



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master II droit pénal sciences pénales

Dirigé par Monsieur le Professeur YVES MAYAUD

2011

LE RISQUE DE MORT EN DROIT PENAL

Meryanne Elodie

Sous la direction de Monsieur le Professeur YVES MAYAUD

LE RISQUE DE MORT EN DROIT PENAL

Mémoire réalisé sous la direction de Monsieur le Professeur
MAYAUD Yves

MERYANNE Elodie

Université PANTHEON – ASSAS
Master 2 Recherche droit pénal
et sciences pénales
Année Universitaire 2010/2011

LE RISQUE DE MORT EN DROIT PENAL

Mémoire réalisé sous la direction de Monsieur le Professeur
MAYAUD Yves

MERYANNE Elodie

Je remercie Monsieur le Professeur Yves Mayaud pour ses conseils avisés et judicieux, ses paroles justes prodiguées au moment opportun ; ainsi que pour son soutien indéfectible durant le cheminement de ce mémoire.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....P.7

PARTIE I : UN RISQUE TROUBLANT.....P.13

PARTIE II : UN RISQUE MAITRISE.....

CONCLUSION

Liste des principales abréviations

A.J. Pénal :	Actualité juridique Pénal
Al. :	alinéa
Art. :	article
Bull. crim. :	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. civ. :	Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation
CA :	Cour d'appel
C. civ. :	Code civil
C. const. :	Conseil constitutionnel
Ch. crim. :	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Ch. réunies :	Chambres réunies
Cir. :	Circulaire
Civ. 1 ^{ère} :	1 ^{ère} chambre civile de la Cour de cassation
C. pén. :	Code pénal
C. tr. :	Code du travail
Dalloz :	Recueil Dalloz
éd. :	éditions
JO :	journal officiel
JOAN :	journal officiel de l'Assemblée Nationale
n° :	numéro
Op. cit.	ouvrage précédemment cité
p. :	page
rapp. :	rapport
RSC :	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

s. : suivant
T. corr. : Tribunal correctionnel
TGI : Tribunal de grande instance

« Les lois se chargent de punir que les actions extérieures, il n'y a pas de procès d'intention.»

Montesquieu, de l'esprit des lois, tome I

INTRODUCTION

Le droit ne peut incriminer qu'une pensée qui s'est manifestement extériorisée, « toute politique criminelle qui s'inspirerait d'une idée différente entraînerait une inquisition intolérable dans le domaine de la conscience » Doyen Pierre Bouzat.

Bien avant que l'auteur d'une infraction commette les actes décrits par les infractions du Code pénal, il songe à son délit, sauf si ses agissements surviennent en un trait de temps sans que leur initiateur n'ait pu penser la situation dans laquelle il se trouvait, ou en ait même eu conscience.

Si l'auteur a considéré ses méfaits, il ne les aura pas forcément accomplis ni même entrepris. Le droit pénal n'a pas vocation à intervenir en amont, sur la simple pensée criminelle, car qui n'a jamais eu des « envies » de meurtre ? C'est là, toute la force de la répression de n'intervenir que lorsque l'anti socialité est apparue de manière telle que l'ordre public est remis en cause et la communauté menacée.

Notre droit criminel ne sanctionne pas les manières de penser mais les manières d'agir, le simple projet délictueux, comme l'exprime l'adage *nemo cogitationis poenam patitur*¹ est insuffisant pour caractériser une infraction. Admettre le contraire serait supputation, spéculation puisque l'esprit est par nature volatile, cela concerne le for interne d'une personne et sera difficile en certitude, impossible à prouver. L'intervention pénale répondant à un trouble à l'ordre social, la simple pensée ne l'inquiète pas ; accepter la répression consacrerait la reconnaissance du procès d'intention, inadmissible dans un état de droit et une démocratie.

La constatation d'une infraction pénale repose ainsi sur la preuve de trois éléments principaux, indissociables, complémentaires l'un de l'autre, un légal, un matériel et un moral.

¹ Personne ne peut être condamné pour ses idées.

L'italien Carrara définit l'infraction comme « la violation d'une loi de l'État, résultant d'un acte externe de l'homme, positif ou négatif, socialement imputable, ne se justifiant pas par l'accomplissement d'un devoir ou l'exercice d'un droit, et qui est puni d'une peine par la loi ».

L'élément légal est résumé par l'adage latin : *nulla poena nulla crimen sine lege* qui désigne le principe à valeur constitutionnelle de légalité des crimes et délits exprimé par les articles 7 et 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, précisant que « nul homme ne peut être arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et dans les formes qu'elle a prescrites », et ajoutant que « la loi ne peut établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et que nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établi et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ». Ceci a été repris par la Convention européenne des droits de l'homme et sauvegarde des libertés fondamentales en son article 7-1, et intégré au Code pénal en 1994 à l'article 111-3. Ceci est une condition fondamentale de la sécurité juridique et du respect des libertés individuelles. La multiplication des textes internes et internationaux témoigne de l'importance consacrée de ce principe.

Certains reprochent à ce principe de ne pas assurer une protection entière de la société, en empêchant la sanction d'actes troublant l'ordre social non prévus par le dispositif législatif, et en ne prenant pas en considération la perversité du délinquant.

Une de ces critiques a été prise en compte par l'élément matériel de l'infraction dont la teneur s'est allégée au fil des ans. La sanction pénale n'intervient en principe que lorsque l'agent a extériorisé son projet délictueux. Outre le fait d'être un acte de commission ou d'omission, l'infraction par sa structure peut également être qualifiée de matérielle, de formelle ou d'obstacle. La distinction entre celles-ci est basée sur le seuil de consommation arrêté sur le chemin du crime². En conséquence, la réponse pénale n'est pas contrainte par l'identification d'une victime qui aurait subi un préjudice individualisé puisque ce droit est de manière première la sanction d'un trouble à l'ordre social, la victime serait « générale » pour évoquer l'ensemble de la société.

² Encore appelé *iter criminis*, il désigne le cheminement qui conduit le délinquant à l'accomplissement de son forfait, de la préparation à la mise en exécution de celui-ci.

L'infraction matérielle est celle la plus aisée, le comportement décrit implique qu'une personne en soit atteinte, la consommation correspond à l'achèvement de l'*iter criminis*. C'est la vérification d'un résultat prescrit par le législateur, le résultat de la conduite est une condition d'existence. Dans ce cas le lien avec le préjudice civil est le plus prégnant, attendu qu'un résultat préjudiciable effectif peut être constaté.

L'infraction formelle est l'incrimination d'un procédé, d'un moyen sans s'inquiéter des suites de celui-ci. « Elle tient à l'accomplissement d'un acte abstraction faite du résultat³ ». Vis à vis de l'*iter criminis* c'est un commencement d'exécution érigé en infraction autonome. Elle est consommée sur la base de la conduite de l'agent indépendamment des conséquences matérielles.

L'infraction obstacle est « l'incrimination d'un comportement dangereux, mais sans conséquence dommageable immédiate et donc inoffensif en lui-même⁴ ». L'élément matériel est ici encore plus rétréci, il s'agit sur l'échelle du chemin du crime de l'incrimination d'actes préparatoires.

Nous percevons un étiolement de l'élément matériel au point que certains emploient le terme « de crise » pour l'évoquer. L'extériorisation de la pensée devient si infime qu'il convient de s'interroger sur la justification de la répression dans ce cas.

Plus la place laissée à la psychologie du délinquant s'agrandit, et plus l'idée de prévention, d'anticipation du risque de survenance d'un dommage ou d'un comportement s'émancipe.

L'infraction formelle serait une infraction de mise en péril et l'infraction matérielle, une atteinte aux intérêts protégés. C'est le résultat qui permettra d'anticiper la répression au stade de la simple création d'un risque.

Le risque est « un événement dommageable dont la survenance est incertaine quant à sa réalisation ou à la date de sa réalisation⁵ ». Il représente la potentialité et l'hypothèse dont la certitude ne seront jamais être pleinement maximale ; c'est l'aléa qui laisse une place au hasard. Le danger ou *perriculum* en latin est la menace des intérêts d'autrui. Dans un dictionnaire non spécialisé le risque est un danger plus ou moins

³G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, association Henri Capitant, 7^{ème} édition, PUF, 2005, p. 419

⁴J. Pradel, *Droit pénal général*, 18^{ème} édition, Cujas, Préférence, 2010, p. 322

⁵G. Cornu, *Op. cit.*, p. 819

probable. Le point commun des deux définitions est l'incertitude dans la survenance d'un dommage qui est la condition naturelle de toute infraction mais non le prérequis de l'intervention judiciaire.

