibliographie

I - OUVRAGES, TRAITES, MANUELS

A

- **d'ABLEIGES J.**, *Le Grand coutumier de France*, Paris, éd. Laboulaye et Dareste, 1868, p. 665.
- **ADDAD M. et BENEZECH M.**, *L'irresponsabilité pénale des handicapés mentaux en droit français et anglo-saxon*, Paris, Litec, 1978.
- **ALLARD A.**, *Histoire de la justice criminelle au XVI^e siècle*, Gand, éd. H. Hoste, 1868.
- **ANCEL M.**,
 - *Le procès pénal et l'examen scientifique des délinquants*, Melun, Imprimerie administrative, 1952.
 - *La défense sociale nouvelle*, Paris, éd. Cujas, 1^{ère} éd., 1954 ; 2^e éd., 1966 ; 3^e éd., 1981.
 - (dir.) *L'individualisation des mesures prises à l'égard des délinquants*, éd. Cujas, 1954.
- **ANDRIEUX J.-P.**, *Histoire de la jurisprudence. Les avatars du droit prétorien*, Paris, éd. Vuibert, 2012.
- **AYRAULT P.**, (1536-1601), *Ordre et instruction judiciaire*, Paris, éd. A. Cotillon et Cie et A. Chevalier Marescq, 1881.

B

- **BACACHE-GIBEILI M.**, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, t. 5, 2^e éd., 2012.
- **BADR A.**, *L'influence du consentement de la victime sur la culpabilité pénale*, Paris, LGDJ, 1928.
- **de BEAUMANOIR P.**, *Les coutumes de Beauvoisis*, Paris, éd. publiée par le comte Beugnot, chez Jules Renouart, 1842.
- **BECCARIA C.**, *Des délits et des peines*, Flammarion, 1991.
- **BECHTEL G.**, *Délires racistes et savants fous*, Plon, 2002.
- **BECKER H. S.**, *Outsiders : studies in the sociology of deviance*, The Free Press, 1973.
- **BENTHAM J.**, *Traité de législation civile et pénale*, 3^e éd., Dumont, 1830.
- **BERNARDINI R.**, *Droit pénal général*, Gualino, 2003, n° 399 et 401.
- **BINDING K.**, *Die Normen und ihre Ubertretung*, 2^e éd., t. 1, Leipzig, 1890.
- **BIRKMEYER K.**, *Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht in Der Gerichtssaal Zeitschrift*, 1885, Vol. 37.
- **BIVILLE F.**, *Les emprunts du latin au grec. Approche phonétique*, Louvain, éd. Peeters, tome 1 (1990), tome 2 (1995).
- **E. BLANCHE**, *Des homicides commis par les aliénés*, Paris, éd. P. Asselin, 1878.
- **BLIN H., CHAVANNE A. et DRAGO R.**, *Traité du droit de la presse (code Barbier)*, Librairies Techniques, 1969, mis à jour par J.-H. ROBERT.
- **BOITARD J.-E.**,
 - *Leçons sur les Codes pénal et d'instruction criminelle*, Paris, Thorel, 2^e éd., 1842 ; 3^e éd. 1844.
 - *Leçons sur les Codes pénal et d'instruction criminelle*, Paris, Gustave de Linage, 8^e éd., 1863.
 - *Leçons de droit criminel*, Marchal et Billard, 13^e éd., 1889.
- **BONFANTE P.**, *Histoire du droit romain*, éd. Sirey, 1928.

- **BONFILS P. et GOUTTENOIRE A.**, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2^e éd., 2014.
- **BOULOC B.**,
 - *Droit pénal général*, Dalloz, 23^e éd., 2013.
 - *Procédure pénale*, Dalloz, 24^e éd., 2014.
- **BOUZAT P. et PINATEL J.**, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Dalloz, 1975.
- **BRIERE de BOISMONT A.**, *Du suicide et de la folie suicide, considérée dans ses rapports avec la statistique, la médecine et la philosophie*, Paris, chez Germer Baillière, 1856.
- **BRUN P.**, *Responsabilité civile-extra-contractuelle*, Lexisnexis, 3^e éd., 2014.
- **BURMALAQUI J.-J.**, *Principes du droit naturel*, Genève, chez Philibert, 1756.

C

- **CALMEIL L.-F.**, *De la folie considérée sous le point de vue pathologique, philosophique, historique et judiciaire : depuis la renaissance des sciences en Europe jusqu'au dix-neuvième siècle : Description des grandes épidémies de délire, simple ou compliqué, qui ont atteint les populations d'autrefois et régné dans les monastères*, Paris, éd. J.-B. Baillière, 1845.
- **CARBASSE J.-M.**,
 - *Introduction historique au droit pénal*, Paris, PUF, 1990.
 - *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, Droit fondamental, 2000.
- **CARBONNIER J.**,
 - *Essais sur les lois*, Defrénois, 2^e éd., 1995 (1^{ère} 1979).
 - *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, coll. Forum, 1996.
 - *Les personnes*, Paris, PUF, 2000, n° 151.
 - *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10 éd., 2001.
- **CARPENTIER A. et FREREJOUAN DU SAINT G.** (publié par), *Répertoire général alphabétique du droit français*, Paris, Sirey, 1904, t. XXXIII.
- **CASSINELLI B.**, *Histoire de la folie*, Paris, Bocca frères éditeurs, 1939.
- **CELLARD A.**, *Histoire de la folie au Québec de 1600-1850*, Montréal, éd. Boréal, 1991.
- **CHANTAGREL J.**, *Manuel de droit criminel (Code pénal et instruction criminelle)*, Paris, éd. Masson, 1858.
- **CHARLES R.**, *Histoire du droit pénal*, PUF, collection Que sais-je ?, 4^e éd., p. 9.
- **CHASTEL C., CENAC A.**, *Histoire de la médecine, introduction à l'épistémologie*, Paris, Ellipses, 1998.
- **CHAUSSINAND-NOGARET G.**, *Les grands discours parlementaires de la Révolution, de Mirabeau à Robespierre (1789-1795)*, éd. Armand Colin, 2011.
- **CHAUVEAU A. et HELIE F.**,
 - *Théorie du Code pénal*, éd. Cosse, t. 1., 1872.
 - *Théorie du Code pénal*, Paris, Marchal et Billard, 6^e éd., 1887.
- **CICERON**, *Œuvres complètes* (dir. M. NISARD), Paris, Firmin Didot Frères, t. 4, *De divinatione*.
- **COLLEE M. et QUETEL C.**, *Histoire des maladies mentales*, PUF, 1987.
- **COLLINEAU A.**, *Examen de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés*, Paris, éd. Félix Malteste, 1870.
- **CONTE P.**,
 - *Droit pénal spécial*, Paris, Litec, 3^e éd., 2007.
 - *Droit pénal spécial*, Paris, Lexisnexis, 4^e éd., 2013.
- **CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P.**, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004.
- **CORDAY M.**, *Les demifous*, Paris, éd. Charpentier, 1905.
- **CORNU G.**, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 3^e éd., 2002.
- **CULLERRE A.**,
 - *Les frontières de la folie*, Paris, J. B. Baillière et fils, 1888.
 - *Traité pratique des maladies mentales*, Paris, éd. J.-B. Baillière et fils, 1890.

D

- **de DAMHOUDERE J.**,
 - *Pratique judiciaire des causes criminelles*, Bruxelles, Anvers, chez Jehan Bellere, 1564.

- *Pratique judiciaire des causes civiles*, Anvers, chez Jehan Bellere, 1572.
- **DARBELLAY J.**, *Théorie générale de l'illicéité*, Editions universitaires, Fribourg, 1955.
- **DAREMBERG C. et SAGLIO E.**, *Dictionnaire des Antiquités Grecques-Romaines*, Paris, éd. Hachette, 1873.
- **DASKALAKIS E.**, *Réflexions sur la responsabilité pénale*, Publications de l'Université Panthéon-Assas, PUF, 1975.
- **DEBARD M.**, *Dossiers classés : enquête sur des non lieux en état de démence*, éd. Albin Michel, 1982.
- **DEBOVE F., FALLETTI F., DUPIC E.**, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 5^e éd., PUF, 2013.
- **DECOCQ M.**, *Droit pénal général*, Paris, collection U., éd. Armand Colin, 1972.
- **DE GREEFF E.**,
 - *Les instincts de défense et de sympathie*, Paris, PUF, 1947.
 - *Amours et crimes d'amour*, Paris, éd. Dessart, 1973.
- **DELMAS-MARTY M.** (dir.), *La mise en état des affaires pénales*, Rapport de la Commission, La Documentation française, 1991.
- **DELPECH C.**, *De l'infraction, ses conditions, ses éléments, ses caractères*, Paris, éd. Ernest Thorin, 1879.
- **DENISART J. B.**, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Desaint, 5^e éd., 1766.
- **DESGRUGILLERS N.** (traduction de), *La loi salique, Les manuscrits français*, éd. Paleo, 2011.
- **DESJARDINS A.**, *Théorie des excuses en droit criminel*, Beauvais, Imprimerie d'Achille, 1858.
- **DESPORTES F. et LE GUNEHEC F.**,
 - *Le nouveau droit pénal*, 2001, Economica.
 - *Droit pénal général*, Economica, 10^e éd., 2003.
 - *Droit pénal général*, 15^e éd., Economica, 2008.
- **DOHERTY L. E.**, *Homer's Odyssey*, New York, Oxford university press, 2009.
- **DONNEDIEU DE VABRES H.**, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^e éd., Sirey, 1947.
- **DOUCET J.-P.**, *Le jugement pénal*, Litec, 1991.
- **DREYER E.**, *Droit pénal général*, Lexinexis, 2^e éd., 2012.
- **DUBOIS J., MITTERAND H. et DAUZAT A.**, *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, collection Expression, 1999.
- **DUBUISSON P. et VIGOUROUX A.**, *Responsabilité pénale et folie, étude médico-légale*, Paris, éd. Félix Alcan, 1911.
- **DUCOS M.**, *L'influence grecque sur la loi des douze tables*, Travaux de recherches de l'université Paris II, PUF, 1978.
- **DUPICHOT J.**, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, LGDJ, 1966.
- **DURKHEIM E.**,
 - *De la division du travail social*, PUF, Quadriges, 2007.
 - *Les règles de la méthode sociologique*, PUF, 17^e éd., 1968.
 - *Le suicide, étude de sociologie*, PUF, 1976.
 - *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, PUF, 5^e éd., 2003.

E

- **ELLIS W.-C.**, *Traité de l'aliénation mentale ou de la nature, des causes, des symptômes et du traitement de la folie comprenant des observations sur les établissements d'aliénés*, trad. T. ARCHAMBAULT, Paris, J. Rouvier, 1840.
- **ELLUL J.**, *Histoire des institutions de l'Antiquité*, Paris, PUF, Quadrige, 2^e éd., 2011.
- **ERNOUT A.**, *Aspect du vocabulaire latin*, Paris, Klincksieck, 1954.
- **ESQUIROL J.-E.**, *Des maladies mentales*, Paris, J.-B. Baillière, 1883.

F

- **FABRE-MAGNAN M.**, *Droit des obligations*, t. 2, PUF, 3^e éd., 2013.

- **FAHMY ABDOU A.**, *Le consentement de la victime*, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, t. 11, 1971 (préfacé par R. Vouin).
- **FAUCONNET P.**, *La responsabilité, étude sociologique*, Paris, Alcan, 1920.
- **FERRI E.**, *La sociologie criminelle*, Dalloz, Paris, 2004.
- **FERRIERE J.-C.**, *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutume et de pratique*, Paris, chez Joseph Saugrain, 4^e éd., 1758.
- **FOUCAULT M.**, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Plon, 1961.
- **FRAIN du TREMBLAI J. J.**, *Essais sur l'idée du Parfait Magistrat, où l'on fait voir une partie des obligations du juge*, Paris, chez Pierre Emery, 1701.
- **FREUD S.**,
 - *Cinq psychanalyses*, PUF, 11^e éd., 1982.
 - *L'avenir d'une illusion*, Denoël et Steele, Paris, 1932.
 - *Malaise dans la civilisation*, Bibliothèque de psychanalyse, PUF, 1973.
 - *Totem et tabou*, éd. Payot, 1975.
- **FURETIERE A.**, *Dictionnaire universel contenant généralement tous les mots français, tant vieux que modernes, et les termes des sciences et des arts*, 2^e éd. ensuite corrigé et augmenté par H. BASNAGE de BAUVAL, 1701.

G

- **GAIUS**, *Institutes*.
- **GARÇON E.**, *Code pénal annoté*, 2^e éd., refondue par MM. M. Rousselet, M. Patin M. et M. Ancel, Paris, Sirey, 1959.
- **GAROFALO R.**, *La criminologie, étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Paris, Alcan, 2^e éd., 1890.
- **GARRAUD R.**,
 - *Précis de droit criminel*, Paris, Sirey, 1^{ère} éd., 1881 ; 11^e éd., 1912.
 - *Précis de droit criminel*, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 1903.
 - *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 1^{ère} éd., 1888, 2^e éd., 1898, 3^e éd., 1947.
 - *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. 1, 2^e éd., 1898.
 - *Traité théorique et pratique de droit pénal*, t. 1, 3^e éd., 1935.
 - *Traité théorique et pratique de droit pénal*, t. 3, 3^e éd., 1947.
 - *Droit pénal français*, 2^e éd., 1898.
- **GASSIN R., CIMAMONTI S., BONFILS P.**, *Criminologie*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2011.
- **GAUBERT R.**, *La capacité pénale des psychopathes*, Paris, Les Editions Médicales, 1924.
- **GAUCHET M.**, *Le désenchantement du monde, une histoire politique de la religion*, Gallimard, 1985.
- **GAUVARD C.**, « *De grâce especial* ». *Crime, Etat et société en France à la fin du Moyen-Âge*, Publications de la Sorbonne, 1991.
- **GEORGET E.-J.**, *De la folie. Considérations sur cette maladie*, Paris, Crevot, 1820.
- **GERNET L.**, *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce*, Paris, éd. Albin Michel, 2001.
- **GHICA-LEMARCHAND C., PANSIER D.-J.**, *Droit pénal spécial*, Vuibert, 2007.
- **GIUDICELLI-DELAGE G.**, *La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales*, éd. Volumen, 2013.
- **GIVANOVITCH T. et HOSNI N.**, *Le lien de causalité en droit pénal*, Le Caire, 1955.
- **GOYET F.**, *Traité de droit pénal spécial*, 8^e éd., 1972 par M. ROUSSELET, P. ARPAILLANGE et J. PATIN.
- **GRASSET J.**,
 - *La responsabilité des criminels*, Paris, Les Editions Nouvelles, 1908.
 - *Demifous et demiresponsables*, Paris, éd. Félix Alcan, 3^e éd., 1914.
- **GRIMAUDET F.**, *Des causes qui excusent de dol*, Paris, Chez Hierosine de Marnes, et la veuve Guillaume Cauellat, au mont Saint Hilaire au Pélican, 1585.
- **GUINCHARD S. et BUISSON J.**, *Procédure pénale*, Paris, éd. LexisNexis, 7^e éd., 2011.

- **GUISLAIN J.**, *Leçons orales sur les phrénopathies, ou Traité théorique et pratique des maladies mentales : cours donné à la Clinique des établissements d'aliénés à Gand, Gand*, éd. L. Hebbelynck, 1852.

H

- **HELIE F.**, *Droit pénal*, éd. Techniques S. A., 5^e éd., t. 1, 1948.
- **HERSZBERG C.**, *Fresnes, histoires de fous*, Seuil, 2006.
- **HEUYER G.**, *Les troubles mentaux : étude criminologique*, PUF, 1968.
- **HOMERE**,
 - *Iliade*.
 - *Odyssée*.

I

- **IMBERT J.**, *La pratique judiciaire civile et criminelle, reçue et observée par tout le Royaume de France*, Paris, Au Palais, 1623.

J

- **JACOPIN S.**, *Droit pénal spécial*, Hachette, Les fondamentaux, 2^e éd., 2013.
- **JEANDIDIER W.**, *Droit pénal général*, Montchrétien, 2^e éd., 1991.
- **JOUSSE D.**, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, chez Débure Père, 1771.

K

- **KANT E.**, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Librairie Générale Française, 1993.
- **KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, trad. C. EISENMANN, Dalloz, 1962.
- **KOCH L.**, *Du discernement et de son influence sur la culpabilité de l'enfant*, Kessinger, 1898.

L

- **LACOINTA J.**, *De la criminalité morale et légale, spécialement de la tentative et du méfait manqué*, éd. De Bonnal et Gibrac, 1863.
- **LADAME P.-L.**, *La responsabilité criminelle des aliénés dans l'antiquité au Moyen Age et à la Renaissance*, Genève, Georg, 1886.
- **LAHARIE M.**, *La folie au Moyen Age, XI^e-XIII^e siècle*, éd. Le Léopold d'Or, 1991.
- **LAIGNEL-LAVASTINE M. et STANCIU V. V.**, *Précis de criminologie*, Paris, éd. Payot, 1950.
- **LAINGUI A. et LEBIGRE A.**, *Histoire du droit pénal*, Paris, Cujas, 1980.
- **LARGUIER J., LARGUIER A.-M.**, *Droit pénal spécial*, 8^e éd., Dalloz, Mementos, 1994.
- **LARGUIER J. et CONTE P.**, *Procédure pénale*, Dalloz, Mementos, 23^e éd., 2014.
- **de LA ROCHE-FLAVIN B.**,
 - *Treize livres du Parlement de France*, Bordeaux, 1617.
 - *Recueil des arrêts notables du Parlement de Toulouse*, Toulouse, imprimerie de N. Caranove, 1745.
- **LARROUMET C.**, *Droit civil, Introduction à l'étude du droit*, t. 1, 5^e éd., Economica, 2006.
- **LEAUTE J.** (dir.), *La responsabilité pénale. Travaux du colloque de philosophie pénale (Strasbourg, 12 au 21 janvier 1959)*, Dalloz, coll. Annale de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg.
- **LEBIGRE A.**,
 - *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain classique*, PUF., Travaux et recherches de la faculté de droit, 1967.
 - *Histoire du droit pénal*, Cujas, 1980.
- **LEGAL A., PRADEL J. et VARINARD A.**, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 8^e éd., 2012.
- **LEGRAIN P.-M.**, *L'évolution scientifique et le droit pénal. Eléments de médecine mentale appliqués à l'étude du droit (cours professé à la faculté de droit en 1905)*, Paris, éd. Arthur Rousseau, 1906.
- **LEGROS R.**, *L'élément moral dans les infractions*, éd. Sirey, 1952.

- **LEROY J.**,
 - *Droit pénal général*, 2^e éd., LGDJ, 2007.
 - *Procédure pénale*, LGDJ, 3^e éd., 2013.
- **LEVY-BRUHL M.**, *Cours de Pandectes*, Paris, Les cours de droit, 1951.
- **LOMBOIS C.**, *Droit pénal général*, Les fondamentaux, Hachette supérieur, 1994.
- **LOMBROSO C.**, *L'homme criminel*, Paris, Alcan, 1895 (traduction de la 5^e éd. italienne ; 1^{ère} éd. italienne en 1876).

M

- **Mac DOWELL D. M.**, *The law in classical Athens, Aspects of greek and roman life*, New-York, Cornell University Press, 1978.
- **MALABAT V.**, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 4^e éd., 2009 ; 6^e éd., 2013.
- **MALATIER J.-A.**, *Du médecin de la folie et de la société*, éd. G. BAILLIÈRE, 1847.
- **P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI**, *Droit des obligations*, Lexisnexus, 13^e éd., 2014.
- **MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P.**, *Les obligations*, Defrénois, 5^e éd., 2011 ; 6^e éd., 2013.
- **MARC C. C. H.**, *De la folie, considérée dans ses rapports avec les questions médico-judiciaires*, Paris, J.-B. Baillièrre, 1840.
- **MASCALA C.**, *Droit pénal général*, Montchrestien, 2003.
- **MAYAUD Y.**,
 - *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Dalloz, coll. Référence, 2003.
 - *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013.
- **MEJAN M.**, *Recueil des causes célèbres et des arrêts qui les ont décidées*, Paris, chez Garnery, 2^e éd., 1808.
- **MERLE R.**,
 - *Droit pénal général*, Thémis, PUF, 1957.
 - *La pénitence et la peine. Théologie, droit canonique et droit pénal*, Paris, Cerf-Cujas, 1985.
- **MERLE R. et VITU A.**,
 - *Traité de droit criminel*, éd. Cujas, 1967 ; 3^e éd., 1978 ; 4^e éd., 1981.
 - *Traité de droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Cujas, 7^e éd. 1997.
- **MERLEAU-PONTY M.**, *Phénoménologie de la perception*, éd. Gallimard, 1976.
- **MERLIN P.-A.**, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e éd., 1826.
- **MOLINIER J.-V.**,
 - *Programme du cours de droit criminel*, Imprimerie de Bonnal et Gibrac, 1851.
 - *Traité théorique et pratique de droit pénal, annoté et mis au courant de la législation et de la jurisprudence les plus récentes par Georges Vidal*, Paris, éd. Arthur Rousseau, t. 1, 1893.
- **MOMMSEN T.**, *Le droit pénal romain*, éd. Albert Fontemoing, 1907.
- **MOREL B.-A.**, *Traité théorique et pratique des maladies mentales : considérées dans leur nature, leur traitement, et dans leur rapport avec la médecine légale des aliénés*, Paris, J.-B. Baillièrre, 1852.
- **MOREL P. et QUETEL C.**, *Médecines de la folie*, Paris, éd. Hachette, coll. Pluriel, 1985.
- **MORON P.**, *Le suicide*, 7^e éd., PUF, Que sais-je, 1999.
- **MURRAY G.**, *Anthropology and the Classics*, Oxford, 1908.
- **MUYART DE VOUGLANS P.-F.**,
 - *Institutes au droit criminel, ou principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique, et la jurisprudence du Royaume*, Paris, Chez Le Breton imprimeur, 1757.
 - *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, t. 1, Paris, La Société Typographique, 1781.

O

- **ORTOLAN J.-L.-E.**,
 - *Explication des Instituts de Justinien*, Paris, éd. Béthune, 1827.
 - *Explication historique des institutes*, Paris, Videcoq, 5^e éd., t. 1., 1851.

- *Eléments de droit pénal*, Plon, 3^e éd., t. 1., 1863.
- *Résumé des éléments de droit pénal : pénalité, juridictions, procédure*, 4^e éd., H. Plon, 1867.
- *Eléments de droit pénal*, Plon, 5^e éd., t. 1, 1886.
- **OTTENHOF R.**, *Le droit pénal et la formation des contrats civils*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 110, 1970.

P

- **PACTET F. et COLIN H.**, *Les aliénés devant la justice (aliénés méconnus et condamnés)*, Paris, Masson et Cie, 1894.
- **PAPON J.**, *Recueil d'arrêts notables des cours souveraines de France. Ordonnés par titre en viengt-quatre livres*, Paris, Chez Nicolas Buon au mont Saint-Hilaire à l'enseigne Saint-Claude, 1607.
- **PARANT V.**, *La raison dans la folie : étude pratique et médico-légale sur la persistance partielle de la raison chez les aliénés et sur leurs actes raisonnables*, Paris, éd. Octave Doin, 1888.
- **PIAGET J.**, *La représentation du monde chez l'enfant*, Quadrige, PUF, 2008.
- **PICHONNAZ P.**, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ, 2008.
- **PLANQUES J.**, *La médecine légale judiciaire*, Paris, PUF, Que sais-je?, 1959.
- **POSTEL J. et QUETEL C.**, *Nouvelle histoire de la psychiatrie*, Paris, éd. Privat, 1983.
- **PRADEL J.**,
 - *Principes de droit criminel*, Cujas, 1999.
 - *Droit pénal comparé*, Dalloz, 3^e éd., 2008.
 - *Droit pénal général*, Cujas, 17^e éd., 2009.
 - *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 20^e éd., 2014.
- **PRADEL J. et DANTI-JUAN M.**, *Droit pénal spécial (droit commun, droit des affaires)*, Cujas, 4^e éd., 2007/2008.
- **PRADEL J. et VARINARD A.**, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 8^e éd., 2012.
- **PUECH M.**,
 - *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Cujas, 1976.
 - *Droit pénal général*, Paris, Litec, 1988.
- **Von PUFENDORF S.**, *Le droit de la nature et des gens ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, trad. J. Barbetrac, Amsterdam, Henri Schelte, 1706.

Q

- **QUETEL C.**, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, Paris, éd. Tallandier, 2009.

R

- **RADULESCO J.**, *De l'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale*, Paris, 1923.
- **RASSAT M.-L.**,
 - *Procédure pénale*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^e éd., 1995.
 - *Droit pénal général*, PUF, 2^e éd., 1999.
 - *Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal*, Dalloz, 6^e éd. 2011.
- **REGIS E.**, *Manuel pratique de médecine mentale*, Paris, éd. Octave Doin, 2^e éd., 1892.
- **REGNAULT E.**, *Du degré de compétence des médecins dans les questions judiciaires relatives aux aliénations mentales et des théories physiologiques sur la monomanie*, Paris, B. Warré, 1828.
- **RENEVILLE M.**, *Crime et folie. Deux siècles d'enquêtes médicales et judiciaires*, Fayard, 2009.
- **RENUCCI J.-F., COURTIN C.**, *Le droit pénal des mineurs*, PUF, Que sais-je, 4^e éd., 1991.
- **REY A.** (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, éd. Le Robert, 2006.
- **RIANT A.**, *Les irresponsables devant la justice*, Paris, J.-P. Baillière, 1888.
- **RIVIERE Y.**, *Le cachot et les fers, détention et coercition à Rome*, éd. Belin, 2004.
- **ROBERT J.-H.**, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005.
- **ROBERT P.**, *Traité de droit des mineurs*, Cujas, 1969.

- **ROBERT P.**, *Le nouveau Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2009.
- **de ROMILLY J.**, *La loi dans la pensée grecque*, 1971.
- **ROSSI M. P.**, *Traité de droit pénal*, Paris, éd. Sautetlet, 1829.
- **ROUSSEAU M.**, *Les procès d'animaux*, éd. Wesmael-Chalier, 1964.
- **ROUX J. A.**, *Cours de droit criminel français*, Sirey, 2^e éd., 1927.
- **RUOPOLI-CAYET S.**, *Arnould Bonneville de Marsangy (1802-1894), un précurseur de la science criminelle moderne*, éd. L'Harmattan, 2002.

S

- **SACASE F.**, *De la folie considérée dans ses rapports avec la capacité civile*, éd. Videcoq, Paris, 1851.
- **SAINT THOMAS d'AQUIN**, *Somme théologique*.
- **SAEILLES R.**, *De l'individualisation de la peine : étude de criminologie sociale*, Paris, Alcan, 2^e éd., 1909.
- **SAMI-ALI M.**, *De la projection, une étude psychanalytique*, éd. Payot, Paris, 1970.
- **de SARRAU de BOYNET A.**, *Des excuses légales en droit pénal (article 65 du Code pénal)*, Bordeaux, Imprimerie centrale A. de Lanefranque, 1875.
- **de SAVIGNY M. F. C.**, *Traité de droit romain*, trad. Guenous, Librairie Firmin, 1855.
- **SCHIAVONE A.**, *IUS. L'invention du droit en occident*, éd. Belin, 2008.
- **SEMELAIGNE R.**, *Etudes historiques sur l'aliénation mentale dans l'Antiquité*, Librairie de la Faculté de médecine, Paris, 1869.
- **SENAULT J.-F.**, *L'homme criminel ou la corruption de la nature par le péché, selon les sentiments de Saint Augustin*, Paris, Chez la veuve Jean Camusat et Pierre Lepetit, 1644.
- **SERIEUX P., LIBERT L.**, *Le régime des aliénés en France au XVIII^e siècle d'après de documents inédits*, Paris, Masson, 1914.
- **STEFANI G. et LEVASSEUR G.**, *Droit pénal général et criminologie*, Paris, Dalloz, 1957.
- **STEFANI G., LEVASSEUR G. et BOULOC B.**, *Droit pénal général*, 12^e éd., Dalloz.
- **SUETONE**, Vie d'Auguste (trad. M. CABARET-DUPATY), Paris, éd. Garnier Frères, 1893.
- **SUTHERLAND E. H.**, *White collar crime*, Holt Rinehart and Winston, 1961.

T

- **TABERT N.**, *L'influence du positivisme juridique sur la matière pénale moderne*, PUAM, 2007.
- **TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y.**, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013.
- **THIERRY H.**, *De la responsabilité atténuée. Etude médico-légale*, Paris, éd. Steinheil, 1891.
- **THYREN J.C.W.**, *Abhandlungen aus dem Strafrecht und der Philosophie*, Lund, 1894.
- **TIRAQUEAU A.**, *De peonis temperandis*, 1559, trad. A. LAINGUI, Paris, Economica, 1986.
- **TRAEGER L.**, *Der Kausalbegriff im Straf-und Zivilrecht*, Marbourg, 1929.
- **TREBUTIEN E.**, *Cours élémentaire de droit criminel comprenant l'exposé et le commentaire des deux premiers livres du Code pénal, du Code d'instruction criminelle en entier, et des lois et décrets qui sont venus modifier ces codes*, Paris, Auguste Durand, Librairie-éditeur, 1854.

V

- **VANDEKERCKHOVE L.**, *La punition mise à nu. Pénalisation et criminalisation du suicide dans l'Europe médiévale et d'Ancien Régime*, Belgique, Academia Bruylant, 2004
- **VEILLARD-CYBULSKY M. et H.**, *Les jeunes délinquants dans le monde*, Delachaux et Niestlé, Neuchâtel, 1963.
- **VERGER H.**, *L'évolution des idées médicales sur la responsabilité des délinquants*, Flammarion, 1923.
- **VERON M.**, *Droit pénal spécial*, Sirey, 11^e éd., 2006.
- **VILLEY E.**, *Précis d'un cours de droit criminel*, 5^e éd., Paris, 1891.
- **VILLEY M.**, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, Quadriges, 2003.
- **VINEY G.**, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2008.
- **VON BAR L.**, *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Rechte*, Leipzig, 1871.

- **VON LISZT**, *Traité de droit pénal allemand*, Giard et Brière, 17^e éd., trad. R. LOBSTEIN, 1911.
- **VOUIN R.**, *Droit pénal spécial*, Dalloz, t. 1, 1968 ; 3^e éd., 1971.

Z

- **ZIMMERMANN R.**, *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Afrique du sud, Juta and Co, 1990.

II – THESESES

A

- **ABDEL-RAZEK M.**, *L'élément moral de l'infraction en droit comparé*, thèse Paris II, 1992.
- **ALLIX D.**, *Essai sur la coaction, Contribution à l'étude de la genèse d'une notion prétorienne*, LGDJ, 1976.
- **G. AUBRY.**, *La jurisprudence criminelle du chatelet de Paris sous le règne de Louis XVI*, Paris, LGDJ, 1971.

B

- **BEIGNIER B.**, *L'honneur et le droit*, thèse Paris II, 1991.
- **BETINA Z.-E.**, *La complicité (ancien droit français, droit musulman, droit algérien)*, thèse Paris II, 1994.
- **BOISSONADE S.**, *Les circonstances atténuantes devant la cour d'assises de la Lozère de 1814 à 1914*, thèse Toulouse, 2010.
- **BON P.-A.**, *La causalité en droit pénal*, thèse Poitiers, 2005.
- **BONNARD D.**, *Du vol en droit romain et en droit français*, thèse Bordeaux, Imprimerie Duverdier et Cie, 1876.
- **BOULAICH A.**, *Etude sur la capacité pénale dans la doctrine contemporaine*, thèse Toulouse, 1986.
- **BOURIN V.**, *Contribution à l'étude du délit de manipulation mentale préjudiciable*, thèse Montpellier, 2003, PUAM, 2005.
- **BOURSIER M.-E.**, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2003.

C

- **CAPDEPON Y.**, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, thèse Bordeaux IV, 2011.
- **COMBES J.**, *Du défaut de discernement des mineurs en matière pénale*, thèse Toulouse, 1901.
- **CORNU THENARD N.**, *La notion de fait dans la jurisprudence classique : étude sur les principes de la distinction entre fait et droit*, thèse Paris 2, 2011.
- **COUPERET J.**, *Essai sur l'imputation*, thèse Toulouse, 1967.

D

- **DALLOZ M.**, *Les circonstances aggravantes légales en droit criminel français*, thèse Nice, 2001.
- **DANA A.-C.**, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, thèse Lyon (1980), LGDJ, 1982.
- **DARBELLAY J.**, *Théorie générale de l'illicéité*, éd. Universitaires, Fribourg, 1955.
- **DARSONVILLE A.**, *Les situations de dépendance entre infractions, essai d'une théorie générale*, thèse Paris II, 2006.
- **DASKALASKIS E.**, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès*, thèse Paris, 1969.
- **DECIMA O.**, *L'identité des faits en matière pénale*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2008.
- **DELAHAUT J.**, *Le problème des délinquants anormaux mentaux*, thèse Paris, 1964.
- **DESCAMPS O.**, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, LGDJ, 2005.
- **DORVAUX G.**, *La réforme de l'article 64 du Code pénal*, thèse Aix Marseille, 1992

- **DUPUY J.**, *La provocation en droit pénal*, thèse Limoges, 1978.

F

- **FAHMY ABDOU A.**, *Le consentement de la victime*, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, t. 11, 1971.
- **FAUCONNET P.**, *La responsabilité, étude sociologique*, Paris, Alcan, 1920.
- **FLEURY R.**, *Du consentement de la victime dans les infractions*, thèse Lille, 1911.
- **FORIERS P.**, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruylant-Sirey, 1951.
- **FREIJ M.**, *L'infraction formelle*, thèse Paris II, 1975.

G

- **GACHI K.**, *Le respect de la dignité dans le procès pénal*, LGDJ, 2012.
- **GALAND-CARVAL S.**, *De la fonction de peine privée de la responsabilité civile*, LGDJ, 1995.
- **GHICA-LEMARCHAND C.**, *Le compte bancaire en droit pénal*, thèse Paris II, 2000.
- **GILARDEAU E.**, *L'ordre public dans la jurisprudence civile d'après les arrêtistes (Bas Moyen Âge - XVIII^e siècle)*, thèse Paris XII, 2000.
- **GIROT L.**, *L'histoire des hospitalisations psychiatriques*, thèse Médecine, Nancy I, 1991.
- **GIVANOVITCH T.**, *Du principe de la causalité efficiente et de son application en droit pénal*, éd. Rousseau, 1908.
- **G'SELL MACREZ F.**, *Recherches sur la notion de causalité*, thèse Paris II, 2005.

H

- **HARDOUIN-LE GOFF C.**, *L'oubli de l'infraction*, LGDJ, 2008.

J

- **de JACOBET de NOMBEL C.**, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2006.
- **JACOPIN S.**, *Contribution à l'évolution de la responsabilité pénale du mineur*, thèse Paris I, 1999.
- **JACQUEMIN A.**, *Histoire de la psychiatrie hospitalière à Toulon*, thèse Médecine, Strasbourg, 1998.
- **JANICOT R.**, *Etude, d'après la jurisprudence, de l'effet, sur la pénalité du complice, des circonstances aggravantes et des excuses légales*, thèse Lyon, 1935.
- **JORDA M.**, *Les délinquants aliénés et anormaux mentaux*, éd. Montchrétien, 1966.
- **JOURDAIN P.**, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, thèse Paris II, 1982.

K

- **KABBAJ N.**, *Le consentement de la victime*, thèse Montpellier I, 1981.
- **KASTELANIEC de LAFORCADE A.**, *Les condamnations à de courtes peines d'emprisonnement*, thèse Paris II, 2010.

L

- **LAINGUI A.**, *La responsabilité pénale dans l'Ancien droit (du XVI^e siècle au Code pénal de 1810)*, thèse Rennes, 1967.
- **LALLEMENT L.**, *De la condition des aliénés en droit romain et en droit français*, Versailles, E. Aubert, 1872.
- **LAZLOT-FENOUILLET D.**, *La conscience*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 235, 1993.
- **LEGROS R.**, *L'élément moral dans les infractions*, Sirey, 1952.

M

- **MABILLE G.**, *De la question de discernement relative aux mineurs de seize ans*, éd. Rousseau, 1898.

- **MARECHAL J.-Y.**, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, 2003.
- **MARGAINE C.**, *La capacité pénale*, thèse Bordeaux IV, 2011.
- **MARTEAU P.**, *La notion de causalité dans la responsabilité civile*, thèse Marseille, 1913.
- **MAURO C.**, *La responsabilité pénale des groupements dans l'espace international*, thèse Paris II, 1999.
- **MAYAUD Y.**, *Le mensonge en droit pénal*, éd. L'Hermès, 1979.
- **MEKKI M.**, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 1, 2004.
- **MERLE P.**, *Les présomptions légales en droit pénal*, LGDJ, 1970.
- **MICHELON M.**, *Les demifous et la responsabilité atténuée*, thèse Lyon, 1906.
- **MORVAN P.**, *Le principe de droit privé*, Publication de l'Université Panthéon-Assas, LGDJ, 1999.

N

- **NASR S.-M.**, *L'influence du consentement de la victime sur la responsabilité pénale*, thèse Grenoble, 1933.
- **NASRI A.**, *Contribution à l'étude de la notion de causalité en droit pénal*, thèse Paris I, 2006.

O

- **OLLARD R.**, *La protection pénale du patrimoine*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, vol. 98, 2010.
- **ON M.**, *Essai sur la notion de discernement en droit pénal. Contribution à l'étude de l'élément moral de la responsabilité pénale*, thèse Montpellier I, 2009.
- **OPPETIT B.**, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris, 1963.

P

- **PAILLARD B.**, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, LGDJ, 2007.
- **PENY C.**, *Histoire d'une « publicisation » : le droit et les institutions de l'insanité d'esprit dans l'Ancien régime*, thèse Aix-Marseille III, 2007.
- **PETEREAU-MAHRACH V.**, *Le discernement du mineur. Etude de droit civil et de droit pénal*, thèse Poitiers, 2004.
- **PIN X.**, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, t. 36, 2002.
- **PLANQUE J.-C.**, *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, L'Harmattan, 2003.
- **POTASZKIN T.**, *L'éclatement de la procédure pénale. Vers un nouvel ordre procédural pénal ?*, thèse Toulouse 1, 2009 ; LGDJ, 2014.
- **POUYANNE J.**, *L'auteur moral de l'infraction*, thèse Bordeaux IV, PUAM, 2003.

R

- **RACHET-DARFEUILLE V.**, *L'état mental de la personne : étude juridique*, thèse Paris I, 2001.
- **RAYMOND A.**, *Les infractions de résultat*, thèse Bordeaux IV, 2010.
- **REBUT D.**, *L'omission en droit pénal, pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, thèse Bordeaux, 1994.
- **RIPERT G.**, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, thèse Aix-Marseille, 1902.
- **RISER H.**, *L'expertise neuro-psychiatrique devant les juridictions criminelles*, thèse Toulouse, 1955, LGDJ, 1956.
- **ROUSSEAU F.**, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, thèse Bordeaux IV, 2007, Dalloz, 2009.
- **ROUSVOAL, L.**, *L'infraction composite (essai sur la complexité en droit pénal)*, thèse Rennes 1, 2011.

S

- SAAS C., *L'ajournement du prononcé de la peine. Césure et recomposition du procès pénal*, Nouvelle bibliothèque des thèses, éd. Dalloz, 2004.
- SABET M. A., *Essai sur la notion de lien de causalité en droit pénal français*, thèse Paris II, 1987.
- SAENKO L., *Le temps en droit pénal des affaires*, thèse Paris I, 2008.
- SAFI F., *Le prosélytisme en droit pénal*, thèse Paris II, 2012, LGDJ, 2014 (à paraître).
- SAINT-PAU J.-C., *L'anonymat et le droit*, thèse Bordeaux IV, 1998.
- SALOMON ROLLIN M.-C., *Le malade mental à Besançon au siècle des Lumières*, Thèse Médecine, Besançon, 1992.
- SAMI-ALI M., *De la projection, une étude psychanalytique*, éd. Payot, Paris, 1970.
- SECRETO N., *La responsabilité pénale du mineur*, thèse Paris, 1970.
- SIBEN L., *De l'homicide et du parricide en droit romain*, thèse Paris, Typographie Charles Unsinger, 1885.
- SOULIGNAC J.-C., *L'élément moral des infractions en droit pénal français*, thèse Nancy, 1974.
- STARCK C., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947.
- STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, thèse Bordeaux, 2006.
- SUBRA P., *De l'influence du consentement de la victime sur l'existence du délit et la responsabilité de l'auteur*, thèse Toulouse, 1906.

T

- TEILLOT L., *Religion et droit pénal*, thèse Paris II, 2002.
- THELLIER de PONCHEVILLE B., *La condition préalable de l'infraction*, thèse Lyon, 2006, PUAM 2010.
- THEVENON J.-M., *L'élément objectif et l'élément subjectif. Contributions à l'étude de leurs définitions et de leurs rapports*, thèse Lyon, éd. Paquet, 1942.
- THIZON E., *L'abus en droit pénal*, thèse Bordeaux IV, 2009.
- TRIMAILLE G., *Position sociale et statut juridique des aliénés du XV^e au XIX^e siècle*, thèse Dijon, 1992.

V

- VINEY G., *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2008.

W

- WAGNER M., *Les effets de l'infraction, essai d'une théorie générale*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, t. 50, 2009.

III - COLLOQUES ET OUVRAGES COLLECTIFS (HORS MELANGES)

- *Droit et morale*, dir. D. BUREAU, F. DRUMMOND et D. FENOUILLET, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011.
- *La responsabilité pénale. Travaux du colloque de philosophie pénale*, dir. J. LEAUTE, éd. Dalloz, coll. Annale de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg, 1959.
- *Les bonnes mœurs*, dir. J. CHEVALLIER, PUF, 1994.
- *Les délinquants anormaux mentaux* (colloque de Bellagio), dir. G. LEVASSEUR et M. ANCEL, Paris, éd. Cujas, 1959.
- *Le traitement des délinquants jeunes et adultes*, Travaux du VI^e congrès français de criminologie, Toulouse, éd. Dalloz, tome IV, 1966.
- « La mise en état des affaires pénales », Rapport de la Commission, La Documentation française, 1991, p. 204.
- *Faut-il juger et punir les malades mentaux criminels*, Journal de psychiatrie n° 13, dir. C. MELMAN et M. CZERMAK, éd. Erès, 2001.

- Rapport d'information du Sénat n° 338, dir. MM. J.-J. HYEST, H. PORTELLI et R. YUNG, « Pour un droit de la prescription moderne et cohérent », en date du 20 juillet 2007.

IV - JURIS-CLASSEUR ET REPERTOIRE PENAL DALLOZ

A - JURISCLASSEUR

A

- **ARNOUD M.**, « Expertise », *J.-Cl. procédure pénale*.
- **AUVRET P.**, « Eléments constitutifs des infractions à la loi de 1881 », *J.-Cl.. Communication*.

B

- **BRABIER G.**, « Erreur sur le droit », *J.-Cl. pén.*

C

- **CARON D.**, « Autorité de la chose jugée, Autorité de la chose jugée au pénal sur le civil », *J.-Cl. civ.*, actualisé par M. DOUCHY-LOUDOT.
- **CONTE P.**, « Sociétés », *J.-Cl. pén. aff.*
- **CULIOLI M.**, « Recel et infractions assimilées », *J.-Cl. pén.*

J

- **JEANDIDIER W.**, « Abus de confiance », *J.-Cl. pén.*

K

- **KOERING-JOULIN R.**, « Droit à la sûreté », *J.-Cl. Libertés*

L

- **LE GUNEHEC J.-F.**, « Erreur de droit », *J.-Cl. pén.*

M

- **MARECHAL J.-Y.**
 - « Responsabilité pénale des personnes morales », *J.-Cl. pén.*
 - « Élément moral de l'infraction », *J.-Cl. pén.*

R

- **RASSAT M.-L.**
 - « Enlèvement, arrestation, détention et séquestration arbitraires », *J.-Cl. pén.*
 - « Troubles psychiques ou neuropsychiques et contrainte », *J.-Cl. pén.*
- **ROBERT J.-H.**, « Fraudes », *J.-Cl. pén. Affaires*.

S

- **SALVAGE P.**
 - « Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », *J.-Cl. pén.*
 - « Complicité », *J.-Cl. pén.*
 - « Principe de responsabilité personnelle » *J.-Cl. pén.*

B - REPERTOIRE PENAL DALLOZ

A

- **AMBROISE-CASTEROT C.**, « Action civile », *Rép. pén.*

B

- **BONIS-GARCON E.**, « Troubles psychiques – malades mentaux », *Rép. pén.*
- **BUISSON J.**, « Force publique », *Rép. pén.*

C

- **CERE J.-P.**, « Conduite sous influence », *Rép. pén.*
- **COURTIN C.**, « Contraventions », *Rép. pén.*

D

- **DANTI-JUAN M.**, « Force majeure », *Rép. pén.*

H

- **HERZOG-EVANS M.**, « Peine (exécution) », *Rép. pén.*

L

- **LAGARDE M.**, « Forêt », *Rép. pén.*
- **LUCAS de LEYSSAC M.-P.**, « Vol », *Rép. pén.*

M

- **MALABAT V.**, « Infractions sexuelles », *Rép. pén.*

P

- **PORTERON C.**, « Infraction », *Rép. pén.*, Dalloz, 2002.

V - ARTICLES DE DOCTRINES, CHRONIQUES ET NOTES DE JURISPRUDENCES

A

- **ADDAD M. et BENEZECH M.**, « Les déficients intellectuels », *RDPC 1980*, p. 443 et s.
- **ALBERTARIO E.**, in *Le azioni penali*, Pavia, 1915, p. 6 et s.; *Riv. Dir. Comm.*, 1923, p. 506 et s.
- **ALIX J.**, « Une liaison dangereuse. Dangereusité et droit pénal en France », in *La dangereusité saisie par le droit pénal*, G. GIUDICELLI-DELAGÉ, Ch. LAZERGES, coéd. PUF et IRJS, 2012, p. 49 et s.
- **ALT-MAES F.**, « L'inefficacité du consentement de la victime dans les infractions contre les biens », *RSC 1984*, p. 1 et s.
- **AMBROISE-CASTEROT C.**
 - « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité », *AJ Pénal 2005*, p. 261 et s.
 - obs. sous Crim., 31 janvier 2007, *Rev. pénit.* 2007, p. 385 et s.
 - « Des contradictions dans le contradictoire en matière d'expertise pénale », *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 19 et s.
 - note sous Crim., 23 septembre 2010, *AJ Pénal 2011*, p. 27 et s.
- **ANCEL M.**
 - « Les mesures de sûreté en matière criminelle », *Commission internationale pénale et pénitentiaire (CIPP)*, rapport, Melun, 1950.
 - « Le statut légal et le traitement de jeunes adultes délinquants », in *Rapport de synthèse, Actes du VIème Congrès internationale de Défense Sociale*, Belgrade, 1962, p. 163 et s.
 - « La césure du procès pénal », *Mélanges L. Hugueney*, Sirey, 1964, p. 205 et s.
 - « De la vengeance expiatoire au traitement des délinquants », *Mélanges J. Lebreton*, PUF, 1968, p. 10 et s.
 - « Réflexions sur le rôle de l'expertise dans l'évolution de la procédure pénale moderne », *Rev. Pén. Suisse*, 1981, p. 133 et s.
- **APPLETON J.**
 - « Le fou et le prodigue en droit romain », *Rev. gén. dr.* 1893, t. 17, p. 136 et s.
 - « De la fixation d'un âge d'irresponsabilité pénale », *Rev. gén. dr.*, Mélanges, 1894.
- **ARBERSMAN R.**

- « Christ, The Medicus Humilis », in « *Augustinus Magister* » supplément à *L'Année sociologique augustinienne*, t. 2, 1954, p. 623 et s.
- « The concept of Christus Medicus in Saint Augustin », *Traditio*, 10, 1954, p. 1 et s.
- **ATTAL M.**, « Le droit français est-il devenu favorable aux dommages et intérêts punitifs ? », *Rev. Droit et Patrimoine* 2011, n° 205, p. 42 et s.
- **AUBY J.-M.**, « La loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux », *JCP* 1990, I, 3463.
- **AUSSEL J.-M.**
 - « La contrainte et la nécessité en droit pénal », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal : études de droit criminel*, dir. G. STEFANI, Dalloz, 1956, p. 256 et s.
 - « Le concept de responsabilité pénale », in *Confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie*, Travaux du colloque de science criminelle, Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, t. XVII, fasc. 1, 1969, p. 99 et s.
 - « La condition des délinquants présentant des troubles mentaux en droit français », *Mélanges A. Vitu*, éd. Cujas, 1987, p. 9 et s.
- **AYNES L.**, « L'obligation de loyauté », *APD*, t. 44, L'obligation, Dalloz, 2000, p. 196 et s.

B

- **B. M.**, *D.* 1970, somm. 68, *JCP* 1970, II, 16279.
- **BACH L.**, « Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français », *RTD civ.* 1977, p. 13 et s. et p. 221 et s.
- **BACHELET O.**
 - « Conditions de détention : nouvelle condamnation de la France (à propos de CEDH, 21 décembre 2010, *Raffray Taddei c/ France*) », *D.* 2011, actu.
 - « Schizophrénie et incarcération, condamnation de la France », *D.* 2012, p. 742 et s.
- **BAFFOS R. et HEUYER G.**, « Les délinquants anormaux mentaux », *RSC* 1939, p. 5 et s.
- **BARBIERI J.-F.**, « Absence d'intention délictueuse et omission de réunir l'Assemblée Générale Ordinaire (AGO) : y a-t-il un avenir pour les délits contraventionnels ? », *Bull. Joly*, n° 7, p. 677 et s., note sous Crim., 9 janvier 1995.
- **BARDY G.**, « Saint Augustin et les médecins », *L'année sociologique augustinienne*, fasc. 3 et 4, 1953, p. 327 et s.
- **BATESON D.**, « Le point de vue anglais » (à propos de la responsabilité pénale des personnes morales), Colloque de Sienna, *LPA*, 1996, n° 149, p. 5 et s.
- **BAUDRY F.**, v° Metus., in *Dictionnaire des Antiquités Grecques-Romaines*, dir. C. DAREMBERG et E. SAGLIO Paris, Hachette, vol. 7, 1889.
- **BEAUSSONNIE G.**
 - « La relativité du principe de loyauté de la preuve en procédure pénale », *LPA*, 28 août 2008, n° 173, p. 7 et s., note sous Crim., 4 juin 2008.
 - « Un pas de plus vers la dématérialisation de l'abus de confiance : la sanction d'un détournement de temps de travail », *D.* 2013, p. 1936 et s., note sous Crim., 19 juin 2013.
- **BENEZECH M.**
 - « Réflexions sur le passage à l'acte et la responsabilité pénale du criminel : perte d'objet, démence juridique », *Annales médico-psychologiques* 1978, n° 136, p. 1184 et s.
 - « Nous sommes responsables de la criminalisation abusive des passages à l'acte pathologiques. Le mieux est l'ennemi du bien », *Journal français de psychiatrie*, n° 13, Erès, 2001, p. 23 et s.
- **BENHAMOU Y.**, « Réflexions sur l'inflation législative », *D.* 2010, p. 2303 et s.
- **BENVENISTE E.**, « Don et échange dans le vocabulaire indo-européen », *L'année sociologique 1948-1949*, 3^e série, p. 15 et s.
- **BERISTAIN A.**, « Réflexions sur la peine rétributive chez les canonistes », *RSC* 1965, p. 559 et s.
- **BERMOND J.**, « La désignation d'un expert unique », *D.* 1967, chr., p. 231 et s.
- **BERREVILLE J.-C.**, « Quelques réflexions sur l'élément moral de l'infraction », *RSC* 1973, p. 865 et s.

- **BESSON A.**, « Des règles de l'expertise élaborées par le code de procédure pénale », *D.* 1960, chr., p. 1 et s.
- **BIGUENET J.**, « De la nécessité d'opérer une distinction entre complicité et instigation », *Dr. pén.* 2001, chr. 25, p. 4 et s.
- **BLANCHOT A.**, « De la responsabilité... à la culpabilité », *L'Honnête Homme et le droit, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Soyer*, LGDJ, 2000, p. 27 et s.
- **BLONDET M.**, « Les ruses et artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire », *JCP* 1958, I, 1419.
- **BOCCARA D.**, note sous Crim., 20 mars 1997, *D.* 1999, p. 28 et s.
- **BOCCON-GIBOT D.**, note sous Crim., 11 octobre 2011, n° 10-87.212, *JurisData* n° 2011-021620, *RJDA* 2012, n° 2.
- **BOMBLED M.**, obs. sous Crim., 11 octobre 2011, n° 10-87.212, *JurisData* n° 2011-021620, *Lettre Dalloz actu.*, 30 octobre 2011.
- **BON P.-A.**, « Quelques réflexions sur la causalité en droit pénal », *Rev. pénit.* 2006, p. 291 et s.
- **BONFILS P.**
 - obs. sous Crim., 19 juin 2007, *Rev. pénit.* 2007, p. 880 et .
 - « Le discernement en droit pénal », *Mélanges R. GASSIN*, PUAM, 2007, p. 97 et s.
 - « La loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental », *RSC* 2008, p. 392 et s.
 - « Pour un article préliminaire en droit pénal des mineurs », *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 469 et s.
- **BOUCHARD J.-P.**, « L'expertise psychiatrique et l'expertise psychologique, l'indispensable réforme », Colloque relatif à « la preuve pénale », Paris, Sorbonne, 2006, *Revue de la gendarmerie nationale* n° 221, décembre 2006, p. 117 et s.
- **BOULOC B.**
 - note sous Crim., 10 août 1981, *Rev. sociétés* 1983, p. 368 et s.
 - obs. sous Crim., 13 févr. 1989, *Rev. sociétés* 1989, p. 692 et s.
 - « Incidence sur le droit pénal de la réforme de l'internement des aliénés », *RSC* 1990, n° 4, p. 809 et s.
 - « Les abus en matière de procédure pénale », *RSC* 1991, p. 221 et s.
 - « La responsabilité pénale des entreprises en droit français », *RID pén.* 1994, p. 669 et s.
 - « Le dévoiement de l'abus de biens sociaux », *RJ com.* 1995, p. 301 et s.
 - note sous Crim., 6 févr. 1997 (arrêt Noir-Carignon), *Rev. sociétés* 1997, p. 146 et s.
 - note sous Crim., 2 décembre 1997, *RSC* 1998, p. 536 et s.
 - note sous Crim., 9 mars 1999, *Rev. sociétés* 1999, n° 3, p. 650 et s.
 - obs. sous Crim., 13 oct. 1999, *Rev. Sociétés* 2000, p. 360 et s.
 - obs. sous Crim., 14 déc. 1999, *RSC* 2000, p. 600 et s.
 - note sous Crim., 12 janv. 2000, *JurisData* n° 2000-000468, *RTD com.* 2000, p. 741 et s.
 - obs. sous Crim., 18 janv. 2000, *RSC* 2000, p. 816 et s.
 - obs. sous Crim., 24 mai 2000, *RSC* 2000, p. 816 et s.
 - « Existe-t-il une responsabilité pénale du fait d'autrui », *Resp. civ. assur.* 2000, n° spécial « La responsabilité du fait d'autrui. Actualité et évolutions », p. 36 et s.
 - obs. sous Crim., 11 juin 2002, *RSC* 2003, p. 93 et s.
 - note sous Crim., 5 mai 2004, *RTD com.* 2004, p. 827 et s.
 - note sous Crim., 19 mai 2004, *RTD com.* 2004, n° 4, p. 824 et s.
 - obs. sous Crim., 20 juin 2006, *Rev. sociétés* 2006, p. 895 et s.
 - obs. sous Crim., 11 oct. 2011, *AJ Pénal* 2012, p. 35 ; *RTD com.* 2012, p. 201 et s.
 - obs. sous Crim., 11 avr. 2012, *AJ Pénal* 2012, p. 415 ; *RTD com.* 2012, 627 et s.
- **BOULOGNE J.**, « L'apport de Galien à la méthode médicale », *Revue des Etudes Grecques*, 1997, t. 110, p. 138-140.
- **BOURGAULT-COUDEVYLLE**, note sous Crim., 4 févr. 1998, *D.* 1999, p. 445 et s.
- **BOUZAT P.**
 - note sous Crim., 25 oct. 1962, *D.* 1963, p. 221 et s.
 - « La loyauté dans la recherche des preuves en droit pénal », *Mélanges L. Huguency*, Sirey, 1964, p. 172 et .

- note sous *RSC* 1969, p. 410 et s.
- obs. sous Crim. 17 janv. 1978, *Gaz. Pal.* 1978, p. 19 et s. ; *RSC* 1978, p. 867 et s.
- obs. sous Crim. 22 nov. 1983, *RSC* 1985.
- **BREGEAULT J.**, « Procès contre les cadavres dans l'ancien droit », *RHD* 1879, p. 619 et s.
- **BROUCHOT J.**, note sous Crim., 12 juin 1952 (affaire Imbert), *JCP* 1952, II, 7241.
- **BRUNEAU C.**, note sous Crim., 9 févr. 1989, *D.* 1989, p. 614 et s.
- **BRUNET**, note sous CA Aix, 12 janv. 1954, *S.* 1956, p. 61 et s.
- **BRUNET A.**, « Infractions matérielles et responsabilité pénale de l'entreprise », *LPA*, 1996, n° 149, p. 27 et s.
- **BURST J.-J.**, « La réforme du droit des incapables majeurs et ses conséquences sur le droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », *JCP* 1970, I, 2307.
- **BUISSON J.**
 - obs. sous Crim., 30 avril 1996, *Procédures* 1997, comm. 68.
 - obs. sous Crim., 16 déc. 1997, *Procédures* 1998, comm. 98.
 - obs. sous Crim., 11 févr. 1998, *Procédures* 1998, comm. 206.
 - comm. sous Crim., 13 oct. 1999, *Dr. pén.* 1999, comm. 255.
 - note sous Crim., 23 nov. 1999, *Procédures* 2000, comm. 106.
 - note sous Crim., 6 mai 2003, *Procédures* 2003, comm. 178.
 - note sous Crim., 29 juin 2005, *Procédures* 2005, comm. 240.
- **BURDESE A.**, « Qui infanti proximi sunt », *Labeo*, 1955, p. 1 et s.
- **BUSSANI M.**, « La responsabilité des sujets atteints de troubles mentaux en Italie et en Common law », *Gaz. Pal.* 14-15 févr. 1997, doct., p. 11 et s.

C

- **C. A.**, note sous Crim., 7 juil. 2005, *Gaz. Pal.* 22 juil. 2005, n° 203, p. 2 et s.
- **CABANNES J.**, concl. sous Ass. pl., 9 mai 1984, *D.* 1984, p. 525 et s.
- **CANNAT P.**, « Le problème des anormaux mentaux dans les prisons », *RSC* 1954, p. 564 et s.
- **CARBONNIER J.**
 - « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du code pénal », *JCP* 1952, I, 1034.
 - « Scolie sur le non-sujet de droit (l'esclavage sous le régime du Code civil) », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, J. CARBONNIER, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 247 et s.
 - « Sur le caractère primitif de la règle de droit », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, J. CARBONNIER, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 107 et s.
 - « Théorie sociologique du droit subjectif », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, ibid.*, p. 193 et s.
 - « Morale et droit », *ibid.*, p. 94 et s.
- **CARCOPINO J.**, « Les prétendues lois royales », *Mélanges d'archéologie et d'histoire de l'Ecole française de Rome*, 1937, p. 344 et s.
- **CARDASCIA G.**, « Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain », in *La Responsabilité à travers les Ages*, M. BOULET-SAUTEL, Paris, éd. Economica, 1989, p. 1 et s.
- **CARTIER E.**, note sous Ass. Pl., 12 janv. 1979, *JCP* 1980, II, 19335.
- **CARTIER M.-E.**
 - « La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution ? », *Entretiens de Nanterre, JCP E* 1994, suppl. n° 5, p. 30 et s.
 - « Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau Code pénal français », *LPA* 1996, n° 149, p. 18 et s.
 - « Le secret religieux », *RSC* 2003, p. 485 et s.
- **CARTIER M.-E., CULIE P., HYEST J.-J., DARROIS J.-M., LAUTOUR J., LEAUTE J.**, « La responsabilité des personnes morales », in *Le nouveau Code pénal, enjeux et perspectives*, sous la présidence de P. MEHAIGNERIE, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1994, p. 35 et s.

- **CASSIERS W.**, « La responsabilité pénale des personnes morales : une solution trompe l'œil ? », *RDPC* juil.-août 1999, p. 823 et s.
- **CATOIRE V.**, « A propos de l'altération des facultés mentales », in *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, dir. Ch. LAZERGES, Pédone, 1995, p. 57 et s.
- **CERE J.-P.**
 - « Condamnation de la France pour l'absence de prise en charge médicale suffisante d'un détenu atteint de graves troubles mentaux », *AJ Pénal* 2012, p. 357, obs. sous CEDH, 21 décembre 2010, n° 36435/07, *Raffray Taddei c/ France*.
- **CERF-HOLLENDER A.**
 - Cons. Const., 4 août 2011, n° 2011635 DC, *LEFP* 15 novembre 2011, n° 10, p. 5 et s.
 - obs. sous Crim., 11 avril 2012, *RSC* 2012, p. 377 et s.
- **CESARO J.-F.**, obs. sous Crim., 11 oct. 2011, n° 10-87.212, JurisData n° 2011-021620, *JCP* 2012, 299.
- **CHABAS F.**
 - « La notion de contravention », *RSC* 1969, p. 1 et s., et p. 281 et s.
 - note sous Ass. pl., 9 mai 1984, *D.* 1984, p. 525.
 - obs. sous Civ. 2^e, 24 juin 1987, *Gaz. Pal.* 1988, 1, somm. p. 41.
- **CHACORNAC J.**, « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles », *RSC* 2008, p. 871.
- **CHAMBON P.**
 - note sous CA Paris, 19 mars 1958, *JCP* 1958, II, 10806.
 - note sous Crim., 17 mars 1960, *JCP* 1960, II, 11641.
 - note sous CA Paris, *JCP* 1968, II, 15337.
 - note sous Crim., 10 oct. 1968, *JCP* 1969, II, 15741.
- **CHAPLEAU B.**, « Entre politique criminelle victimaire et politique criminelle sécuritaire. Regards sur le malade mental criminel pénalement irresponsable », *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 531, spéc. p. 532.
- **CHAPLEAU-MUSSEAU B.**, « Questions sur l'erreur de droit », in *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, dir. Ch. LAZERGES, éd. Pédone, 1995, p. 7 et s.
- **CHAPOT V.**, v° Vis privata et publica, in *Dictionnaire des Antiquités Grecques-Romaines*, dir. C. Daremberg et E. Saglio, Paris, Hachette, 1873, p. 927-928.
- **CHAUMONT F.**, « Folie et responsabilité », in *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique*, dir. C. LOUZOUN et D. SALAS, éd. Erès, 1998, p. 131, spéc. p. 140 et s.
- **CHAVANNE A.**
 - « Diffamation », in *Traité du droit de la presse*, H. BLIN, A. CHAVANNE, R. DRAGO et J. BOINET, remis à jour sous la direction de J.-H. ROBERT et E. DERIEUX, n° 99.
 - note sous Crim., 4 nov. 1964, *JCP* 1965, II, 14066.
- **CHAVENT-LECLERE A.-S.**
 - obs. sous Crim., 23 septembre 2010, *Procédures* 2010, comm. 418.
 - Cons. const., 18 juin 2012, n° 2012-257 QPC : JurisData n° 2012-012963 ; *JO* 19 Juin 2012 ; *Procédures* 2012, comm. 256.
- **CHEVALLIER J.-Y.**
 - « Fallait-il consacrer la responsabilité pénale des personnes morales ? », *Aspects organisationnels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*, Dalloz, 2003, p. 109 et s.
 - note sous Crim., 11 oct. 2011, n° 10-87.212, JurisData n° 2011-021620, *Rev. pénit.* 2012, p. 147 et s.
- **CHILLSTEIN D.**, obs. sous Crim., 11 avril 2012, *Bull. Joly sociétés* 2012, § 346.
- **CLEMENTE M.**, « La loi du 27 juin 1990. Evaluation et propositions d'évolution », *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique*, dir. C. LOUZOUN et D. SALAS, Erès, 1998, p. 85 et s.
- **COHEN C.**, « La prescription en question », *Gaz. Pal.* 1995, 2, Doctr. p. 1059 et s.

- **COHEN-JONATHAN G.**, obs. sous CEDH, 28 nov. 1978, *Luedicke, Belkacem et Koç c/ Allemagne*, § 40 et s., *Cah. Dr. Eur.* 1979, p. 477 et s.
- **COLLET ASKRI L.**, « La Chambre criminelle valide le testing comme mode de preuve, serait-il déloyal », *D.* 2003, p. 1309, note sous Crim., 11 juin 2002.
- **COLLINET P.**, « Les vestiges de la solidarité familiale dans le droit romain », *Mélanges Gustave Glotz*, 1932, t. 1, p. 249 et s.
- **COMBALDIEU R.**, « Le problème de la tentative de complicité ou le hasard peut-il être arbitre de la répression ? », *RSC* 1959, p. 30 et s.
- **COMMAILLES J.**, in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et A. RIALS (dir.), PUF, 2003.
- **COMMARET D.-N.**
 - « Point de départ du délai de prescription de l'action publique : des palliatifs jurisprudentiels faute de réforme législative d'ensemble », *RSC* 2004, p. 897 et s., note sous Crim., 17 mars 2004.
 - obs. sous Crim., 25 mai 2005, *Juris-Data* n° 2005-028905, *RSC* 2005, p. 868.
- **CONTE J.**, « Les limites de la liberté d'expression face aux convictions religieuses dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. pénit.* 2012, p. 879 et s.
- **CONTE P.**
 - « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », *Droit pénal, propriété industrielle, Mélanges offerts à Albert CHAVANNE*, Litec, 1990, p. 49 et s.
 - « Une nouvelle fleur légistique : le crime en boutons. A propos de la nouvelle définition du harcèlement sexuel », *JCP* 2002, actu., p. 1381.
 - « La responsabilité des personnes morales face à la philosophie du droit pénal », in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, dir. S. TZITZIS et J.-H. ROBERT, Paris, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, coll. Droit privé, 2003, p. 109 et s.
 - « La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal », in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, éd. Panthéon-Assas, 2001 p. 109 et s.
 - « Aux fous ? », *Dr. pén.* 2008, Repère n° 4.
 - « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », *Dr. pén.* 2009, études 4, p. 13.
 - « La dépénalisation : réalité ou mirage ? », *Peine, dangerosité, quelles certitudes ?*, Dalloz, 2010, p. 27, n° 6.
 - note sous Crim., 19 juin 2013, *Rev. pénit.* 2013, p. 647.
- **CORDOBA RODA J.**, « L'imputabilité diminuée dans le droit pénal espagnol », *RIDP* 1967, p. 17 et s.
- **CORLAY P.**, note sous Crim. 8 janv. 1979, *D.* 1979, jur., p. 509.
- **CORNIL P.**
 - « Rapport présenté aux Nations Unies sur le traitement des délinquants anormaux », *Rev. int. de Politique crim.*, n° 11, janv. 1957, p. 2.
 - « L'impasse dans la responsabilité pénale », *RDPC* 1961/1962, p. 637.
- **COSSON J.**, note sous Crim., 10 août 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 2, p. 696.
- **COSTA J.-L.**, « Les infractions involontaires du point de vue de la responsabilité pénale en France », *RSC* 1963, p. 731.
- **COUTURIER G.**
 - « L'erreur de droit invincible en matière pénale », *RSC* 1968, p. 547.
 - « Répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques », *Rev. soc.* 1993, p. 307.
- **COUV RAT P.**, « La précocité face aux concepts d'imputabilité et de culpabilité », in *Délinquance et précocité*, XXIX^e Congrès de l'Association française de criminologie (Beauvais, 26-28 mai 1994), Actes, 1994, p. 67.
- **CRAFT M. et CRAFT A.**, « Les délinquants anormaux mentaux », *RSC* 1987, p. 542.
- **CREMIEUX M.**, « Réflexions sur la peine privée moderne », *Etudes offertes à Pierre KAYSER*, PUAM, 1979, p. 261 et s.
- **CROUY-CHANEL M. (de), NOEL E., SANNIER O.**
 - obs. sous Crim., 21 févr. 2007, *AJ Pénal* 2007, p. 192.

- « Les aménagements de peine pour raison médicale », *AJ Pénal* 2010, p. 318 et s.
- **CROZE H.**, obs. sous Crim., 24 nov. 1983, *JCP* 1985, II, 20450.
- **CUCHE P.**, « De la possibilité pour l'école classique d'organiser la répression en dehors du libre arbitre », *Annales de l'Université de Grenoble*, 1897, p. 509.

D

- **DANAN M.**, « Irresponsables ou impunissables ? Considérations à propos de 1600 expertises mentales. Vers un nouvel article 64 », *Rev. française des psychiatres d'exercice privé* 1986, tome 3, n° 72, p. 53.
- **DANET J.**
 - Prescription, amnistie et grâce en France, Université de Nantes (recherche subventionnée par le GIP « Mission Recherche Droit et Justice »), mars 2006, p. 125.
 - « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle », *RSC* 2010, p. 49, p. 55, spéc. note 20.
 - obs. sous Ass. plén., 20 mai 2011, *RSC* 2011, p. 656.
- **DANET J. et SAAS C.**, « Le fou et sa « dangerosité », un risque spécifique pour la justice pénale », *RSC* 2007, p. 779 et s.
- **DARSONVILLE A.**
 - « La réitération, ou la consécration légale d'une notion hybride », *D.* 2006, p. 2116 et s.
 - obs. sous Crim., 7 févr. 2007, *D.* 2007, p. 573.
 - obs. sous Crim., 21 mars 2007, *D.* 2007, p. 1271.
 - note sous Crim., 3 juin 2008, *D.* 2008, p. 2003.
- **DAUVERGNE B.**, rapp. sous Crim., 19 juin 1973, *D.* 1973, p. 713.
- **DAVIDOVITCH A., GERNET L., LEON J. P., STANCIU V. V.**, *Année sociologique* 1951, PUF, p. 368.
- **DEBOVE F.**
 - note sous Crim., 18 janv. 2000, *JCP* 2000, II, 10395.
 - « L'overdose législative », *Dr. pén.* 2004, chr. 12.
- **DECAUX E.**, obs. sous CEDH, 15 janvier 2004, n° 58749/00, *Matencio c/ France*, *JDI* 2005, p. 511.
- **DECOCQ A.**, « Inaction, abstention et complicité par aide ou assistance », *JCP* 1983, I, 3124.
- **DECOTTIGNIES R.**, « L'erreur de droit invincible en matière pénale », *RTD civ.* 1951, p. 309.
- **DEFFAINS N.**, « Le cadre constitutionnel de la justice pénale des mineurs », *Gaz. Pal.* 12 juil. 2012 n° 194, p. 13.
- **DEFFERRARD F.**, « La provocation », *RSC* 2002, chr., p. 233 et s.
- **DEJEAN de la BÂTIE N.**, note sous Ass. pl., 9 mai 1984, *JCP* 1984, II, 20255.
- **DEKEUWER A.**, « La classification des concours de qualifications », *RSC* 1974, p. 522.
- **DELAGE P.-J.**, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *RSC* 2007, p. 797.
- **DELMAS-MARTY M.**
 - note sous Crim., 28 avril 1977, *JCP* 1978, II, 18931.
 - « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle », *RSC* 2010, p. 5 et s.
- **DELMAS-SAINT-HILAIRE P.**
 - « La définition juridique de la complicité de crime contre l'humanité au lendemain de l'arrêt de la Chambre criminelle du 23 janv. 1997 », *D.* 1997, p. 249.
 - obs. sous Crim., 16 déc. 1997, *RSC* 1999, p. 588.
 - note *D.* 1999, p. 589.
 - obs. sous Crim., 16 févr. 1999, *RSC* 2000, p. 206.
 - obs. Crim., 27 oct. 1999, *RSC* 2000, p. 618.
 - obs. sous Crim., 17 déc. 2002, *RSC* 2004, p. 94.
- **DEMARCHI J.-R.**, « La loyauté de la preuve en procédure pénale, outil transnational de protection du justiciable », *D.* 2007, p. 2012 et s.
- **DEMOGUE R.**, note sous Crim., 8 déc. 1906, *S.* 1907, 1, p. 377.