Ainsi, cette contribution qui se montre préventive pour la communauté assure la répression soit de comportements témoignant déjà d'une anti socialité manifeste, soit dans le cas de l'infraction obstacle d'un danger très éventuel.

Pour Camus le XXIème siècle serait celui de la peur. Pour le peu qui s'est écoulé nous pouvons déjà reconnaître à l'auteur une prédiction avérée. Devons-nous avoir peur du risque ? Selon Madame Delmas-Marty « le risque ne constitue pas un mal en soi ». Tout risque n'est évidemment pas acceptable, celui qui ne peut être toléré et celui qui est teinté d'une forte probabilité pour correspondre à la philosophie du droit pénal. La peur brandie de l'insécurité sert de moteur à une réaction pénale de plus en plus éloignée des fondements originels de la matière, ainsi une personne pourra être poursuivie pour ce qu'elle est et non plus uniquement pour ce qu'elle a commis.

La résurgence dans toutes les strates de la société (politique, médiatique, civile) du concept d'homme dangereux a conduit, sous couvert de l'utilisation de mesures de sûreté, à pouvoir neutraliser une personne en la mettant au banc de la société, enfermée indéfiniment. De même, l'idée acquise d'irresponsabilité pénale de la personne dont le discernement était aboli au moment des faits, n'a pas empêché la création d'audiences où sera prononcée leur culpabilité matérielle, la justification tient en une compassion pour les victimes, une aide dans leur « travail » de deuil. Séparer la culpabilité matérielle de l'imputabilité c'est engager une brèche en direction de la responsabilité sociale si chère aux positivistes de la fin du XIXème siècle. Le droit n'a vocation à être ni le psychologue ni le médecin des victimes ; si leur souffrance doit être comprise, il ne faut pas leur donner une apparente satisfaction qui ne servirait pas en définitive la justice.

Le risque est-il contrôlable ? Force est de constater que non, un tremblement de terre si prévisible soit-il ne peut jamais être maîtrisé, rappelant que l'homme ne peut dompter les éléments. D'une certaine manière le risque est bon, il est stimulant, soutient l'innovation, l'enfant qui décide de ne plus se tenir à une table marchera rapidement. Cependant, il est des risques plus sensibles notamment en matière pénale, tant les faits

divers narrés dans les journaux sont bouleversants et que l'anticipation possible et fidèle aux principes de sécurité juridique est une heureuse solution.

L'anticipation absolue avait été mise en scène dans un film, *Minority report*⁶ qui développait un système conjurant le crime. Ce système prédictif permettait d'anticiper la scène d'un crime ou d'un délit avec leurs protagonistes qui engendrait l'intervention d'une équipe pour empêcher la survenance de celui-ci. Ainsi, l'individu était arrêté uniquement d'après ses intentions. A la fin du film, le système est mis en échec, prouvant que le risque zéro ne peut exister, que le déterminisme d'un avenir n'a pour échec que le libre arbitre de la personne. Souvenons-nous que cela n'est qu'une science-fiction.

Le risque le plus redouté est certainement c'est celui de mort, la vie étant un droit fondamental de la personne. Ce n'est pas son arrivée seule, puisque tout être vivant ne le sera plus un jour, que l'homme a une existence finie. Le plus redoutable est que cette fin survienne à cause d'autrui, en effet, il n'existe aucun droit à donner la mort à d'un tiers, pas même l'euthanasie qui est définie comme l'ensemble des méthodes qui provoquent une mort sans souffrance afin d'abrèger une agonie très longue, ou une maladie douloureuse à l'issue fatale. Si les mobiles du geste semblent louables, la pratique tolérée sous couvert de sa dissimulation, le droit pénal ne donne aucun poids à ceux-ci, sauf dans la personnalisation de la peine, même lorsque l'action semble généreuse.

Commenter l'appréhension par le droit pénal du risque de mort pour autrui est une question actuelle. L'anticipation sur la mort, protégeant la vie, valeur la plus précieuse pour laquelle il n'existe aucune réparation équivalente en cas de perte, est depuis longtemps prévue mais les années proches ont permis de le développer un peu plus. L'esprit de la réforme de 1992 était l'humanisme ce qui a permis le bouleversement de l'ordre formel du code dans les intérêts protégés. Les atteintes à l'individu ont glané la première place et les atteintes à la vie la suprématie⁷.

Cette prise en compte du risque de mort en droit pénal est-elle conforme aux grands principes du droit, et à la garantie d'un droit pénal en conciliation avec les libertés individuelles, assumant la protection des intérêts de la société ?

⁶ Film de Steven Spielberg, 2002

⁷ Le titre 2 du Code pénal concerne « les crimes et délits contre les personnes » et le titre 1 traite « des crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine ».

Par sa structure matérielle, sa consommation paraissant anticipée, et son lien de causalité des plus distendu, le risque semble troublant (partie I) alors qu'en réalité la prise en compte de l'état d'esprit de l'agent par les nuances subtiles de l'élément moral de l'infraction nous permet d'affirmer une conformité à un intérêt social juste, soit un risque maîtrisé (partie II).

PREMIERE PARTIE

UN RISQUE TROUBLANT

De prime abord, il paraît surprenant que le législateur ait eu recours, depuis longtemps, à l'emploi d'incriminations particulières prenant en considération le risque de mort. Par définition, celui-ci ne s'étant pas concrétisé, nous ne retrouverons pas les caractéristiques dites classiques de définition des infractions.

C'est sous cet angle premier et intuitif que nous aborderons ce thème en constatant l'indifférence au résultat redouté (Chapitre I) et le relâchement du lien causal (Chapitre II).

CHAPITRE I : INDIFFERENCE AU RESULTAT REDOUTE

La répression d'agissements témoins d'un risque de mort implique de se cantonner au comportement de l'agent (Section I) sans égard concret pour le dommage (Section II).

SECTION I : LA PRESEANCE DU COMPORTEMENT

La réaction pénale face au risque de mort emporte l'obligation de recourir préférentiellement aux infractions formelles (A) qui ne sont pas synonymes de dématérialité, et n'ont pas pour corollaire l'absence de consommation(B).

A/ L'EXCLUSIVITE DES INFRACTIONS FORMELLES

Toute incrimination naît suivant le même canevas, elle se compose de deux préceptes indispensables nommés l'élément matériel et l'élément moral.⁸

Il ne s'agit pas d'incriminer le simple projet délictueux ; l'arsenal répressif ne pouvant être déclenché en raison de l'absence de trouble social créé et de la difficulté de preuve qui en résulterait, mais, de réprimer la manifestation d'une attitude extérieure de l'agent.

L'élément matériel définit l'incrimination, il est son « identité juridique ». ⁹Il se réfère nécessairement par rapport à un comportement et variablement à un résultat.

Le comportement peut être défini comme la conduite, l'attitude, c'est « l'ensemble des réactions objectivement observables ».¹⁰

Aucun article du Code pénal ne corrobore ceci. En réalité c'est une question de fait, non un concept juridique mais une attitude humaine qui, certes, sera le support de la qualification pénale. Le comportement se rattache à tous les actes de commission ou d'abstention « synonymes de criminalité ou de délinquance »¹¹.

⁸ Ce dernier étant révélateur d'un comportement contraire aux intérêts de la société, sortant ainsi de sa neutralité, il ne sera pas analysé au sein de ces développements.

⁹Philippe Conte et Patrick Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7ème édition, 2004

¹⁰ Le nouveau petit Robert de la langue française, 2008, p. 487

¹¹ Yves Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, collection droit fondamental, 3ème édition, p.173

L'autre composante, la variable, permettra de différencier l'infraction matérielle de l'infraction formelle. Cette distinction n'a pas pour support le Code pénal mais elle est fondamentale dans la compréhension de la politique de répression œuvrée.

Le premier type a pour caractéristique d'inclure dans ses éléments constitutifs (« conditions nécessaires et suffisantes de son existence »¹²), le résultat redouté : une atteinte à la vie d'autrui effective et prouvée est primordiale. Aussi, le résultat pénal devient la condition de consommation de l'infraction matérielle.¹³ A l'inverse, le second type est indifférent au résultat. Celles-ci sont définies par opposition aux infractions matérielles comme « l'accomplissement d'un acte abstraction faite du résultat de celui-ci ». ¹⁴

L'option infraction formelle du législateur, accuse de manière liminaire le comportement de l'agent indépendamment de la réalisation d'un préjudice, qui ne sera pas examiné comme un élément constitutif. Pour Monsieur Pradel, c'est l'infraction « dans laquelle la loi incrimine le procédé sans s'inquiéter des suites »¹⁵.

C'est en cela que cette catégorie est utile à la pénalisation d'un risque de mort, qui par nature ne s'attache pas aux conséquences de celui-ci.

« Le caractère formel d'une infraction sanctionne dans l'esprit de la loi, d'une manière exceptionnellement rigoureuse, une activité particulièrement dangereuse et répréhensible »¹⁶.

La crainte intolérable du danger poussera à légiférer¹⁷, prévenant le pire, anticipant les résultats, dissuadant les individus qui même malchanceux ou incapables subiront une réponse pénale ; surtout lorsqu'il s'agit de protéger la vie.

D'autant plus que l'inspiration philosophique de la réforme du Code pénal en 1992, sous la baguette du garde des Sceaux, chef d'orchestre, Monsieur Robert Badinter a été l'humanisme. Celui-ci a été relayé par l'agencement de ce Code où la protection des

¹² Gérard Cornu, association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, 7^{ème} édition, 2006 p.343

¹³S. Keyman, *Le résultat pénal*, RSC 1968, p. 781

¹⁴ Gérard Cornu, *Op.cit.*, p. 419

¹⁵ Jean Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 18^{ème} édition, 2010, p.321

¹⁶ Merle et Vitu, *traité de droit criminel*, Tome 1, 7^{ème} édition, Cujas, 1997, p.651

¹⁷S. Keyman, *Op.cit.*

particuliers prime, et à travers celle-ci, la défense de la plus haute valeur qu'est certainement la vie.

En conséquence, plus le moteur de la répression pénale s'accotera au risque, plus la substance d'une incrimination s'allègera ; sans toutefois flirter fatalement avec le procès d'intention. Elle ne comportera qu'un modèle de comportement érigé en acte illicite par le législateur.

Cela rejoint à la fois la doctrine positiviste italienne du XIX^{ème} siècle, prônant la répression dès que la perversité de l'agent a commencé à se manifester quelles qu'en auraient été les suites ; et la doctrine allemande objective, puisqu'un élément matériel peut être caractérisé et qu'un trouble effectif peut être rapporté. Cette œuvre de conciliation a pris racine dans le Code Pénal de 1810 avec la formule : « pas de délit sans intention, pas de délit avec l'intention seule ».

L'indifférence au résultat permet de rapprocher l'infraction formelle de la tentative « constituée (...) par un commencement d'exécution [qui] n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur¹⁸ ». Ce dernier étant caractérisé par des « actes qui tendent directement au crime ou au délit avec l'intention de le commettre »¹⁹.

En effet, il n'y a pas de résultat légal, la conduite est punie car elle manifeste la volonté de nuisance de l'auteur.

La tentative apparaît souvent comme une répression anticipée, attendu que l'agent n'a pu aller au bout de ce prévu par l'incrimination à laquelle elle vient s'adosser. L'infraction tentée ne pouvant être qu'un crime, ou un délit si la loi le prévoit.²⁰ En l'occurrence, l'*iter criminis*²¹ est incomplet, faute d'être demeuré dans l'utilisation de moyens.

Le trait commun est cette idée de devancement par rapport à ce qui est classiquement entendu de la notion d'infraction, où l'annonce d'un décès est attendue. C'est témoigner de l'assouplissement de la théorie générale de l'infraction modifiant la

¹⁸ Art. 121-5 C. pén.

¹⁹ Ch. crim., 5 juillet 1951, Bull. crim. n°198

²⁰ Art. 121-4 C. pén

²¹ Terme latin signifiant « chemin du crime » qui conduit le délinquant à l'accomplissement de son forfait, de la préparation à la mise à exécution de celui-ci. Vocabulaire juridique, op. cit., p. 507

conception de l'élément matériel. C'est le choix de la protection de la société qui a prévalu pour le législateur, dans la lutte de la préservation des libertés individuelles, face à la potentialité de résultat légal. Le risque trouble l'ordre public, il compromet déjà la paix sociale. L'intention criminelle s'est manifestée suffisamment extérieurement pour que le pacte social soit estimé rompu.

Prévalent ainsi, les moyens utilisés sans égard pour leurs effets comme le révèle « l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort » dans l'infraction d'empoisonnement²². « Il est courant de dire que (...) le moyen peut avoir des effets, mais que la loi pénale ne s'en soucie pas, car c'est le moyen seul qui est visé. La réalité paraît un peu plus complexe, car implicitement le législateur sanctionne un moyen qui pourrait avoir un effet précis »²³.

Si l'infraction formelle se montre, de manière séduisante, une tentative érigée en infraction autonome cela doit être nuancé. Les motifs sont similaires, le comportement de l'agent est suffisant pour déclencher les poursuites et la répression. Cependant, l'auteur d'une tentative n'a pu accomplir le résultat alors que celui d'une infraction formelle pourra l'avoir atteint. Dans un cas il y a indifférence tandis que dans l'autre il y a échec. La subtilité repose sur la répression d'un moyen qui pourrait avoir un effet précis.

Merle opposait ainsi, les infractions de moyen aux infractions de résultat. L'infraction formelle serait apparemment dépourvue de tout résultat. Or, comme le rappelle Emmanuel Dreyer « la consommation par la réalisation de son résultat légal entraînerait nécessairement un résultat juridique mais qui ne produirait pas toujours un résultat réel ». ²⁴

Nous accompagnons le terme résultat de qualificatifs :

- légal qui est celui par lequel l'infraction se consomme,
- juridique celui par lequel la valeur sociale protégée est atteinte
- redouté²⁵ celui par lequel l'incrimination se construit.²⁶

²² Art. 221-5 C. pén.

²³ Pierre Spitéri, *L'infraction formelle*, RSC, 1966, p. 419

²⁴ Emmanuel Dreyer, *Droit pénal général*, Litec, 2010.

²⁵ Est également utilisé l'adjectif réel.

Le résultat légal est la réalisation du comportement décrit par le texte d'incrimination. Le résultat juridique est le moyen de protéger une valeur sociale, c'est le fait générateur de l'intervention du législateur. Il y a une relation de conséquence entre le comportement et le résultat redouté.

Ainsi, pour une infraction formelle le résultat légal se résume tout entier dans le résultat du comportement interdit. Il se trame en arrière-plan une idée de prévention, de réaction anticipée.

Si le résultat redouté est indissociable du processus d'incrimination, aucun doute ne subsiste sur le solde du comportement, soit la mort. Cependant, celui-ci ne sera pas pour autant un élément constitutif de tout crime, délit, ou contravention. Monsieur Mayaud use de la figure de désertion pour qualifier le préjudice.²⁷

²⁶ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, Op. cit., 2010, p. 295

²⁷ Y. Mayaud, *La résistance de droit pénal au préjudice*, *Mélanges B. Bouloc*, 2006, p. 810

B/ UNE CONSOMMATION EFFECTIVE

Il faut se demander si l'existence d'un résultat légal est suffisante pour qu'une infraction puisse être légalement consommée ou si en l'absence de résultat redouté, d'atteinte matériellement effective à la valeur sociale protégée, celle-ci n'est qu'artificielle. La présence d'un préjudice est-elle nécessaire ?

La question relative au résultat pénal se rattache à celle de connaître son influence sur la responsabilité en droit pénal.

La doctrine italienne qui a étudié le résultat pour lui-même et non en relation avec la consommation ou la tentative aboutit au constat, que toute infraction dispose d'un résultat.²⁸

En réponse, il faut chercher un nouveau critère de distinction entre ces différentes structures d'infraction. Donnedieu de Vabres proposa celui de préjudice²⁹, l'infraction formelle serait celle indépendante de tout préjudice. « L'infraction formelle n'est pas, comme on le prétend généralement, celle qui est consommée indépendamment de la réalisation d'un résultat, c'est celle qui est incriminée indépendamment de la réalisation effective d'un préjudice. »

Le droit romain a distingué après avoir aboli la loi du talion, le *damnum* du *praejudicium* dans la loi Aquilia. « Le dommage désigne, la lésion subie, tandis que le préjudice, qui est la conséquence de cette lésion, apparaît comme l'effet du dommage ³⁰». Le préjudice serait donc un dommage individualisé.