- **DEPREZ J.**, « Faute pénale et faute civile », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal : études de droit criminel*, dir. G. STEFANI, Dalloz, 1956, p. 157 et s., spéc. n° 18 et s.
- **DEREUX G.**, « Etude critique de l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » », *RTD civ.* 1907, p. 513.
- **DERUPPE J.**, « La notion particulière de décision définitive en procédure pénale », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal : études de droit criminel*, dir. G. STEFANI, Paris, Dalloz, 1956, p. 153.
- **DESCAMPS O.**, « Ancrages historiques », in *Droit et morale*, Dalloz, 2011, p. 125-126.
- **DESORTES F.**
 - « Le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales », *JCP E* 1993, I, p. 219 et s., spéc. n° 18.
 - rapp. sous Crim., 2 déc. 1997, *JCP* 1998, II, 10023.
 - « Les conditions d'imputation d'une infraction à une personne morale », *CJEG* 2000, p. 426.
- **DETRAZ S.**
 - « La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle », *RSC* 2008, p. 41, spéc. n° 19 et s.
 - « La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *RSC* 2008, p. 873.
 - note sous Crim., 19 juin 2013, *Gaz. Pal.* 2013, p. 36.
 - note sous Crim., 16 oct. 2013, non publié, n° 11-89002 et 13-85232, *JCP* 2013, 1309.
- **DEUMIER P.**, « Rapport sur la lutte contre l'inflation législative : enjeux et portée ? », *D.* 2013, p. 1264.
- **DEVEZE J.**, obs. sous Crim. 9 mars 1987, *JCP* 1988, II, 20913.
- **DIAZ BIALET A.**, « La imputabilidad penal en el Derecho Romano », *RSADR* 1954, p. 13 et s.
- **DINTILHAC J.-P.**
 - obs. sous Crim. 3 avril 1995, *RSC* 1995, p. 609.
 - obs. sous Crim., 4 janv. 1996, *RSC* 1996, p. 399.
 - obs. sous Crim., 30 avril 1996, *RSC* 1996, p. 879.
 - obs. sous Crim., 4 mars 1997, *RSC* 1997, p. 669.
 - obs. sous Crim., 4 févr. 1998, *RSC* 1998, p. 579.
 - obs. sous Crim., 11 févr. 1998, *RSC* 1998, p. 583.
 - obs. sous Crim., 29 avril 1998, *RSC* 1998, p. 785.
- **DINTILHAC J.-P. et CORBI F.**, « Des peines et de leur exécution », *LPA* 1996, n° 149, p. 46 et s.
- **DONNEDIEU DE VABRES H.**
 - note sous Crim., 13 avril 1922, *D.P.* 1925, 1, p. 225.
 - note sous Crim. 8 févr. 1916, *D.P.* 1936, 1, p. 44.
 - note sous CA Toulouse, 13 mars 1942, *D.C.* 1943, p. 94 et s., spéc. p. 96.
 - « Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales », *R.I.D.P.* 1950, p. 342.
- **DONNIER A.**, « Prescription et clandestinité : la troublante constance de la Cour de cassation », *D.* 2005, p. 2998.
- **DOUBLIER R.**, « Le consentement de la victime », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal : études de droit criminel*, dir. G. STEFANI, Dalloz, 1956, p. 187.
- **DOUCET J.-P.**
 - « Une discussion sur l'erreur de droit », *RSC* 1962, p. 497, spéc. p. 498.
 - note sous Ch. mixte, 26 févr. 1971, *Gaz. Pal.* 1971, 2, p. 552.
 - note sous Crim. 16 juin 1971, *Gaz. Pal.* 1971, 2, p. 559.
 - « La condition préalable à l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972, p. 726 et s.
 - note sous Crim., 4 janv. 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 1, p. 343.
 - note sous Crim., 9 févr. 1989, *Gaz. Pal.* 1989, 1, p. 392.
 - obs. sous Crim., 10 mai 1990, *Gaz. Pal.* 1990, Som. 634.
 - note sous Crim., 6 avril 1994, *Gaz. Pal.* 1994, 2, p. 489.
- **DRAGO G.**, note sous Ass. plén., 20 mai 2011, *Gaz. Pal.* 7 juin 2011, p. 11.
- **DRAI P., ROUJOU DE BOUBEE G., ZAMBEAUX C., LEBORGNE J.-Y. et ROUMAJON Y.**, « L'évolution de la responsabilité pénale », in *Le nouveau Code pénal, enjeux et perspectives*,

sous la présidence de P. MEHAIGNERIE, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1994, p. 17 et s.

- **DREW HARRINGTON J.**, « Res or persona : Roman civil law's influence on southern Slave law », *Labeo*, 40, 1994, vol. 2, p. 237-245.
- **DREYER E.**
 - note sous Crim., 11 juin 2002, *JCP* 2003, II, 10061.
 - « L'imputation des infractions en droit pénal du travail », *RSC* 2004, p. 813, spéc. p. 817.
 - note sous Crim., 15 nov. 2005, *D.* 2006, p. 1582.
 - note sous Crim., 20 juin 2006, *JCP* 2006, II, 10199.
 - note sous Crim., 6 févr. 2007, *JCP* 2007, II, 10091.
 - « Permis de tuer pour immobiliser un véhicule », *Gaz. Pal.* 2013, n° 131, p. 27, note sous Crim., 12 mars 2013.
- **DUCOULOUX-FAVARD C.**
 - « La responsabilité pénale des personnes morales », *LPA*, 1996, n° 149, p. 36.
 - note sous Crim., 6 févr. 1997 (arrêt Noir-Carignon), *LPA* 14 févr. 1997, p. 12.
- **DUPARC C.**, obs. sous Crim., 27 mai 2009, *AJ Pénal* 2009, p. 363.
- **DUPIN Proc. gén.**, concl. sous Crim., 23 juin 1838, *S.* 1838, p. 626.
- **DURRY G.**, obs. sous Civ. 2^e, 4 mai 1977, *RTD civ.* 1977, p. 772.
- **DUQUESNE F.**, obs. sous Crim., 11 oct. 2011, *Dr. soc.* 2012, p. 93.

E

- **ECHAPPE O.**, « Le secret professionnel de l'ecclésiastique », *D.* 2001, p. 2606.
- **ERESO N. et LASSERRE-CAPDEVILLE J.**, note sous Crim., 15 déc. 2009 : JurisData n° 2009-050976, *AJ Pénal* 2010, p. 73.
- **ERLICH M.**, « Notions de mutilation sexuelle », *Droit et cultures*, 1990, n° 20, p. 151.
- **ESCHYLLE J.-F.**
 - « L'interprète en matière pénale », *RSC* 1992, p. 259 et s.
 - « Les conditions de fond de la responsabilité pénale des personnes morales en droit du travail », *Droit Social* 1994, p. 638.
- **ESMEIN A.**, note sous *S.* 1899, I, p. 497.
- **ESMEIN P.**, « La faute et sa place dans la responsabilité civile », *RTD civ.* 1949, p. 481.

F

- **FAIVRE P.**, « La responsabilité pénale des personnes morales », *RSC* 1958, p. 551.
- **FARDOUX O.**
 - note sous Crim., 19 mars 1997, *Dr. pén.* 1997, comm. 107 ; *JCP* 1998, II, 10095.
 - « Erreur de droit et intention délictueuse », note sous Crim., 28 juin 2005, *RSC* 2006, p. 561.
 - note sous Crim., 11 mai 2006, *JCP* 2006, II, 10207.
- **FAVERO M.**, « Responsabilité pénale des personnes morales et responsabilité des dirigeants : responsabilités alternatives ou cumulatives ? », *LPA* 8 déc. 1995, n° 147, p. 15 et s.
- **FELDMAN J.-P.**, note sous Crim., 7 févr. 2007, *D.* 2007, p. 1310.
- **LAZLO-FENOUILLET D.**, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », *Mélanges P. CATALA*, Litec, 2001, p. 487 et s.
- **de FERRIERE C.-J.**, v° Démence, in *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutume et de pratique*, Paris, chez Joseph Saugrain, 4^e éd., 1758, p. 452 et s.
- **FERRIES S.**, note sous Crim., 30 mai 2000, *JCP E* 2001, p. 950 et s.
- **FINIELZ R.**, note sous Crim., 11 mai 2006, *RSC* 2006, p. 848 et s.
- **FORTIER V.**, « L'excision : quelle réponse pénale ? », *Archives de politique criminelle*, 1999, n° 21, p. 42 et s.
- **FORTIS E.**
 - obs. sous Crim., 11 mai 2004, *RSC* 2004, p. 635 et s.
 - Conditions de la récidive, *RSC* 2010, p. 125 et s., note sous Cass. 26 janv. 2009.
- **FOURNIER S.**, « Le nouveau code pénal et le droit de la complicité », *RSC* 1995, p. 475, spéc. n° 4 et 5.

- **FRANCHI F.**, « A quoi peut bien servir la responsabilité pénale des personnes morales ? », *RSC* 1996, p. 277 et s.
- **FRANCHIMONT M.**, « Notules sur l'imputabilité. Les données du problème en droit pénal, en criminologie, en psychologie judiciaire et en politique criminelle », *RDPC* 1961/1962, n° 1, p. 342 et 344
- **FRANCON A.**, « L'erreur de droit en droit pénal », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal. Etudes de droit criminel*, dir. G. STEFANI, Dalloz, 1956, p. 227.
- **FRESNEL F.**, « Eloge de la folie par le droit, ou comment le droit apprécie-t-il l'altération des facultés mentales », *Gaz. Pal.* 2000, 2, doct. 1348.
- **FREYRIA C.**, « Imprescriptibilité du délit en droit des affaires », *JCP E* 1996, I, p. 563.
- **P. FRYDMAN.**, « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale », note sous CE, *Commune de Morsang sur Orge*, RFDA 1995, p. 1204-1217.

G

- **GABA H. K.**, note sous Crim., 11 mai 2004, *D.* 2004, p. 2326.
- **GALLOIS J.**, Crim., 16 juin 2011, *Revue de droit du travail* 2011, p. 507.
- **GAMET L.**, « Le principe de personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés », *JCP* 2001, I, 345.
- **GARÇON E.**
 - Crim., 1^{er} avril 1808 (cité), *Code pénal annoté*, t. 1, Sirey, 1901-1906, art. 64, n° 96.
 - « De la soustraction dans le vol et du détournement dans l'abus de confiance », *Journal des Parquets* 1909, 1, p. 4 et s.
- **GARÇON E.**, « Le droit à l'assistance d'un interprète impartial au cours de la garde à vue », *AJ Pénal* 2004, p. 152, sous CA Agen, 10 nov. 2003.
- **GARE T.**
 - obs. sous Crim., 4 mars 2008, *D.* 2008, p. 991, et *D.* 2009, p. 123.
 - obs. sous Crim. 3 nov. 2010, *D.* 2011, p. 2830.
- **GARRAUD R.**, note sous Crim., 9 nov. 1928, *JCP* 1929, p. 239.
- **GAUDEMET J.**, « Le problème de la responsabilité pénale dans l'Antiquité », *La responsabilité pénale, Travaux du colloque de philosophie pénale* (12 au 21 janv. 1959), Paris, Dalloz, 1961, p. 54 et 67.
- **GAUTIER P.-Y.**, « De la prescription des infractions commises sur l'internet... et dans le monde physique », *D.* 2002, p. 1852, spéc. n° 6.
- **GAUVIN**, note sous Crim., 18 juin 2002, *D.* 2003, p. 240.
- **GAVALDA C.**, « La théorie de la prescription des actions en procédure pénale », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, dir. G. STEFANI, Dalloz, 1956, p. 77 et s., spéc. p. 85, n° 8.
- **GERNET L.**, « Droit et prédroit en Grèce ancienne », *L'année sociologique*, 3^e série, 1948-1949, p. 21 et s.
- **GERTHOFFER C.**, « La tentative et la complicité », *La chambre criminelle et sa jurisprudence, Mélanges Patin*, Cujas, 1998, p. 153 et s.
- **GHICA-LEMARCHAND C.**, « La rétention de sûreté (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2008) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger* 2008, n° 5, p. 1381 et s.
- **GIRAULT C.**
 - obs. sous Crim., 5 mai 2004, *AJ Pénal* 2004, p. 285.
 - note sous Crim., 11 mai 2004, *JCP* 2004, II, 10124.
 - « Les nullités de la garde à vue », *AJ Pénal* 2005, p. 140.
 - obs. sous Crim., 23 juin 2004, *AJ Pénal* 2006, p. 312.
- **GIUDICELLI-DELAGÉ G.**
 - obs. sous Crim., 14 déc. 1999, *RSC* 2000, p. 851.
 - « Droit pénal de la dangerosité-droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2010, p. 69 et s.
- **GLEZER D.** (docteur en psychiatrie), « Coupable ou non coupable ? Responsable ou irresponsable ? Ou l'inconfortable évaluation de la responsabilité pénale lorsque le malade psychotique se défend des accusations portées contre lui », *Mélanges offerts à Raymond GASSIN, Sciences pénales et sciences criminologiques*, PUAM, 2007, p. 415.

- **GOLLETY F.**, note sous Crim., 30 mars 1954, *D.* 1954, p. 455, p. 457.
- **GOULESQUE J. et MICHAUD J.**, « Le juge d’instruction et l’expert », *RSC* 1975, p. 791.
- **GOUREVITCH D.**, « Les mots pour dire la folie en latin », *Revue Evolution psychiatrique*, Colloque l’Antique, vol. 56, n° 3, Paris, Dunod, 1991, p. 561-568.
- **GRANIER J.**
 - « Réflexions sur l’action civile », *JCP* 1957, I, 1386.
 - « La partie civile au procès pénal », *RSC* 1968, p. 1 et 19.
- **GRASSET J.**
 - « Demifous et demiresponsables », *Revue des Deux Mondes*, 15 févr. 1906, p. 887.
 - « Les criminels à responsabilité atténuée », *Rev. cath. Des Instit. et du Dr.* 1910, tome II, p. 497.
- **GRAVIER B.**, « Responsabilité pénale : tendances actuelles », in *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique*, dir. C. LOUZOUN et D. SALAS, éd. Erès, 1998, p. 170.
- **GREGOIRE L. et BOULAN F.**, « La détention de sûreté est une peine ! Qualification et conséquences », à propos de CEDH, 17 décembre 2009, *M. c/ Allemagne, Dr. pén.* 2010, Etude 9, p. 12.
- **GREGORY T.**, « La nouvelle idée de nature et de savoir scientifique au XII^e siècle », in *The Cultural Concept of Medieval learning*, éd. par J. E. MURDOCH et E. D. SYLLA, Dordrecht-Boston, 1975, p. 193-212, spéc. p. 199 et s.
- **GUERIN D.**, « L’introduction en droit français de la responsabilité pénale des personnes morales », *LPA* 1996, n° 149, p. 4 et s.
- **GUERY C.**, note sous Crim., 27 févr. 1996, *D.* 1996, p. 346, 350 et p. 351.
- **GUIGNARD**, « L’irresponsabilité pénale dans la première moitié du XIX^e siècle, entre classicisme et défense sociale », XXXIV Congrès français de criminologie, 2008, <http://champpenal.revues.org/368>, p. 2.
- **GUILLIEN R.**, « Nul n’est censé ignorer la loi », *Mélanges en l’honneur de Paul Roubier*, Dalloz-Sirey, 1961, I, p. 253.
- **GUIRIMAND D.**, « La responsabilité pénale des personnes morales (la mise en œuvre du nouveau dispositif) », *Droit social* 1994, p. 647 et s.
- **GUTMANN J.**, « L’obligation déontologique entre l’obligation morale et l’obligation juridique », *APD*, tome 44 (L’obligation), Dalloz, 2000, p. 115 et s.

H

- **HALPERIN L.**, « Ambivalences des doctrines pénales modernes », *RSC* 2010, p. 9 et s., spéc. p. 13.
- **HAURIOU M.**
 - note sous CE, 8 mai 1896, *Gilotte, S.* 1897, 3, p. 113.
 - note *D.* 1900, III, p. 1.
 - note *S.* 1905, III, p. 113 et *S.* 1918-1919, III, p. 25.
- **HAUSER J.**, obs. sous CEDH, 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni, RTD civ.* 2002, p. 482.
- **HELIE F.**, rapport sous Crim., 7 janv. 1864, *S.* 1864, 1, p. 242.
- **HEMARD J.**, « Le consentement de la victime dans le délit de coups et blessures », *Rev. Cr. Leg. Jur.* 1939, p. 293.
- **HENNEBELLE D.**, « La place de l’infraction formelle en droit pénal du travail : regard d’un travailliste », *Droit social* 2001, p. 935, spéc. n° 3.
- **HENRIOT J.**, « Note sur la date et le sens du mot "responsabilité" », *APD*, t. 22, La responsabilité, Sirey, 1977, p. 59.
- **HERVET R. et BELLINOUCHE F.**, note sous Crim., 11 avr. 2012, *Gaz. Pal.* 20-21 juin 2012, jur. p. 5.
- **HERZOG J.-B.**, « Le procès pénal et l’examen scientifique des délinquants », *RIDC* 1953, vol. 5, n° 2, p. 425 et s.
- **HERZOG-EVANS M.**
 - « La suspension de peine médicale de Maurice Papon », *D.* 2002, p. 2893.

- « Refus d'une suspension médicale de peine : deux expertises ne sont pas nécessaires », *AJ Pénal* 2004, p. 373, note sous Crim., 23 juin 2004.
- obs. sous CEDH, 14 déc. 2004, req. n° 25875/03, *Gelfmann c/ France*, *AJ Pénal* 2005, p. 33.
- « Suspension médicale de peine : la mort doit survenir à court terme », *AJ Pénal* 2005, p. 461, note sous Crim., 28 septembre 2005.
- « La loi n'oblige pas à rechercher si la suspension médicale présente un risque pour l'ordre public », *AJ Pénal* 2006, p. 273, note sous Crim., 15 mars 2006, non publié.
- « La suspension médicale de peine est accessible au condamné libre », *AJ Pénal* 2007, p. 192, note sous Crim., 21 févr. 2007.
- « Suspension médicale de peine : prise en compte obligatoire de la contre-expertise », *AJ Pénal* 2010, p. 42, sous Crim., 14 oct. 2009.
- **HOCQUET-BERG S.**, obs. sous Crim., 23 septembre 2010, *RCA* 2010. comm. 313.
- **HOSNI N.**, « L'erreur de droit et son influence sur la responsabilité pénale », *RSC* 1999, p. 711.
- **HOUTMANN M.-A.**, note sous Crim., 24 nov. 1998, n° 97-85.378, *JCP* 1999, II, 10208.
- **HUET J.**, obs. sous Rapport FEDOU, *RTD civ.* 1984, p. 508.
- **HUGUENEY L.**
 - obs. sous Crim., 17 nov. 1944, *RSC* 1946, p. 67.
 - obs. sous Crim., 29 nov. 1946, *Gaz. Pal.* 1947, 1, p. 25 ; *RSC* 1947, p. 87.
 - « L'erreur de droit », *RIDP* 1955, p. 343.
- **HUSSON L.**, « Les apories de la logique juridique », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, Tome XV, 1967, p. 30.

J

- **JEANDIDIER W.**, note sous Cass. révision, 16 nov. 1998, *JCP* 1999, II, 10118.
- **JIMENEZ de ASUA L.**, « L'antijuridicité », *RIDP* 1951, p. 273 et s.
- **JOELLE S.**, « La loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels: un premier pas vers une dépenalisation du droit ? », *LPA* 2001, p. 4-9.
- **JOSSERAND L.**, « De la responsabilité du fait des choses inanimées » ; *D.* 1909, 2, p. 245 ; *D.* 1909, 1, p. 73.
- **JOURDAIN P.**
 - « Retour sur l'imputabilité », *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 520.
 - note sous Ass. pl., 9 mai 1984, *D.* 1984, p. 525, *JCP* 1984, II, 20256.
 - obs. sous 2^e Civ., 14 déc. 1999, *RTD civ.* 2000, p. 342.
- **JULIEN-LEFERRIERE F.**, note sous Crim., 22 déc. 1987, *D.* 1989, p. 323.

K

- **KALINOWSKI G.**, « Le fondement objectif du Droit d'après la "Somme théologique" de saint Thomas d'Aquin », *APD*, t. XVIII, Dimensions religieuses du droit, Sirey, 1973, p. 59.
- **KEYMAN S.**, « Le résultat pénal », *RSC* 1968, p. 781.
- **KOERING-JOULIN R.**, note sous CA. Colmar, 8 déc. 1987, *D.* 1988, p. 131.
- **KRIES J.**, « Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselgen », in *Vierteljahrschrift für wissenschaftliche Philosophie*, 1888, Vol. 12, pp. 179 et 228 et s.

L

- **LABBE J.-E.**, note *S.* 1890, 4, p. 18.
- **LAINGUI A.**
 - « La théorie de la complicité dans l'ancien droit pénal », *T.V.R.*, 1977, t. XLV, p. 27.
 - « L'Homme criminel dans l'Ancien Droit », *RSC* 1983, p. 15 et s.
- **de LAMY B.**
 - note sous Crim., 1^{er} oct. 1996, *D.* 1998, p. 499.
 - « Principe d'individualisation des peines : la personnalité du condamné n'est qu'un critère parmi d'autres », *RSC* 2008, p. 136.
 - obs. sous Ass. plén., 20 mai 2011, *RSC* 2012, p. 221.

- **LANTERI-LAURA G.**, « Pathologie mentale et droit pénal : un regard rétrospectif », *Journal français de psychiatrie*, n° 13, Erès, 2001, p. 29.
- **LAPOYADE-DESCHAMPS C.**, « Les petits responsables, responsabilité civile et responsabilité pénale de l'enfant », *D.* 1988, chr. p. 299.
- **LARGUIER A.-M.**, « Immunités et impunités découlant pour l'auteur d'une infraction d'une autre infraction antérieurement commise par celui-ci », *JCP* 1961, I, 1601 bis.
- **LARGUIER A.**, « La notion d'auteur moral », *RSC* 1976, p. 409.

- **LARGUIER J.**
 - « Le point de départ du délai de la prescription en matière d'abus de biens sociaux », *Mélanges R. Secrétan, Recueil de travaux publiés par la Faculté de droit*, 1964, p. 159 et s.
 - obs. sous Crim., 4 janv. 1975, *RSC* 1976, p. 707 et s.
 - obs. sous Crim., 10 mars 1977, *RSC* 1979, p. 75 et s.
 - « L'abus de distributeur de billets par le titulaire d'un compte insuffisamment approvisionné ne peut-il être pénalement incriminé ? », *JCP* 1982, I, 3061.
- **LARGUIER A.-M.**, « La notion de contrainte », *RSC* 1975, p. 125 et s.
- **LAROSIERE de CHAMPFEU M.**, rapp. sous Crim., 5 juin 1997, *JCP* 1997, II, 22908.
- **LASSALLE J.-Y.**, « Réflexions à propos de l'article 121-1 du futur Code pénal consacrant le principe de la personnalité de la responsabilité pénale », *JCP* 1993, I, 3695.
- **LASSERRE-CAPDEVILLE J.**
 - obs. sous Crim., 11 avril 2012, *LPA*, 13 juin 1996, n° 118, p. 15 et s.
 - « Vers la reconnaissance légale de l'utilisation par l'administration fiscale de fichiers volés », *Gaz. Pal.* 2013 n° 157, p. 4 et s.
 - *Rev. Lamy aff.* 2014, chr., p. 77 et s., note sous Crim., 19 juin 2013.
- **LA TOURNERIE M.-A.**, « La codification, condition de pérennité et d'intelligibilité de la loi », *in Le Temps, la Justice et le Droit*, Presses Universitaires de Limoges, 2004, p. 87 et s.
- **LAURENT D.**, « De la manière de gouverner les insensés », *Vie sociale et traitements*, 1989, cahier n° 2, p. 54 et s.
- **LAURENT-ATTHALIN**, concl. sous Crim., 8 déc. 1906, *D.* 1907, 1, p. 207 et s.
- **LAVIE M.**, CE, 8 septembre 2010, n° 323694.
- **LAVIELLE B.**, « Une peine infinie (libres propos sur la rétention de sûreté) », *LPA* 2008, n° 64, p. 2.
- **LAZERGES Ch.**
 - « Le concept de « d'imputabilité » dans les doctrines de défense sociale », *RSC* 1983, vol. 1-2, p. 315.
 - « De l'irresponsabilité à la responsabilité pénale des mineurs délinquants », *RSC* 1995, p. 149 et s.
 - « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *RSC* 2008, p. 731 et s.
 - « L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel », *in La dangerosité saisie par le droit pénal*, G. GIUDICELLI-DELAGE, Ch. LAZERGES, coéd. PUF et IRJS, 2012, p. 79 et s.
- **LAZERGES-COUSQUER L.**, obs. sous Crim., 23 septembre 2010, *D.* 2011, p. 126.
- **LEAUTE J.**
 - « Coactivité, complicité et provocation en droit français », *Revue Pénale Suisse*, 1957, p. 17.
 - « Le rôle de la théorie civiliste de la possession dans la jurisprudence relative au vol, à l'escroquerie et à l'abus de confiance », *La chambre criminelle et sa jurisprudence Mélanges Maurice Patin*, Cujas, 1966, p. 225 et s., p. 233.
 - « Le rôle de la faute antérieure dans le fondement de la responsabilité pénale », *D.* 1981, chr. p. 295 et s.
- **LE BAUT-FERRARESE B.**, note sous CEDH, 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*, *AJDA* 2003, p. 1383.
- **LEBLOIS-HAPPE J.**, obs. sous Crim. 11 mai 2004, *AJ Pénal* 2004, p. 285.
- **LEBRET J.**, « Essai sur l'intention criminelle », *RSC* 1939, p. 441 et s.
- **LECLERC H.**, « Les limites de la liberté de la preuve (aspects actuels en France) », *RSC* 1992, p. 15 et s.

- **LECRIVAIN C.**, v° Vis major, in *Dictionnaire des Antiquités Grecques-Romaines*, dir. C. DAREMBERG et E. SAGLIO, Paris, Hachette, 1873.
- **LEGAL A.**
 - note sous Crim., 30 janv. 1937, *S.* 1939, 1, p. 193 et s.
 - note sous Crim., 12 juin 1952 (affaire Imbert), *S.* 1954, 1, p. 69 et s.
 - obs. sous Crim. 5 janv. 1957, *RSC* 1958, p. 96 et s.
 - obs. sous Crim., 15 janv. 1958, *RSC* 1959, p. 367 et s.
 - obs. sous Crim., 3 janv. 1960, *RSC* 1961, p. 107 et s.
 - « L'évolution de la jurisprudence française en matière d'erreur de droit », *Revue Pénale Suisse* 1961, p. 310 et s.
 - obs. sous Crim., 25 oct. 1962, *RSC* 1963, p. 533 et s.
 - « La responsabilité sans faute », *La chambre criminelle et sa jurisprudence Mélanges Patin*, Cujas, 1965, p. 131 et s.
 - obs. sous *RSC* 1965, p. 872.
 - obs. sous Crim. 11 avril 1970, *RSC* 1971, p. 927.
- **LEGEAIS R.**
 - note sous Civ. 2^e, 4 mai 1977, *D.* 1978, p. 393.
 - « Le mineur et la responsabilité civile », *Mélanges G. CORNU*, 1994, p. 253 et s.
- **LE GUNEHÉC F., CARTIER M.-E. et MERLE R.**, « La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution ? » *Entretiens de Nanterre, JCP E* 1994, suppl. n°5, p. 30 et s.
- **LEMOINE P.**, « La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle) », *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2004, 2^e partie, études diverses.
- **LEMONDE M.**, « L'article 64 est-il incurable ? », *RSC* 1992, p. 521.
- **LENA M.**, obs. sous Cass., 26 janv. 2009, *Avis, Bull. crim. n° 1* ; *D.* 2009, p. 501.
- **LEPOINTE E.**, « De l'impunité à la non-punissabilité : A propos d'une tentative de destruction de la théorie des faits justificatifs », *D.* 1978, chr., p. 225.
- **LE POITEVIN**, note sous Crim. 28 déc. 1900, *D.P.* 1901, 1, p. 81.
- **LE SEYLLIER M.**, « De l'intention en matière pénale », in *La France judiciaire*, tome 1, 1876, p. 111.
- **LESTANG R. (de)**, note sous Crim. 21 févr. 1968, *JCP* 1969, II, 15703.
- **le TOURNEAU P.**
 - « La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental », *JCP* 1971, I, 2401.
 - « La verueur de la faute dans la responsabilité civile, ou de la relativité de son déclin », *RTD civ.* 1989, p. 505.
- **LEVASSEUR G.**
 - « L'imputabilité des infractions en droit français », *RDPC* 1968-1969, p. 387 et s.
 - « Etude de l'élément moral de l'infraction », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, tome XVII, 1969, p. 81, 88 et 89.
 - obs. sous Ch. mixte, 26 févr. 1971, *RSC* 1971, p. 683.
 - obs. sous CA Besançon, 16 déc. 1975, *RSC* 1976, p. 972.
 - obs. sous Crim. 18 déc. 1978, *RSC* 1979, p. 558.
 - obs. sous Crim., 24 juin 1980, *RSC* 1981, p. 618.
 - « L'imputabilité en droit pénal », *RSC* 1983, p. 1 et s.
 - obs. sous Crim., 18 nov. 1985, *RSC* 1987, p. 427.
 - obs. sous Crim., 16 janv. 1986, *RSC* 1986, p. 849.
 - obs. sous CA Bordeaux, 28 avril 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 2, p. 507 ; *RSC* 1987, p. 878, n° 3-1.
 - obs. sous CA Pau, 21 nov. 1989, *RSC* 1992, p. 81.
 - obs. sous Crim., 17 juin 1992, *RSC* 1994, p. 536.
- **LEVY-BRUHL M.**, « Le point de vue de l'historien du droit », *La responsabilité pénale*, Travaux du colloque de philosophie pénale (12 au 21 janvier 1959), Paris, Dalloz, 1961, p. 39.
- **LEY A.**, « L'homme normal en justice », *Revue de droit pénal et de criminologie de Bruxelles*, 1951-1952, p. 190.
- **LINDON**, concl. sous Ch. mixte, 26 févr. 1971, *D.* 1971, p. 240.
- **LITTMANN M.-J.**, note sous Crim., 23 juil. 1969, *JCP* 1970, II, 16507 bis.

- **LUCAS de LEYSSAC C.**, note sous Crim. 24 nov. 1983, *D.* 1984, p. 465.
- **LUCAS de LEYSSAC M.-P.**, « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », *D.* 1985, chr., p. 43, notamment n° 22 et s.

M

- **MACCORMACK G.**
 - « A note on a recent interpretation of « parricidias esto » », *Labeo*, XXVIII, 1982, p. 43-50.
 - « Dolus in the law of the early classical period (Labeo-Celsus) », *SDHI* 52, 1986, p. 236 et s.
 - « Fault and causation in early Roman law : an anthropological perspective », *RIDA* 1981, 3^e série, t. XXVIII, p. 97 et s.
- **MAGDELAIN A.**, « Remarques sur la société romaine archaïque », *REL*, 49, 1971, p. 103 et s.
- **MAISTRE du CHAMBON P.**
 - note sous Crim., 17 mars 1960, *JCP* 1960, II, 11641.
 - note sous Crim., 10 oct. 1968, *JCP* 1969, II, 15741.
 - « La régularité des provocations policières : l'évolution de la jurisprudence », *JCP* 1989, I, 3422.
 - obs. sous Crim., 11 mai 2006, *Rev. pénit.* 2006, p. 859.
- **MALABAT V.**, « La sanction pénale du détournement de son temps de travail par un salarié : détournement de l'abus de confiance ? », *Rev. tr.* 2013, p. 767, note sous Crim., 19 juin 2013.
- **MANOUVRIER L.**, « Questions préalables dans l'étude comparative des criminels et des honnêtes gens (1892) », *Déviante et Société* 1986, p. 209-222.
- **MARECHAL J.-Y.**
 - note sous Crim., 12 janv. 2000, JurisData n° 2000-000468, *D.* 2001, jur. p. 813.
 - note sous Crim., 15 nov. 2005, non publié, JurisData n° 2005-031532, n° de pourvoi 04-86051, *JCP* 2006, II, 10057.
 - note sous Crim. 15 nov. 2006, pourvoi n° 06-80-087, *JCP* 2007, II, 10062.
 - note sous Crim., 15 janv. 2008, *JCP* 2008, II, 10082.
 - « Plaidoyer pour une responsabilité directe des personnes morales », *JCP* 2009, n° 38.
- **MARGUENAUD J.-P.**
 - « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, chr. n° 205.
 - obs. sous CEDH, 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*, *RTD civ.* 2002, p. 858.
- **MARMOZ F.**, Crim., 18 janv. 2000, *JCP E* 2001, p. 278.
- **MARON A.**
 - obs. sous Crim., 22 avril 1992, *Dr. pén.* 1992, comm. 215.
 - note sous CA Dijon, 2 juin 1993, Juris-Data n°1993-049571, *Dr. pén.* 1993, comm. 205.
 - note sous Crim., 4 févr. 1998, *Dr. pén.* 1998, comm. 104.
 - obs. sous Crim., 30 avril 1998, *Dr. pén.* 1998, comm. 124.
 - note sous Crim., 18 juin 1998, *Dr. pén.* 1999, comm. 28 et 30.
 - note sous Crim., 8 sept. 1998, Juris-Data n° 004138, *Dr. pén.* 1998, comm. 17.
 - note sous Crim., 24 nov. 1998, *Dr. pén.* 1999, comm. 30.
 - « La garde à vue fait une poussée de bourbouille », *Dr. pén.* 1999, chr. n° 5, p. 4.
 - note sous Crim., 14 déc. 1999, *Dr. pén.* 2000, comm. 39.
 - note sous Crim., 3 juin 2004, n° 03-80.989, Juris-Data n° 2004-023323, *Dr. pén.* 2004, comm. 150.
 - « Un expert suffit à dire non là où seuls deux experts peuvent dire oui », *Dr. pén.* 2004, comm. 153.
 - note sous Crim., 25 mai 2005, Juris-Data n° 2005-028905, *Dr. pén.* 2005, comm. 136.
 - note sous Crim., 29 juin 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 155.
 - « A mourir pour mourir... », *Dr. pén.* 2005, comm. 183, note sous Crim., 28 septembre 2005, n° 05-81.010.
 - note sous Crim., 3 mai 2007, *Dr. pén.* 2007, comm. 147.
 - note sous Civ. 1^{ère}, 19 juin 2007, Juris-Data n° 2007-039676, *Dr. pén.* 2007, comm. 122.

- note sous Crim., 12 mars 2013, *Dr. pén.* 2013, comm. 6, p. 32.
- **MARON A., ROBERT J.-H., VERON M.**, note sous Crim., 19 juin 2013, *JCP* 2014, chr., p. 633.
- **MARSAT C.**, obs. sous Crim., 18 oct. 2000, *Dr. pén.* 2001, chr. 23.
- **MARTINEAU C.**, « Autour de la folie au Moyen Age », *Razo*, n° 4, C. E. M., Nice, 1984, p. 59.
- **MARTY J.-P.**, « Les délits matériels », *RSC* 1982, p. 41, 42 et 43.
- **MASCALA C.**
 - « Le juge répressif doit apprécier la valeur probante des moyens de preuve produits par les parties même obtenus de manière illicite ou déloyale », *D.* 1994 p. 613, note sous Crim., 15 juin 1993.
 - obs. sous Crim., 20 juin 2006, *D.* 2007, p. 1624.
 - obs. sous Crim., 28 oct. 2009, inédit, n° de pourvoi : 09-84484, *RSC* 2010, chr., p. 143.
 - obs. sous Crim., 11 avril 2012, *D.* 2012, Pan. 1698.
- **MASSIAS F.**
 - « Légalité dangerosité perpétuité. Le contrôle de la Cour européenne sur les peines perpétuelles obligatoires et indéterminées », *La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, PUF, 2001, p. 279.
 - obs. sous CEDH, 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*, *RSC* 2002, p. 645.
 - obs. sous CEDH, 15 janv. 2004, n° 58749/00, *Matencio c/ France*, *RSC* 2005, p. 630.
- **MATHIEU M.**, « Le privilège du for en matière criminelle en France à la fin du Moyen-Âge (XIV^e-XV^e siècles), in *Justice pénale et droit des clercs en Europe XVI^e-XVIII^e siècles*, dir. B. DURAND, Histoire de la justice, 2005, p. 27 et s.
- **MATSOPOULOU H.**
 - note sous Crim., 22 avril 1992, *D.* 1995, p. 59.
 - note sous Crim., 6 févr. 1997 (arrêt Noir-Carignon), *Dalloz Affaires* 1997, p. 780.
 - « La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. sociétés* 2004, p. 283, n° 7 et 23.
 - « Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, présentation de la circulaire Crim-06-3/E8 du 13 févr. 2006 », *Rev. soc.* 2006, p. 48.
 - « Le renouveau des mesures de sûreté », *D.* 2007, p. 1607 et s.
 - note sous Crim., 16 déc. 2009, *D.* 2009, p. 1111.
 - « L'application des "peines", puis des "mesures de sûretés", aux personnes atteintes de troubles mentaux : l'incohérence jurisprudentielle et ses conséquences », note sous Crim., 16 déc. 2009, *D.* 2009, p. 1111 ; *Dr. pén.* 2010, Etude 4, p. 11.
 - note sous Cass., QPC du 11 juin 2010, n° 09-87.884, *JCP* 2010, p. 1031.
 - obs. sous Ass. plén., 20 mai 2011, *RSC* 2011, p. 611.
 - obs. sous Crim., 16 juin 2011, *RSC* 2012, p. 836.
 - note sous Crim., 11 oct. 2011, n° 10-87.212, *JurisData* n° 2011-021620, *Rev. sociétés* 2012, p. 52.
 - note sous Crim., 19 juin 2013, *RSC* 2013, p. 813.
- **MAYALI L.**
 - « La folie et la norme dans la science juridique au Moyen-Age, Madness and Norm in the Juridical Science in the Middle Ages », *Journal for History of Law*, juin 1987, p. 211.
 - « La juridiction ecclésiastique et la justice en droit canonique médiéval », in *Justice pénale et droit des clercs en Europe XVI^e-XVIII^e siècles*, dir. B. DURAND, Histoire de la justice, 2005, p. 15 et s., spéc. p. 20
 - « Madness and Norm in the Juridical Science in the Middle Ages, La folie et la norme dans la science juridique au Moyen Age », *Journal for History of Law*, 06, p. 212.
- **MAYAUD Y.**
 - « La volonté à la lumière du Nouveau Code pénal », *Droit pénal, procédure pénale, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean LARGUIER*, éd. PU Grenoble, 1993, p. 203.
 - « De l'article 121-3 du Code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle », *D.* 1997, chr., p. 37 et s.
 - obs. sous CA Limoges, 7 mai 1997, *RSC* 1997, p. 838.