Ainsi cette notion est purement civiliste, ayant pour fonction principale la réparation, alors que le droit pénal, dans la théorie classique, « entend punir la volonté criminelle »³¹. La raison d'intervention de chacun de ces droits est intrinsèquement différente, et comme le souligne Monsieur Mayaud³², sont finalement rares les

²⁸ Rocco, *l'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, p. 321

²⁹ H. Donnedieu de Vabres, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie du faux documentaire*, 1943, p. 134 et s.

³⁰ Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 7^{ème} édition, 2008, n°1305

³¹ Keynes, *Op. cit.*, p. 510

³² Y. Mayaud, *Op. cit.*, p. 808

infractions répondant à l'exacte notion de préjudice civiliste. Pourquoi utiliser et déformer une notion stable d'un droit antagoniste dans son essence alors qu'il suffit de développer le résultat et de lui appliquer des qualificatifs permettant de prendre en compte toute la diversité structurelle, gage de cohérence de la matière.

L'autonomie du droit pénal trouve à s'illustrer encore dans la compréhension du résultat. En effet, il est un lointain cousin du préjudice civil. Même si le résultat est souvent taxé d'obscurantisme, il est plus juste de l'employer en raison de la spécificité primitive et toujours actuelle du droit pénal. Le préjudice en droit civil est le dommage subi par une personne, c'est donc une atteinte à un intérêt privé. Or le droit pénal a comme justification première la défense de l'intérêt général, et si l'exigence d'une victime déterminée est normale en droit civil en raison de son caractère réparateur, celle-ci n'est pas concevable en droit pénal, où malgré l'absence de victime identifiable, la collectivité est touchée. Le droit pénal « met l'accent sur le délinquant, c'est-à-dire une personne chargée d'un potentiel de nuisance ou de dangerosité »³³. Le préjudice n'est alors qu'hypothétique, incertain... Employer ce terme serait inconfortable, alors que le résultat permet de comprendre pourquoi la peine est prononcée, et pourquoi en parlant de consommation anticipée il y a quand même consommation, légitimant la sanction.

Cependant, la notion de résultat n'est pas admise unitairement par la doctrine³⁴. L'auteur propose d'expliquer la structure des infractions en distinguant dommage et préjudice tout en établissant le postulat que « la catégorie des infractions formelles témoigne d'une semblable indifférence au dommage et au préjudice dans la mesure où la répression intervient en amont, avant la réalisation effective tant du dommage que du préjudice » ; et que « la consommation de certaines infractions réalise simultanément un dommage et un préjudice ». Ceci reste peu convainquant dans la mesure où les notions s'empiètent et définissent de manière négative une structure. Le résultat qualifié a l'avantage de la clarté. Il « existe une antinomie philosophique entre le préjudice privé et le droit pénal ³⁵».

³³ J. Pradel, Op.cit., p. 307

³⁴ Romain Ollard, *La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal*, RSC, 2010, p. 561

³⁵ Y.Mayaud, Op. cit., p. 808

Naturellement, l'infraction formelle échappe au préjudice, le résultat redouté n'entre pas dans sa constitution. Pour Keynes, elle est « celle qui sanctionne un moyen, lequel a pour conséquence un résultat exclusivement juridique ».³⁶

Le résultat est un élément fédérateur du droit pénal, toutes les incriminations se rejoignent autour de lui, même si elles n'ont pas toutes la même structure de résultat. A l'opposé, le préjudice est facteur de dichotomie et de séparation entre les infractions puisque certaines n'y font pas du tout échos.

La différenciation subtile et cohérente d'un tronc commun vaudra toujours mieux qu'une séparation bancale.

Le résultat dans le langage courant est défini comme « le produit [d'] une activité consciente dirigée vers une fin³⁷ ». Puisque le résultat redouté n'est pas exigé au titre des éléments constitutifs, cela prouve qu'il est indifférent de savoir si le résultat a été obtenu ou non. Le comportement est intrinsèquement dangereux, et sera suffisant pour justifier la réponse pénale indépendamment de la preuve d'un quelconque préjudice.

Le résultat légal est la source de la consommation. A ce titre, l'infraction formelle est sans artifice par rapport à la tentative, qui n'est consommée que par assimilation, bien que Monsieur Prothais définisse l'attentat comme « une tentative érigée en consommation ».³⁸

L'agent est auteur³⁹, mais au prix d'un processus intellectuel d'assimilation, puisque par définition, l'infraction n'a pas été consommée, il n'y a qu'un commencement d'exécution soit l'accomplissement « d'actes qui tendent directement au crime ou au délit avec l'intention de le commettre »⁴⁰.

Pour Monsieur Mayaud, la consommation est « l'action d'amener quelque chose à son plein »⁴¹. Celle-ci se distingue du commencement d'exécution par le constat qu'il n'y a plus de place pour le désistement de l'agent. La consommation est irréversible, elle découle de la qualification législative prévoyant les actes nécessaires à celle-ci.

³⁶ Keynes, *Op. cit.*, p. 513

³⁷ Dictionnaire Robert, *Op. cit.*, p. 2226

³⁸ Prothais, *Tentative et attentat*, Thèse 1981, selon lequel l'attentat serait l'ancêtre de l'infraction formelle

³⁹ Au sens de l'article 121-4 C. pén.

⁴⁰ Ch. crim., 5 juillet 1951, *Bull. crim. n°198*

⁴¹ Dictionnaire Robert, *Op. cit.*, p. 516

«Lorsque les faits constitutifs d'un crime ou d'un délit sont concrètement matérialisés, par des agissements destinés à les accomplir, et que rien ne manque de ce qui est censé y participer, l'infraction est juridiquement achevée »⁴² . Le Code pénal soutient cette définition en utilisant le verbe commettre dans l'article 121-4 du C.pén : « est auteur de l'infraction la personne qui commet les faits incriminés » ; et le nom consommation dans l'article 121-7 du C.pén. : « est complice(...) la personne qui sciemment(...) en a facilité (...) la consommation ». C'est une matérialité finie.

La consommation n'intervient qu'au moment où l'*iter criminis* est achevé, soit au terme de six étapes : la pensée criminelle, la résolution criminelle, son extériorisation, les actes préparatoires, le commencement d'exécution et enfin l'exécution. Ce n'est que grâce à cette dernière étape que la sanction pénale pourra être prononcée par la juridiction compétente.

En effet, cette notion dévoile ce qui est parvenu à maturité, achèvement, elle témoigne lors de l'opération de qualification du juge, de l'adéquation avec l'incrimination dans tous ses éléments. C'est « lorsque le fait accompli par l'auteur renferme tous les éléments constitutifs de l'acte incriminé tels qu'ils sont précisés dans la définition qu'en donne la loi ⁴³ ».

Cette exigence de consommation découle du principe de légalité des délits et des peines, principe à valeur constitutionnelle, affirmé par la DDHC⁴⁴ dans son article huit : « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Ceci est également repris au titre des principes généraux, par le Code pénal à l'article 111-3 : « nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis dans la loi ».

Si la loi a le monopole de la prévision des comportements nécessitant la répression, ceux-ci ne peuvent être sanctionnés qu'en raison de leur adéquation à ce défini par la loi. Le juge devra vérifier la concordance qui se matérialise par la consommation.

⁴² Y. Mayaud, Op. cit , p. 173

⁴³ R. Garraud, *Traité de droit pénal*, I, p. 506

⁴⁴ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

L'infraction formelle, sous le prisme de la répression anticipée ne serait-elle pas une dénaturation ? Si nous ne retenons que le concept de résultat après abandon salutaire du préjudice, la réalisation des éléments constitutifs de l'infraction est entière. Considérer que c'est une répression anticipée entraîne une réduction aux cas de consommation naturelle ; qui sont représentés par le meurtre, les violences ayant entraîné la mort... qui sont porteurs d'une donnée objective, le résultat redouté achevé.

Si le raisonnement se base sur l'infraction matérielle, alors on incrimine un commencement d'exécution. Toutefois cela doit être nuancé, puisqu'il est toujours procédé par comparaison à ce qui semble naturel, alors que l'infraction formelle peut se revendiquer être à part entière, une infraction consommée. Cette dernière n'a pas volé l'existence d'un résultat légal, support fondateur de la consommation.

L'infraction de comportement n'est pas contraire à tout ceci puisque la sanction intervient après réalisation de tous les éléments constitutifs de l'incrimination, c'est une infraction consommée.

La consommation est unitaire sur le plan de l'accomplissement de tous les éléments constitutifs et protéiforme concernant son contenu pour rendre compte de la pluralité de type d'infractions (formelle et matérielle). Cette représentation est étrangère à la notion de résultat redouté.

La consommation est commune aux infractions matérielles et formelles sans pour autant recouvrir la même matérialité, il existe plusieurs dimensions légales de matérialité.

Nous concédons que l'écart temporel est fort réduit dans les infractions formelles entre le commencement d'exécution et la consommation, pour être si l'on se fonde sur le modèle de l'infraction naturelle, juxtaposés.

La référence et la comparaison à l'infraction matérielle ne sont que des confort intellectuels, il faut relativiser la place temporelle de cette notion, même si l'on peut parler d'anticipation de la phase de consommation.

Plutôt que le critère temporel, déplaçant le curseur de la consommation, nous préférerons celui d'accomplissement des actes incriminés par le législateur.

Pour punir tôt, il ne faut pas condamner les actes préparatoires mais réduire la teneur des éléments constitutifs. Telle est la technique du législateur opérant en toute légalité.

La consommation est une notion fonctionnelle, « elle constitue un outil au service d'une politique législative ; politique répressive si le législateur incrimine prématurément un comportement, politique positive lorsque la loi punit l'entreprise criminelle lorsqu'elle parvient au terme de toutes ses conséquences »⁴⁵.

Nous observerons pratiquement ce qui vient d'être étayé par des illustrations puisées dans le Code pénal.

⁴⁵ Louis Rozès, *L'infraction consommée*, RSC 1975, p. 607

SECTION II : L'IGNORANCE CONCRETE DU DOMMAGE

La prévention du risque de mort est réalisée par deux infractions principales, autonomes, dont le résultat juridique est pourtant différent. Si le crime d'empoisonnement a pour valeur sociale protégée la vie (A), le délit de risque causé à autrui défend une valeur collective de sécurité(B).

A / L'empoisonnement : offense à la vie

L'empoisonnement, surnommé « poudre à succession »⁴⁶, a de tout temps été réprimé, particulièrement dans le droit romain⁴⁷ par la loi *Cornelia de sicariis et veneficii*.

Crime de proches, peur de la trahison, absence d'engagement physique de l'auteur et souvent relation de confiance qui existait, ont commandé la répression plus sévère de celui-ci. Ainsi, en 1810, pour un meurtre ordinaire était encourue la peine de travaux forcés à perpétuité, alors que, pour un empoisonnement était prévue celle de mort.

L'empoisonnement était néanmoins un colosse au pied d'argile, en raison, d'une part, de sa preuve très difficile à rapporter, et, d'autre part, des erreurs judiciaires qui ont été enregistrées, notamment au XIXème siècle avec l'affaire Danval dont les progrès de la toxicologie permirent de le réhabiliter : la découverte de la maladie d'insuffisance surrénale aiguë ayant prescrit la révision de son procès. Ainsi, cette infraction est accoudee à la connaissance scientifique humaine, par nature sujette à évolutions.

D'ailleurs, quantitativement, il a été constaté une diminution du nombre d'empoisonnements, ce qu'il faut nuancer puisqu'au XIXème siècle, toute mort dont la cause était inconnue était déclarée comme faisant suite à un empoisonnement.

⁴⁶ La Brinvilliers à propos de l'arsenic.

⁴⁷ En 81 avant Jésus Christ sous le règne de Sylla.

L' article 301 du Code pénal de 1810 disposait qu'« est qualifié d'empoisonnement tout attentat à la vie d'une personne, par l'effet de substances qui peuvent donner la mort plus ou moins promptement, de quelque manière que ces substances aient été employées ou administrées, et qu'elles qu'en aient été les suites ».

Actuellement, cette infraction est toujours présente dans notre arsenal répressif, même si elle a fait l'objet de nombreuses contestations notamment à l'occasion des différents projets de réforme du Code pénal, et, par la jurisprudence.

En effet, le projet Matter de 1934, l'avant-projet de la commission de révision du Code pénal de 1980 et le projet de nouveau Code pénal de 1986, se sont tous prononcés en faveur de la suppression de cette incrimination, trop sujette aux erreurs judiciaires.

Il convient d'ajouter, que le spectre de l'affaire du sang contaminé à la fin des années quatre-vingt a sûrement engendré des raisons politiques à la suppression de cette incrimination. En effet, l'abrogation aurait été une loi pénale de fond plus douce et aurait rétroagi conformément aux dispositions de l'article 112-1 C. pén.⁴⁸

Son existence réelle n'est due qu'à la commission des lois du Sénat qui a réintroduit l'incrimination par amendement. L'Assemblée Nationale préférant le projet initial, le sujet a été tranché en commission mixte paritaire.

Le principal reproche formulé par les opposants à une incrimination autonome, était que l'empoisonnement n'incarnait qu'une variété de meurtre ou d'assassinat.

Excluons d'emblée la variété d'assassinat⁴⁹, ce dernier défini par la préméditation expliquée comme « le dessein formé avant l'action »⁵⁰ est un élément constitutif à décrire lors de qualification, mais inexistant juridiquement dans le crime d'empoisonnement. Factuellement, la plupart de ces derniers doivent être prémédités, même s'il est aisé d'imaginer le cas où pris d'un excès de sentiments venimeux, l'agent sera passé à l'action. La proximité avec le meurtre⁵¹ serait dans la réalisation de

⁴⁸ « (...) les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes ».

⁴⁹ Art. 221-3 C. pén.

⁵⁰ Art. 297 C. pén. de 1810.

⁵¹ Art. 221-1 C. pén.

l'infraction, or, « le rôle actif de l'agent s'arrête plus tôt que pour le meurtrier ordinaire »⁵².

De même une contiguïté peut être soulignée quant au régime répressif, par l'existence d'un procédé d'alignement des peines, puisqu'est encourue dans les deux cas trente années de réclusion criminelle.

Cependant, l'apparente gravité égale ne reflète pas la différence de structure matérielle qui les oppose. En effet, l'empoisonnement constitue une infraction formelle alors que le meurtre est matériel ; ils ne participent pas de la même logique répressive choisie par le législateur. La filiation entre ces infractions n'est pas négligeable, attendu qu'elles répondent au même résultat redouté, l'atteinte à la vie. L'unique but du législateur a été de diversifier ses incriminations pour des comportements atteignant effectivement ou potentiellement la vie humaine.

Ceci est défendu par Monsieur Prothais dans son plaidoyer pour le maintien d'une incrimination autonome de l'empoisonnement, en soulignant les capacités répressives de cette incrimination comme étant plus « préventives » que les autres variétés d'atteintes volontaires à la vie. C'est la réponse du législateur face à une criminalité particulière, une infraction considérée comme empreinte d'horreur.

De plus, une infraction formelle découle le plus souvent de celle matérielle. Le travail du législateur consiste dans un premier temps, à prévoir tous les agissements susceptibles de causer le résultat redouté, et dans un second, de conjecturer les comportements qui potentiellement atteindront ce dernier. L'infraction pour être consommée doit atteindre son résultat légal, qui dépend de la relation plus ou moins étroite entretenue avec le résultat redouté ; c'est-à-dire que la preuve de la mort est requise dans un cas alors que la preuve d'agissements conformes au texte d'incrimination sera suffisante dans l'autre. « L'infraction formelle devient ainsi une infraction fille par rapport à l'infraction mère qu'est l'infraction matérielle »⁵³.

Toutefois, la comparaison avec les autres pays européens témoigne d'une conception différente en Suisse, au Portugal ou en Allemagne faisant du moyen utilisé pour tuer un

⁵² A.Prothais, *Plaidoyer pour le maintien de l'incrimination spéciale de l'empoisonnement*, Dalloz, 1988, chron. 25.

⁵³ Y.Mayaud, *op.cit*, p. 216

meurtre aggravé. L'article 211 du code pénal allemand dispose que « le meurtrier est celui qui par instinct sanguinaire, pour satisfaire ses pulsions sexuelles, par cupidité ou pour n'importe quel mobile abject tue un être humain sournoisement, cruellement, en employant un moyen constituant un danger public ou encore pour permettre ou dissimuler une autre infraction ».

Nous remarquons qu'à la différence du droit français, sont pris en compte les mobiles de l'auteur, de même, l'article ne définit pas le meurtre mais le comportement de la personne qui l'exécute. Le point central est le fait de tuer un être humain d'une certaine manière ; il faut en sus, que le moyen utilisé pour commettre le meurtre soit un danger public, le poison pour le droit allemand entrant dans cette catégorie. L'usage de cette infraction pour en commettre une autre fait référence aux concours d'infractions.