- « Un enjeu structurel : la prescription du délit d'homicide involontaire », *RSC* 2000, p. 395, obs. sous Crim. 4 nov. 1999.
- « La condamnation de l'évêque de Bayeux pour non-dénonciation, ou le tribut payé à César... », *D.* 2001, p. 3454, note sous Tribunal de Caen, 4 septembre 2001.
- « La loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnel », *Gaz. Pal.* 2001, p. 6-11.
- « La faute caractérisée, relève, et non doublon, de la faute délibérée », *RSC* 2002, p. 585, note sous Crim., 5 févr. 2002.
- note sous Crim., 8 janv. 2003, *RSC* 2003, p. 781.
- obs. sous Crim., 11 mai 2004, *RSC* 2004, p. 878.
- obs. sous Crim., 4 oct. 2005, *RSC* 2005, n° 3, p. 64 et s.
- obs. sous Crim., 20 juin 2006, *RSC* 2006, p. 825.
- obs. sous Crim., 4 mars 2008, *RSC* 2008, p. 901.
- obs. sous Crim., 3 juin 2008, *RSC* 2008, p. 903.
- obs. sous Crim., 11 oct. 2011, n° 10-87.212, *JurisData* n° 2011-021620, *RSC* 2011, p. 825.
- obs. sous Crim., 11 avril 2012, *RSC* 2012, p. 375.
- note sous Crim., 16 oct. 2013, non publié, n° 11-89002 et 13-85232, *D.* 2013, p. 2673.
- **MAYER D.**
 - note sous Crim., 21 oct. 1980, *D.* 1981, p. 104.
 - note sous Crim., 19 déc. 1989, *D.* 1990, p. 198.
 - « Essai d'analyse de la responsabilité pénale des personnes morales à partir de la conception fonctionnelle des sociétés commerciales », *Dialogues avec Michel Jeantin, Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 295.
 - note sous Crim., 19 nov. 2002, *D.* 2003, p. 1315.
- **MAYER D., GAZOUNAUD C. et PRADEL J.**, note sous Crim., 16 janv. 1986, jur., p. 265.
- **MBONGO P.**, « De "l'inflation législative" comme discours doctrinal », *D.* 2005, p. 1300-1301.
- **MEKKI M.**, « Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale : la fusion des corps et la confusion des esprits », in *Droit et morale*, D. BUREAU, F. DRUMMOND et D. FENOUILLET (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2011, p. 27 et s.
- **MENARD P.**, « Les fous dans la société médiévale ; le témoignage de la littérature aux XII^e et XIII^e siècles », *Romania*, 1977, t. 98, 4, p. 434, note 2.
- **MERCADAL B.**, « Recherches sur l'intention en droit pénal », *RSC* 1967, p. 3 et s., 5.
- **MERLIN P.-A.**, v° Démence, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome 3, 5^e éd., 1826, p. 511.
- **MESA R.**
 - note sous Crim., 19 juin 2013, *Gaz. Pal.* 2013, p. 9.
 - obs. sous Crim., 16 oct. 2013, non publié, n° 11-89002 et 13-85232 ; *Gaz. Pal.* 23 nov. 2013, p. 20.
- **du MESNIL du BUISSON G.**, « Le condamné en détention : liberté, incitation, obligation de soins ? », *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique*, dir. C. LOUZOUN et D. SALAS, éd. Erès, 1998, p. 283.
- **METZ R.**, « La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval », *La responsabilité pénale*, Travaux du colloque de philosophie pénale (Strasbourg, 12 au 21 janvier 1959), Paris, Dalloz, p. 83, 91 et 105.
- **MICHALSKI C.**, « La suspension médicale de peine avant mise sous écrou : le bon sens », *Dr. pén.* 2007, p. 23, obs. sous Crim., 21 févr. 2007.
- **MICHELET E.**, « Religion et droit pénal », *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 475 et s.
- **MIMIN P.**, note sous Crim., 27 oct. 1938, *D.* 1939, p. 77.
- **MISTRETTA P.**, « De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénal », *JCP* 2008, actu, p. 145.
- **MOINE-DUPUIS**, note sous Crim., 4 févr. 1998, *JCP* 1999, II, 10178.
- **MOLINA E.**, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *RSC* 2002, p. 263.

- **MONNET Y.**
 - note sous Crim., 12 févr. 2003, *Gaz. Pal.* 12 avril 2003, n° 102, p. 14.
 - note sous Crim., 3 mars 2003, *Gaz. Pal.* 2004, p. 2605.
 - note sous Crim., 23 juin 2004, *Gaz. Pal.* 2005, p. 19.
- **MOREAU M.**, « Sur un droit obèse », *RJC* 2006, p. 267.
- **MOREL R.-L.**, note sous Civ., 18 déc. 1912, *S.* 1914, I, p. 249.
- **MORVAN P.**, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée », *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Pradel*, Cujas, 2006, p. 458.
- MOULY J.**
 - « La classification tripartite des infractions dans la législation contemporaine », *RSC* 1982, p. 3.
 - « La responsabilité pénale des personnes morales et le droit du travail », Actes du Colloque de Limoges du 11 mai 1993, *LPA* 1993, n° 120, p. 33 et s.
- **MOUSSERON P.**, « Les immunités familiales », *RSC* 1998, p. 291.
- **MOUTOUH H.**, « La santé d'une personne privée de liberté est un facteur à prendre en compte dans les modalités de l'exécution de sa peine d'emprisonnement », *D.* 2003, p. 303, note sous CEDH, 14 novembre 2002, *M. c/ France*.
- **MULLER Y.**
 - « La protection pénale de la relation de confiance, observations sur le délit d'abus de confiance », *RSC* 2006, p. 809 et s.
 - « La dérive jurisprudentielle du délit d'abus de confiance : la sanction pénale au service de la faute civile », *D.* 2010, p. 809.
- **MURILLO C.**, « Le droit à la santé des détenus sous le regard de la CEDH », *Gaz. Pal.* 2011, p. 30 et s.

N

- **NERAC-CROISIER R.**
 - note sous CA Pau, 21 nov. 1989, *JCP* 1991, II, 21683.
 - « Irresponsabilité ou responsabilité des mineurs ? », in R. NERAC-CROISIER (dir.), *Le mineur et le droit pénal*, L'Harmattan, 1997, p. 133 et s.
- **NEWELS M.**, « Le fol dans les moralités du Moyen-Âge », *Cahiers de l'Association internationale des études françaises*, 1985, n° 37, p. 23.
- **NIVÔSE L.-M.**, « Des atteintes aux mœurs et à la pudeur aux agressions sexuelles », *Dr. pén.* 1995, chr. n° 27, p. 3.
- **NOYEN P.**, « Marc-Aurèle et le problème de l'irresponsabilité pénale », *Mélanges Roger GOOSSENS*, éd. de la Librairie encyclopédique, 1954, p. 278-282.

O

- **ORTMANN R.**, « Zur Lehre vom Kausalsammenhang », in *Archiv für Preussisches Strafrecht*, 1875, Vol. 23, p. 272.
- **ORTOLAN J.**, « De l'âge chez l'agent des délits quant à l'imputabilité pénale », *Revue de Législation et de Jurisprudence* 1843, t. 1, p. 453, et t. 2, p. 181.
- **OST F.**
 - « Codification et temporalité dans la pensée de Bentham », in *Actualité de la pensée juridique de Bentham*, dir. P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 163.
 - « L'instantané ou l'institué ? L'institué ou l'instituant ? Le droit a-t-il pour vocation de durer ? », in *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, dir. F. OST et M. VAN HOECKE, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 7.
- **OTTENHOF R.**
 - note sous Crim. 21 avril 1964 (1^e espèce, veuve Paradis et 2^e espèce, Laskar), *JCP* 1965, II, 13973.
 - « Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal », *Archive de Politique Criminelle* 2000, n° 22, Paris, éd. Pédone, Centre de Recherches de Politique Criminelle, p. 72 et 80.
 - note sous Crim., 12 janv. 2000, *JurisData* n° 2000-000468, *RSC* 2000, p. 614.
 - note sous Crim. 1^{er} mars 2000, *RSC* 2000, p. 831.

- note sous Crim. 6 septembre 2000, *Dr. pén.* 2001, comm. 14.
- obs. sous Crim., 18 oct. 2000, *RSC* 2001, p. 384.
- **OUTIN-ADAM A. et REITA-TRAN A.**, « Excès et dérives dans l’art de légiférer. Quelques réflexions axées sur le droit des affaires », *D.* 2006, p. 2919

P

- **PAGEAUD P. A.**
 - obs. sous Trib. correct. de Gap, 6 janv. 1954, *JCP* 1954, II, 8016.
 - obs. sous CA Grenoble, 9 avril 1954, *JCP* 1954, II, 8139.
 - note sous CA Douai, 30 septembre 1954, *D.* 1955, p. 55.
 - note sous Crim. 3 nov. 1954, *D.* 1955, jurisp., p. 64.
 - « L’intention de la victime comme critère de la notion de « soustraction » en matière de vol », *JCP* 1955, I, 1256, n° 6.
- **PATARIN J.**, « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », in *Quelques aspects de l’autonomie du droit pénal : études de droit criminel*, dir. G. STEFANI, Dalloz, 1956, p. 2 et s., spéc. p. 45.
- **PATIN M.**
 - rapp. sous Crim., 23 févr. 1954, *D.* 1955, p. 465.
 - note sous Crim., 13 déc. 1956, *Laboube*, *D.* 1957, jur. 349.
- **PATRIS M.**, « Psychiatrie et justice : quel avenir pour ce couple infernal ? », *Journal français de psychiatrie*, n° 13, Erès, 2001, p. 10 et spéc. p. 12.
- **PEANO M.-A.**, note sous Crim. 11 oct. 1990, *D.* 1991, jur., p. 234.
- **PEDROT P.**, note sous CEDH, 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*, *D.* 2002, p. 1596, *RDSS* 2002, p. 475.
- **PELIER M.**, note sous CA Besançon, 16 déc. 1975, *D.* 1976, p. 166.
- **PENAUD B.**
 - « De l’inflation législative à la surpopulation carcérale : pour une réforme des peines », *Gaz. Pal.* 2009, n° 265, p. 3-5.
 - « Le juge irresponsable ? Mythes et réalités judiciaires », *Gaz. Pal.* 2011, n° 74, p. 11-12.
- **PERRIN B.**
 - « Le caractère subjectif de la répression pénale dans les XII Tables », *RHD*, 1951, 3, p. 383, 390 et s.
 - « Le caractère subjectif de l’iniuria aquilienne », *Studi Francisci*, 4, 1956, spéc. p. 273-275.
- **PETIT F.**, concl. sous 2^e Civ., 14 déc. 1999, *JCP* 2000, II, 10241.
- **PETIT S.**, note sous Crim., 4 juin 2002, *D.* 2003, p. 95.
- **PEYROT M.**, « Les consternants procès de malades mentaux », *Journal français de psychiatrie*, n° 13, Erès, 2001, p. 18 et s., spéc. p. 20.
- **PEZARD A. et INSOLERA G.**, « Notions de responsabilité individuelle et de responsabilité collective », *LPA*, 1996, n° 149, p. 12.
- **PIERI G.**, « Remarques sur la peine dans la mythologie grecque », *APD*, t. 28, Philosophie pénale, Sirey, 1983, p. 67 et s., spéc. p. 72.
- **PINATEL J.**
 - « Faillite du système actuel de la responsabilité pénale », *RSC* 1968, p. 675.
 - « La théorie pénale de l’intention devant les sciences de l’homme », *Mélanges J. Lebreton*, PUF, 1968, p. 181 et s.
- **PIRE E.**, « Conduite automobile et usage de stupéfiants : à trop vouloir en faire... », *D.* 2003, chr., p. 771.
- **PLANIOL M.**
 - « Dol civil et dol criminel », *Rev. crit. législ. et jur.* 1893, p. 545 s., spéc. 661.
 - « Etudes sur la responsabilité civile », *Rev. crit. DIP* 1905, p. 277, et 1906, p. 80.
- **PLANQUE J.-C.**, « Faute de loi... se contentera-t-on de circulaire ? À propos de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », *D.* 2006, p. 1836.
- **PLAWSKI S.**, « L’erreur de droit », *RSC* 1962, p. 445.

- **POIRIER M.**, « Les caractères de la responsabilité archaïque », *La responsabilité pénale, Travaux du colloque de philosophie pénale (12 au 21 janvier 1959)*, Paris, Dalloz, 1961, p. 19 et s.
- **POLLAUD-DULIAN F.**, note sous Crim., 3 nov. 1994, *JCP* 1995, jur., 2245.
- **PONCELA P.**
 - « Le droit pénal : au nom de la loi ou malgré la loi », *APD*, tome 25, *La loi*, Sirey, 1980, p. 29.
 - « Le droit pénal en folie ou l'impossible vérité », *RSC* 1986, p. 61, spéc. p. 66.
 - obs. sous Crim., 28 septembre 2005, *RSC* 2006, p. 428.
- **PONSARD A.**, rapp. sous Ass. Pl., 12 janv. 1979, *JCP* 1980, II, 19335.
- **PORTEAU-BITKER A. et TALAZAC-LAURENT A.**
 - « La renommée dans le droit pénal laïque du XIII^e au XV^e siècle, *Médiévales* 24, 1993, p. 67.
 - « Une approche de la démence dans le droit pénal laïc des XIII^e et XIV^e siècles, *Instruction, éducation, administration, Mélanges J. Lelièvre*, PUF, 2000, p. 305.
- **PORTELLI S.**, « La pratique de l'article 122-1 du nouveau Code pénal », in *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique*, dir. C. LOUZOUN et D. SALAS, éd. Erès, 1998, p. 153 et s., spéc. p. 157, p. 159 et s.
- **PRADEL J.**
 - obs. sous Crim., 29 juin 1967, *JCP* 1968, II, 15377.
 - note sous Crim., 9 janv. 1975, *D.* 1975, p. 390 et s., spéc. p. 392.
 - note sous Crim., 16 janv. 1986, jur., p. 265.
 - obs. sous Crim., 9 févr. 1989, *D.* 1989, somm., p. 389.
 - obs. sous CA Caen, 28 févr. 1990, *D.* 1990, somm., p. 378.
 - « La religion face au droit criminel », *Droit pénal, propriété industrielle, Mélanges offerts à Albert CHAVANNE*, Litec, 1990, p. 149 et s., p. 156.
 - note sous Chambre d'accusation de Paris du 8 févr. 1995, *D.* 1995, jurispr., p. 221.
 - « La répression du complice suppose-t-elle l'existence d'un dol spécial en ce qui le concerne lorsque cet élément est exigé pour la répression de l'auteur ? », *D.* 1997, p. 147 ; note sous Crim., 23 janv. 1997.
 - note sous Crim., 16 décembre 1997, *D.* 1998, p. 354.
 - note sous Crim., 1^{er} avr. 1998, *D.* 1998, p. 430.
 - « La responsabilité pénale des personnes morales en droit français, quelques questions », *Rev. pénit.* 1998, spéc. p. 166.
 - note sous Crim., 17 décembre 2002, *D.* 2003, p. 1731.
 - obs. sous Cass. crim., 21 juin 2005, *D.* 2006, p. 623.
 - « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.* 2008, chr. p. 1000.
 - « Le malade mental devant le juge pénal : un droit qui se cherche », *L'irresponsabilité pénale, regards croisés droit-santé-culture*, Travaux de l'institut catholique d'études supérieures Paris, Cujas, 2008.
 - « L'appréhension du fait religieux par le juge pénal », *Rev. pénit.* 2009, p. 83 et s.
 - « Nature et application dans le temps des mesures de sûreté créées par la loi du 25 février 2008 à l'égard des criminels atteints d'un trouble mental », *D.* 2010, p. 471 et s., spéc. p. 475.
 - « Un législateur bien imprudent », *JCP* 2014, étude n° 952, p. 1642-1649.
 - « Notre Code pénal, vingt ans à peine et déjà des dérives qui n'ont pas attendu le nombre des années », *JCP* 2014, n° 9, p. 414-415.
- **PRALUS M.**
 - « Contribution au procès du délit d'abus de biens sociaux », *JCP* 1997, I, 4001.
 - note sous Crim., 6 févr. 1997 (arrêt Noir-Carignon), *JCP* 1997, II, 22823.
- **PROTHAIS A.**, « La loi du 30 juin 1838 à l'aune du droit pénal », *D.* 1990, chr., p. 51.
- **PUECH M.**
 - note sous Crim., 10 mars 1977, *D.* 1977, I.R., p. 237.
 - « De la mise en danger d'autrui », *D.* 1994, p. 153 et s.

R

- **R. J.-M.**, note sous Crim., 7 décembre 1967, *D.* 1968, p. 617.
- **R. M.- P. M.**, note sous Crim. 19 févr. 1959, *D.* 1959, jur., p. 161.
- **R. P.**, obs. sous Crim., 29 juin 2005, *AJ Pénal* 2005, p. 419.
- **RADE C.**, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile », *D.* 1999, p. 313 et s. et p. 324 et s.
- **RAPPARD P.**, « Le crime n'est plus annulé... », *Psychiatrie Française*, n° 1, mars 1994, p. 61.
- **RASCHEL E.**, note sous Crim., 18 décembre 2013, non publié, n° 13-81129, *Gaz. Pal.* 1^{er} févr. 2014, n° 32, p. 15.
- **RASSAT M.-L.**
 - note sous Crim., 28 avr. 1977, *D.* 1978, jur., p. 149.
 - note sous Crim., 27 févr. 1996, *JCP* 1996, II, 22629.
 - note sous Crim., 8 janv. 2003, *JCP* 2003, II, 10121.
- **RASSINIER J.-P.**, « L'hérésie comme maladie dans l'œuvre de Saint-Augustin », *Mots*, mars 1991, n° 26, p. 65 et s.
- **RAYMONDIS L.-M.**, « Quelques aperçus sur le problème de la subsistance de l'aptitude à la sanction chez le malade mental interné », *RSC* 1963, p. 330.
- **REBUT D.**
 - note sous Crim. 18 janv. 2000, *JCP* 2001, II, 10502, n° 5.
 - note sous Crim., 8 janv. 2003, *D.* 2004, jur. p. 1620.
- **RENUCCI J.-F.**
 - note sous Crim., 13 avr. 1988, *D.* 1989, p. 461.
 - « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *D.* 1997, chr. p. 23.
 - note sous Crim., 6 févr. 1997 (arrêt Noir-Carignon), *D.* 1997, p. 334.
 - obs. sous Crim., 13 oct. 1999, *RSC* 2000, p. 410.
 - obs. sous Crim., 11 juin 2002, *RSC* 2002, p. 881.
 - note sous CEDH, 21 décembre 2010, n° 36435/07, *Raffray Taddei c/ France*, *D.* 2011, p. 793.
- **RIAS N.**, note sous Crim., 11 oct. 2011, n° 10-87.212, *JurisData* n° 2011-021620, *D.* 2011, p. 2841.
- **RICOEUR P.**, « Le concept de responsabilité, essai d'analyse sémantique », in *Le juste*, P. RICOEUR, éd. Esprit, 1995, not. p. 68-69.
- **RIFFAULT-TRECA J. et al.**, « La mise en œuvre de la répression à l'encontre des personnes morales », *RSC* 1996, p. 262.
- **RIVERO J.**, « La notion juridique de laïcité », *D.* 1949, chr. p. 137.
- **ROBERT J.**, Crim. 7 mai 1968, *RSC* 1969, p. 161.
- **ROBERT J.-H.**
 - « Imputation et complicité », *JCP* 1975, I, 2720.
 - « L'histoire des éléments de l'infraction », *RSC* 1977, p. 269 et s.
 - obs. sous Crim., 25 janv. 1990, *JurisData* n° 1990-001530, *Dr. pén.* 1990, comm. 228.
 - obs. sous Crim., 27 juillet 1993, *Dr. pén.* 1994, comm. 89.
 - obs. sous Crim. 18 juillet 1995, *Dr. pén.* 1995, comm. 145.
 - « La classification tripartite des infractions dans la législation contemporaine », *Dr. pén.* 1995, chr., p. 1.
 - « La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais », *Dr. pén.* 1995, chr. 30.
 - obs. sous Crim. 23 janv. 1997, *Dr. pén.* 1997, comm. 38.
 - obs. sous Crim., 20 mars 1997, *Dr. pén.* 1997, comm. 131.
 - obs. sous Crim. 25 juin 1998, *Dr. pén.* 1998, comm. 145.
 - obs. sous Crim., 13 oct. 1999, *Dr. pén.* 2000, comm. 17.
 - « Du soupçon à la preuve », *Dr. pén.* 2000, comm. 35, note sous Crim., 19 oct. 1999.
 - note sous Crim., 21 mars 2000, *Dr. pén.* 2000, comm. 131.
 - « La responsabilité pénales des personnes morales », *Dr. pén.* 2000, hors-série, *Le risque pénal dans l'entreprise*, p. 20.
 - « Les préposés délégués sont-ils les représentants de la personne morale ? », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat, La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 383.
 - obs. sous Crim., 15 mai 2001, *Dr. pén.* 2001, comm. 117.
 - note sous Crim. 15 décembre 2004, *Dr. pén.* 2005, p. 21.

- obs. sous Crim., 28 juin 2005, JurisData n° 2005-029666, *Dr. pén.* 2005, comm. 126.
- note sous Crim., 17 juin 2008, *Dr. pén.* 2008, comm. 132.
- note sous Crim., 1^{er} oct. 2008, *Dr. pén.* 2008, comm. 154.
- note sous Crim., 15 décembre 2009 : JurisData n° 2009-050976, *Dr. pén.* 2010, comm. 41.
- note sous Cass., QPC du 11 juin 2010, n° 09-87.88, *JCP* 2010, p. 1030.
- note sous Crim., 9 nov. 2010, *Dr. pén.* 2011, comm. 39.
- « Le livre V du Code pénal : du désir au rejet », *Peines, dangerosité, quelles certitudes ?*, Dalloz, 2010, p. 15 et s., spéc. p. 17.
- Crim., 27 avr. 2011, non publié, n° de pourvoi : 11-90.013, *JCP* 2011, supplément au n° 41, p. 6.
- obs. sous Ass. plén., 20 mai 2011, *Dr. pén.* 2011, comm. 95.
- note sous Crim., 11 oct. 2011, n° 10-87.212, JurisData n° 2011-021620, *JCP* 2011, 1385.
- note sous Crim., 11 avr. 2012, *JCP* 2012, p. 740.
- « Réforme pénale. Punir dehors (commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014) », *Dr. pén.* 2014, Etude 16, spéc. n° 9.
- **ROLAND M. et LAROQUE M.**, « Les rapports du juge pénal et du médecin expert », Rapports présenté aux XVI^e journées de défense sociale des 14 et 15 juin 1963, Rennes, *RSC* 1963, p. 730.
- **ROLLAND** (rapporteur), note sous Crim., 11 décembre 1957, *JCP* 1958, 10423.
- **de ROMILLY J.**, « Religion et droit dans la Grèce ancienne », *APD*, t. XVIII, Dimensions religieuses du droit, Sirey, 1973, p. 5, spéc. p. 9.
- **ROTONDI G.**, in *Scritti giuridici*, I, p. 483.
- **ROUJOU DE BOUBEE G.**
 - note sous Crim., 23 juillet 1969, *D.* 1970, jur. 361.
 - obs. sous Crim., 8 janv. 1979, *D.* 1979, IR, 182.
 - « Essai d'une théorie générale de la justification », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1982, p. 11 et s.
 - note sous Crim., 16 janv. 1986, *JCP* 1987, II, 20774.
 - obs. sous Crim., 30 mai 2000, *D.* 2001, p. 2350.
 - obs. sous Crim., 4 juin 2002, *D.* 2003, p. 244.
 - « La responsabilité pénale des personnes morales. Essai d'un bilan », *Mélanges offerts à André Decocq, Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 535.
 - note sous Crim. 15 nov. 2006, pourvoi n° 06-80-087, *D.* 2007, p. 2632.
 - « Les rétentions de sûreté », *D.* 2008, p. 464.
 - « Sic et non, à propos de la loi du 25 février 2008 », *De code en code, Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 701.
 - obs. sous Crim., 28 oct. 2009, inédit, n° de pourvoi : 09-84484, *D.* 2010. Pan. 2735.
- **ROUSSEAU F.**
 - « L'application dans le temps des nouvelles dispositions du 25 février 2008 relatives à l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 21 janvier 2009) », *Dr. pén.* 2009, Etude 9, p. 5.
 - « La répartition des responsabilités dans l'entreprise », *RSC* 2010, p. 804.
- **ROUSSELET M.**, « Les ruses et les artifices dans l'instruction criminelle », *RSC* 1946, p. 56.
- **ROUX J. A.**
 - note sous Crim., 11 avr. 1908, *S.* 1909, 1, p. 473.
 - note sous Crim., 29 janv. 1921, *S.* 1922, 1, p. 185 (affaire Trémintin).
- **de ROUX X. et BOUGARTCHEV K.**, « L'abus de biens sociaux : derniers excès », *Bull. Joly* 1995, p. 1025.
- **ROYER G.**, note sous Crim., 21 mars 2007, *AJ Pénal* 2007, p. 229.

S

- **SAAS C.**, « Les sursitaires en danger au regard de la récidive », *AJ Pénal* 2009, p. 173, note sous Crim., 26 janv. 2009.
- **SAENKO L.**

- « De l'imputation par amputation ou le mode allégé d'engagement de la responsabilité des personnes morales », *Dr. pén.* 2009, n° 7, p. 9.
- note sous Crim., 19 juin 2013, *Rev. dr. social* 2008, p. 108.
- **SAINT-PAU J.-C.**
 - note sous Crim., 18 janv. 2000, *D.* 2000, p. 636.
 - « La responsabilité pénale des personnes morales, réalité et fiction », *Le risque pénal dans l'entreprise*, P. CONTE, C. GIRAUD-VAN GAVER, J.-H. ROBERT, J.-C. SAINT-PAU, Jurisclasseur, coll. "Carré Droit", Litec 2003, p. 71, n° 158.
 - « La faute diffuse de la personne morale », *D.* 2004, jur., p. 167, note sous Cass. Crim., 29 avr. 2003.
 - obs. sous Crim., 11 mai 2004, *Rev. pénit.* 2004, p. 875.
 - note sous Crim., 20 juin 2006, *D.* 2007, p. 617.
 - « La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou de représentant d'une personne morale », *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 1011.
 - « La présomption d'imputation d'une infraction aux organes ou représentants d'une personne morale », *D.* 2007, jur., p. 617, note sous Cass. Crim., 20 juin 2006.
 - note sous Crim., 11 avr. 2012, *D.* 2012, jur. p. 1381.
- **SALEILLES R.**
 - note *D.* 1897, p. 433.
 - « La responsabilité du fait des choses devant la Cour supérieure du Canada », *RTD civ.* 1911, p. 23 et s.
- **SALOMON R.**, « L'omission d'établissement des comptes sociaux et le défaut de présentation de ces derniers à l'assemblée générale sont des délits contraventionnels », *Dr. soc.* 2012, p. 2917, note sous Crim., 23 mai 2013, pourvoi n° 12-84.520.
- **SALOMON R. et MARTINEL A.**
 - chron. sous Crim., 11 oct. 2011, *Dr. soc.* 2012, p. 720.
 - chr. sous Crim., 11 avr. 2012, *Dr. soc.* 2012, p. 720.
- **SALVAGE P.**, note sous Crim., 2 déc. 1997, *JCP E* 1998, p. 948.
- **SALVAIRE J.**
 - « Délits, contraventions, délits-contraventions... », *JCP* 1962, I, 1732.
 - « Contraventions 1975 », *JCP* 1975, I, 2741.
- **SAUTEL O.**, « La mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales : entre litanie et liturgie », *D.* 2002, p. 1147.
- **SAVATIER J.**, note sous CA Aix, 12 janv. 1954, *JCP* 1954, II, 8040.
- **SAVATIER R.**
 - « Le risque pour l'homme de perdre ses esprits et ses conséquences en droit civil », *D.* 1968, chr. 109.
 - « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977, p. 43.
- **SCHERRER P.**, « Responsabilité et "responsabilisation" du malade mental », *Annales Médico-psychologiques* 1990, 148, n° 7, p. 635.
- **SCHMIDT J.C.**
 - « Autour de la mort, le suicide au Moyen-Âge », *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 31^e année, n° 1, 1976, p. 3.
 - « L'élément intentionnel en matière de contraventions et plus spécialement en matière de contraventions de grande voirie », *Rev. pénit.* 1932, p. 387.
- **SCHOETTL J.-E.**, note sous Cons. Const., 29 août 2002, JO 10 sept. 2002, p. 14953 ; *Gaz. Pal.* 4-5 sept. 2002, p. 3.
- **SCHWEITZER M.-G. et PUIG-VERGES N.**, « De l'article 64 à l'article 122-1 - La recherche du discernement : une question de formulation ou une nouvelle orientation séméiologique ? », *Annales médico-psychologiques* 1995, 153, n° 9, p. 608.
- **SEGONDS M.**
 - obs. sous Crim., 11 juin 1998, *D.* 1999, somm. p. 159.
 - obs. sous Crim. 1^{er} mars 2000, *D.* 2001, p. 2352.

- **SENON J.-L.**, « Histoire de la psychiatrie en milieu pénitentiaire, de Pinel à la loi de 1994 », *Annales médico-psychologiques*, vol. 156, n° 3, 1998.
- **SEUVIC J.-F.**, « La loi n° 98-468 du 17 juin 1998 « relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs », *RSC* 1998, p. 792.
- **SOUWEINE C.**, « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », *Droit pénal, procédure pénale, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean LARGUIER*, PUG, 1993, p. 304.
- **SPITERI P.**, « L'infraction formelle », *RSC* 1966, p. 497, spéc. p. 513.
- **SPRUIT J. E.**, « The penal conceptions of the emperor Marcus Aurelius in respect of lunatics », *Maior viginti quinque annis*, Utrecht, éd. J. E. SPRUIT, p. 140.
- **STANCIU V. V.**, « La capacité pénale », *R.D.P.C.*, 1938, p. 854.
- **STARCK B.**, « Domaine et fondement de la responsabilité sans faute », *RTD civ.* 1958, p. 475.
- **SYGUT J.**, « Les faiblesses des mesures judiciaires françaises de lutte contre la récidive au regard de la dangerosité », *Questions de droit pénal international, européen et comparé, Mélanges en l'honneur du Professeur Alain FOURNIER*, Presses Universitaires de Nancy, 2014, p. 423.

T

- **TAPIA M.**, « Décadence et fin éventuelle du principe d'identité des fautes pénale et civile », *Gaz. Pal.* 2003, n° 67, p. 2.
- **TELLIER M.**, « Faut-il créer des dommages et intérêts punitifs ? », *Rev. Environnement* 2012, p. 46.
- **TERRE F.**
 - « Le rôle actuel de la maxime "nul n'est censé ignorer la loi" », *Travaux de recherche de l'institut de droit comparé*, Paris, t. 30, 1966, p. 91.
 - « La "crise de la loi" », *APD*, tome 25, La loi, Sirey, 1980, p. 19.
 - « Le contrat à la fin du XXe siècle », *Revue des sciences morales et politiques*, 1995, p. 299.
- **THIBIERGE C.**, « La densification normative », *D.* 2014, p. 834.
- **THOMAS D.**, « Le concept de procès pénal », *La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, PUF, 2001, p. 401.
- **TIGROUDJA H.**, « Le maintien en détention d'une personne atteinte d'un cancer au regard de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *LPA* 2003, n° 122, p. 15, note sous CEDH, 10 juillet 2007, n° 67263/01, *Mouisel c/ France*.
- **TRIMAILLE G.**, « Criminalité et folie, XVe-XIXe siècle », *Ordre moral et délinquance de l'Antiquité au XXe siècle*, Actes du Colloque de Dijon des 7 et 8 octobre 1993, sous la direction de B. GARNOT, Editions Universitaire de Dijon, p. 105-107.
- **TROUSSE P.-E.**, « Le mobile justificatif », *RDPC* 1962-1963, p. 418.
- **TRUCHET M.**, « Les transformations de la notion de responsabilité civile et pénale depuis 40 ans », *Gaz. Pal.* 2002, p. 2., doct. p. 1068.

V

- **VAN DER MADE R.**, « L'influence de l'ivresse sur la culpabilité (XVI^e-XVIII^e s.) », *T.V.R.* 1952, tome 20, p. 64.
- **VARINARD A.**, « La théorie de l'infraction impossible : vers la disparition d'un mythe doctrinal », *Droit pénal, propriété industrielle, Mélanges offerts à Albert CHAVANNE*, Litec, 1990, p. 165 et s.
- **VASSEUR M.**, « Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines », *RSC* 1951, p. 1.
- **VERGES E.**, note sous Crim., 11 mai 2006, *AJ Pénal* 2006, p. 354.
- **VERHAEGEN J.**
 - « Faute pénale et faute civile », *APD*, tome 28, Philosophie pénale, Sirey, 1983, p. 17, spéc. p. 21.
 - « Le fait qualifié infraction », *Mélanges offerts à Roger Legros*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 749 et s.
- **VERIN J.**

- « L'expertise dans le procès pénal », *RSC* 1980, p. 1022.
- « La dangerosité aujourd'hui », *RSC* 1981, p. 665.
- **VERMELLE G.**
 - obs. sous Crim., 11 mai 2004, *RSC* 2004, p. 866.
 - note sous Crim., 15 déc. 2004, *RSC* 2005, p. 298.
- **VERNY E.**, Crim., 7 févr. 2007, *Rev. pénit.* 2007, p. 673.
- **VERON A.**
 - note sous Crim., 15 nov. 2005, *Dr. pén.* 2006, comm. 32.
 - note sous Crim., 28 oct. 2009, Pourvoi n° 09-84484, inédit, *Dr. pén.* 2010, comm. 4.
- **VERON M.**
 - note sous Crim. 4 déc. 1990, *Dr. pén.* 1991, n° 199.
 - note sous Crim., 17 juin 1992, *Dr. pén.* 1993, comm. 61.
 - obs. sous Crim., 1^{er} févr. 1993, *Dr. pén.* 1993, comm. 158.
 - note sous Crim., 16 mars 1993, *Dr. pén.* 1993, comm. 209.
 - note sous Crim., 8 juin 1994, *Dr. pén.* 1994, comm. 232.
 - « L'abus de biens sociaux : évolution ou dérive », *Gaz. Pal.* 1996.1, doct. p. 623.
 - note sous Crim., 19 nov. 1996, *Dr. pén.* 1997, comm. 33.
 - note sous Crim., 19 mars 1997, *Dr. pén.* 1997, comm. 107.
 - note sous Crim., 4 mars 1998, *Dr. pén.* 1998, comm. 97.
 - note sous Crim., 11 juin 1998, *JCP* 2000, I, 235.
 - note sous Crim., 9 juin 1999, *Dr. pén.* 1999, comm. 138.
 - obs. sous Crim., 11 juin 1998, *D.* 1999, *JCP* 2000, I, 235.
 - note sous Crim. 15 sept. 1999, *Dr. pén.* 2000, comm. 28.
 - note sous Crim., 27 oct. 1999, *Dr. pén.* 2000, comm. 27.
 - obs. sous Crim. 4 nov. 1999, *Dr. pén.* 2000, p. 43.
 - note sous Crim., 14 déc. 1999, *Dr. péal.* 2000, comm. 56.
 - note sous Crim., 12 janv. 2000, *JurisData* n° 2000-000468, *Dr. pén.* 2000, comm. 69.
 - note sous Crim., 18 janv. 2000, *Dr. pén.* 2000, comm. 72.
 - note sous Crim. 6 sept. 2000, *Dr. pén.* 2001, comm. 14.
 - note sous Crim., 18 oct. 2000, *Dr. pén.* 2001, comm. 28.
 - obs. sous Crim., 11 juin 2002, *Dr. pén.* 2002, comm. 135.
 - note sous Crim., 17 déc. 2002, *Dr. pén.* 2003, n° 3, p. 12, comm. 29.
 - note sous Crim., 8 janv. 2003, *Dr. pén.* 2003, comm. 97.
 - obs. sous Crim. 2 déc. 2003, *Dr. pén.* 2004, comm. 17.
 - obs. sous Crim., 22 mars 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 103.
 - note sous Crim., 15 nov. 2005, *Dr. pén.* 2006, comm. 32.
 - note sous Crim., 11 mai 2006, *Dr. pén.* 2006, comm. 109.
 - note sous Crim., 23 mai 2006, n° 05-84.846, *Dr. pén.* 2006, comm. 128.
 - note sous Crim., 20 juin 2006, *Dr. pén.* 2006, comm. 128.
 - obs. sous Crim. 2 déc. 2003, *Dr. pén.* 2004, comm. 17.
 - obs. sous Crim., 31 janv. 2007, *Dr. pén.* 2007, comm. 98.
 - obs. sous Crim., 22 janv. 2008, *Dr. pén.* 2008, comm. 43.
 - note sous Crim., 1^{er} avr. 2008, *JurisData* n° 2008-043861, *Dr. pén.* 2008, comm. 140.
 - note sous Crim., 3 déc. 2008, *Dr. pén.* 2009, comm. 49.
 - obs. sous Crim., 28 oct. 2009, inédit, Pourvoi n° 09-84484, *Dr. pén.* 2010, comm. 4.
 - note sous Cass., QPC du 11 juin 2010, n° 09-87.884 ; *Dr. pén.* 2010, comm. 111.
 - obs. sous Crim. 3 nov. 2010, *Dr. pén.* 2011, comm. 2.
 - « La querelle de l'« ancien » et du « nouveau » Code pénal », *Peine, dangerosité, quelles certitudes ?*, vol. 9, Dalloz, 2010, p. 9.
 - note sous Crim., 11 oct. 2011, n° 10-87.212, *JurisData* n° 2011-021620, *Dr. pén.* 2011, comm. 149.
 - « Un aspect de la dématérialisation : l'utilisation frauduleuse de son temps de travail », *Dr. pén.* 2013, p. 30, note sous Crim., 19 juin 2013.
- **VIDAL J.**
 - « Observations sur la nature juridique de l'action civile », *RSC* 1963, p. 481.