Le crime d'empoisonnement est envisagé par l'article 221-5 du Code pénal de 1992, le définissant comme « le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort ». Il présente une structure particulière, des substances spécifiques et un usage propre de celles-ci.

L'ossature de cette infraction est très ancienne puisque déjà sous l'Ancien Régime, l'Edit de juillet 1682 punissait de mort ceux « qui seront convaincus de s'être servis de vénéfices et de poison, soit que la mort s'en soit suivie ou non ».

La notion d'attentat définie comme une « tentative criminelle contre quelqu'un ⁵⁴», montre d'une part, la contiguïté avec la tentative et d'autre part, l'idée d'anticipation de la répression : la première étant l'ancêtre de la deuxième⁵⁵. Pour Ortolan « attentat n'est autre chose que tentative ; attenter, autre chose que tenter ». Néanmoins, nous avons déjà émis des réserves sur le rapprochement à la tentative, et, corroborons l'idée de devancement. L'attentat à la vie est donc distinct du « fait de donner la mort constitutif du crime⁵⁶ ».

L'infraction est en 1992 toujours formelle, les suppressions opérées dans l'ancienne version ôtent un aspect pédagogique à l'expression ; même si la formule « qu'elles qu'en aient été les suites » était redondante en raison de la nature même de cette infraction. La

⁵⁴ Dictionnaire Robert, *Op. cit.*, p. 171

⁵⁵ A. Prothais, *Op. Cit.*

⁵⁶ Article 221-1 C. pén.

mort est toujours exclue comme indifférente, mais, elle est toujours le résultat redouté moteur de l'incrimination.

L'originalité de l'infraction tient aux moyens utilisés : « les substances mortelles », « pivot⁵⁷ » de l'incrimination. Ceux-ci doivent être particuliers, c'est -à-dire « de nature à », soit, causer la mort. Le résultat redouté est clairement explicité à travers les moyens, c'est « la mort potentielle évidente ⁵⁸ ». La réalisation du résultat redouté est indifférente pour sa constitution matérielle. La nature de ces substances éliminant tout aléa, la vie est protégée face au risque de mort inéluctable, engendré par celles-ci.

Le législateur en utilisant la périphrase : « substances de nature à entraîner la mort » ne les définit pas, évitant de lier le juge à une liste exhaustive dont les difficultés de mise à jour auraient été inhérentes à l'invention humaine.

Le caractère mortifère est intrinsèque, à défaut, l'infraction d'administration de substances nuisibles à la santé devrait être retenue⁵⁹. Cette exigence a été très tôt relayée par la Cour de Cassation, à l'occasion d'un arrêt rendu le 18 juin 1835, qui affirme que la loi répute attentat à la vie de la personne « l'effet de substances qui peuvent donner la mort » et non l'effet de substances vénéneuses à proprement dites.

Le nom substance est amplement plus large que celui de poison, laissant toute latitude au juge, sans pour autant être détaché d'incertitudes. Celle-ci pourra se présenter sous forme animale, végétale, minérale ou chimique. Un arrêt du 18 juillet 1952, a retenu l'inoculation d'un virus mortel commis par les expérimentateurs du camp d'Auschwitz, comme apte à être la substance nécessaire.

De manière analogue, la commission des lois du Sénat avait présenté, lors de la réforme, un amendement visant expressément les affections transmissibles par virus : « la contamination volontaire par une maladie susceptible de provoquer la mort ⁶⁰ ». Le rapport de Monsieur Jolibois, montre la volonté d'utiliser la qualification

⁵⁷ Doucet, *La protection de la personne humaine*, n°131

⁵⁸ Y. Mayaud, *Op . cit.*

⁵⁹ Celle-ci est classée dans le chapitre 2 du titre 2 du livre 2 du C. pén. relatif aux atteintes à l'intégrité physique.

⁶⁰ JO Débat Sénat, 25 avril 1991, p. 647

d'empoisonnement pour l'affaire du sang contaminé, puisque « semble-t-il on pourrait y recourir pour condamner la transmission intentionnelle du sida ⁶¹ ».

Cependant, le virus du sida⁶² est dorénavant envisagé par certaines juridictions comme une substance nuisible à la santé, ce qui n'est nous semble-t-il, qu'une spéculation optimiste sur les progrès de la science⁶³. Encore faut-il rappeler que la découverte d'un vaccin, d'un traitement, n'enlèvent pas la nature de substance mortelle au virus puisque cette qualité est inhérente à sa nature⁶⁴.

Il est tout autant artificiel de vouloir établir une distinction, comme l'envisage une partie de la doctrine⁶⁵, entre substances certainement et immédiatement mortelles et substances à effet mortel différé. Peu importe que les termes « plus ou moins promptement » aient été éludés ; l'utilisation de « nature à » entraîner la mort ne requiert pas d'exigence temporelle quant à la survenance de la mort. Les solutions devraient être les mêmes.

De plus, ces substances à risque mortel seraient celles, nouvelles dont les effets ne sont pas encore tous connus, conduisant selon l'auteur, à les intégrer *ipso facto* sous la coupole de l'incrimination d'administration de substances nuisibles. Une confusion semble être créée : l'ignorance des effets joue sur le plan de l'élément moral, l'administration en connaissance de cause ne sera pas retenue.

L'affaire du sang contaminé conforte ceci ; même si, les poursuites ont été fondées en premier sur la loi du premier août 1905 relative aux fraudes et falsifications en matière de produits ou de services. Les personnes poursuivies l'ont été pour des actes commis entre le 21 mars et le 10 octobre 1985, période à laquelle était connu le pouvoir mortel du virus, et *a fortiori* l'erreur sur les qualités de la marchandise attendues.

Ce n'est pas parce que nous n'éprouvons pas le pouvoir mortel d'une substance que celle-ci ne l'est pas intrinsèquement ; simplement ne sachant pas ses aptitudes l'intention correspondante est par conséquent inexistante. L'élément intentionnel

⁶¹ Rapport C. Jolibois, *Commission sénatoriale des lois*, n°295, 18 avril 1991, p. 40

⁶² Syndrome d'immunodéficience acquise.

⁶³ CA Colmar 4 janvier 2005

⁶⁴ A.Prothais, *Le sida par complaisance rattrapé par le droit pénal*, Dalloz, 2006, p. 1068

⁶⁵ D.Mayer, *La notion de substances mortelles en matière d'empoisonnement*, Dalloz, 1994, p. 325

désignant au minimum, la conscience que l'accusé avait du processus funeste inhérent aux substances administrées.

La pratique judiciaire ne renfermerait-elle pas, une correctionnalisation par minoration d'un élément constitutif de l'infraction ⁶⁶ ? Il est vrai que cette pratique semble à présent réellement établie, notamment en matière de transmission du virus du sida, par personne porteuse se sachant contaminée, et renonçant à toute protection lors de relations sexuelles. Cette position a été attestée, par la Cour de Cassation, dans un arrêt du 10 janvier 2006, ⁶⁷ rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 4 janvier 2005.

S'il appartient aux juges du fond de se prononcer sur ce que comprennent substances mortelles et substance nuisibles, ils n'en sont pas moins exempts de motivation. En réalité, ils se contentent d'affirmations péremptoires, telles : « il s'est rendu coupable de lui avoir volontairement administré des substances nuisibles, en l'occurrence le virus du sida(...) ⁶⁸ ». La Cour d'appel de Colmar emploie le terme de maladie incurable, reconnaît le risque « gravissime pour leur santé et leur vie », avant de déclarer l'administration de substances nuisibles constituées dans tous ses éléments. Si incurable ne signifie pas mortel, le risque pour la vie, lui, la désigne clairement.

D'autre part, l'empoisonnement est une infraction de commission ; un acte d'administration ou d'emploi est exigé. La survenance de la mort ne changera pas la qualification choisie, comme le certifie le point de départ du délai de prescription au jour de la réalisation du geste, et non, au jour de la mort, comme dans l'homicide.