- « La conception juridique française de la culpabilité », *Ann. Fac. Toulouse*, 1976, p. 45.
- **VILLEY E.**
 - « De l'intention en matière pénale », in *La France judiciaire*, 1876, t. 1, p. 1.
 - « De l'intention, de l'ignorance, de l'erreur et de la bonne foi en matière pénale », in *La France judiciaire*, 1876, tome 1, p. 313.
- **VILLEY M.**, *S.* 1881, 1, p. 385.
- **VILLEY M.**
 - « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », in *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969, p. 140.
 - « Esquisse historique sur le mot "responsable" », *APD* tome 22, La responsabilité, Sirey, 1977, p. 45.
- **VINEY G.**
 - « Réflexions sur l'article 489-2 du Code civil », *RTD civ.* 1970, p. 251.
 - obs. sous *JCP* 1984, I, 3155.
 - « La réparation des dommages causés sous l'empire d'un état d'inconscience : un transfert nécessaire de la responsabilité vers l'assurance », *JCP* 1985, I, 3189.
- **VIOLA C.**, « Anselme de Cantorbéry », in *Histoire des saints et de la sainteté chrétienne*, dir. A. VAUCHEZ, t. 6, Paris, éd. Hachette, 1986, p. 65.
- **VITU A.**
 - « La division du procès pénal en deux phases », Rapport au Xe congrès de l'association internationale de droit pénal à Rome en 1969, *RIDP* 1969, p. 485.
 - obs. sous *Crim.*, 19 mars 1974, *RSC* 1974, p. 867, n° 5.
 - obs. sous *Crim.*, 28 avr. 1977, *RSC* 1978, p. 335, n° 4.
 - obs. sous *Crim.*, 16 janv. 1986, *RSC* 1986, p. 839.
 - obs. sous *CA Dijon*, 19 déc. 1984, *RSC* 1986, p. 87 et 89.
 - obs. sous *Crim.*, 30 mai 1989, *RSC* 1990, p. 325.
 - obs. sous *Crim.*, 19 déc. 1989, *RSC* 1990, p. 775.
- **VOLFF J.**
 - note sous *Crim.*, 7 avr. 1967, *JCP* 1968, II, 15366.
 - « La privatisation rampante de l'action publique », *JCP* 2004, I, 146.
- **VOUIN R.**
 - « Le Juge et son Expert », *D.* 1955, chr., p. 131.
 - « Le Code de procédure pénale », *JCP* 1959, I, 1477.
 - note sous *Crim.*, 25 oct. 1962, *JCP* 1963, II, 12985.
 - note sous *Crim.*, 6 nov. 1963, *D.* 1965, jurisp., p. 323.
 - note sous *CA Paris*, *D.* 1968, jurisp., p. 184.
 - note sous *Crim.* 7 mai 1968, *D.* 1969, p. 293.
 - « Le recel et la détention de la chose », *D.* 1972, chr., p. 283.
- **VRAY H.**, note sous *Crim.*, 28 mai 1970, *D.* 1971, jurisp., p. 20.

W

- **WAREMBOURG-AUQUE F.**, « Irresponsabilité ou responsabilité de l'*infans* », *RTD civ.* 1982, p. 329.
- **WESTER-OUISSE V.**
 - « Responsabilité pénale des personnes morales et dérivées anthropomorphiques », *Rev. pénit.* 2009, p. 63.
 - « Dérivées anthropomorphiques de la personnalité morale : ascendances et influences », *JCP* 2009, n° 16, p. 13.
- **WESTRUP C. W.**, « Sur la notion du droit et sur le mode primitif de formation du droit positif c'est-à-dire du droit dit coutumier », *Mélanges*, Paris, Sirey, 1931, p. 10.

Z

- **ZAGURY D.**, « Les psychiatres sont-ils responsables de la raréfaction des non-lieux psychiatriques ? », *Journal français de psychiatrie*, n° 13, Erès, 2001, p. 14.
- **ZARKA J.-C.**, « A propos de l'inflation législative », *D.* 2005, p. 660 et s.

INDEX DE JURISPRUDENCE

Introduction

Conseil constitutionnel

Cons. const., 17 juillet 1971, Déc. n° 71-44 DC, *JO* 18 juillet 1971, p. 7114, *Rec.*, p. 29.

Cons. const., 16 déc. 1999, Déc. n° 99-421 DC « *relative à la loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes* », *JO* 22 déc. 1999, p. 19041, *Rec.* p. 136.

Cour de cassation – Chambre des requêtes

Req., 31 oct. 1906, *D.* 1910, 1, p. 151, *S.* 1907, I, p. 126.

Cour de cassation – Assemblée plénière

Ass. pl., 9 mai 1984, *D.* 1984, p. 525, concl. J. CABANNES, note F. CHABAS ; *JCP* 1984, II, 20255, note N. DEJEAN de la BÂTIE ; *ibid.* 20256, note P. JOURDAIN ; *RTD civ.* 1984, p. 508, obs. J. HUET ; *JCP* 1984, I, 3155 et *JCP* 1985, I, 3189, notes G. VINEY.

Partie 1. La notion de discernement

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 29 janv. 1921, *S.* 1922, 1, p. 185, note J.-A. ROUX

Titre 1. L'approche individuelle du discernement

Chap. 1. La conscience individuelle, l'approche psychologique du discernement

Section 1. Le critère de la conscience morale

§ 1. Les déclinaisons du critère

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 9 Germinal an VII, *Bull. crim.* n° 329, p. 239.

Crim., 9 Germinal an VII, *Bull. crim.* n° 332, p. 247.

Crim., 2 Prairial an VII, *Bull. crim.* n° 412, p. 431.

Crim., 21 Prairial an VII, *Bull. crim.* n° 447, p. 515.

Crim., 1er Thermidor an VII, *Bull. crim.* n° 508, p. 113.

Crim., 4 Brumaire an VIII, *Bull. crim.* n° 62, p. 145.

Crim., 13 Brumaire an VIII, *Bull. crim.* n° 89, p. 204.

Crim., 3 Frimaire an VIII, *Bull. crim.* n° 138, p. 310.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 13 déc. 1956, *Laboube*, *D.* 1957, jur. 349, note M. PATIN

Crim., 16 juin 1971, *Gaz. Pal.* 1971, 2, p. 559, note J. P. DOUCET.

Crim., 1^{er} oct. 2008, *Dr. pén.* 2008, comm. 154, note J.-H. ROBERT.

Cour de cassation – Chambres civiles

Cass., Civ. 9 juillet 1866, *D.* 1866, 1, p. 339 ; 14 nov. 1898, *S.* 1902, 1, p. 27.

Cass., Civ., 18 déc. 1912, *S.* 1914, p. 249, note R.-L. MOREL ; *D.* 1915, 1, p. 17, note L. S. ; *Gaz. Pal.* 1913, 1, p. 107.

Juridictions étrangères

Cour du Banc de la Reine, affaire M'Naghten, 1843, 8 E. R., 718.

Crim., 23 Frimaire an VIII, *Bull. crim.* n° 168, p. 371.

Crim., 23 Frimaire an VIII, *Bull. crim.* n° 169, p. 373.

Crim., 27 Frimaire an VIII, *Bull. crim.* n° 171, p. 377.

Crim., 2 Pluviôse an VIII, *Bull. crim.* n° 219, p. 469.

Crim., 15 Prairial an VIII, *Bull. crim.* n° 361, p. 132.

Crim., 16 Messidor an VIII, *Bull. crim.* n° 404, p. 211.

Crim., 28 Vendémiaire an IX, *Bull. crim.* n° 27, p. 49.

Crim., 7 Frimaire an IX, *Bull. crim.* n° 63, p. 115.

Crim., 6 Ventôse an IX, *Bull. crim.* n° 118, p. 216.

Crim., 26 Ventôse an IX, *Bull. crim.* n° 137, p. 248.
 Crim., 29 Ventôse an IX, *Bull. crim.* n° 142, p. 256.
 Crim., 17 Germinal an IX, *Bull. crim.* n° 147, p. 267.
 Crim., 6 Messidor an IX, *Bull. crim.* n° 233, p. 419.
 Crim., 18 Messidor an IX, *Bull. crim.* n° 252, p. 449.
 Crim., 27 Messidor an IX, *Bull. crim.* n° 265, p. 472.
 Crim., 16 Thermidor an IX, *Bull. crim.* n° 286, p. 507.
 Crim., 8 Ventôse an X, *Bull. crim.* n° 128, p. 236.
 Crim., 17 Frimaire an X, *Bull. crim.* n° 65, p. 116.
 Crim., 18 Floreal an X, *Bull. crim.* n° 181, p. 334.
 Crim., 15 Prairial an X, *Bull. crim.* n° 193, p. 352.
 Crim., 29 Fructidor an X, *Bull. crim.* n° 248, p. 461.
 Crim., 16 Vendémiaire an XI, *Bull. crim.* n° 4, p. 8.
 Crim., 4 Messidor an XI, *Bull. crim.* n° 168, p. 291.
 Crim., 12 Messidor an XI, *Bull. crim.* n° 170, p. 297.
 Crim., 3 Thermidor an XI, *Bull. crim.* n° 180, p. 315.
 Crim., 5 Ventôse an XI, *Bull. crim.* n° 93, p. 164.
 Crim., 19 Brumaire an XII, *Bull. crim.* n° 16, p. 22.
 Crim., 2 Frimaire an XII, *Bull. crim.* n° 16, p. 22.
 Crim., 10 Frimaire an XII, *Bull. crim.* n° 32, p. 46.
 Crim., 17 Frimaire an XII, *Bull. crim.* n° 42, p. 64.

Crim., 30 Frimaire an XII, *Bull. crim.* n° 46, p. 71.
 Crim., 22 Floréal an XII, *Bull. crim.* n° 130, p. 196.
 Crim., 27 Floréal an XII, *Bull. crim.* n° 131, p. 198.
 Crim., 12 Prairial an XII, *Bull. crim.* n° 142, p. 219.
 Crim., 3 Messidor an XII, *Bull. crim.* n° 158, p. 244.
 Crim., 16 Messidor an XII, *Bull. crim.* n° 167, p. 259.
 Crim., 14 Thermidor an XII, *Bull. crim.* n° 190, p. 292.
 Crim., 28 Fructidor an XII, *Bull. crim.* n° 212, p. 328.
 Crim., 24 Frimaire an XIII, *Bull. crim.* n° 47, p. 74.
 Crim., 11 Pluviôse an XIII, *Bull. crim.* n° 76 p. 116.
 Crim., 7 Nivôse an XIII, *Bull. crim.* n° 58 p. 91.
 Crim., 16 Ventôse an XIII, *Bull. crim.* n° 97, p. 176.
 Crim., 14 Germinal an XIII, *Bull. crim.* n° 114, p. 207.
 Crim., 10 Prairial an XIII, *Bull. crim.* n° 149, p. 270.
 Crim., 24 Messidor an XIII, *Bull. crim.* n° 155, p. 279.
 Crim., 15 avr. 1819, *S.* 1819, 1, p. 311.
 Crim., 28 nov. 1833, *Bull. crim.* vol. 2, p. 135.
 Crim., 20 mars 1841, *S.* 1841, 1, p. 463.
 Crim., 19 déc. 1856, *Bull. crim.* n° 402, p. 635.
 Crim., 10 déc. 1910, *Bull. crim.* n° 623, p. 1144.
 Crim. 16 juin 1971, *Gaz. Pal.* 1971, 2, p. 559, note J.-P. DOUCET
 Crim. 22 juin 1976, *Bull. crim.* n° 229, p. 597.
 Crim. 17 déc. 2002, *Bull. crim.* n° 227, p. 832.

§ 2. Le rejet du critère

Conseil constitutionnel

Cons. const., 17 juil. 1971, Déc. n° 71-44 DC, *JO* 18 juil. 1971, p. 7114, *Rec.*, p. 29.
 Cons. const., 27 déc. 1973, Déc. n° 73-51 DC, *JO* 28 déc. 1973, p. 14004, cons. 2, *Rec.* p. 25.
 Cons. const., 12 juil. 1979, Déc. n° 79-107 DC, *JO* 13 juil. 1979, *Rec.* p. 31, cons. 4.
 Cons. const., 9 janv. 1980, Déc. n° 79-112 DC, *JO* 11 janv. 1980, p. 85, *Rec.* p. 32, cons. 3

Cons. const., 20 janv. 1981, Déc. n° 80-127 DC, *JO* 22 janv. 1981, p. 308, *Rec.* p. 15, cons. 7 et 13.
 Cons. const., 25 juil. 1984, Déc. n° 84-176 DC, *JO* 28 juil. 1984, p. 2492, *Rec.* p. 55 84-183, cons. 6 à 8.
 Cons. const., 18 janv. 1985, Déc. n° 84-183 DC, *JO* 20 janv. 1985, p. 820, *Rec.* p. 32, cons. 11 et 12.

Cons. const., 3 sept. 1986, Déc. n° 86-213 DC, *JO* 5 sept. 1986, p. 10786, *Rec.* p. 122, cons. 6.
 Cons. const., 12 janv. 2002, Déc. n° 2001-455 DC, *JO* 18 janv. 2002, p. 1053, cons. 85, *Rec.* p. 49.
 Cons. const., 18 mars 2009, Déc. n° 2009-578 DC, *JO* 27 mars 2009, p. 5445, texte n°2, cons. 19, *Rec.* p. 73.
 Cons. const., 28 mai 2010, QPC n° 2010-3, *JO* 29 mai 2010, p. 9730, texte n°68, cons. 3, *Rec.* p. 97.
 Cons. const., 5 août 2010, Déc. n° 2010-612 DC, *JO* 10 août 2010, p.14682, texte n° 3, cons. 6, *Rec.* p. 198

Cour de cassation – Chambre criminelle
 Crim., 29 juin 1967, *JCP* 1968, II, 15377, obs. J. PRADEL.
 Crim., 19 mai 1983, *Bull. crim.* n° 150, p. 367.

Section 2. Le critère de la conscience matérielle

§ 1. Les déclinaisons du critère

Cour de cassation – Chambre des requêtes
 Req., 31 oct. 1906, *S.* 1907, 1, p. 126.

Cour de cassation – Chambre criminelle
 Crim., 18 nov. 1985, *Bull. crim.* n° 343, p. 880.
 Crim., 9 janv. 1995, *Bull. Joly*, n° 7, p. 677, note J.-F. BARBIERI.
 Crim., 1^{er} oct. 2008, *Dr. pén.* 2008, comm. 154, note J.-H. ROBERT.
 Crim., 23 mai 2013, Pourvoi n° 12-84.520,

§ 2. Le rejet du critère

Cour européenne des droits de l'homme
 CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, req. n° 2346/02, *AJDA* 2003, p. 1383, note B. LE BAUT-FERRARESE ; *D.* 2002, I.R., p. 1596 ; *RDSS* 2002, p. 475, note P. PEDROT ; *RSC* 2002, p. 645, obs. F. MASSIAS ; *RTD civ.* 2002, p. 482, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p. 858, obs. J.-P. MARGUENAUD.

Cour de cassation – chambres réunies
 Ch. Réunies, 15 déc. 1837, *S.* 1838, 1, p. 5.

Cour de cassation – Chambre criminelle
 Crim., 27 avr. 1815, *S.* 1818, 1, p. 44.
 Crim., 2 août 1816, 1, p. 224.
 Crim., 7 mars 1817, *Bull. crim.* n° 18, p. 44.
 Crim., 16 nov. 1827, *Bull. crim.* n° 284, p. 879.
 Crim., 31 janv. 1835, *S.* 1835, 1, p. 564.

Crim., 20 août 1983, *Bull. crim.* n° 229, p. 582.
 Crim., 22 avr. 1986, *Bull. crim.* n° 136, p. 346.
 Crim., 3 sept. 1996, non publié, pourvoi n° 96-82633.
 Crim., 19 nov. 2002, *D.* 2003, p. 1315, note D. MAYER.
 Crim., 6 févr. 2007, *JCP* 2007, II, 10091, note E. DREYER.
 Crim., 7 févr. 2007, *D.* 2007, p. 573, obs. A. DARSONVILLE, p. 1310, note J.-P. FELDMAN.

Juridictions du fond

CA Grenoble, 9 avr. 1954, *JCP* 1954, II, 8139, note P.-A. PAGEAUD.
 T. Corr. Seine, 11 mai 1965, *JCP* 1965, IV, p. 148.
 T. Corr. Le Puy-en-Velay, 14 mars 1995, *Gaz. Pal.* 1995, 2, somm., p. 236.

Dr. soc. 2012, p. 2917, note R. SALOMON.

Cour de cassation – Chambres civiles
 Civ., 15 avr. 1889, *S.* 1891, 1, p. 292.
 Civ. 14 nov. 1898, *S.* 1902, 1, p. 27.
 Civ., 19 déc. 1912, *S.* 1914, I, p. 249, note R.-L. MOREL.
 Civ., 12 juin 1914, *D.* 1915, 1, p. 17.
 Civ., 6 juillet 1934, *DH* 1934, p. 446.

Crim., 2 juillet 1835, *S.* 1835, 1, p. 861.
 Crim. 18 nov. 1837, *Bull. crim.* n° 405, p. 416.
 Crim., 23 juin 1838, *S.* 1838, p. 626, concl. Proc. gén. DUPIN.
 Crim. 2 mai 1845, *Bull. crim.* n° 158, p. 265.
 Crim. 1^{er} mars 1850, *Bull. crim.* n° 75, p. 124.
 Crim. 9 juillet 1853, *Bull. crim.* n° 351, p.377.
 Crim. 12 déc. 1856, *Bull. crim.* n° 394, p. 622.
 Crim., 9 juillet 1857, *DP* 1857, 1, p. 379.
 Crim. 7 janv. 1864, *Bull. crim.* n° 5, p. 7.
 Crim. 2 déc. 1871, *Bull. crim.* n° 171, p. 289.
 Crim. 5 avr. 1873, *Bull. crim.* n° 94, p. 174.
 Crim. 27 févr. 1874, *Bull. crim.* n° 65, p. 117.
 Crim. 17 mars 1899, *Bull. crim.* n° 58, p. 86.
 Crim. 31 août 1899, *D. P.* 1902, 1, p. 331.
 Crim. 15 mars 1917, *D. P.* 1921, 1, p. 63.
 Crim., 29 janv. 1921, *S.* 1922, 1, p. 185, note J.-A. ROUX.

Crim. 6 juin 1924, *Bull. crim.* n° 253, p. 427.
 Crim. 24 nov. 1927, *Bull. crim.* n° 266, p. 518.
 Crim., 9 nov. 1928, *DP* 1929, note M. HENRY ; *JCP* 1929, p. 239, note R. GARRAUD.
 Crim. 17 janv. 1930, *Gaz. Pal.* 1930, 1, p. 501.
 Crim., 3 août 1938, *Gaz. Pal.* 1938, 2, p. 792.
 Crim. 22 janv. 1948, *D.* 1948, p. 143.
 Crim., 19 mai 1949, *Bull. crim.* n° 181, p. 284.
 Crim. 25 mai 1956, *Bull. crim.* n° 382, p. 703.
 Crim., 14 juin 1961, *Bull. crim.* n° 299, p. 574.
 Crim., 20 nov. 1962, *Bull. crim.* n° 329, p. 678.
 Crim. 21 avr. 1964, *JCP* 1965, II, 13973.
 Crim., 12 mai 1964, *Bull. crim.* n° 161, p. 354.
 Crim., 23 juillet 1969, *JCP* 1970, II, 16507 bis, note M.-J. LITTMANN ; *S.* 1970, 1, jur. p. 361, note G. ROUJOU de BOUBEE.
 Crim., 28 mai 1970, *Bull. crim.* n° 173, p. 403.
 Crim. 24 nov. 1983, *Bull. crim.* n° 315, p. 811.
 Crim., 16 janv. 1986, *D.* 1986, jur. 265 p. 265, note D. MAYER, C. GAZOUNAUD et p. 267, note J. PRADEL ; *JCP* 1987, II, 20774, note

G. ROUJOU de BOUBEE ; *RSC* 1986, p. 839, obs. A. VITU ; *ibid.* p. 849, obs. G. LEVASSEUR.
 Crim. 20 juin 1989, *Bull. crim.* n° 233, p. 588.
 Crim., 8 mars 1990, *Bull. crim.* n° 111, p. 286.
 Crim., 10 mai 1990, *Bull. crim.* n° 179, p. 454.
 Crim. 11 oct. 1990, *D.* 1991, p. 234, note M.-A. PEANO.
 Crim. 1^{er} mars 2000, *Bull. crim.* n° 97, p. 287.
 Crim. 6 sept. 2000, *Dr. pén.* 2001, comm. 14, note M. VERON.
 Crim., 18 oct. 2000, *Dr. pén.* 2001, comm. 28, note M. VERON ; *RSC* 2001, p. 384, obs. R. OTTENHOF.
 Crim. 3 mars 2003, *Gaz. Pal.* 2004, p. 2605, note Y. MONNET.
 Crim., 20 nov. 2012, *Bull. crim.* n° 251, p. 530.

Conseil d'Etat

Cons. d'Etat, 8 mai 1896, *Gilotte, S.* 1897, 3, p. 113, note M. HAURIOU.

Chap. 2. L'inconscient individuel, l'approche psychiatrique du discernement

Section 1. Le critère de l'aptitude psychiatrique à la faute

§ 1. Les déclinaisons du critère de l'aptitude psychiatrique à la faute

§ 2. Le rejet du critère de l'aptitude psychiatrique à la faute

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 1^{er} juillet 1948, *Bull. crim.* n° 173, p. 255.
 Crim., 26 janv. 1949, *Bull. crim.* n° 29, p. 45.
 Crim., 7 avr. 1967, *Bull. crim.* n° 106, p. 247.
 Crim., 16 juin 1971, *Bull. crim.* n° 191, p. 478.
 Crim., 27 avr. 1976, *Bull. crim.* n° 129, p. 316.
 Crim., 5 sept. 1995, *Bull. crim.* n° 270, p. 755.
 Crim., 1^{er} oct. 1997, Pourvoi n° 96-85.267, Inédit.
 Crim., 28 janv. 1998, *Bull. crim.* n° 34, p. 83.
 Crim., 31 mars 1999, Pourvoi n° 98-83586, Inédit.
 Crim., 20 oct. 1999, *Bull. crim.* n° 228, p. 715.
 Crim., 26 janv. 2000, Pourvoi n° 99-80066, Inédit.
 Crim., 29 févr. 2000, Pourvoi n° 99-85055, Inédit.
 Crim., 27 sept. 2000, Pourvoi n° 99-87693, Inédit.
 Crim., 12 déc. 2000, Pourvoi n° 00-86249, Inédit.

Crim., 11 janv. 2001, Pourvoi n° 00-82047, Inédit.
 Crim., 12 mars 2002, Pourvoi n° 01-83500, Inédit.
 Crim., 12 mars 2002, Pourvoi n° 01-84627, Inédit.
 Crim., 2 mai 2002, Pourvoi n° 01-84447, Inédit.
 Crim., 15 mai 2002, Pourvoi n° 01-85876, Inédit.
 Crim., 29 mai 2002, Pourvoi n° 02-82125, Inédit.
 Crim., 25 févr. 2003, Pourvoi n° 02-83635, Inédit.
 Crim., 30 sept. 2003, *Bull. crim.* n° 171, p. 678.
 Crim., 7 janv. 2004, Pourvoi n° 03-80807, Inédit.
 Crim., 18 févr. 2004, *Bull. crim.* n° 46, p. 188.
 Crim., 12 mars 2004, *Bull. crim.* n° 119, p. 462.
 Crim., 28 avr. 2004, Pourvoi n° 03-83717, Inédit.

Crim., 23 juin 2004, *Bull. crim.* n° 168, p. 617.
 Crim., 16 nov. 2004, *Bull. crim.* n° 286, p. 1067.
 Crim., 31 mars 2005, Pourvoi n° 05-80416, Inédit.
 Crim., 2 sept. 2005, Pourvoi n° 05-80109, Inédit.
 Crim., 18 janv. 2006, Pourvoi n° 05-83820, Inédit.
 Crim., 30 mai 2006, Pourvoi n° 05-86790, Inédit.
 Crim., 10 mai 2010, Pourvoi n° 10-80279, Inédit.
 Crim., 9 juin 2010, Pourvoi n° 07-84279, Inédit.

Crim., 7 sept. 2010, Pourvoi n° 09-88216, Inédit.
 Crim., 10 nov. 2010, Pourvoi n° 10-81114, Inédit.
 Crim., 23 nov. 2010, Pourvoi n° 10-86262, Inédit.
 Crim., 2 mars 2011, Pourvoi n° 10-88466, Inédit.
 Crim., 16 juin 2011, Pourvoi n° 10-85866, Inédit.
 Crim., 17 janv. 2012, Pourvoi n° 11-81756, Inédit.
 Crim., 18 janv. 2012, Pourvoi n° 09-88699, Inédit.
 Crim., 13 mars 2012, Pourvoi n° 11-84354, Inédit.

Section 2. Le critère de l'aptitude psychiatrique à la peine

§ 1. Les déclinaisons du critère

Cour européenne des droits de l'homme
 CEDH, 17 déc. 2009, *M. c/ Allemagne, Dr. pén.* 2010, Etude 9, p. 12.

Crim., 13 oct. 1853, *Bull. crim.* n° 508, p. 591.
 Crim., 23 déc. 1859, *Bull. crim.* n° 287, p. 462.
 Crim., 31 janv. 1920, *Bull. crim.* n° 61, p. 94.
 Crim., 5 juin 1997, *Bull. crim.* n° 228, p. 761.

Cour de cassation – Chambre criminelle

§ 2. Le rejet du critère

Cour européenne des droits de l'homme
 CEDH, 15 janv. 2004, *Matencio c/ France*, req. n° 58749/00, *RSC* 2005, p. 630, obs. F. MASSIAS ; *JDI* 2005, p. 511, obs. E. DECAUX.
 CEDH, 14 déc. 2004, *Gelfmann c/ France*, req. n° 25875/03, *AJ Pénal* 2005, p. 33, obs. M. HERZOG-EVANS.
 CEDH, 21 déc. 2011, *Raffray Taddei c/ France* req. n° 36435/07, *D.* 2011, p. 793, note J.-F. RENUCCI ; *AJ Pénal* 2012, p. 357, J.-P. CERE.
 CEDH, 23 mai 2012, *G. c/ France*, req. n° 27244/09.

Cons. const., 25 nov. 2011, Déc. n° 2011-199 QPC, *JO* 26 nov. 2011, p. 20016, texte n° 73, *Rec.* p. 555.

Conseil constitutionnel

Cons. const., 21 févr. 2008, Déc. n° 2008-562 DC, *JO* 26 févr. 2008, p. 3272.
 Cons. const., 3 déc. 2009, Déc. n° 2009-595 DC, *JO* 11 déc. 2009, p. 21381, *Rec.* p. 206.

Cour de cassation – Chambre criminelle
 Crim., 30 mai 1829, *Bull. crim.* n° 111, p. 298.
 Crim., 10 janv. 1947, *Bull. crim.* n° 13, p. 18.
 Crim., 11 mars 1958, *Bull. crim.* n° 238, p. 407.
 Crim., 17 mars 1977, *Bull. crim.* n° 102, p. 246.
 Crim., 6 juin 1979, *Bull. crim.* n° 194, p. 537.
 Crim., 23 mars 1999, *Bull. crim.* n° 66, p. 168.
 Crim., 23 juin 2004, *Bull. crim.* n° 172, p. 628.
 Crim., 15 mars 2006, inédit, *AJ Pénal* 2006, p. 273, note M. HERZOG-EVANS.
 Crim., 14 oct. 2009, *AJ Pénal* 2010, p. 42, obs. M. HERZOG-EVANS.

Titre 2. L'approche personnelle du discernement

Chap. 1. La conscience personnelle, l'approche matérielle du discernement

Section 1. Le critère de la conscience réflexive

§ 1. La justification du critère de la conscience réflexive

Conseil constitutionnel

Cons. const., 12 janv. 2002, Déc. n° 2001-455 DC, relative à la loi de modernisation sociale, *JO* 18 janv. 2002, p. 1053.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 3 nov. 1954, *D.* 1955, jurisp., p. 64, note P.A. PAGEAUD.

Crim., 1^{er} oct. 1987, *Bull. crim.* n° 327, p. 878.

Crim., 19 mars 1997, *Bull. crim.* n° 115, p. 380.

Crim., 11 juin 1998, *D.* 1999, somm. p. 159, obs. M. SEGONDS ; *JCP* 2000, I, 235, obs. M. VERON.

Crim., 24 nov. 1998, Pourvoi n° 97-85378, Inédit, *JCP G* 1999, II, 10208, note M.-A. HOUTMANN.

Crim., 9 juin 1999, *Dr. pén.* 1999, comm. 138.

Crim., 11 mai 2006, *Bull. crim.* n° 128, p. 474.

§ 2. Les déclinaisons du critère de la conscience réflexive

Conseil constitutionnel

Cons. const., 2 déc. 1976, Déc. n° 76-70 DC, *Rec.* 1976, p. 39 ; *JO* 7 Déc. 1976.

Cons. const., 30 juillet 1982, Déc. n° 82-143 DONC, « loi sur les prix et les revenus », *JO* 31 juillet 1982, p. 2470.

Cons. const., 5 mai 1998, Déc. n° 98-399 DC, Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, *JO* 12 mai 1998, p. 7092.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 21 févr. 1968, *JCP* 1969, II, 15703, note R. de LESTANG.

Crim., 29 avr. 2003, *D.* 2004, jurisp., p. 167, comm. J.-C. SAINT-PAU.

Crim., 20 juin 2006, *D.* 2007, jurisp., p. 617, comm. J.-C. SAINT-PAU.

Crim., 11 juin 2010, QPC, Pourvoi n° 09-87.884, Inédit ; *JCP G* 2010, p. 1030, note J.-H. ROBERT ; *ibid.* p. 1031, note H. MATSOPOULOU ; *Dr. pén.* 2010, comm. 111, note M. VERON.

Crim., 29 mars 2011, *Bull. crim.* n° 65, p. 316.

Crim., 27 avr. 2011, Pourvoi n° 11-90.013, Inédit ; *JCP G* 2011, supplément au n° 41, p. 6, note J.-H. ROBERT.

Section 2. Les manifestations du critère

§ 1. En matière intentionnelle

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 26 févr. 1875, *D. P.* 1877, 1, p. 186.

Crim., 15 nov. 1900, *D. P.* 1901, 1, p. 286.

Crim., 10 juillet 1903, *D. P.* 1904, 1, p. 446.

Crim., 24 janv. 1920, *D. P.* 1920, 1, p. 48.

Crim. 21 janv. 1921, *Bull. crim.* n° 52, p. 83.

Crim., 27 oct. 1938, *D.* 1939, p. 77, note P. MIMIN.

Crim., 7 févr. 1945, *D.* 1945, p. 254.

Crim., 23 janv. 1947, *Bull. crim.* n° 36, p. 48.

Crim., 16 mars 1948, *D.* 1948, p. 192.

Crim., 17 févr. 1949, *Gaz. Pal.* 1949, 1, p. 127.

Crim., 8 août 1949, *D.* 1949, p. 53.

Crim., 18 janv. 1950, *D.* 1950, p. 281.

Crim. 28 avr. 1950, *Bull. crim.* n° 132, p. 213.

Crim., 14 juin 1951, *Bull. crim.* n° 172, p. 299.

Crim., 6 mars 1952, *D.* 1952, p. 340.

Crim., 20 juin 1952, *D.* 1952, p. 353.

Crim., 15 févr. 1955, *D.* 1955, p. 487.

Crim., 19 oct. 1960, *Bull. crim.* n° 460, p. 910.

Crim., 14 mars 1962, *Bull. crim.* n° 131, p. 269.

Crim. 23 déc. 1968, *Bull. crim.* n° 356, p. 856.

Crim., 3 janv. 1970, *Bull. crim.* n° 7, p. 12.

Crim., 6 mai 1970, *Bull. crim.* n° 154, p. 355.

Crim., 5 nov. 1970, *Bull. crim.* n° 291, p. 701.

Crim. 8 juill. 1971, *Bull. crim.* n° 222, p. 541.

Crim., 12 juillet 1971, *Bull. crim.* n° 229, p. 558.

Crim., 3 mai 1972, *Bull. crim.* n° 151, p. 377.

Crim. 21 juin 1972, *Bull. crim.* n° 214, p. 556.

Crim., 29 nov. 1972, *Bull. crim.* n° 367, p. 927.

Crim., 24 janv. 1973, *Bull. crim.* n° 41, p. 104.

Crim., 8 mai 1974, *Bull. crim.* n° 165, p. 425.

Crim., 12 févr. 1976, *Bull. crim.* n° 57, p. 135.

Crim., 12 juin 1978, *Bull. crim.* n° 191, p. 489.

Crim., 25 janv. 1990, JurisData n° 1990-001530 ; *Dr. pén.* 1990, comm. 228, note J.-H. ROBERT.
 Crim., 8 févr. 1990, *Gaz. Pal.* 1990, 1, somm. 141.
 Crim., 16 mars 1993, *Bull. crim.* n° 115, p. 294.
 Crim., 25 mai 1994, *Bull. crim.* n° 203, p. 474, arrêts n° 1 et 2.
 Crim., 12 juillet 1994, *Bull. crim.* n° 280, p. 692.
 Crim., 8 juin 1995, *Bull. crim.* n° 211, p. 576.
 Crim., 25 oct. 1995, *Bull. crim.* n° 332, p. 962.
 Crim., 30 oct. 1995, *Bull. crim.* n° 335, p. 969.
 Crim., 10 janv. 1996, *Bull. crim.* n° 13, p. 29.
 Crim., 3 avr. 1996, Pourvoi n° 95-80062, Inédit.
 Crim., 1^{er} oct. 1996, *D.* 1998, p. 499, note B. de LAMY.
 Crim., 10 oct. 1996, *Bull. crim.* n° 358, p. 1056.
 Crim., 18 juin 1997, *Bull. crim.* n° 247, p. 814.
 Crim., 16 juin 1999, Pourvoi n° 08-87911, Inédit.
 Crim., 29 juin 1999 : JurisData n° 1999-003160.
 Crim., 3 oct. 2000, JurisData n° 2000-006757
 Crim., 15 mai 2001, *Bull. crim.* n° 123, p. 369 ;
Dr. pén. 2001, comm. n° 117, note J.-H. ROBERT.

§ 2. En matière non-intentionnelle

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 5 mai 1883, *Bull. crim.* n° 113, p. 185.
 Crim., 12 juin 1896, *Bull. crim.* n° 186, p. 295.
 Crim., 2 juillet 1910, *Bull. crim.* n° 356 p. 668.
 Crim., 10 déc. 1910, *Bull. crim.* n° 623, p. 1144.
 Crim., 20 janv. 1911, *Bull. crim.* n° 577, p. 1093.
 Crim., 1^{er} avr. 1911, *Bull. crim.* n° 186, p. 364.
 Crim., 11 août 1921, *Bull. crim.* n° 345 p. 579.
 Crim ?, 2 nov. 1923, *Bull. crim.* n° 376, p. 627.
 Crim., 30 mars 1954, *D.* 1954, p. 455, p. 457.
 Crim., 11 déc. 1957, *JCP* 1958, 10423.
 Crim., 19 mars 1974, *RSC* 1974, p. 867, n° 5, obs. A.VITU.
 Crim., 28 avr. 1977, *Bull. crim.* n° 148, p. 365.
 Crim., 23 févr. 1983, *Bull. crim.* n° 65, p. 141.
 Crim., 19 nov. 1996, *Dr. pén.* 1997, comm. 33, note M. VERON.

Crim., 7 janv. 2003, *Bull. crim.* n° 1, p. 1.
 Crim., 11 mai 2004, *Bull. crim.* n° 115, p. 447.
 Crim., 11 janv. 2005, Pourvoi n° 04-82716, Inédit.
 Crim., 28 juin 2005, *Bull. crim.* n° 196, p. 688.
 Crim., 29 nov. 2005, Pourvoi n° 05-83129, Inédit.
 Crim., 13 déc. 2005, Pourvoi n° 05-82161, Inédit.
 Crim., 13 juin 2006, JurisData n° 2006-034487.
 Crim., 7 nov. 2006, *Bull. crim.* n° 279, p. 1013.
 Crim., 9 mai 2007, *Bull. crim.* n° 120, p. 554.
 Crim., 2 oct. 2007 : JurisData n° 2007-041202.
 Crim., 2 oct. 2007, Pourvoi n° 07-81194, Inédit.
 Crim., 30 oct. 2007, Pourvoi 07-81505, Inédit.
 Crim., 17 juin 2008, *Bull. crim.* n° 155, p. 683.
 Crim., 15 déc. 2009, *Bull. crim.* n° 212, p. 904.
 Crim., 9 févr. 2010, *Bull. crim.* n° 19, p. 87.

Juridictions du fond

CA. Colmar, 8 déc. 1987, *D.* 1988, p. 131, note R. KOERING-JOULIN.

Tribunaux et autres

Trib. mil. cass. des forces armées de Metz, 14 nov. 1957, *RSC* 1958, p. 385, chr. A. LEGAL ; *JCP* 1958, II, 11389, note Gendrel et Lafarge.

Crim., 12 sept. 2000, *Bull. crim.* n° 268, p. 791.
 Crim., 5 déc. 2000, *Bull. crim.* n° 363, p. 1096.
 Crim., 10 janv. 2001, *Bull. crim.* n° 2, p. 3.
 Crim., 25 sept. 2001, *Bull. crim.* n° 188, p. 605.
 Crim., 23 oct. 2001, *Bull. crim.* n° 217, p. 689 et n° 218, p. 692.
 Crim., 18 juin 2002, *Bull. crim.* n° 138, p. 506.
 Crim., 29 oct. 2002, *Bull. crim.* n° 196 p. 728.
 Crim., 13 nov. 2002, *Bull. crim.* n° 203, p. 751.
 Crim., 5 oct. 2004, *Bull. crim.* n° 230, p. 827.
 Crim., 4 oct. 2005, *Bull. crim.* n° 251, p. 883.
 Crim., 12 sept. 2006, *Bull. crim.* n° 219, p. 772.
 Crim., 16 janv. 2007, *Bull. crim.* n° 8, p. 24.
 Crim., 30 janv. 2007, *Bull. crim.* n° 23, p. 74.
 Crim., 4 mars 2008, *Bull. crim.* n° 55, p. 248.
 Crim., 14 mai 2008, *Bull. crim.* n° 112, p. 509.

Chap. 2. L'absence de conscience personnelle, l'approche temporelle du discernement

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 11 oct. 1821, *Bull. crim.* n° 73, p. 73.
Crim. 9 sept. 1825, *Bull. crim.* n° 181, p. 490.

Crim., 16 sept. 1875, *Bull. crim.* n° 293, p. 556.

Crim. 28 mai 1918, *Bull. crim.* n° 71, p. 116.

Section 1. Le temps de l'incapacité de discernement

§ 1. Le critère de l'incapacité de discernement

Conseil constitutionnel

Cons. const., 29 août 2002, Rec. Cons. const. p. 204 ; *JO* 10 sept. 2002, p. 14953 ; *Gaz. Pal.* 4-5 sept. 2002, p. 3, note J.-E. SCHOETTL.
Cons. const., 9 août 2007, n° 2007-554 DC, *Gaz. Pal.* 2007 2007, n° 223, p. 2.
Cons. const., 4 août 2011, n° 2011-635 DC, *LEFP* 15 nov. 2011, n° 10, p. 5, A. CERF-HOLLENDER.
QPC du 8 juillet 2011.

Cass., 6 Ventôse an IX, *Bull. crim.* n° 118, p. 216.

Crim., 1^{er} avr. 1842, *S.* 1842, 1, p. 465841, *S.* 1841, 1, p. 463.

Cass. 10 juin 1842, *S.* 1842, 1, p. 832.

Crim., 13 déc. 1956, *Laboube*, *D.* 1957, jur. 349, note M. PATIN.

Juridictions du fond

CA COLMAR, 2 févr. 1954, *D.* 1955, *Somm.*, p. 3 ; *Gaz. Pal.* 1954, 2, p. 147 ; *Gaz. Pal.* 1955, 1, p. 26 et s. ; *S.* 1954, II, p. 65 et s.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 9 Messidor an VII, *Bull. crim.* tome II, n° 400, p. 206.

§ 2. Les manifestations de l'incapacité de discernement

Cour de cassation – Assemblée plénière

Ass. pl., 9 mai 1984, *Bull. crim.* n° 162, p. 418.

Crim., 6 sept. 2005, *Bull. crim.* n° 218, p. 776.

Crim., 24 nov. 2010, *Bull. crim.* n° 187, p. 760.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 1^{er} mars 1995, *Bull. crim.* n° 92, p. 230.
Crim., 19 juin 2002, n° de pourvoi 11-85324.
Crim., 10 déc. 2002, *Bull. crim.* n° 223, p. 822.

Cour de cassation – chambres civiles

Civ., 18 sept. 1912, *S.* 1914, p. 249, note R.-L. MOREL.

Section 2. Le temps de l'atteinte au discernement

§ 1. Le critère de l'abolition du discernement

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 12 Frimaire an XI, *Bull. crim.* n° 44, p. 77-78.
Crim., 28 mai 1818, *Bull. crim.* n° 71, p. 224.
Crim., 9 sept. 1825, *Bull. crim.* n° 181, p. 490.
Crim., 29 avr. 1837, *Bull. crim.* n° 139, p. 173.
Crim., 24 févr. 1842, *Bull. crim.* n° 33, p. 45.
Crim. 12 oct. 1850, *S.* 1853, 1, p. 464.
Crim., 1^{er} mars 1855, *Bull. crim.* n° 71, p. 126.
Crim., 14 déc. 1866, *DP* 1867, 1, p. 296 ; *S.* 1866, 1, p. 237.
Crim. 28 déc. 1900, *DP* 1901, 1, p. 81, note G. LE POITEVIN.
Crim., 11 avr. 1908, *Bull. crim.* n° 161, p. 292.

Crim. 8 févr. 1916, *DP* 1936, 1, p. 44, note H. DONNEDIEU DE VABRES.

Crim., 11 juin 1926, *D. H.* 1926, p. 378.

Crim., 10 nov. 1948, *D.* 1949, p. 76.

Crim., 29 déc. 1949, *D.* 1950, p. 419.

Crim. 5 janv. 1957, *Bull. crim.* n° 17, p. 24.

Crim. 11 avr. 1970, *Bull. crim.* n° 117, p. 270.

Crim. 18 déc. 1978, *Bull. crim.* n° 357, p. 931.

Crim., 10 juin 1985, *Bull. crim.* n° 221, p. 566.

Crim., 5 sept. 1995, *Bull. crim.* n° 270, p. 755.

Crim., 1^{er} oct. 1997, Pourvoi n° 96-85.267, inédit.

Crim., 28 janv. 1998, *Bull. crim.* n° 34, p. 83.

Crim., 31 mars 1999, Pourvoi n° 98-83586, inédit.

Crim., 20 oct. 1999, Pourvoi n° 99-80596, *Bull. crim.* n° 228, p. 715.
 Crim., 20 oct. 1999, *Bull. crim.* n° 228, p. 715.
 Crim., 28 févr. 2001, Pourvoi n° 00-84447, inédit.
 Crim., 3 oct. 2001, Pourvoi n° 01-80458, inédit.
 Crim., 4 nov. 2003, Pourvoi n° 03-81256, inédit.
 Crim., 7 janv. 2004, Pourvoi n° 03-80807, inédit.
 Crim., 18 févr. 2004, *Bull. crim.* n° 46, p. 188.
 Crim. 11 mai 2004, *Bull. crim.* n° 115, p. 447.
 Crim., 2 sept. 2005, Pourvoi n° 05-80109, inédit.
 Crim., 20 sept. 2005, Pourvoi n° 04-85764, Inédit.
 Crim., 15 nov. 2005, *Bull. crim.* n° 295, p. 1007.
 Crim., 18 janv. 2006, Pourvoi n° 05-83820, inédit.
 Crim., 30 mai 2006, Pourvoi n° 05-86790, inédit.

§ 2. Les manifestations du critère

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 12 Frimaire an XI, *Bull. crim.* n° 44, p. 77-78.
 Crim. 28 mai 1818, *Bull. crim.* n° 71, p. 224.
 Crim., 9 sept. 1825, *Bull. crim.* n° 181, p. 490.
 Crim., 29 avr. 1837, *Bull. crim.* n° 139, p. 173.
 Crim., 24 févr. 1842, *Bull. crim.* n° 33, p. 45.
 Crim. 1^{er} mars 1855, *Bull. crim.* n° 71, p. 126.
 Crim., 10 juin 1985, *Bull. crim.* n° 221, p. 566.
 Crim., 24 avr. 1990, *Bull. crim.* n° 152, p. 400.
 Crim., 5 sept. 1995, *Bull. crim.* n° 270, p. 755.
 Crim., 1^{er} oct. 1997, Pourvoi n° 96-85.267, Inédit.
 Crim., 28 janv. 1998, *Bull. crim.* n° 34, p. 83.
 Crim., 31 mars 1999, Pourvoi n° 98-83586, Inédit.
 Crim., 20 oct. 1999, *Bull. crim.* n° 228, p. 715.
 Crim., 28 févr. 2001, Pourvoi n° 00-84447, Inédit.
 Crim., 3 oct. 2001, Pourvoi n° 01-80458, Inédit.
 Crim., 4 nov. 2003, Pourvoi n° 03-81256, Inédit.
 Crim., 7 janv. 2004, Pourvoi n° 03-80807, Inédit.
 Crim., 18 févr. 2004, *Bull. crim.* n° 46, p. 188.
 Crim. 11 mai 2004, *Bull. crim.* n° 115, p. 447.
 Crim., 31 mars 2005, Pourvoi n° 04-85730, Inédit.

Crim. 15 nov. 2006, Pourvoi n° 06-80-087, *JCP* 2007, II, 10062, note MARECHAL ; *D.* 2007, p. 2632, G. ROUJOU de BOUBEE.
 Crim., 11 juin 2008, *Bull. crim.* n° 147, p. 647.
 Crim., 28 oct. 2009, Pourvoi n° 09-84484, Inédit.
 Crim., 27 oct. 2010, Pourvoi n° 10-80596, Inédit.
 Crim., 21 mars 2012, Pourvoi n° 12-80.178.

Cour de cassation – chambres civiles

Civ. 2^{ème}, 4 mai 1977, *Bull. civ.* II, n° 113, *D.* 1978, p. 393, note R. LEGEAIS ; *RTD civ.* 1977, p. 772, obs. G. DURRY.
 Civ. 2^{ème}, 24 juin 1987, *Bull. civ.* II, n° 137, *Gaz. Pal.* 1988, 1, somm. p. 41, obs. F. CHABAS.

Juridictions du fond

CA Papeete, 21 sept. 2000, *JurisData* n° 2000-136011.

Crim., 2 sept. 2005, Pourvoi n° 05-80109, Inédit.
 Crim., 18 janv. 2006, Pourvoi n° 05-83820, Inédit.
 Crim., 30 mai 2006, Pourvoi n° 05-86790, Inédit.
 Crim., 16 janv. 2007, Pourvoi n° 06-85086, Inédit.
 Crim., 7 nov. 2007, Pourvoi n° 07-82325, Inédit.
 Crim., 21 nov. 2007, Pourvoi n° 06-88631, Inédit.
 Crim., 29 avr. 2009, Pourvoi n° 08-87488, Inédit.
 Crim., 12 janv. 2010, *Bull. crim.* n° 5, p. 11.
 Crim., 1^{er} sept. 2011, Pourvoi n° 10-82490, Inédit.
 Crim., 21 mars 2012, *Bull. crim.* n° 77, p. 117.
 Crim., 9 oct. 2012, Pourvoi n° 11-88523, Inédit.

Cour de cassation – chambres civiles

Cass., 14 mai 1866, *DP* 1867, 1, p. 296 ; *S.* 1866, 1, p. 237.
 Civ. 2^e, 4 mai 1977, *Bull. civ.* II, n° 113.
 Civ. 2^e, 24 juin 1987, *Bull. civ.* II, n° 13. *Gaz. Pal.* 1988, 1, somm. p. 41, obs. F. CHABAS.

Juridictions du fond

Metz, ch. corr., 20 nov. 1991, Juris-Data n° 048798, *JCP* 1992, IV, 1837.

Partie 2. Le rôle du discernement

Titre 1. Le rôle du discernement en droit pénal

Chap. 1. Le rôle du discernement dans la qualification de l'infraction

Section 1. Le rôle du discernement dans la qualification d'une infraction

§ 1. Le discernement personnel à l'auteur des faits

Conseil constitutionnel

Cons. const., 18 oct. 2013, Déc. n° 2013-353
QPC, JORF 20 oct. 2013, p. 17279.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 16 févr. 1837, *Bull. crim.* n° 51, p. 60.
Crim. 12 déc. 1863, *D. P.* 1867, 1, p. 361.
Crim. 4 mars 1864, *Bull. crim.* n° 58, p. 101.
Crim. 31 déc. 1868, *Bull. crim.* n° 265, p. 475.
Crim. 1^{er} juin 1894, *Bull. crim.* n° 143, p. 225.
Crim., 8 mai 1919, *D.* 1920, 1, p. 76.
Crim., 18 juillet 1930, *JCP* 1930, p. 1075.
Crim., 21 oct. 1932, *Bull. crim.* n° 215, p. 408.
Crim. 15 juin 1939, *D.* 1940, jurisp., p. 60.
Crim., 23 févr. 1954, *D.* 1955, p. 465.
Crim., 25 mars 1954, *Bull. crim.* n° 120, p. 212.
Crim., 6 déc. 1956, *Bull. crim.* n° 818, p. 1451.
Crim., 14 févr. 1957, *Bull. crim.* n° 148, p. 248.
Crim., 20 nov. 1962, *Bull. crim.* n° 329, p. 678.
Crim. 21 avr. 1964 (2^{ème} espèce, Laskar), *JCP* 1965, II, 13973, note R. OTTENHOF.
Crim. 4 nov. 1964, *Bull. crim.* n° 288, p. 615.
Crim., 21 févr. 1968, *Bull. crim.* n° 52, p. 127.
Crim. 6 mars 1968, *D.* 1968, jurisp., p. 395.
Crim., 19 juin 1973, *Bull. crim.* n° 280, p. 665.
Crim., 22 nov. 1973, *Bull. crim.* n° 432, p. 1072.
Crim. 12 juin 1978, *Bull. crim.* n° 188, p. 469.
Crim. 14 juin 1978, *Bull. crim.* n° 197, p. 505.
Crim., 13 déc. 1978, *Bull. crim.* n° 354, p. 924.
Crim. 8 janv. 1979, *D.* 1979, 509, note P. CORLAY ; *D.* 1979, IR, 182, obs. G. ROUJOU de BOUBEE ; *Gaz. Pal.* 1979, 2, 501.
Crim., 20 févr. 1980, *Bull. crim.* n° 66, p. 157.
Crim., 11 juin 1980, *Bull. crim.* n° 188, p. 487.
Crim., 5 nov. 1980, *Bull. crim.* n° 288, p. 736.
Crim. 24 nov. 1983, *Bull. crim.* n° 315, p. 811.
Crim., 25 nov. 1985, *Bull. crim.* n° 371, p. 952.
Crim. 9 mars 1987, *JCP* 1988, II, 20913, J. DEVEZE.

Crim., 12 déc. 1988, *Bull. crim.* n° 416, p. 1104.
Crim., 19 févr. 1990, *Bull. crim.* n° 80, p. 206.
Crim., 28 janv. 1991, *Bull. crim.* n° 42, p. 105.
Crim., 24 juin 1992, *Bull. crim.* n° 251, p. 690.
Crim., 3 nov. 1994, *JCP* 1995, II, 22445, note F. POLLAUD-DULIAN.
Crim. 15 sept. 1999, *Dr. pén.* 2000, comm. n° 28, M. VERON.
Crim., 5 févr. 2002, *RSC* 2002, p. 585, note Y. MAYAUD, « La faute caractérisée, relève, et non doublon, de la faute délibérée ».
Crim., 29 oct. 2002, *Bull. crim.* n° 196, p. 728.
Crim., 13 nov. 2002, *Bull. crim.* n° 203, p. 751.
Crim., 22 janv. 2003, *D.* 2004, somm. comm., p. 308.
Crim., 2 déc. 2003, *Bull. crim.* n° 226, p. 911.
Crim., 4 mai 2004, JurisData n° 2004-023986.
Crim., 4 mai 2004, *Bull. crim.* n° 108, p. 418.
Crim., 5 mai 2004, Pourvoi n° 03-85103, Inédit.
Crim., 21 sept. 2004, *Bull. crim.* n° 216, p. 766.
Crim. 15 déc. 2004, *Dr. pén.* 2005, p. 21, note J.-H. ROBERT.
Crim., 8 mars 2005, *Bull. crim.* n° 80, p. 224.
Crim., 13 sept. 2005, *Bull. crim.* n° 224, p. 791.
Crim., 4 oct. 2005, *Bull. crim.* n° 251, p. 883.
Crim., 16 mai 2006, *Bull. crim.* n° 136 p. 496.
Crim., 13 févr. 2007, *Bull. crim.* n° 43, p. 257.
Crim., 13 févr. 2007, *Bull. crim.* n° 44, p. 261.
Crim., 16 sept. 2008, *Bull. crim.* n° 186, p. 850.
Crim., 21 oct. 2008, Pourvoi n° 07-88753, Inédit.
Crim., 18 nov. 2008, *Bull. crim.* n° 233, p. 1093.
Crim., 13 janv. 2009, Pourvoi n° 08-84485, Inédit.
Crim., 16 juin 2009, *Bull. crim.* n° 122, p. 468.
Crim., 9 févr. 2010, *Bull. crim.* n° 19, p. 87.

Crim., 7 sept. 2010, Pourvoi n° 09-86137, Inédit (cassation sur un point annexe de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 21 juillet 2009).

Crim., 9 nov. 2010, *Dr. pén.* 2011, comm. 39, note J.-H. ROBERT

Crim., 11 janv. 2011, *Bull. crim.* n° 5, p. 10.

Crim., 16 juin 2011, Pourvoi n° 10-85866, Inédit.

Crim., 12 mars 2013, *Bull. crim.* n° 63, p. 120.

Juridictions du fond

CA Grenoble, 17 janv. 1907, *S.* 1908, 2, p. 75.

§ 2. Le discernement partagé par le complice

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 7 vendémiaire, an VII, *Bull. crim.* n° 16, p. 32.

Crim., 1^{er} Fructidor an XI, *Bull. crim.* n° 196, p. 345.

Crim. 4 Pluviôse an XIII, *Bull. crim.* n° 73, p. 111.

Crim. 14 août 1807, *Bull. crim.* n° 182, p. 345

Crim. 9 mars 1809, *Bull. crim.* n° 53, p. 109.

Crim. 24 avr. 1812, *Bull. crim.* n° 106, p. 188.

Crim. 23 avr. 1813, *Bull. crim.* n° 85, p. 207.

Crim. 19 août 1819, *Bull. crim.* n° 97, p. 30.

Crim. 14 janv. 1820, *Bull. crim.* n° 7, p. 16.

Crim. 29 mars 1827, *Bull. crim.* n° 66, p. 185.

Crim., 19 juin 1829, *Bull. crim.* n° 137, p. 356.

Crim., 8 oct. 1829, *Bull. crim.* n° 233, p. 584.

Crim. 24 sept. 1834, *Bull. crim.* n° 314, p. 382.

Crim., 10 déc. 1836, *Bull. crim.* n° 386, p. 440.

Crim. 21 déc. 1837, *Bull. crim.* n° 436, p. 459.

Crim. 19 janv. 1838, *Bull. crim.* n° 18, p. 29.

Crim. 9 janv. 1840, *Bull. crim.* n° 8, p. 10.

Crim. 23 mars 1843, *Bull. crim.* n° 66, p. 130.

Crim. 15 sept. 1843, *Bull. crim.* n° 245, p. 400.

Crim. 17 févr. 1844, *Bull. crim.* n° 54, p. 84.

Crim. 21 mars 1844, *Bull. crim.* n° 109, p. 155.

Crim. 18 mai 1844, *Bull. crim.* n° 175, p. 248.

Crim., 23 mai 1844, *Bull. crim.* n° 179 p. 255.

Crim., 27 nov. 1845, *Bull. crim.* n° 348, p. 547.

Crim. 29 janv. 1852, *Bull. crim.* n° 42, p. 70.

Crim. 24 mars 1853, *Bull. crim.* n° 110, p. 164.

Crim. 9 févr. 1855, *Bull. crim.* n° 38, p. 70.

Crim., 1^{er} mars 1855, *Bull. crim.* n° 71, p. 126.

Crim. 16 juin 1855, *Bull. crim.* n° 214, p. 353.

Crim. 19 janv. 1856, *Bull. crim.* n° 27, p. 43.

Crim. 22 janv. 1863, *Bull. crim.* n° 27, p. 38.

Crim. 4 avr. 1863, *Bull. crim.* n° 105, p. 170.

Crim. 3 sept. 1863, *Bull. crim.* n° 241, p. 407.

Crim. 17 sept. 1863, *Bull. crim.* n° 247, p. 416.

Crim., 14 janv. 1864, *Bull. crim.* n° 12, p. 19.

Crim. 18 mai 1865, *Bull. crim.* n° 114, p. 204.

Crim., 1^{er} mars 1866, *Bull. crim.* n° 50, p. 90.

Crim. 11 juin 1868, *Bull. crim.* n° 142, p. 237.

Crim. 3 mars 1870, *Bull. crim.* n° 50, p. 83.

Crim. 5 oct. 1871, *Bull. crim.* n° 129, p. 225.

Crim., 23 nov. 1872, *Bull. crim.* n° 288, p. 493.

Crim., 2 avr. 1874, *Bull. crim.* n° 101, p. 182.

Crim., 9 mars 1876, *S.* 1876, 1, p. 188.

Crim. 18 nov. 1880, *Bull. crim.* n° 200, p. 344.

Crim., 24 avr. 1885, *Bull. crim.* n° 119, p. 195.

Crim. 3 juillet 1885, *Bull. crim.* n° 198, p. 329.

Crim., 5 juin 1886, *Bull. crim.* n° 204, p. 334.

Crim., 3 juillet 1886, *D.P.* 1886, 1, p. 473.

Crim. 2 sept. 1886, *Bull. crim.* n° 319, p. 531.

Crim., 16 juin 1887, *Bull. crim.* n° 221, p. 349.

Crim., 29 sept. 1887, *Bull. crim.* n° 344, p. 550.

Crim. 29 sept. 1887, *Bull. crim.* n° 348, p. 556.

Crim., 7 janv. 1888, *Bull. crim.* n° 12, p. 16.

Crim., 17 mai 1888, *Bull. crim.* n° 179, p. 282.

Crim., 18 sept. 1890, *Bull. crim.* n° 194, p. 304.

Crim. 16 août 1900, *Bull. crim.* n° 278, p. 452.

Crim. 30 nov. 1900, *Bull. crim.* n° 355, p. 571.

Crim. 5 avr. 1906, *Bull. crim.* n° 169, p. 303.

Crim., 3 juillet 1909, *D.P.* 1911, 1, p. 290.

Crim., 30 oct. 1914, *Bull. crim.* n° 418, p. 750.

Crim., 30 oct. 1914, *D.* 1919, 1, p. 67.

Crim., 2 juin 1916, *Bull. crim.* n° 130, p. 226.

Crim., 13 juin 1918, *Bull. crim.* n° 129, p. 236.

Crim. 17 août 1919, *Bull. crim.* n° 14, p. 20.

Crim. 16 déc. 1920, *Bull. crim.* n° 484, p. 770.

Crim., 28 juillet 1921, *Bull. crim.* n° 312, p. 520.

Crim. 6 août 1924, *Bull. crim.* n° 324, p. 542.

Crim. 19 janv. 1933, *Bull. crim.* n° 14, p. 25.

Crim., 13 mars 1936, *Bull. crim.* n° 33, p. 65.

Crim., 29 oct. 1936, *Bull. crim.* n° 104, p. 211.

Crim. 13 mars 1936, *Bull. crim.* n° 33, p. 65.

Crim., 22 juillet 1943 (3^e espèce), *JCP* 1944, II, 2651.

Crim. 5 nov. 1943, *D. A.* 1944, p. 29.

Crim., 17 nov. 1944, *Gaz. Pal.* 1945, 1, p. 43; *RSC* 1946, p. 67, obs. L. HUGUENEY.

Crim., 29 nov. 1946, *Gaz. Pal.* 1947, 1, p. 25 ; *RSC* 1947, p. 87, obs. L. HUGUENEY.

Crim. 3 juillet 1947, *Bull. crim.* n° 176, p. 252.

Crim., 20 oct. 1949, *Bull. crim.* n° 291, p. 461.

Crim. 19 juillet 1951, *Bull. crim.* n° 223, p. 379.

Crim. 19 juillet 1951, *Bull. crim.* n° 224, p. 380.
 Crim. 19 mars 1953, *Bull. crim.* n° 98, p. 166.
 Crim. 26 janv. 1954, *Bull. crim.* n° 32, p. 57.
 Crim., 13 janv. 1955, *Bull. crim.* n° 34, p. 55.
 Crim. 26 juillet 1955, *Bull. crim.* n° 369, p. 653.
 Crim. 5 juin 1956, *Bull. crim.* n° 427, p. 780.
 Crim. 4 févr. 1960, *Bull. crim.* n° 69, p. 141.
 Crim. 27 déc. 1960, *Bull. crim.* n° 621, p. 1214.
 Crim. 15 avr. 1961, *Bull. crim.* n° 203, p. 388.
 Crim., 25 oct. 1962, *D.* 1963, p. 221, note P. BOUZAT ; *JCP* 1963, II, 12985, note R. VOUIIN ; *RSC* 1963, p. 533, obs. A. LEGAL.
 Crim. 30 avr. 1963, *Bull. crim.* n° 157, p. 319.
 Crim., 29 janv. 1965, *Bull. crim.* n° 30, p. 63.
 Crim. 12 mai 1970, *Bull. crim.* n° 158, p. 360.
 Crim. 8 nov. 1972, *Bull. crim.* n° 329, p. 850.
 Crim., 4 janv. 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 1, p. 343, note J.-P. DOUCET ; *RSC* 1976, p. 707, obs. J. LARGUIER.
 Crim. 10 mars 1977, *Bull. crim.* n° 91, p. 271.
 Crim. 21 juin 1978, *Bull. crim.* n° 207, p. 540.
 Crim., 17 févr. 1981, *Bull. crim.* n° 63, p. 176.
 Crim. 28 janv. 1981, *Bull. crim.* n° 41, p. 116.
 Crim., 30 mai 1989, *Bull. crim.* n° 222 p. 562.
 Crim., 19 déc. 1989, *Bull. crim.* n° 488, p. 1188.
 Crim. 21 mai 1990, *Bull. crim.* n° 203, p. 518.
 Crim. 28 mai 1990, *Bull. crim.* n° 214, p. 542.

Cass. révision, 20 juin 1994, *Bull. crim.* n° 246 p. 590.
 Crim. 18 juillet 1995, *Dr. pénal* 1995, n° 145, obs. J.-H. ROBERT.
 Crim. 23 janv. 1997, *Bull. crim.* n° 32, p. 86.
 Crim., 23 janv. 1997, *D.* 1997, jur., p. 147, note J. PRADEL, « La répression du complice suppose-t-elle l'existence d'un dol spécial en ce qui le concerne lorsque cet élément est exigé pour la répression de l'auteur ? », *Dr. pén.* 1997, comm. 38, obs. J.-H. ROBERT.
 Crim. 20 mars 1997, *Dr. pénal* 1997, n° 131, obs. J.-H. ROBERT ; *D.* 1999, p. 28, note D. BOCCARA.
 Crim. 25 juin 1998, *Dr. pénal* 1998. 145, obs. J.-H. ROBERT.
 Cass. révision, 16 nov. 1998, *Bull. crim.* n° 299, p. 867.
 Crim. 4 mai 2000, *Bull. crim.* n° 178, p. 520.
 Crim., 11 oct. 2000, *Juris-data* n° 2000-006700.
 Crim., 19 févr. 2002, *Bull. crim.* n° 35, p. 100.
 Crim., 18 juin 2003, *D.* 2004, jur., p. 1620, note D. REBUT ; *JCP* 2003, II, 10121, note M.-L. RASSAT ; *RSC* 2003, p. 781, obs. Y. MAYAUD ; *Dr. pén.*, 2003, comm. n° 97, M. VERON.
 Crim., 15 déc. 2004, *Bull. crim.* n° 322, p. 1216.
 Crim. 7 sept. 2005, *Bull. crim.* n° 219, p. 779.
 Crim. 25 oct. 2005, *Bull. crim.* n° 267, p. 931.

Section 2. Le rôle du discernement dans la qualification d'une pluralité d'infractions

§ 1. Le discernement et la simultanéité d'infractions

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 17 déc. 1842, *Bull. crim.* n° 333, p. 516.
 Crim., 21 août 1845, *Bull. crim.* n° 263, p. 431.
 Crim., 2 juillet 1863, *Bull. crim.* n° 185, p. 307.
 Crim., 17 juin 1875, *Bull. crim.* n° 193, p. 371.
 Crim., 11 mars 1905, *Bull. crim.* n° 118, p. 184.
 Crim., 30 janv. 1937, *S.* 1939, 1, p. 193, note A. LEGAL.
 Crim., 3 nov. 1955, *Bull. crim.* n° 443, p. 784.
 Crim., 19 avr. 1956, *Bull. crim.* n° 323, p. 596.
 Crim., 24 oct. 1956, *Bull. crim.* n° 675, p. 1197.
 Crim., 27 nov. 1957, *Bull. crim.* n° 778, p. 1407.
 Crim., 15 janv. 1958, *Bull. crim.* n° 60, p. 106.
 Crim., 3 janv. 1960, *Bull. crim.* n° 178.

Crim., 2 déc. 1997, *Bull. crim.* n° 408, p. 1350.
 Crim., 14 déc. 1999, *Bull. crim.* n° 306, p. 947.
 Crim., 18 janv. 2000, *Bull. crim.* n° 28, p. 68.
 Crim., 21 mars 2000, *Bull. crim.* n° 128, p. 382.
 Crim., 24 mai 2000, *Bull. crim.* n° 203, p. 597.
 Crim., 30 mai 2000, *Bull. crim.* n° 206, p. 607.
 Crim., 22 janv. 2002, *JurisData* n° 2002-013184.
 Crim., 7 mai 2002, *JurisData* n° 2002-015302.
 Crim., 14 oct. 2003, *Bull. crim.* n° 189, p. 778.
 Crim., 28 juin 2005, *JurisData* n° 2005-029666 ; *Dr. pén.* 2005, comm. 126, obs. critiques de J.-H. ROBERT.
 Crim., 2 nov. 2005, *JurisData* n° 2005-031101.
 Crim., 23 mai 2006, *Pourvoi* n° 05-84.846, *Dr. pén.* 2006, comm. 128, M. VERON.
 Crim., 20 juin 2006, *Bull. crim.* n° 188, p. 669.

Crim., 4 déc. 2007, Pourvoi n° 07-81072, Inédit.
 Crim., 15 janv. 2008, *JCP* 2008, II, 10082, note J.-Y MARECHAL.
 Crim., 15 janv. 2008, *Bull. crim.* n° 6, p. 17.
 Crim., 1^{er} avr. 2008, JurisData n° 2008-043861, *Dr. pén.* 2008, comm. 140, note M. VERON
 Crim., 8 avr. 2008, *Bull. crim.* n° 96, p. 444.
 Crim., 25 juin 2008, *Bull. crim.* n° 167, p. 721.
 Crim., 28 avr. 2009, *Bull. crim.* n° 80, p. 283.
 Crim., 23 nov. 2010, *Bull. crim.* n° 186, p. 746.

Crim., 20 juillet 2011, non publié, JurisData n° 2011-014798.
 Crim., 20 juillet 2011, non publié, JurisData n° 2011-014800.
 Crim., 11 oct. 2011, *Bull. crim.* n° 202, p. 749.
 Crim., 11 oct. 2011, *Bull. crim.* n° 202, p. 749.
 Crim., 11 avr. 2012, *Bull. crim.* n° 94, p. 151.
 Crim., 2 oct. 2012, *Bull. crim.* n° 205, p. 447.
 Crim. 23 mai 2013, Pourvoi n° 12-83780, *Bull. crim.* n° 115, p. 220.

§ 2. Le discernement et la succession d'infractions

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 13 avr. 1922, *D. P.* 1925, I, p. 225, note H. DONNEDIEU DE VABRES.
 Crim., 30 janv. 1937, *S.* 1939, p. 193, *RSC* 1965, p. 872, note A. LEGAL; *RSC* 1967, p. 175.
 Crim., 31 mai 1949, *Bull. crim.* n° 202, p. 317.
 Crim., 19 févr. 1959, *D.* 1959, p. 161, note critique M. R. – M. P.
 Crim., 19 févr. 1965, *Bull. crim.* n° 44, p. 97.
 Crim., 24 juin 1980, *Bull. crim.* n° 202, p. 527, *RSC* 1981, p. 618, obs. critiques de G. LEVASSEUR.
 Crim., 24 juin 1980, *Bull. crim.* n° 202, p. 527.
 Crim. 22 avr. 1986, *Bull. crim.* n° 136, p. 346.
 Crim., 4 mars 1998, *Dr. Pénal* 1998, comm. n° 97, note M. VERON.
 Crim., 2 oct. 2007, Pourvoi n° 07-81194, Inédit.

Conclusion du chapitre 1

Crim., 23 mars 1843, *Bull. crim.* n° 66, p. 130.
 Crim., 27 nov. 1845, *Bull. crim.* n° 348, p. 547.
 Crim., 16 juin 1855, *Bull. crim.* n° 214, p. 353.
 Crim., 23 nov. 1872, *Bull. crim.* n° 288, p. 493.

Crim., 11 déc. 2007, Pourvoi n° 07-82360, Inédit.

Juridictions du fond

CA Rennes, 20 déc. 1948, *D.* 1949, p. 230.
 CA Douai, 30 sept. 1954, *D.* 1955, p. 55, note P.-A. PAGEAUD,
 CA Bourges, 6 mars 1958, *D.* 1958, p. 279.
 CA Besançon, 16 déc. 1975, *D.* 1976, p. 166, note M. PELIER ; *RSC* 1976, p. 972, obs. G. LEVASSEUR.
 CA Pau, 21 nov. 1989, *JCP* 1991, II, 21683, note R. NERAC-CROISIER ; *RSC* 1992, p. 81, obs. G. LEVASSEUR.
 CA Limoges, 7 mai 1997, *RSC* 1997, p. 838, obs. Y. MAYAUD.

Crim., 13 mars 1936, *Bull. crim.* n° 33, p. 65.
 Crim., 11 oct. 2000, JurisData n° 99-81.283, inédit.
 Crim., 31 mars 2010, JurisData n° 09-86337.

Chap. 2. Les conséquences de l'absence de discernement sur la qualification de l'infraction

Section 1. Les conséquences de l'incapacité de discernement sur la qualification de l'infraction

§1. Les conséquences de l'incapacité générale de discernement : l'abus de la victime

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 14 oct. 1842, *Bull. crim.* n° 280, p. 427.
 Crim., 25 juin 1857, *Bull. crim.* n° 240, p. 378.
 Crim. 31 déc. 1858, *Bull. crim.* n° 328, p. 539.
 Crim. 18 mai 1876, *Bull. crim.* n° 120, p. 237.
 Crim. 31 août 1899, *Bull. crim.* n° 267, p. 461.
 Crim., 25 mai 1938, *D. H.* 1938, p. 458.
 Crim., 6 nov. 1963, *D.* 1965, jurispr., p. 323, note R. VOUIN.

Crim. 26 juin 1974, *Bull. crim.* n° 243, p. 622.
 Crim. 17 janv. 1978, *Bull. crim.* n° 20, p. 44.
 Crim., 13 avr. 1988, *D.* 1989, p. 461
 Crim. 16 mars 1989, *Bull. crim.* n° 133, p. 342.
 Crim., 3 sept. 1991, Juris-Data n° 003783, *Gaz. Pal.* 9-11 févr. 1992, chr., p. 4.
 Crim., 11 juin 1992, *Bull. crim.* n° 228, p. 631.
 Crim., 17 juin 1992, *Bull. crim.* n° 245, p. 673.