L'emploi est l'usage ou l'utilisation, et, l'administration est une manière de donner. Le caractère des actes est suffisamment large, pour couvrir une diversité, conduisant à retenir l'action directe ou indirecte de l'accusé sur la victime. Il peut s'agir d'un acte unique, ou, d'actes répétés perçus selon la Chambre criminelle comme acte unique : un seul et même dessein⁶⁹. C'est en raison de l'atteinte effective au résultat redouté, que la qualification d'empoisonnement est invoquée ; l'acte en lui-même n'était pas répréhensible, c'est la succession qui rend le comportement globalement condamnable,

⁶⁶ Cette pratique demeurant illégale malgré la loi du 9 mars 2004, n°2004-204, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁶⁷ Ch. crim., pourvoi n° 05-80.787, Bull. crim. 2006, n°11

⁶⁸ CA Rennes 24 août 2010, n°09/00616

⁶⁹ Ch. crim. 5 février 1958

et aboutit à une dose mortelle. La substance n'est mortelle par nature qu'en raison de sa quantité.

Ainsi, l'indifférence à la survenance de la mort permet de condamner, à la fois l'administration de substances mortelles peu important les conséquences, et, l'administration inoffensive dans son unicité mais qui par sa répétition cause la mort.

D'un côté, c'est l'acte qui est pris en compte, alors que de l'autre, c'est la mort. La structure formelle de l'infraction a été dans cette entreprise quelque peu torturée, mais reste fidèle à l'incrimination, puisque, c'est la même qualification qui sera retenue, que la mort soit survenue ou non. Ainsi, la jurisprudence fait de cette incrimination plus qu'une infraction de comportement.

In fine, ce n'est pas l'action de l'agent mais le substrat qui jouera le rôle ultime comme objet médiat.

Enfin, l'évitement par les juridictions du fond de l'incrimination d'empoisonnement, est probablement explicable par l'impossibilité apparente de pouvoir qualifier l'élément moral dans ces espèces.

Le nœud de la difficulté est là⁷⁰. La cristallisation se fait autour de la détermination de l'existence ou non d'un dol spécial dans l'article 221-5 C.pén. Il faut choisir entre la volonté d'administrer une substance en la sachant mortelle, ou, la volonté de tuer à l'aide du poison administré. Pour éclaircir la gêne, il faut rester ancré à la nature de cette infraction.

S'il s'avère logique d'exiger la preuve de l'intention de tuer, dans une incrimination dont la matérialité fait correspondre parfaitement résultat légal et redouté, il n'en est pas de même, lorsque le résultat légal correspond à un comportement.

Essayer d'inclure la volonté de tuer c'est forcer la structure de l'infraction ; pourquoi ajouter la preuve d'un élément qui ne doit pas être relevé matériellement ? Il faut respecter l'originalité de cette infraction, sinon elle n'aurait plus lieu d'être, et, deviendrait le doublon, la variante, de l'homicide par simple usage de moyens spécifiques.

⁷⁰ Nous traiterons ceci dans la partie qui y est consacré, et indiquerons, ici, les répercussions sur l'élément matériel.

Nous ne déniions pas l'adhésion de l'auteur au processus mortel, simplement il n'est pas nécessaire de s'y appesantir, tout comme la démonstration de la mort de la victime est indifférente. Le parallélisme des solutions sur la preuve semble le plus opportun, pour dévoiler la spécificité de cette incrimination, et montrer l'intention du législateur qui a choisi de diversifier la répression.

« Concevoir l'intention de l'auteur comme une intention dirigée vers la mort, c'est ajouter sur le plan moral ce que l'infraction ne contient pas dans sa matérialité. C'est donc ne plus respecter l'adéquation qui doit en principe exister entre l'élément moral et l'élément matériel⁷¹ ».

L'utilité de cette catégorie revêt aussi une dimension collective vers ce qu'elle offre de sécurité, dans le cadre par exemple, d'un éventuel empoisonnement des chaînes alimentaires.

⁷¹ Y.Mayaud, *L'empoisonnement, une logique de mort*, RSC, 1995, p. 347

B/ LE DELIT DE RISQUE CAUSE A AUTRUI : OFFENSE A LA SECURITE

COLLECTIVE

Selon le projet de réforme de 1986, le Code pénal se doit « d'opposer de fermes réponses aux formes modernes de la criminalité et de la délinquance qui menacent plus durement dans notre société la personne humaine ».

Le législateur a dû renouveler ses solutions pour faire face à de nouvelles pratiques nées du progrès de la technique ; en créant des infractions révélant la particularité du caractère industriel de la civilisation et, le développement de la circulation routière.

La création du délit de risque causé à autrui est « l'une des innovations majeures⁷² » du Code pénal de 1992. Celui-ci a été adopté pour faire prendre conscience à chacun des risques qu'il fait encourir aux autres, cette nouveauté distingue la prise de risques de la simple imprudence.

Usuellement, il est désigné par le terme de délit de mise en danger ; bien que ceci procède désormais d'une confusion avec la faute pénale visée à l'article 121-3 al 2 C. pén.

Toutefois, ce nouveau délit n'a pas été accueilli que par des louanges ; ses détracteurs craignaient que soient atteintes les libertés individuelles à cause des contours incertains de l'infraction, engendrant de probables appréciations divergentes de la part des magistrats. Certains ont mis en cause la pertinence de cette intervention, pointant l'inutilité de l'incrimination : pour Madame Rassat c'est « un accessoire purement décoratif⁷³ », pour Monsieur Cedras « un tigre de papier⁷⁴ ». Ceci doit être nuancé ; comme nous le percevons le législateur a pris soin, peut-être maladroitement, d'énoncer de strictes conditions, la jurisprudence relayant fort bien cette intention. Cette dernière est évoquée expressément dans le rapport de Monsieur Jolibois⁷⁵, « il ne faudrait pas que l'on puisse appliquer ce texte en cas de simple négligence ou

⁷² Véron, *Droit pénal spécial*, Sirey Université, 13^{ème} édition, p. 111

⁷³ M.L. Rassat, *Les infractions contre les biens et les personnes dans le nouveau code pénal*, Dalloz Service, 1995, n°217

⁷⁴ Cédras, *Le dol éventuel : aux limites de l'intention*, Dalloz, 1995, Chron.18

⁷⁵ C Jolibois, Op. cit.

d'imprudence, cette disposition doit s'appliquer à un imprudent constitutif qui prend le risque de la mort d'autrui en conscience et de manière manifestement délibérée ».

La fonction symbolique dénoncée à l'origine doit être relativisée, le délit étant régulièrement appliqué et source de contentieux devant les différentes Cours⁷⁶.

L'article 223-1 C. pén dispose que « le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement », constitue le délit de risque causé à autrui. La formulation témoigne d'une volonté ferme de circonscrire le délit, et, de la gaucherie dans l'expression choisie, cette dernière serait « alambiquée »⁷⁷.

Sur le plan matériel, deux éléments sont exigés : la violation d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence et l'exposition d'autrui à un risque caractérisé.

Premièrement, la violation synonyme de transgression, d'inobservation d'une règle, peut être une action ou une abstention répréhensible. De la sorte, ce délit peut sûrement être qualifié de protéiforme puisqu'il est de commission, lorsque l'agent accomplit ce que la loi lui interdit, et, d'abstention, là où la loi impose un certain comportement et que celui-ci demeure inexistant. C'est une originalité par rapport au crime d'empoisonnement, mais, qui s'explique par une différence d'élément moral.

Cependant, des auteurs dans les premiers mois d'existence de cette infraction ont assuré que « l'acte reprochable ne peut consister qu'en un acte positif ⁷⁸ » ; cela revient à ajouter là où le législateur est resté muet. De plus, refuser l'abstention, c'est repousser en dehors des frontières le non-respect de toutes les règles de sécurité en matière de droit du travail, contrariant en conséquence les desseins du législateur.

En outre, la violation d'une obligation par ses qualificatifs et ses sources permet de circonscrire le délit dans des limites étroites. Cette préoccupation était déjà celle des rédacteurs de l'avant-projet de 1980, qui, « pour éviter un danger d'arbitraire dans l'application de cette disposition nouvelle » ont énoncé que la violation devait être

⁷⁶ C. Guéry et G. Accomando, *Le délit de risque causé à autrui ou de la malencontre de l'article 223-1 du nouveau code pénal*, RSC, 1994, p. 681

⁷⁷ J. Francillon, *Code pénal commenté*, Dalloz Sirey, 1996, p. 259

⁷⁸ Doucet, *Op. cit.*, n°175

délibérée⁷⁹, et découler, de textes particuliers. Ceci démontre que le choix premier de défense de la sécurité collective face aux libertés individuelles est délicat, et, doit être restreint par des limites objectives rationalisant le côté vaporeux d'un comportement dangereux. Notons que, le risque de mort par l'absence de résultat redouté constitué conduit invariablement aux mêmes difficultés et craintes. Ainsi, il ne peut s'agir que d'une obligation particulière, qui doit de plus être de prudence ou de sécurité, et, enfin, édictée par une loi ou un règlement.