- Crim., 23 juin 1992, Pourvoi n° 92-81906, Inédit.
 Crim., 8 juin 1994, *Bull. crim.* n° 226, p. 550.
 Crim., 1^{er} mars 1995, *Bull. crim.* n° 92, p. 230.
 Crim., 28 mai 1997, *Juridisque Lamy*, 3101.
 Crim., 2 déc. 1998, Pourvoi n° 98-81059, Inédit.
 Crim., 12 janv. 2000, *Bull. crim.* n° 15, p. 33.
 Crim., 11 oct. 2000, Pourvoi n° 00-84701, Inédit.
 Crim., 3 avr. 2001, Pourvoi n° 01-80623, Inédit (Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Bordeaux, 19 déc. 2000).
 Crim., 15 nov. 2005, *JCP G* 2006, II, 10057, note J.-Y. MARECHAL.
 Crim., 13 mai 2006, Pourvoi n° 05-82831, Inédit.
 Crim., 7 mars 2007, Pourvoi n° 06-89230, Inédit.
 Crim., 27 mai 2008, Pourvoi n° 07-88151, Inédit.
 Crim., 6 août 2008, Pourvoi n° 08-83315, Inédit.
 Crim., 25 nov. 2008, Pourvoi n° 08-80819, Inédit.
 Crim., 6 janv. 2009, Pourvoi n° 08-82335, Inédit.
 Crim., 1^{er} avr. 2009, non publié.
 Crim., 1^{er} avr. 2009, Pourvoi n° 08-84484, Inédit et Pourvoi n° 09-80100, Inédit.
 Crim., 14 oct. 2009, Pourvoi n° 09-85007, Inédit.
 Crim., 2 févr. 2010, Pourvoi n° 09-89022, Inédit.
 Crim., 9 juin 2010, Pourvoi n° 10-81922, Inédit.
 Crim., 27 mai 2010, Pourvoi n° 09-83633, Inédit.
 Crim., 16 nov. 2010, Pourvoi n° 10-80302, Inédit.
 Crim., 22 mars 2011, Pourvoi n° 09-88333, Inédit.
 Crim., 22 mars 2011, Pourvoi n° 10-85385, Inédit.
 Crim., 5 avril 2011, Pourvoi n° 10-84355, inédit.
 Crim., 5 juin 2012, Pourvoi n° 12-82217, Inédit.
 Crim., 7 mars 2012, Pourvoi n° 11-83843, Inédit.
 Crim., 27 juin 2012, Pourvoi n° 11-83695, Inédit.
 Crim., 5 sept. 2012, Pourvoi n° 11-84483, Inédit (rejet contre l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes (10 mars 2011)).
 Crim., 6 nov. 2012, Pourvoi n° 11-89050, Inédit.

§ 2. Les conséquences de l'absence particulière de discernement : l'instrumentalisation de la victime

Cour de cassation – Chambre criminelle

- Crim. 23 avr. 1813, *Bull. crim.* n° 85, p. 207, précité.
 Crim. 23 avr. 1829, *Bull. crim.* n° 84, p. 230, précité.
 Crim. 10 déc. 1842, *Bull. crim.* n° 324, p. 505.
 Crim., 20 juillet 1861, *Bull. crim.* n° 160, p. 279.
 Crim. 4 mars 1864, *Bull. crim.* n° 58, p. 101.
 Crim., 22 juin 1876, *Bull. crim.* n° 139, p. 283.
 Crim. 21 mai 1885, *S.* 1888, 1, 487.
 Crim., 2 juillet 1886, *Bull. crim.* n° 238, p. 393.
 Crim. 31 août 1899, *Bull. crim.* n° 267, p. 461.
 Crim. 18 janv. 1902, *Bull. crim.* n° 30, p. 54.
 Crim., 4 juin 1908, *Bull. crim.* n° 231, p. 423.
 Crim. 2 mars 1916, *Bull. crim.* n° 54, p. 95.
 Crim. 13 nov. 1919, *Bull. crim.* n° 237, p. 395.
 Crim. 20 déc. 1924, *Bull. crim.* n° 422, p. 704.
 Crim. 25 mai 1938, *D. H.* 1938, p. 458.
 Crim. 29 déc. 1948, *Bull. crim.* n° 299, p. 450.
 Crim., 10 févr. 1954, *Bull. crim.* n° 69, p. 120.
 Crim., 5 févr. 1958, *Bull. crim.* n° 126, p. 215.
 Crim., 21 avr. 1964, 1^{ère} espèce (veuve Paradis), *JCP* 1965, II, 13973, note R. OTTENHOF.
 Crim., 4 nov. 1964, *JCP* 1965, II, 14066, note A. CHAVANNE.
 Crim., 7 avr. 1967, *Bull. crim.* n° 105, p. 246, *D.* 1967, p. 601 ; *JCP* 1968, II, 15366, note J. VOLFF.

Crim., 25 avril 1979, *Bull. crim.* n° 148, p. 425.
 Crim. 18 janv. 2000, *JCP* 2001, II, 10502, n° 5, note D. REBUT.
 Crim., 3 avr. 2002, Pourvoi n° 01-85319, inédit.
 Crim., 24 avr. 2003, Pourvoi n° 02-86098, Inédit (rejet).
 Crim., 3 mai 2006, *Bull. crim.* n° 117, p. 433.
 Crim., 10 févr. 2009, *Bull. crim.* n° 33, p. 103.
 Crim., 23 janv. 2013, Pourvoi n° 12-8150, inédit.

Section 2. Les conséquences de l'abolition du discernement sur la qualification de l'infraction

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 13 mai 1826, *Bull. crim.* n° 95, p. 275. Crim., 3 mars 2010, *Bull. crim.* n° 46, p. 216.
 Crim., 1^{er} mars 1855, *Bull. crim.* n° 71, p. 126.

Titre 2. Le rôle du discernement en procédure pénale

Chapitre 1. Le rôle du discernement de la partie civile

Section 1. Le discernement, condition de l'action civile devant le juge pénal

§ 1. La condition de la constitution de partie civile de la victime

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 15 avr. 1889, *S.* 1889, I, p. 292.
 Crim., 8 déc. 1906, *Bull. crim.* n° 443, p. 816.
 Civ., 18 déc. 1912, *S.* 1914, p. 249, note R.-L. MOREL.
 Civ., 12 juin 1914, *D.* 1915, 1, p. 17.
 Civ., 15 janv. 1929 et 30 déc. 1929, *DP* 1930, p. 41.
 Crim., 6 juillet 1934, *DH* 1934, p. 446.
 Civ., 5 janv. 1956, *JCP* 1956, II, 9140, note P.-A. PAGEAUD ; *D.* 1956, p. 236.
 Crim. 26 févr. 1969, *Bull. crim.* n° 97, p. 238 ; *D.* 1969, p. 325.
 Crim. 11 janv. 1984, *Bull. crim.* n° 17, p. 43.
 Crim. 11 mars 1987, *Bull. crim.* n° 121, p. 337.
 Crim., 3 mars 1993, *Bull. crim.* n° 96, p. 230.
 Crim. 20 oct. 1993, *Bull. crim.* n° 298, p. 748.
 Crim., 6 déc. 1995, *Bull. crim.* n° 303, p. 832 (11 oct.)
 Crim., 20 mars 1996, *Bull. crim.* n° 119, p. 349.
 Crim., 2 avr. 1997, *Bull. crim.* n° 130, p. 437.
 Crim., 28 sept. 1999, *Bull. crim.* n° 198, p. 624.

Crim., 4 juin 2002, *Bull. crim.* n° 127, p. 456.
 Crim. 2 déc. 2003, *Bull. crim.* n° 231, p. 933.
 Crim. 23 juin 2004, *Bull. crim.* n° 170, p. 625.
 Crim., 17 nov. 2004, *Bull. crim.* n° 291, p. 1083.
 Crim., 22 mars 2005, *Dr. pénal* 2005, comm. 103, obs. M. VERON.
 Crim. 29 mars 2006, *Bull. crim.* n° 98, p. 373.
 Crim., 22 janv. 2008, *Dr. pén.* 2008, comm. 43, obs. M. VERON.
 Crim., 4 mars 2008, *D.* 2008, p. 991, et *D.* 2009, p. 123, obs. T. GARE ; *RSC* 2008, p. 901, obs. Y. MAYAUD.
 Crim., 29 sept. 2009, *Bull. crim.* n° 160, p. 691.
 Crim. 3 nov. 2010, *Bull. crim.* n° 170, p. 699.
 Crim., 22 mai 2012, *Bull. crim.* n° 128, p. 209.

Cour de cassation – chambres civiles

2^e Civ., 29 mai 1996, *Bull.*, II, n° 109.
 2^e Civ., 27 mai 1998, *Bull.*, II, n° 164.
 2^e Civ., 14 déc. 1999, *Bull.*, II, n° 345, *JCP* 2000, II, 10241, concl. F. PETIT ; *RTD civ.* 2000, p. 342, obs. P. JOURDAIN.

§ 2. La condition de la constitution de partie civile des proches de la victime

Cour de cassation – Assemblée plénière

Ass. Pl., 12 janv. 1979, *Bull. crim.* n° 20, p. 61.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 9 févr. 1989, *Bull. crim.* n° 63, p. 173.

Crim., 10 nov. 1992, *Bull. crim.* n° 365, p. 1014.

Crim., 27 janv. 1993, *Bull. crim.* n° 44, p. 106.

Crim., 3 mars 1993, *Bull. crim.* n° 97, p. 233.

Crim. 13 déc. 1995, *Bull. crim.* n° 377, p. 1101.
 Crim., 4 févr. 1998, *Bull. crim.* n° 43, p. 109.
 Crim., 21 juillet 1998, *Bull. crim.* n° 217, p. 629.
 Crim., 14 oct. 1998, *Bull. crim.* n° 263, p. 761.

Crim., 17 oct. 2000, *Bull. crim.* n° 297, p. 874.
 Crim., 29 mai 2001, *Bull. crim.* n° 134, p. 409.
 Crim., 27 mai 2009, *Bull. crim.* n° 107, p. 412.
 Crim., 23 sept. 2010, *Bull. crim.* n° 139, p. 591.

Section 2. Les conséquences de l'absence de discernement sur la prescription de l'action civile

§ 1. Les conséquences de l'incapacité générale de discernement

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 16 févr. 2005, *Bull. crim.* n° 63, p. 233.
 Crim., 1^{er} oct. 2013, Pourvoi n° 13-84981, Inédit.
 Crim., 18 déc. 2013, Pourvoi n° 13-81129, Inédit ; *Gaz. Pal.* 1^{er} févr. 2014, n° 32, p. 15, note E. RASCHEL.

Juridictions du fond

Tribunal de grande instance de Caen, 4 sept. 2001, *D.* 2001, p. 3454, Y. MAYAUD.

§ 2. Les conséquences de l'incapacité particulière de discernement

Cour de cassation – Assemblée plénière

Ass. plén., 20 mai 2011, *Bull. crim.* n° 6, p. 27.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 10 déc. 1925, *Bull. crim.* n° 339, p. 661.
 Crim., 10 mars 1932, *D. H.* 1932, p. 189.
 Crim., 13 janv. 1934, *Gaz. Pal.* 1934, 1, p. 447.
 Crim., 7 mai 1939, *Bull. crim.* n° 114, p. 208.
 Crim., 7 janv. 1944, *S.* 1944, 1, p. 112.
 Crim., 5 juillet 1945, *Bull. crim.* n° 76, p. 108.
 Crim., 16 juillet 1964, *Bull. crim.* n° 241, p. 514.
 Crim., 7 déc. 1967, *D.* 1968, p. 617, note J.-M. R. p. 621.
 Ch. mixte, 26 févr. 1971, *D.* 1971, p. 240, concl. LINDON ; *Gaz. Pal.* 1971, 2, p. 552, note J.-P. DOUCET ; *RSC* 1971, p. 683, obs. LEVASSEUR.
 Crim., 18 juillet 1974, *Bull. crim.* n° 258, p. 659.
 Crim., 22 oct. 1979, *Bull. crim.* n° 291, p. 798.
 Crim., 10 août 1981, *Bull. crim.* n° 244, p. 643.
 Crim. 22 nov. 1983, *Bull. crim.* n° 307, p. 785.
 Crim. 4 nov. 1985, *Bull. crim.* n° 339, p. 871.
 Crim., 20 févr. 1986, *Bull. crim.* n° 70, p. 167.
 Crim. 13 févr. 1989, *Bull. crim.* n° 69, p. 187.
 Crim., 4 déc. 1990, *Bull. crim.* n° 413, p. 1038.
 Crim., 17 juin 1991, *Bull. crim.* n° 259, p. 672.

Crim., 27 juillet 1993, *Dr. pén.* 1994, comm. 89, note J.-H. ROBERT
 Crim., 28 mars 1996, *Bull. crim.* n° 142, p. 407.
 Crim., 6 févr. 1997, *Bull. crim.* n° 48, p. 148.
 Crim., 4 mars 1997, *Bull. crim.* n° 83, p. 270.
 Crim., 5 mai 1997, *Bull. crim.* n° 159, p. 525.
 Crim., 8 sept. 1998, *Juris-Data* n° 004138; *Dr. pénal* 1998, n° 17, A. MARON.
 Crim., 4 nov. 1998, *Bull. crim.* n° 248, p. 775.
 Crim., 16 févr. 1999, *Bull. crim.* n° 25, p. 60.
 Crim., 9 mars 1999, *Bull. crim.* n° 32, p. 73.
 Crim., 13 oct. 1999, *Bull. crim.* n° 219, p. 692.
 Crim., 19 oct. 1999, *Bull. crim.* n° 223, p. 705.
 Crim., 27 oct. 1999, *Bull. crim.* n° 238, p. 752.
 Crim. 4 nov. 1999, *Bull. crim.* n° 248, p. 775.
 Crim., 17 déc. 2002, *Bull. crim.* n° 233, p. 851 et n° 234 p. 854.
 Crim., 17 mars 2004, *Bull. crim.* n° 72, p. 273, D. N. COMMARET, *RSC* 2004, p. 897.
 Crim., 5 mai 2004, *Bull. crim.* n° 110, p. 423.
 Crim., 19 mai 2004, Pourvoi n° 03-82.329, Inédit.
 Crim., 19 mai 2004, *Bull. crim.* n° 131, p. 499.
 Crim., 23 juin 2004, *Bull. crim.* n° 173, p. 630.
 Crim., 7 juillet 2005, *Bull. crim.* n° 206, p. 716.
 Crim. 19 sept. 2006, *Bull. crim.* n° 226, p. 796.
 Crim., 19 mars 2008, *Bull. crim.* n° 71, p. 314.
 Crim., 3 juin 2008, *Bull. crim.* n° 137, p. 604.
 Crim., 3 déc. 2008, *Dr. pén.* 2009, comm. n° 49, note M. VERON.

Crim., 17 déc. 1991, *Dr. pén.* 1992, p. 173.
 Crim., 1^{er} févr. 1993, *Dr. pén.* 1993, comm. 158, obs. M. VERON.

Crim., 16 oct. 2013, Pourvoi n° 11-89002 et 13-85232, Inédits ; *Gaz. Pal.* 23 nov. 2013, p. 20, obs. R. MESA ; *JCP* 2013, 1309, note S. DETRAZ ; *D.* 2013, p. 2673, note Y. MAYAUD.

Juridictions du fond

CA Aix, 12 janv. 1954, *S.* 1956, p. 61, note BRUNET ; *JCP* 1954, II, 8040, note J. SAVATIER.

CA Paris, 19 mars 1958, *JCP* 1958, II, 10806, note P. CHAMBON.

CA Pau, 24 oct. 1960, *D.* 1961, Somm. 23 ; *Gaz. Pal.* 1960, 2, p. 340.

CA Bordeaux, 28 avr. 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 2, p. 507 ; *RSC* 1987, p. 878, n°3-1, obs. G. LEVASSEUR.

Chapitre 2. Le rôle du discernement du mis en cause

Section 1. Le rôle du discernement du suspect

Sous-section 1. Le discernement du suspect, condition de recevabilité de la preuve

§ 1. La critique du rôle de la loyauté dans la recevabilité de la preuve

Cour de cassation – Chambres réunies

Cass., Ch. réunies, 31 janv. 1888, *S.* 1889, I, p. 241.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 27 janv. 1944, *D. A.* 1944, p. 92.

Crim., 23 juillet 1992, *Dr. pén.* 1992, comm. 299, note A. MARON.

Crim., 1^{er} déc. 1992, *Dr. pén.* 1994, chr. 12.

Crim., 6 avr. 1993, Pourvoi n° 93-80184, Inédit.

Crim., 15 juin 1993, *D.* 1994, p. 613, note C. MASCALA.

Crim., 6 avr. 1994, *Bull. crim.* n° 136, p. 302.

Crim., 1^{er} avr. 1998, *Bull. crim.* n° 124, p. 335.

Crim., 30 avr. 1998, *Dr. pén.* 1998, n° 124, obs. A. MARON.

Crim., 30 mars 1999, *D.* 1999, I.R., 131.

Crim., 5 mai 1999, *Bull. crim.* n° 87, p. 234.

Crim., 19 janv. 2000, *Bull. crim.* n° 33, p. 82 ; *Procédures* 2000, comm. n° 155.

Crim., 11 juin 2002, *Bull. crim.* n° 131, p. 482.

Crim., 11 juin 2002, *Bull. crim.* n° 132, p. 486.

Crim., 16 janv. 2008, *Bull. crim.* n° 14, p. 47.

Crim., 4 juin 2008, *Bull. crim.* n° 141, p. 619.

Crim., 16 juin 2011, *Bull. crim.* n° 134, p. 551.

Crim., 21 juin 2011, *Bull. crim.* n° 149, p. 598.

Juridictions du fond

CA Toulouse, 13 mars 1942, *D. C.* 1943, p. 94 et s., spéc. p. 96, note H. DONNEDIEU de VABRES.

T. corr. Seine, 23 févr. 1949, *D.* 1949, p. 287.

§ 2. La justification du rôle du discernement dans la recevabilité de la preuve

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH 4 déc. 2008, *S. et Marper c/ Royaume Uni.*

Conseil constitutionnel

Cons. const., 18 juin 2012, Déc. n° 2012-257 QPC, *JO* du 19 juin 2012 ; *Procédures* 2012, comm. 256, A.-S. CHAVENT-LECLERE.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 12 juin 1952 (affaire Imbert), *JCP* 1952, II, 7241, note J. BROUCHOT.

Crim., 18 févr. 1958, *Bull. crim.* n° 163, p. 274.

Crim., 17 mars 1960, *Bull. crim.* n° 156, p. 330.

Crim., 10 oct. 1968, *JCP* 1969, II, 15741, note P. MAISTRE du CHAMBON.

Crim., 3 oct. 1973, *Bull. crim.* n° 343, p. 838.

Crim., 21 oct. 1980, *D.* 1981, p. 104, note D. MAYER.

Crim., 11 juin 1985, *Bull. crim.* n° 226, p. 578.

Crim., 1^{er} août 1987, *Bull. crim.* n° 302, p. 804.

Crim., 22 déc. 1987, *D.* 1989, p. 323, note F. JULIEN-LAFERRIERE.

Crim., 2 févr. 1988, *Bull. crim.* n° 52, p. 142.

Crim., 8 nov. 1989, *Bull. crim.* n° 406, p. 979.

Crim., 23 oct. 1991, *Bull. crim.* n° 371, p. 922.

Crim., 30 avr. 1996, *Bull. crim.* n° 182, p. 525.

Crim., 13 nov. 1996, *Bull. crim.* n° 401, arrêt n° 1, p. 1167.

Crim., 3 déc. 1996, *Bull. crim.* n° 443, p. 1297.

Crim., 19 févr. 1997, *Bull. crim.* n° 66, p. 211.
 Crim., 6 mai 1997, *Bull. crim.* n° 174, p. 576.
 Crim., 16 déc. 1997, *Bull. crim.* n° 427, p. 1402.
 Crim., 4 mars 1998, *Bull. crim.* n° 84, p. 231.
 Crim., 29 avr. 1998, *Bull. crim.* n° 145, p. 386, *RSC* 1998, p. 785, obs. J.-P. DINTILHAC ; *Procédures* 1998, comm. n° 265.
 Crim., 18 juin 1998, *Bull. crim.* n° 200, p. 552.
 Crim., 14 oct. 1998, *Dr. pén.* 1999, n° 30, note A. MARON.
 Crim., 24 nov. 1998, *Dr. pén.* 1999, comm. n° 30, A. MARON.
 Crim., 14 mars 1999, *Bull. crim.* n° 304, p. 941.
 Crim., 14 déc. 1999, *Dr. pén.* 2000, comm. n° 39, note A. MARON.

Crim., 19 janv. 2000, *Bull. crim.* n° 33, p. 82.
 Crim., 21 mars 2000, *Bull. crim.* n° 127, p. 381.
 Crim., 10 mai 2000, *Bull. crim.* n° 181, p. 528.
 Crim., 11 oct. 2000, *Bull. crim.* n° 296, p. 870.
 Crim. 27 janv. 2001, *Bull. crim.* n° 22, p. 60.
 Crim., 13 nov. 2001, *Bull. crim.* n° 232, p. 752.
 Crim. 6 mai 2003, *Procédures* 2003, comm. n° 178, note J. BUISSON.
 Crim. 10 juin 2003, *Bull. crim.* n° 129, p. 500.
 Crim., 21 juin 2005, *Bull. crim.* n° 181, p. 646.
 Crim., 1er mars 2006, *Bull. crim.* n° 60, p. 231.
 Crim., 11 juillet 2007, *Bull. crim.* n° 183, p. 771.
 Crim., 6 mars 2013, *Bull. crim.* n° 62, p. 117.

Sous-section 2. Les conséquences de l'absence de discernement du suspect sur la recevabilité de la preuve

§ 1. Les conséquences de l'incapacité de discernement du suspect : l'irrecevabilité de la preuve

Conseil constitutionnel

Cons. const., 29 août 2002, Déc. n° 2002-461 DC, *JO* 10 sept. 2002, p. 14953.
 Cons. const., 3 mars 2007, Déc. n° 2007-553 DC, *JO* 7 mars 2007, p. 4356.
 Cons. const., 8 juillet 2011, Déc. n° 2011-147 QPC, *JO*, du 9 juillet 2011, p. 11979.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 16 févr. 1906, *Bull. crim.* n° 83, p. 142.
 Crim., 4 janv. 1917, *Bull. crim.* n° 1, p. 1.
 Crim., 11 juillet 1919, *Bull. crim.* n° 171, p. 288.
 Crim., 18 mars 1921, *Bull. crim.* n° 134, p. 226.
 Crim., 14 avr. 1930, *Bull. crim.* n° 126, p. 250.
 Crim., 10 nov. 1948, *Bull. crim.* n° 256, p. 388.
 Crim., 12 juin 1952, *S.* 1954, 1, p. 69, note A. LEGAL ; *JCP* 1952, II, 7241, note J. BROUCHOT,
 Crim., 3 juin 1955, *Bull. crim.* n° 266, p. 482.
 Crim., 17 mars 1960, *Bull. crim.* n° 156, p. 330.
 Crim., 10 oct. 1968, *JCP* 1969, II, 15741, note P. CHAMBON.
 Crim., 11 mars 1970, *Bull. crim.* n° 99, p. 228.
 Crim., 3 oct. 1973, *Bull. crim.* n° 343, p. 838.
 Crim., 9 oct. 1980, *Bull. crim.* n° 255, p. 662.
 Crim., 21 oct. 1980, *D.* 1981, p. 104, note D. MAYER ; *RSC* 1992, p. 15, H. LECLERC.
 Crim., 23 avr. 1981, *Bull. crim.* n° 117, p. 328.
 Crim., 11 juin 1985, *Bull. crim.* n° 226, p. 578.

Crim., 1^{er} août 1987, *Bull. crim.* n° 302, p. 804.
 Crim., 22 déc. 1987, *D.* 1989, p. 323, note F. JULIEN-LAFERRIERE.
 Crim., 22 juin 1988, *Bull. crim.* n° 285, p. 760.
 Crim. 26 févr. 1991, *Bull. crim.* n° 97, p. 242.
 Crim., 11 févr. 1992, *Bull. crim.* n° 66, p. 166.
 Crim., 22 avr. 1992, *Bull. crim.* n° 169, p. 441.
 Crim., 20 août 1992, *Bull. crim.* n° 279, p. 760.
 Crim., 18 oct. 1993, *Bull. crim.* n° 296, p. 743.
 Crim., 22 juin 1994, *Bull. crim.* n° 247, p. 592.
 Crim., 3 avr. 1995, *Bull. crim.* n° 140, p. 394.
 Crim., 4 janv. 1996, *Bull. crim.* n° 5, p. 8.
 Crim., 27 févr. 1996, précité, p. 350, note C. GUERY.
 Crim., 27 févr. 1996, *Bull. crim.* n° 93, p. 273.
 Crim., 2 avr. 1996, *Bull. crim.* n° 145, p. 423.
 Crim., 30 mai 1996, *Bull. crim.* n° 226, p. 652.
 Crim., 3 déc. 1996, *Bull. crim.* n° 443, p. 1297.
 Crim., 19 févr. 1997, *Bull. crim.* n° 66, p. 211, préc.
 Crim., 16 déc. 1997, *Bull. crim.* n° 427, p. 1402.
 Crim., 11 févr. 1998, *Bull. crim.* n° 55, p. 148.
 Crim., 23 nov. 1999, *Procédures* 2000, comm. 106, note J. BUISSON.
 Crim., 15 déc. 1999, *Bull. crim.* n° 309, p. 956.
 Crim., 16 mai 2000, *Bull. crim.* n° 192, p. 566.
 Crim., 18 oct. 2000, *Dr. pén.* 2001, chr. 23, obs. C. MARSAT.
 Crim., 11 mai 2004, 2 arrêts, *Bull. crim.* n° 113, p. 437 et n° 117, p. 453.
 Crim., 25 mai 2005, *Bull. crim.* n° 157, p. 563.

Crim., 11 mai 2006, *Bull. crim.* n° 132, p. 482.
 Crim., 9 août 2006, *Bull. crim.* n° 202, p. 741 (cassation).
 Crim., 10 janv. 2007, Pourvoi n° 06-84263, Inédit.
 Crim., 31 janv. 2007, *Bull. crim.* n° 27, p. 100.
 Crim., 7 févr. 2007, *Bull. crim.* n° 37, p. 24.
 Crim., 21 mars 2007, *Bull. crim.* n° 90, p. 456.
 Crim., 3 mai 2007, *Dr. pén.* 2007, n° 147, note A. MARON.
 Crim., 19 juin 2007, *Bull. crim.* n° 163, p. 697 et n° 164, p. 699.
 Crim., 16 janv. 2008, *Bull. crim.* n° 14, p. 47.
 Crim., 16 janv. 2008, *Bull. crim.* n° 14, p. 47.
 Crim., 4 mai 2010, Pourvoi n° 10-81140, Inédit.

Cour de cassation – chambres civiles
 Cass. 2^e civ., 8 juillet 2004, n° 02-50.070, *Juris-Data* n° 2004-024544.
 Civ. 1^{ère}, 19 juin 2007, *Juris-Data* n° 2007-039676, *Dr. pén.* 2007, n° 122, note A. MARON.

Juridictions du fond
 CA Caen, 28 févr. 1990, *D.* 1990, somm. com. p. 378, obs. J. PRADEL.
 CA Dijon, 2 juin 1993, *Juris-Data* n°1993-049571, A. MARON, *Dr. pén.* 1993, comm. 205.
 CA Agen, 10 nov. 2003, *AJ Pénal* 2004, p. 152, note E. GARCON, « Le droit à l'assistance d'un interprète impartial au cours de la garde à vue ».

Ch. d'accusation de Paris, 8 févr. 1995, *D.* 1995, jurisp., p. 221, note J. PRADEL ; *Gaz. Pal.* 1995, n° du 11 mars, note J.-P. DOUCET.

§ 2. Les conséquences de l'abolition de discernement du suspect

Cour européenne des droits de l'homme
 CEDH, *John Murray c. Royaume-Uni*, 8 févr. 1996,
Cour de cassation – Chambre criminelle
 Crim., 12 déc. 2000, *Bull. crim.* n° 369, p. 1113.

Juridictions du fond
 CA, Aix-en-Provence, 8 mars 1961.
Conseil d'Etat
 CE, 30 oct. 1995, *Commune de Morsang sur Orge*.

Section 2. Le rôle du discernement prévenu

Sous-section 1. Le discernement du prévenu, condition de la condamnation pénale

§ 1. Le discernement du prévenu, condition du jugement pénal

Cour européenne des droits de l'homme
 CEDH, 28 nov. 1978, *Luedicke, Belkacem et Koç c/ Allemagne*, § 40 et s., *Cah. Dr. Eur.* 1979, p. 477, obs. G. COHEN-JONATHAN.
 CEDH, 6 déc. 1988, *Barberà, Messegué et Jabardo c/ Espagne*, spec. § 78, série A no 146.
 CEDH, 6 déc. 1989, *Kalaszinski c/ Autriche*.
 CEDH, 27 juillet 1993, *Kunnath c/ the State*, *Weekly Law Reports* 1993, vol. 1, p. 1315.
 CEDH, 23 févr. 1994, *Stanford c. Royaume-Uni*, § 26, série A no 2.
 CEDH, 15 juin 2004, *S. C. c/ Royaume-Uni*, n° 60958/00, § 28, CEDH 2004-IV.
 CEDH, 24 sept. 2002, *Cuscani c. Royaume-Uni*, req. n° 32771/96.
 CEDH, 8 janv. 2008, *Liebreich c/ Allemagne*, req. n° 30443/03.

CEDH, *Robertson c/ Royaume-Uni*, *Criminal Appeal Reports*, vol. 52, p. 690.
 CEDH, 14 janv. 2009, *Timergaliyev c/ Russie*, req. n° 40631/02.
 Décision de la Commission du 6 avr. 1994, *Roos c/ Suède*, n° 19598/92.

Cour de cassation – Chambre criminelle
 Crim., 13 oct. 1853, *Bull. crim.* n° 508, p. 591.
 Crim., 4 mars 1998, *Bull. crim.* n° 85, p. 232.
 Crim., 3 juin 2004, Pourvoi n° 03-80.989, Inédit, *Dr. pén.* 2004, comm. 150, note A. MARON.
 Crim., 29 juin 2005, *AJ Pénal* 2005, p. 419, obs. P. R. ; *Procédures* 2005, n° 240, note J. BUISSON ; *Dr. pén.* 2005, comm. n° 155, note A. MARON.
Juridictions du fond

Civ., 2^e, 3 juin 2004, n° 02-50.067, Juris-Data n° 2004-023917.

§ 2. Le discernement du condamné, condition de la rétribution pénale

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 7 juin 2000, *Papon c/ France*, req. n° 64666/01 ; *D.* 2002, p. 289, note M. HERZOG-EVANS, « La suspension de peine médicale de Maurice Papon ».

CEDH, gr. Ch., 26 oct. 2000, *Kudla c/ Pologne*, req. n° 30210/96.

CEDH, 5 avr. 2001, *Priebke c/ Italie*, req. n° 48799/99.

CEDH, 29 mai 2001, *Sawoniuk c/ Royaume-Uni*, req. n° 63716/00.

CEDH, 14 nov. 2002, *M. c/ France*, note H. MOUTOUH, *D.* 2003, p. 303 ; *AJ Pénal* 2010, p. 318 et s., M. de CROUY-CHANEL, E. NOEL, O. SANNIER, « Les aménagements de peine pour raison médicale ».

CEDH, 14 déc. 2004, *Gelfmann c/ France*, req. n° 25875/03 ; *AJ pénal* 2005, p. 33, obs. M. HERZOG-EVANS.

CEDH, 10 juillet 2007, *Mouisel c/ France*, req. n° 67263/01, *LPA* 2003, n° 122, p. 15, H. TIGROUDJA, « Le maintien en détention d'une personne atteinte d'un cancer au regard de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

CEDH, 27 juillet 2010, *Rokosz c/ Pologne*, n° 1595209.

CEDH, 2 sept. 2010, *Yakovenko c/ Ukraine*, req. n° 15825/06, § 101 ; *Dybeku c/ Albanie*, req. n° 41153/06, § 103 ; *Ghosh c/ Allemagne*, req. n° 24017/03, § 98 ; *Iorgov c/ Bulgarie*, req. n° 36295/02.

CEDH, 21 déc. 2010, *Raffray Taddei c/ France*, req. n° 36435/07, *D.* 2011, p. 793, note J.-F. RENUCCI ; *AJ Pénal* 2012, p. 357, obs. J.-P. CERE ; *D.* 2011, actu., O. BACHELET.

CEDH, 23 mai 2012, *G. c/ France*, req. n° 27244/09, spéc. § 77, *AJ Pénal* 2012, p. 357, obs. J.-P. CERE.

CEDH, 23 mai 2012, *G. c/ France*, req. n° 27244/09.

Conseil constitutionnel

Cons. const., 21 févr. 2008, Déc. n° 2008-562 DC, § 32.

Cons. const., 9 août 2007, Déc. n° 2007-554 DC, Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs.

Cons. const., 25 nov. 2011, Déc. n° 2011-199 QPC, *JO* du 26 nov. 2011, p. 20016, texte n° 73, *Rec.* p. 555.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 17 mars 1977, *Bull. crim.* n° 102, p. 246.

Crim. 28 nov. 1978, *Bull. crim.* n° 335 p. 875.

Crim., 12 févr. 2003, *Bull. crim.* n° 37, p. 144.

Crim., 28 sept. 2005, *Bull. crim.* n° 247, p. 869.

Crim., 23 juin 2004, *Bull. crim.* n° 172, p. 628.

Crim., 15 mars 2006, *Bull. crim.* n° 80, p. 297.

Crim. 20 mai 2006, *Bull. crim.* n° 153, p. 538.

Crim., 21 févr. 2007, *Bull. crim.* n° 60, p. 334.

Cass., 26 janv. 2009, Avis, *Bull. crim.* n° 1 ; *D.* 2009, p. 501, obs. M. LENA ; *AJ Pénal* 2009, p. 173, obs. C. SAAS ; *RSC* 2010, p. 125, chr. de jurisp. E. FORTIS.

Crim., 14 oct. 2009, *AJ Pénal* 2010, p. 42, obs. M. HERZOG-EVANS.

Crim., 16 déc. 2009, *D.* 2009, p. 1111, *Dr. pén.* 2010, Etudes 4, p. 11, note H. MATSOPOULOU.

Crim., 6 nov. 2012, *Bull. crim.* n° 240, p. 504.

Sous-section 2. Les conséquences de l'absence de discernement de l'accusé sur la condamnation pénale

§ 1. Les conséquences de l'absence de discernement de l'accusé au jour du jugement

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 16 déc. 1999, *T. c/ Royaume-Uni*, Grande chambre, req. n° 24724/94.

CEDH, 15 juin 2004, *S. C. c/ Royaume-Uni*, req. n° 60958/00.

CEDH, 23 mai 2012, *G. c/ France*, req. n° 27244/09, spéc. § 50.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 13 oct. 1853, *Bull. crim.* n° 508, p. 591.

Crim., 23 déc. 1859, *Bull. crim.* n° 287, p. 462.

Crim., 11 avr. 1907, *Bull. crim.* n° 165, p. 255.

Crim., 31 oct. 1912, *Bull. crim.* n° 525, p. 962.

Crim., 31 janv. 1920, *Bull. crim.* n° 61, p. 94.

Crim. 10 juin 1985, *Bull. crim.* n° 221, p. 566.

Crim. 2 juillet 1991, *Bull. crim.* n° 290, p. 739.

Crim., 5 juin 1997, *Bull. crim.* n° 228, p. 761.

Crim., 11 juillet 2007, *Bull. crim.* n° 185, p. 789.

Crim., 27 nov. 2012, *Bull. crim.* n° 258, p. 548.

§ 2. Les conséquences de l'absence de discernement du prévenu au moment des faits

Conseil constitutionnel

Cons. const., 23 juillet 2010, Déc. n° 2010-15/23 QPC, *JO* 24 juillet 2010, p. 13727, t. n° 120.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 13 oct. 1853, *Bull. crim.* n° 508, p. 591.
 Crim. 1^{er} mars 1855, *Bull. crim.* n° 71, p. 126.
 Crim., 18 mars 1965, *Bull. crim.* n° 83, p. 181.
 Crim. 16 sept. 1875, *Bull. crim.* n° 293, p. 556.
 Crim. 2 août 1951, *Bull. crim.* n° 243, p. 413.
 Crim., 6 déc. 1962, *Bull. crim.* n° 363, p. 748.
 Crim. 15 juillet 1965, *Bull. crim.* n° 176, p. 390.
 Crim. 7 mai 1968, *Bull. crim.* n° 141, p. 337.
 Crim., 9 janv. 1975, *D.* 1975, p. 390 et s., spéc. p. 392, note J. PRADEL.
 Crim., 7 juin 1988, *Bull. crim.* n° 259, p. 692.
 Crim., 7 oct. 1992, Pourvoi n° 92-82.181, Inédit.
 Crim., 26 janv. 2000, Pourvoi n° 99-80066, Inédit.
 Crim., 29 févr. 2000, Pourvoi n° 99-85055, Inédit.
 Crim., 12 déc. 2000, Pourvoi n° 00-86249, Inédit.
 Crim., 31 oct. 2001, *jurisp. auto.* 2002, p. 72.
 Crim., 2 mai 2002, Pourvoi n° 01-84447, Inédit.
 Crim., 15 mai 2002, Pourvoi n° 01-85876, Inédit.
 Crim., 29 mai 2002, Pourvoi n° 02-82125, Inédit.
 Crim., 25 févr. 2003, Pourvoi n° 02-83635, Inédit.
 Crim., 29 oct. 2003, *Bull. crim.* n° 205, p. 856.
 Crim., 12 mars 2004, *Bull. crim.* n° 119, p. 462.
 Crim., 11 mai 2004, Pourvoi n° 04-81179, Inédit.
 Crim., 16 nov. 2004, *Bull. crim.* n° 286, p. 1067.
 Crim., 18 oct. 2006, Pourvoi n° 05-86267, Inédit.
 Crim., 12 sept. 2007, Pourvoi n° 06-87290, Inédit.
 Crim., 5 déc. 2007, Pourvoi n° 06-88040, Inédit.

Crim., 25 nov. 2008, Pourvoi n° 08-80819, Inédit

Crim., 21 janv. 2009, *Bull. crim.* n° 24, p. 74.

Crim., 18 févr. 2009, Pourvoi n° 83-83681, Inédit.

Crim., 25 mars 2009, Pourvoi n° 08-87030, Inédit.

Crim., 16 déc. 2009, *Bull. crim.* n° 216, p. 918.

Crim., 14 avr. 2010, Pourvoi n° 09-82291, Inédit.

Crim., 1^{er} juin 2010, Pourvoi n° 09-86545, Inédit.

Crim., 17 janv. 2012, Pourvoi n° 11-81756, Inédit.

Crim., 13 mars 2012, Pourvoi n° 11-84354, Inédit.

Ch. d'accusation Rouen, 26 janv. 1982, *D.* 1983, I.R., p. 240.

Conseil d'Etat

CE, 8 sept. 2010, n° 323694, inédit recueil *Lebon*, M. LAVIE.



Index

A

Abus,
 >*de biens sociaux*, 182, 398, 399, 403, 570, 580, 587, 589, 592
 >*de confiance*, 63-69, 79, 81, 82, 123, 149, 180, 188, 256-263, 284 et s., 343, 350, 394, 398, 400, 523, 569, 577, 580, 582, 585, 590
 >*de faiblesse*, 330, 338-340, 357
Acte coercitif d'enquête, 359, 422, 432, 435, 445, 477, 541, 545, 624
Action civile, 33, 85, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 379, 380, 381, 382, 384, 385, 389, 391, 392, 406, 407, 545, 553, 577, 592, 608
Agression sexuelle, 123, 159, 232, 256, 306, 339, 340, 384, 410, 501, 511
Alcoolisme, 510, 511
Aliénation, 6, 24, 25, 105, 111 et s., 132, 142, 143, 149, 221 et s., 347 et s., 525 et s., 557, 562
Ancien Droit /Ancien Régime, 16, 24, 31, 32, 96, 112, 155-157, 232, 275, 337, 415, 529, 531, 547, 562, 564
Animal, 12, 16, 25, 26, 27, 29, 188, 224, 264, 350, 561, 582
Appréciation *in concreto*, 198, 235, 263
Arbitraire, 41, 55, 134, 143, 186, 261, 409, 431, 432, 436, 443, 472, 512, 550, 553
Atténuation de la peine, 103, 107, 120, 135
Atténuation de la responsabilité, 108-109, 118, 206
Autonomie du droit pénal, 70, 74, 79, 94, 162, 206, 374, 396, 425, 569, 574-577, 586
Aveu, 75, 261, 415, 425, 435, 530
Avocat assistance d'un avocat, 19, 343, 434 et s., 441, 445 et s., 456 et s., 460-467, 473, 485-491, 518-526, 534, 540

B

Bonne foi, 20, 42, 50, 161, 186 et s., 242, 250, 266, 290 et s., 324, 343, 415-417, 573, 592

C

Casier judiciaire, 209, 450, 500-505, 543
Castration chimique, 515
Causalité,
 >*Causalité directe*, 193, 254
 >*Causalité théories* (équivalence des conditions/causalité adéquate), 195, 252
Césure du procès pénal, 13, 131-132, 294 et s., 568
Circonstances aggravantes:
 57-60, 87, 109, 110, 340, 354, 394, 489, 492, 500-505, 542
 >*Circonstances aggravantes mixtes*, 282
 >*Circonstances aggravantes personnelles*, 289, 325
 >*Circonstances aggravantes réelles*, 275, 284, 325
Code pénal de 1791, 54, 209, 278, 324
Complicité:
 >*Complicité aide et assistance*, 284, 290, 293, 294, 296, 298
 >*Complicité instigation*, 258, 290, 293, 297, 326
Concours d'infractions, 316
Condamnation
 >*réhabilitation*, 500, 503, 504, 505, 542
 >*Condamnation réputée non avenue*, 500, 503, 504, 505
Conscience
 >*matérielle*, 40, 60, 61, 69, 76, 77, 88, 92, 96, 98, 216

>morale, 6 et s., 37 et s., 52 et s., 98, 99, 125, 146, 159, 170, 179, 280, 422, 423, 531, 548, 549, 594

>subconscient, 12, 18, 39, 124

Consentement de la victime, 63, 77 et s., 250, 256, 329 et s., 564 et s.

Contrainte

>morale, 193, 221 et s.

Contrainte pénale, 542

Contrainte physique, 47, 221, 223, 224, 334

Crime

>contre l'humanité, 56, 286, 287, 574

>prescription, 186 et s., 385 et s., 566 et s.

Criminel-né, 13, 283 et s., 127

D

Dangerosité légale, 124, 132, 135

Dangerosité psychiatrique, 10, 102, 124 et s., 506 et s.

Décision avan-dire droit, 542

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 32, 547

Défense sociale, 109, 127 et s., 508-509, 531, 555, 574 et s.

Délégation de pouvoirs, 268, 269, 270, 271, 272, 301, 303, 304, 305

Démence (état de), 5, 9, 42, 47, 93, 103, 104, 105, 106, 110 et s., 209 et s., 524 et s.

Déviante, 16, 109

Dol

>général, 154, 155, 156

>spécial, 155, 156, 159, 287, 587, 605

Domages-intérêts punitifs, 22, 548

Droit

>canon, 15, 25, 26, 31, 32, 42 et s., 98, 111, 112, 117-118, 156 et s., 181, 226, 229, 232, 241, 275, 357, 529, 547, 560, 583, 584, 624

>naturel, 7, 31, 32, 47, 49, 50, 52, 112, 114, 156, 157, 158, 160, 161, 163, 211, 243, 245, 272, 286, 352, 365, 547, 556, 624

>romain, 7, 25, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 43, 44, 48, 78, 114, 115, 118, 142, 155, 156, 157, 159, 165, 190, 204, 207, 214, 218, 222, 225, 232, 277, 337, 493, 543, 547, 555, 559, 562, 563, 564, 566, 568, 571, 572

Duel, 83

E

Erreur

>de fait, 88 et s., 331-334, 348, 351

>sur le droit, 154 et s., 187, 201 et s., 240-245, 298, 357, 473, 550-551, 624

Escroquerie, 67, 81, 180, 284, 285, 295, 340, 343, 394, 398, 580

Excuse, 9, 47, 115, 156-158, 210, 229, 284, 331, 352, 531, 557, 562, 564

Expertise:

>contradictoire, 74, 138, 426, 427, 428, 429, 458, 486, 529, 534, 536, 568

>psychiatrique, 121, 123, 130, 217, 336, 353, 498, 528, 529, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 570

F

Faits justificatifs, 48, 80, 115, 142, 159, 191, 272-272, 581

Faute civile :

>délictuelle, 19 et s., 41, 51, 62 et s., 185, 212 et s., 373 et s., 548-549, 574, 585, 591

>identité/dualité des fautes civile et pénale, 22, 72, 75, 212, 227, 230, 591

Faute pénale

>antérieure, 41, 89, 92, 94, 96, 99, 189, 232, 241, 580

>délibérée, 71, 151, 197, 265, 266, 267, 268, 319, 552

Force majeure, 20, 46, 85, 93, 94, 96, 189, 199, 214, 222, 223, 225, 235, 326, 345

G

Garde à vue, 410, 432, 434, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 447, 448, 455, 456, 458, 459, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 470, 471, 472, 481, 482, 532, 577, 582, 612

I

Individualisation des peines, 10, 15, 26, 108, 120, 131, 132, 203, 207, 230, 502, 542, 549, 555, 562, 579

Inflation législative, 154, 155, 156, 162, 163, 165, 201, 265, 569, 575, 584, 586, 590, 593

Infraction (s)

>*condition préalable*, 64, 66, 67, 68, 566, 575

>*consommée*, 33, 82, 111, 186, 228, 231, 233, 236, 262, 290, 294, 298, 334, 341, 372, 395, 396, 401, 533

>*impossible*, 89, 90, 91, 92, 93, 149, 202, 550, 591

>*notion*, 167, 173, 174, 175, 331, 369

>*occulte*, 397

>*simultanées*, 299, 304

>*successives*, 7, 106, 118, 210, 299, 312, 316, 321, 509, 538

>*éléments*, 7, 8, 9, 20, 22, 23, 26, 33, 34, 42, 48, 49, 69, 73, 86, 116, 146, 149, 159, 171, 174, 178, 179, 180, 187, 195, 197, 211, 249, 250, 272, 313, 340, 393, 396, 398, 412, 559, 563, 564, 565, 566, 569, 581, 624

>*clandestine*, 398, 399, 401, 404

Instrumentalisation, 114, 118, 142, 289, 292, 304, 333, 341, 342, 343, 344, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 355, 426, 429, 473, 474, 477, 479, 540, 607

Intelligence, 6, 8, 20, 25, 46, 47, 48, 114, 115, 118, 131, 135, 156, 159, 205, 210, 211, 223, 459

Interprète, 68, 164, 166, 189, 229, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 467, 485, 486, 487, 489, 491, 540, 576, 577, 612

Intime conviction, 134, 135, 138, 144, 229, 234, 241, 411, 414, 424, 431, 452, 474, 498, 526, 533, 535, 537, 540, 543

L

Légalité criminelle (principe de), 4, 11, 22, 27, 32, 56, 57, 59, 76, 98, 102, 111, 118, 119, 133, 134, 143, 155, 177, 241, 286, 300, 306, 358, 512, 538, 539, 548

Loi

>*du 10 juillet 2000*, 21, 22, 23, 61, 74, 84, 185, 194, 196, 197, 198, 241, 243, 308, 375

> *du 30 juin 1838*, 507, 508, 556, 587

>*qualité de*, 157, 162, 168, 461, 580

M

Maladie mentale monomanie, 47, 113, 115, 561

Mesure de sûreté, 11, 126, 128, 129, 130, 131, 133, 144, 507, 508, 511, 512, 513, 514, 538, 539, 543, 550

Mise en examen, 353, 410, 436, 437, 438, 439, 444, 445, 447, 454, 457, 459, 460, 521

Mobile, 15, 52, 54, 56, 58, 59, 60, 118, 129, 190, 306, 320, 511, 591

Moyen-Âge, 15, 25, 44, 96, 116, 157, 172, 208, 232, 250, 275, 531, 558, 583, 585, 590

N

Négligence, 69, 70, 71, 150, 183, 194, 196, 197, 214, 254, 261, 327, 347, 388, 399

Non bis in idem, 44, 320, 321, 512

Non-assistance, 59, 123, 175, 182, 252, 317, 318, 319, 322, 323, 550

Non-rétroactivité de la loi pénale, 76, 512, 538, 539, 548

O

Objecteur de conscience, 192

Omission, 4, 50, 59, 70, 95, 123, 175, 181, 182, 189, 251, 252, 260, 265, 266, 269, 271, 276, 280, 299, 304, 305, 307, 309, 310, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 399, 434, 454, 565, 569, 590

Ordalie, 249

Ordonnance, 108, 110, 273, 451, 528, 535, 593

Ordre de la loi, 285

P

Partie au procès pénal, 366, 367

Peine

>*d'amende*, 22, 37, 56, 176, 194, 210, 225, 278, 320, 340, 349, 390, 404, 405, 469, 505, 510

>*fonctions*, 19, 61, 72, 84, 85, 86, 87, 126, 127, 130, 147, 182, 184, 261, 411, 503, 508, 519, 541, 543, 550
 >*plancher*, 119, 120, 207, 501, 502, 503, 509
Pénalisation de la maladie mentale, 107, 109, 110, 128, 143, 227
Penthotal, 415
Perquisition, 436, 437, 441, 448
Personne morale dissolution, 184, 302
Personne morale liquidation judiciaire, 302, 400
Prescription :
 >*de l'action civile*, 361, 385, 386, 401, 609
 >*de l'action publique*, 385, 386, 387, 388, 389, 392, 394, 395, 396, 397, 399, 400, 401, 402, 407, 588
Preuve, 411, 290, 292, 332, 354, 411, 424

R

Recel, 67, 123, 169, 283, 302, 402, 421, 593
Récidive, 87, 109, 120, 129, 135, 206, 207, 242, 404, 492, 494, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 538, 542, 550, 554, 576, 589, 591, 613
Règlement, 4, 11, 59, 71, 128, 179, 197, 266, 267, 268, 307, 309, 315, 575
Réhabilitation, 500, 503, 504, 505, 542
Réitération d'infractions, 494, 501
Responsabilité civile, 8, 19, 23, 28, 29, 31, 33, 41, 48, 72, 73, 74, 75, 194, 207, 213, 215, 216, 218, 220, 375, 555, 564, 566, 569, 571, 576, 579, 581, 586, 587, 591
Responsabilité pénale
 >*de la personne morale*, 34, 182, 301, 304
 >*du fait d'autrui*, 170, 177, 178, 570
Résultat
 >*de l'infraction*, 62, 64, 68, 146, 249
 >*juridique*, 63, 66, 68, 77
 >*matériel*, 63, 66, 71, 403
Risque causé à autrui, 175, 193

S

Sage-femme, 253, 265, 283, 324

Sanction éducative, 516
Soustraction frauduleuse, 76, 78, 79, 174, 263, 284, 332, 333, 350
Sport, 256
Stupéfiants, 111, 123, 175, 235, 236, 291, 292, 334, 422, 423, 437, 445, 586
Suicide, 15, 16, 77, 113, 123, 140, 339, 529, 556, 557, 560, 562, 590
Suspension médicale de peine, 132, 137, 139, 140, 141, 144, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 541, 578, 579, 584

T

Témoin assisté, 352, 410, 432, 436, 450
Tentative, 34, 46, 48, 51, 54, 70, 83, 88, 89, 91, 92, 140, 149, 171, 174, 272, 281, 287, 297, 298, 312, 313, 315, 322, 349, 393, 416, 520, 532, 550, 559, 573, 577, 581
Tentative commencement d'exécution, 34, 91, 92, 175, 297, 298, 349
Travail d'intérêt général, 505
Tromperie, 82, 189, 398, 400, 401
Troubles psychiques ou neuropsychiques :
 >*au jour du jugement*, 9, 132, 515, 516, 520, 522, 527, 542, 613
 >*au moment des faits*, 5, 9, 25, 41, 88, 89, 90, 95, 98, 99, 101, 102, 103, 106, 120, 122, 123, 130, 135, 142, 149, 151, 203, 211, 215, 217, 219, 220, 227, 241, 300, 311, 319, 320, 327, 328, 330, 336, 343, 352, 353, 354, 382, 385, 509, 515, 516, 527, 532, 534, 536, 537, 542, 549, 550, 614
 > *types de*, colère (229), ivresse (532 et s.), sommeil (111, 217, 231, 248, 334, 454)

V

Vengeance, 17, 26, 127, 359, 365, 366, 392, 568
Victime, 330, 390
Viol, 65, 78, 80, 122, 123, 129, 158, 217, 271, 306, 329, 330, 331, 333, 334, 340, 363, 383, 384, 391, 406, 410, 501, 511, 520
Vulnérabilité, 140, 332, 335, 336, 337, 339, 340, 341, 354, 357, 499



Sommaire

Introduction	5
Partie 1. La notion de discernement	39
Titre 1. L’approche individuelle du discernement	41
Chapitre 1. La conscience individuelle, l’approche psychologique du discernement	43
Section 1. Le critère de la conscience morale	45
§ 1. Les déclinaisons du critère	45
A. L’imputabilité, réplique séculière du libre arbitre	46
1. Les origines du critère de l’imputabilité	46
2. Le sens du terme « imputabilité »	48
B. L’infraction matérielle	52
§ 2. Le rejet du critère	55
A. La justification du rejet : l’atteinte au principe d’égalité devant la loi pénale	55
1. La constitutionnalité du principe d’égalité des citoyens devant la loi	56
2. L’incrimination du mobile religieux	59
B. Les manifestations du rejet	60
1. Les manifestations à l’égard des convictions religieuses	60
2. Les manifestations à l’égard des convictions philosophiques	62
Section 2. Le critère de la conscience matérielle	63
§ 1. Les déclinaisons du critère	64
A. La conscience matérielle, support de la faute intentionnelle	65
1. La définition psychologique de l’intention	66
2. Le problème de la distinction de l’intention pénale avec la faute civile	66
a. Les limites du critère du résultat de l’infraction	67
a-1. Les limites du résultat sociologique : la valeur sociale protégée	67
a-2. Les limites du résultat « juridique » ou « pénal »	68
b. Les limites du critère de la condition préalable de l’infraction	69
B. La conscience matérielle, support de la faute non intentionnelle	72
1. La définition psychologique de la faute pénale d’imprudence	73
2. Le problème de l’identité des fautes civile et pénale d’imprudence	75
§ 2. Le rejet du critère	79
A. La justification du rejet	80
1. La justification du rejet en matière intentionnelle : l’atteinte au principe d’indisponibilité du droit pénal	80
2. La justification du rejet en matière non intentionnelle	87
a. La justification du rejet en matière délictuelle	87
b. La justification du rejet en matière contraventionnelle : l’illégitimité des contraventions « purement matérielles »	88
B. Les manifestations du rejet	91
1. L’inefficacité du critère en matière intentionnelle	92
a. La punition de l’infraction impossible sur le fondement de la tentative	92
b. La punition d’une « faute antérieure » en matière intentionnelle	95
2. L’inefficacité du critère en matière non intentionnelle	98
Conclusion du chapitre 1 :	101
Chapitre 2. L’inconscient individuel, l’approche psychiatrique du discernement	103
Section 1. Le critère de l’aptitude psychiatrique à la faute	105
§ 1. Les déclinaisons du critère de l’aptitude psychiatrique à la faute	105
A. La définition médicale de l’état de démence	106
1. Le problème de la rigidité du critère de l’état de démence	106
2. Les solutions adoptées : la circulaire Chaumié et l’analyse des degrés de l’aliénation mentale	108
B. La définition médicale de l’atteinte au discernement : l’insuffisance des solutions adoptées	108
1. Le problème de l’atténuation de responsabilité des demi-fous	109
2. Le problème de la pénalisation de la maladie mentale	111
§ 2. Le rejet du critère de l’aptitude psychiatrique à la faute	113
A. La justification du rejet	113
1. La confusion de l’aliénation légale avec l’aliénation médicale	114
a. L’état de démence, ancien critère de l’aliénation mentale	114
b. La laïcisation du droit pénal, cause de la confusion des aliénations légale et médicale	118
2. L’atteinte au principe de légalité des délits et des peines	121

B. Les manifestations du rejet.....	124
1. La responsabilité pénale pleine et entière en cas d'altération du discernement	124
2. La nature factuelle de l'altération du discernement	125
Section 2. Le critère de l'aptitude psychiatrique à la peine.....	126
§ 1. Les déclinaisons du critère.....	127
A. La dangerosité psychiatrique.....	128
1. Le problème tenant à la remise en cause des fondements traditionnels de la peine.....	129
2. Le problème de la distinction de la peine et de la mesure de sûreté.....	131
B. La capacité psychiatrique à la peine ou « capacité pénale »	132
§ 2. Le rejet du critère.....	135
A. La justification du rejet.....	135
1. L'atteinte au principe de légalité criminelle.....	135
2. L'atteinte au principe de sûreté judiciaire.....	136
B. Les manifestations du rejet.....	138
1. Le rejet de la dangerosité psychiatrique.....	138
2. Le rejet de la capacité psychiatrique à la peine	139
a. Le rejet de la capacité psychiatrique à la peine dans la jurisprudence de la Chambre criminelle	140
b. La conformité du droit français à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.....	141
Conclusion du chapitre 2 :	145
Conclusion du titre 1 :.....	149
Titre 2. L'approche personnelle du discernement.....	151
Chapitre 1. La conscience personnelle, l'approche matérielle du discernement	155
Section 1. Le critère de la conscience réflexive	157
§ 1. La justification du critère de la conscience réflexive.....	158
A. L'erreur sur le droit, révélatrice de la présomption de connaissance de la loi.....	158
1. L'opposition du dol général au dol spécial, révélatrice de la connotation morale de la faute	159
2. La distinction de la présomption de connaissance de l'existence de la loi et de la présomption de connaissance de son contenu	164
a. La présomption de connaissance du contenu de la loi pénale : l'erreur de droit	165
b. La présomption de connaissance de l'existence de la loi : l'erreur sur le droit.....	167
B. La légitimité de l'interprétation restrictive de l'erreur sur le droit en jurisprudence	169
1. La conviction erronée d'agir conformément à la loi pénale, exonératoire de responsabilité	169
2. La légitimité de l'interprétation jurisprudentielle de l'erreur sur le droit.....	171
§ 2. Les déclinaisons du critère de la conscience réflexive	173
A. Le discernement de la personne physique	174
1. La nature intellectuelle de l'infraction.....	174
2. La personne physique auteur de l'infraction	178
B. Le discernement de la personne morale.....	179
1. Les problèmes soulevés par la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales.....	179
2. La résolution des problèmes soulevés par la responsabilité pénale des personnes morales à l'aide du discernement.....	185
a. Le discernement de l'organe ou du représentant, condition de la faute de la personne morale	185
b. La faute de la personne morale, support de l'application d'une peine intimidante et rétributive.....	187
Section 2. Les manifestations du critère.....	188
§ 1. En matière intentionnelle.....	189
A. La résolution du problème des présomptions d'intention	189
B. La résolution du problème des présomptions de mauvaise foi	193
1. La bonne foi psychologique, mobile indifférent au droit pénal	193
2. Le rôle exceptionnel de la bonne foi : la reconnaissance par la loi du statut légal justificatif.....	195
§ 2. En matière non intentionnelle	196
A. La définition personnelle de la causalité	197
1. La qualification standardisée de la causalité	197
2. L'intégration du critère de la causalité parmi les conditions de la faute personnelle par la loi du 10 juillet 2000	199
B. Les manifestations de la définition personnelle de la causalité	201
Conclusion du chapitre 1 :.....	205
Chapitre. 2. L'absence de conscience personnelle, l'approche temporelle du discernement	207
Section 1. Le temps de l'incapacité de discernement	209

§ 1. Le critère de l'incapacité de discernement	209
A. La spécificité du mineur au niveau supra-légal	210
B. La spécificité du mineur au niveau légal	211
§ 2. Les manifestations de l'incapacité de discernement	216
Section 2. Le temps de l'atteinte au discernement	222
§ 1. Le critère de l'abolition du discernement.....	223
A. La distinction de l'abolition du discernement et de la contrainte	224
1. L'inefficacité de la contrainte physique prévisible	224
2. L'inefficacité de la contrainte morale prévisible	228
B. La distinction de l'abolition du discernement et de l'aliénation psychiatrique.....	230
1. La résolution du problème de l'atténuation de responsabilité des demi-fous et de la « pénalisation de la maladie mentale ».....	230
2. La résolution du problème de l'identité des fautes civile et pénale d'imprudence : l'explication du sens de l'article 414-3 du Code civil.....	233
§ 2. Les manifestations du critère	234
A. L'inefficacité du trouble psychique prévisible dans ses effets	235
B. L'inefficacité des troubles psychiques prévisibles dans leurs effets	237
Conclusion du chapitre 2 :	241
Conclusion du titre 2 :	243
Conclusion de la partie 1.....	245
Partie 2. Le rôle du discernement.....	249
Titre 1. Le rôle du discernement en droit pénal.....	251
Chapitre 1. Le rôle du discernement dans la qualification de l'infraction	253
Section 1. Le rôle du discernement dans la qualification d'une infraction	256
§ 1. Le discernement personnel à l'auteur des faits	256
A. Le discernement personnel, électif de qualification	257
1. L'obligation générale	258
a. L'obligation générale objective	258
a-1. L'objectivité expresse	259
a-2. L'objectivation prétorienne	261
b. La nécessité d'une preuve de la conviction coupable.....	264
2. L'obligation particulière	268
a. La constitution de l'infraction impliquée par la précision du discernement en matière intentionnelle.....	268
b. L'obligation particulière et la subsidiarité de l'obligation générale.....	270
B. Le discernement personnel, exclusif de qualification.....	273
1. L'exclusion statutaire justifiée par la délégation de pouvoirs : la suspension du discernement	273
a. Les conditions de la suspension du discernement	274
b. Les manifestations de la suspension du discernement.....	275
2. L'exclusion légale justifiée par un discernement dérogatoire.....	276
§ 2. Le discernement partagé par le complice	279
A. L'identité de discernement de l'auteur et du complice.....	281
1. Le rejet de la critériologie de l'emprunt	281
a. L'exposé de la critériologie critère de l'emprunt.....	281
b. Le rejet de la critériologie de l'emprunt	284
2. La qualification du fait principal à l'aide du discernement de l'auteur des faits.....	286
a. La critique de la terminologie de « circonstances » pour l'imputation de qualités personnelles	286
b. L'indifférence aux qualités personnelles du complice	291
B. La différence éventuelle d'intentions chez l'auteur et le complice.....	293
1. L'existence du fait principal punissable indépendamment de l'intention de l'auteur	294
2. La répartition de la charge de la preuve de l'intention variable en fonction du type de complicité.....	297
a. L'identité d'intention à prouver dans l'hypothèse de la complicité par aide ou assistance (ou « complicité passive »).....	297
b. L'identité d'intention présumée dans l'hypothèse de la complicité par instigation (ou « complicité active »).....	300
Section 2. Le rôle du discernement dans la qualification d'une pluralité d'infractions	303
§ 1. Le discernement et la simultanéité d'infractions	303
A. Les discernements simultanés de la personne physique et de la personne morale	304
1. Le périmètre de la simultanéité	304

a.	La nécessaire existence du discernement chez la personne morale	304
a-1.	L'existence de la personne morale	305
a-2.	L'indifférente l'identification de la personne physique consciente d'agir pour le compte de la personne morale	306
b.	Le rejet du cumul en cas d'exclusivité du discernement	309
2.	Les paramètres de la simultanéité.....	311
a.	L'obligation particulière et la simultanéité des responsabilités personnelles.....	311
b.	Le cumul en présence d'une obligation générale : la nécessaire preuve de l'intention.....	314
B.	Les discernements simultanés de la personne physique.....	315
§ 2.	Le discernement et la succession d'infractions.....	320
A.	Les infractions successives en présence d'une obligation particulière	320
B.	Les infractions successives en présence d'obligations générales	325
	Conclusion du chapitre 1 :.....	329
	Chapitre 2. Les conséquences de l'absence de discernement sur la qualification de l'infraction	333
	Section 1. Les conséquences de l'incapacité de discernement sur la qualification de l'infraction	334
§ 1.	Les conséquences de l'incapacité générale de discernement : l'abus de la victime.....	334
A.	L'abus, composant de l'infraction	335
1.	L'abus présumé par l'état de minorité	336
2.	L'abus établi par la preuve de l'état d'ignorance de la victime	338
B.	L'abus constitutif de l'infraction : l'abus de l'état d'ignorance ou de faiblesse	340
1.	La nécessaire conscience de l'état d'ignorance d'autrui	341
2.	La nécessaire preuve de la volonté d'abuser de l'état d'ignorance de la victime	343
§ 2.	Les conséquences de l'instrumentalisation d'un tiers incapable de discernement.....	347
A.	L'instrumentalisation présumée par l'existence d'un rapport de subordination	348
1.	Les faits s'inscrivant dans le champ de la subordination	348
2.	Les faits ne s'inscrivant pas dans le champ de subordination.....	352
B.	L'instrumentalisation résultée d'une erreur de fait provoquée	353
1.	L'erreur de fait causant l'abolition du discernement	354
2.	Les limites du champ de l'instrumentalisation : l'exclusion de l'abolition du discernement causée par une maladie mentale.....	355
	Section 2. Les conséquences de l'abolition du discernement sur la qualification de l'infraction.....	357
	Conclusion du chapitre 2 :.....	359
	Conclusion du titre 1 :.....	361
	Titre 2. Le rôle du discernement en procédure pénale.....	363
	Chapitre 1. Le rôle du discernement de la victime	365
	Section 1. Le discernement, condition de l'action civile devant le juge pénal	366
§ 1.	La condition de la constitution de partie civile de la victime	366
A.	La victime souffrant personnellement du dommage : la nature du dommage de la victime	367
B.	Le dommage directement causé par l'infraction : la restriction du champ de la réparation dû à la victime de l'infraction.....	372
1.	Le dommage découlant directement de l'infraction	372
2.	La réparation exceptionnelle du dommage civil devant le juge pénal statuant au civil	376
§ 2.	La condition de la constitution de partie civile des proches de la victime	382
A.	La justification de l'action civile des proches de la victime	383
B.	La réparation des dommages personnellement souffert par les proches de la victime	386
1.	La nécessité de rapporter la preuve des dommages personnellement souffert	386
2.	La réparation de tous les chefs de dommages civils	388
	Section 2. Les conséquences de l'absence de discernement sur la prescription de l'action civile.....	389
§ 1.	Les conséquences de l'incapacité générale de discernement	390
A.	L'ignorance de sa qualité de victime par le mineur incapable de discernement	391
1.	Le fondement de la prescription : l'oubli de l'infraction.....	391
2.	L'impossible oubli de l'infraction durant l'état de minorité.....	393
B.	Le report du point de départ de la prescription à la majorité de la victime	394
§ 2.	Les conséquences de l'incapacité particulière de discernement.....	396
A.	Le point de départ de la prescription à la commission de l'infraction	397
1.	La nécessaire constitution de « l'élément matériel » de l'infraction	397
2.	L'inefficacité de la dissimulation de l'infraction.....	400
B.	L'ignorance de sa qualité chez la victime majeure : le report du point de départ de la prescription.....	402
1.	L'ignorance individuelle et la dissimulation de l'infraction	402

2. L'ignorance personnelle de la victime et la clandestinité de l'infraction	407
Conclusion du chapitre 1 :	411
Chapitre 2. Le rôle du discernement du mis en cause	413
Section 1. Le rôle du discernement du suspect	415
Sous-section 1. Le discernement du suspect, condition de recevabilité de la preuve	415
§ 1. La critique du rôle de la loyauté dans la recevabilité de la preuve	417
A. Le rôle de la loyauté dans la sanction disciplinaire de l'enquêteur	417
1. Le fondement de la sanction disciplinaire de l'enquêteur	418
2. Le rôle dévoyé de la loyauté dans la recevabilité de la preuve	422
a. Le dévoiement doctrinal du rôle de la loyauté	422
b. Les conséquences théoriques du dévoiement du rôle de la loyauté	425
B. La recevabilité de la preuve d'origine illicite ou déloyale	428
§ 2. La justification du rôle du discernement dans la recevabilité de la preuve	432
A. La protection de la liberté d'aller et venir du suspect	433
1. La protection matérielle de la liberté d'aller et venir	433
a. La valeur constitutionnelle de la protection	434
a-1. La compatibilité du respect du droit à la sûreté avec la recherche de la vérité	434
a-2. La limite de la protection du droit à la sûreté : le respect de la liberté de conscience	435
b. Les déclinaisons de la protection : les personnes susceptibles de subir un acte coercitif d'enquête	436
b-1. Les statuts insusceptibles de porter atteinte à la liberté d'aller et venir	436
b-2. Les statuts nécessitant l'attribution du discernement	438
• Le discernement de la personne mise en examen	439
• Le discernement de la personne placée en garde à vue	440
2. La protection temporelle : le moment d'attribution du discernement	443
a. La notification immédiate de la qualité de mis en examen	444
b. La notification immédiate de la qualité de gardé à vue	447
B. La protection de la présomption d'innocence du suspect	449
Sous-section 2. Les conséquences de l'absence de discernement du suspect sur la recevabilité de la preuve	455
§ 1. Les conséquences de l'incapacité de discernement du suspect	455
A. L'incapacité générale de discernement du suspect	456
1. L'incapacité de discernement causée par la barrière de la langue et le recours immédiat à un interprète	456
2. L'incapacité de discernement causée par un trouble psychique ou neuropsychique	467
B. L'incapacité de discernement provoquée : l'instrumentalisation de la preuve par les organes d'enquête	470
1. L'incapacité de discernement provoquée directement par un organe d'enquête	471
2. L'incapacité de discernement provoquée indirectement par des tiers	474
a. L'abus commis par l'intermédiaire d'officiers de police étrangers	474
b. L'instrumentalisation par le truchement d'une personne privée	475
§ 2. Les conséquences de l'abolition de discernement du suspect	476
Section 2. Le rôle du discernement du prévenu	479
Sous-section 1. Le discernement du prévenu, condition de la condamnation pénale	480
§ 1. Le discernement du prévenu, condition du jugement pénal	481
A. La nécessaire compréhension de la nature et des enjeux de la prévention initiale	481
1. Au regard de la Convention européenne des droits de l'homme	482
2. Au regard du droit interne	483
B. La nécessaire compréhension de la nature et des enjeux de la prévention en cours	485
§ 2. Le discernement du prévenu, condition de la rétribution pénale	487
A. La restauration du discernement altéré	488
1. La souffrance intellectuelle, objet de la peine	488
a. La suspension médicale de peine, justifiée par des troubles physiques uniquement	489
b. L'objet de la peine, révélée par les conditions négatives de la suspension médicale de peine	491
2. L'effet de l'altération du discernement sur la responsabilité pénale	494
B. L'insensibilité du prévenu à la souffrance pénale : la dangerosité et la rétention de sûreté	496
1. La distinction de la dangerosité médicale et de la dangerosité pénale	497
a. L'acception médicale de la dangerosité, ou la confusion du droit pénal et du droit administratif	497
b. La construction du statut légal de la personne dangereuse	499

2. Les déclinaisons de la dangerosité personnelle	501
a. La dangerosité de la personne physique	501
b. La dangerosité de la personne morale	505
Sous-section 2. Les conséquences de l'absence de discernement du prévenu sur la condamnation pénale	506
§ 1. Les conséquences de l'absence de discernement du prévenu au jour du jugement	507
A. Les conséquences de l'incapacité générale de discernement	508
B. L'incapacité particulière de discernement	511
1. L'incapacité particulière de discernement quant au contenu de la prévention initiale	511
2. L'incapacité particulière de discernement quant au contenu de la prévention modifiée	512
§ 2. Les conséquences de l'absence de discernement du prévenu au moment des faits	517
A. La preuve de l'abolition du discernement	517
1. L'objet de l'expertise psychiatrique	519
2. L'opportunité du recours à l'expertise psychiatrique	523
B. Les mesures de sûretés prononcées à l'égard de l'irresponsable de l'article 122-1 alinéa premier du Code pénal	526
Conclusion du chapitre 2 :	529
Conclusion du Titre 2 :	533
Conclusion générale	535
Bibliographie	545
Index	607



Résumé :

Le discernement est traditionnellement rattaché à l'étude de l'élément moral de l'infraction. Sous l'empire du Code pénal de 1810, des fondements de droit naturel sont à l'œuvre, si bien que le discernement fut défini par emprunt au droit canon comme une aptitude à distinguer le bien du mal. Mais cette acception ne révèle pas la teneur originelle du critère du libre-arbitre : il correspondait à la connaissance de la loi divine dont le droit séculier n'était que le reflet. L'analyse du droit positif laïcisé invite à découvrir l'existence d'une présomption de connaissance de la loi toujours aussi impérative que dans les systèmes de pénalité antiques. Le discernement peut alors être défini comme une conscience réflexive : la connaissance des droits et devoirs reconnus à chaque personne, au sein de statuts juridiques que la prolifération des normes contribue à préciser. Aussi, la culpabilité n'est pas une connaissance de l'illicéité d'un résultat ; elle procède de l'ignorance des prescriptions légales chez celui qui est présumé en connaître l'existence. En procédure pénale, cette présomption devient protectrice des droits du mis en cause. Aucun acte coercitif ne peut être exercé à son encontre s'il n'a été avisé du statut dont il relève. Cette information assure ainsi la finalité rétributive de la peine chez celui qui n'ignore pas les raisons de sa condamnation. En tout état de cause, la soumission des individus au droit pénal est le seul objectif poursuivi en la matière, ce qui nécessite parfois la présence de victimes au procès pénal, à la seule fin de préserver leur foi en son impérativité.

Descripteurs : Imputabilité ; incapacité ; mineur ; dangerosité légale ; erreur sur le droit ; victime ; procès pénal ; action civile ; prescription ; instrumentalisation ; intimidation ; rétribution.

Discernment in criminal law, Summary :

Discernment is traditionally attached to the study of the « moral element » of the offense. Under the influence of the Penal Code of 1810, the foundations of natural law are at work, so that the discernment was defined by canon law as the ability to distinguish good from evil. But this understanding does not reveal the content of the original criterion of free will: it used to correspond to the knowledge of the divine law which secular law was only the reflection. The analysis of positive law secularized invites you to discover the existence of a presumption of knowledge of the law as imperative as it was in the systems of ancient penalty. Discernment can then be defined as a reflexive consciousness: the awareness of rights and obligations identified to each person within legal statutes that the proliferation of standards helps to clarify. Also, guilt is not a knowledge of the wrongfulness of an outcome; it proceeds from ignorance of the legal requirements in the person who is presumed to know of its existence. In criminal proceedings, this presumption becomes protective of the rights of the suspect. No coercive act can be exercised against him if he has not been notified of the status to which he belongs. This information ensures the retributive purpose of punishment, for the one who can't ignore the reasons for his conviction. In any event, the submission of individuals to the established rules is the only objective of the criminal law, which might imply that it accepts the presence of victims in criminal proceedings, for the sole purpose of preserving their faith in his imperativity.

Keywords : criminal insanity ; mens rea ; actus reus ; minor ; diminished capacity ; instrumentalisation ; dangerous individual ; ignorance of the law ; victim ; limitation for criminal proceedings ; deterrence ; retribution.