L'obligation de prudence désigne celle d'avoir « une attitude réfléchie quant aux conséquences de ses actes » et, celle de sécurité, « de ne pas porter atteinte à la vie de la personne »⁸⁰. Précisons que le but de l'obligation est la protection des personnes humaines et non celle des biens.

L'obligation particulière résulte d'« un modèle de conduite circonstanciée ⁸¹ ». Elle « serait générale là où sa portée se prêterait à une certaine subjectivité, [et] particulière au regard de règles plus précises, dont l'objectivité les rendrait immédiatement perceptibles et clairement applicables sans faculté d'appréciation individuelle⁸² ». Indiquons que, la violation de ces dispositions n'a pas à être pénalement sanctionnée⁸³.

L'exigence d'une disposition précise, et non, d'un devoir général témoigne du lien intense existant avec la législation du Code de la route et celle du Code du travail.

La loi et le règlement sont compris au sens constitutionnel du terme⁸⁴, c'est-à-dire les décrets et arrêtés. Avant la réforme opérée par la loi du 10 juillet 2000, des doutes étaient apparus en doctrine pour savoir s'il fallait comprendre le nom règlement de manière uniforme, en l'occurrence, il était utilisé au singulier alors qu'il l'était au pluriel pour le délit d'homicide involontaire, comprenant notamment les règlements intérieurs.

Notons que, la proposition de loi faite en 2011 par Monsieur le sénateur Fauchon rétablirait le pluriel au nom règlement⁸⁵.

⁷⁹ Il s'agit de l'élément moral de l'infraction.

⁸⁰ M. Puech, *De la mise en danger d'autrui*, Dalloz 1994, p. 154

⁸¹ M. Puech, *Droit pénal général*, Litec, 1988, p. 197

⁸² CA Douai 26 octobre 1994

⁸³ Ch. crim., 10 décembre 2002, Bull. crim. n°223

⁸⁴ Selon les circulaires ministérielles des 14 mai 1993 sur l'application du C.pén et du 24 juin 1994 en matière routière.

⁸⁵ Proposition de loi n°223 du 13 janvier 2011.

L'exigence de particularité conduit à ce que soient rejetées, par exemple, les dispositions imposant aux maires et aux préfets de prendre des mesures pour protéger la population contre la pollution atmosphérique⁸⁶.

La plupart de ces obligations étant par ailleurs sanctionnées par des contraventions, une situation de concours avec le délit de risque causé à autrui se produira, notamment en matière d'infraction aux normes de santé et de sécurité⁸⁷. La circulaire de 1994 explique ceci : « la quasi-totalité des obligations du Code de la Route ou de la réglementation des transports peuvent être prises en compte, et, comme celles-ci sont le plus souvent pénalement sanctionnées, il en résulte qu'il y aura presque systématiquement, comme en matière d'homicide et de blessures involontaires, un concours idéal entre le délit de l'article 223-1 et l'une des contraventions prévues par ce code ou cette réglementation ».

Dans ce cas, selon les circulaires et la jurisprudence⁸⁸, par analogie, la même solution qu'en présence d'un homicide involontaire et de l'inobservation de prescriptions réglementaires⁸⁹ sera retenue, celle de cumul des peines de nature correctionnelle et contraventionnelle. S'il est apparent que les valeurs sociales en concours pour le cas de l'homicide sont différentes car, protégeant la discipline et la vie humaine ; à l'inverse, pour le délit de risque causé à autrui la dissimilitude est moins évidente. Le législateur aurait entendu éviter, d'une part, l'indiscipline et, d'autre part, l'insécurité. Cependant, le premier terme recoupe le second. De plus, la structure matérielle du délit inclut le comportement décrit et sanctionné par la contravention ; ainsi, les qualifications sont incompatibles à cause de leur absorption, la deuxième étant incluse dans la première. Briguer la contravention aboutirait à la violation du principe *non bis in idem* interdisant de poursuivre et de condamner un individu deux fois pour le même fait.

La valeur sociale protégée par le délit de risque causé à autrui a été difficile à dégager, beaucoup d'auteurs⁹⁰, dans les premiers jours du Code pénal en 1994, ont pensé qu'il s'agissait de défendre la vie de la personne (ou l'intégrité physique), de la même manière que pour un homicide involontaire. Le classement opéré au sein du livre

⁸⁶ Ch. crim., 25 juin 1996, Bull. crim. n°274

⁸⁷ Article L. 4741-1 C. du travail

⁸⁸ CA Douai 26 octobre 1994

⁸⁹ Ch. crim., 3 mai 1960, Bull. crim. n°236

⁹⁰ Par exemple Messieurs Francillon, Puech, Couvrat et Massé

deux a été établi par ordre de gravité, les atteintes à la vie étant les premières. Or, la place occupée par ce délit au sein du Code correspond au chapitre trois traitant des mises en danger, intervenant après les atteintes à la vie, et, après celles à l'intégrité physique ou psychique. Si la référence avait été la vie, elle aurait dû suivre ou devancer celle d'homicide involontaire⁹¹. De plus, si le résultat redouté, par lequel l'incrimination se construit est bien l'atteinte à la vie, c'est le résultat juridique qui désigne la valeur sociale protégée ou *ratio legis* ; la méprise première résulte d'une confusion entre les deux types de résultat.

Deuxièmement, cette violation va « exposer autrui », (délaissant ainsi les règles qui visent à assurer la sécurité de soi-même) c'est-à-dire placer quelqu'un dans une situation où il va encourir un péril. Cet autrui doit être identifiable mais pas identifié. L'avant-projet et le projet n'avaient envisagé que des hypothèses mentionnant la présence de victimes potentielles, comme, le locataire d'un immeuble qui en entassant dans sa cave des fûts d'essence a mis en péril, à l'occasion d'un incendie, la vie de ses voisins. Qu'en est-il en leur absence ?

Le gouvernement, lors des travaux parlementaires, a adopté une position plus stricte puisqu'il suffit que ce tiers ait pu exister, pas qu'il l'ait réellement. Ceci permet d'inclure le comportement de la personne qui double sans visibilité un véhicule en sommet de côte. Ce sont ces derniers termes qui changent tout, car, dans le cas d'une visibilité optimale sans personne humaine, le risque ne pourra être soutenu. Aussi, par exception, l'absence de victime potentielle sera prise en compte ; ne sachant pas s'il y avait une ou plusieurs personnes derrière la côte. Cependant, il ne faut pas conserver cette défaillance et incertitude comme principe, sous peine d'aboutir à des condamnations systématiques. Le risque ne serait plus objectif, et autrui ne serait pas exposé ; bien que, certains soutiennent que « la dangerosité de l'individu est la même que des personnes se soient ou non effectivement trouvées sur le lieu de la violation de l'obligation ». Il faut toutefois se méfier de ce genre d'affirmation basée uniquement sur la dangerosité d'une personne, notion par essence subjective, opaque et fuyante. Ceci explique les efforts du législateur pour encadrer les possibilités de poursuite et de condamnation.

⁹¹ Article 221-6 C. pén.

La présence d'une victime potentielle fait partie du faisceau d'indices permettant d'affirmer l'existence ou non d'un risque.

Troisièmement, le titre du chapitre trois, du titre deux, du livre deux, abrite ce délit et révèle la volonté prépondérante d'incriminer des comportements constitutifs en eux-mêmes d'un trouble grave à l'ordre social. L'intitulé, « de la mise en danger de la personne », laisse augurer la prise en compte de risques pour des victimes potentielles, sans exiger la réalisation du résultat redouté.

La violation d'une obligation exposant autrui est insuffisante, il est nécessaire d'être persuadé d'un risque de mort. Par hypothèse le repos éternel n'étant pas acquis, le délit manifeste son égard à la prévention tout en tenant compte du degré de faute de l'agent. Celui-ci réprime par anticipation des comportements dangereux, dont l'asocialité est caractérisée. Constatons que l'article 223-1 C. pén n'incrimine que les mises en danger suffisamment graves, « exposant directement autrui à un risque immédiat de mort ⁹² ». Ici, le risque de mort est exprimé de façon expresse, rendant compte de l'absence de correspondance entre résultat redouté et résultat légal. Ainsi, le délit a l'ossature d'une infraction formelle par anticipation de la consommation sur le chemin de *l'iter criminis*.

Le risque doit donc être réel, teinté d'une forte potentialité, sans s'être concrétisé ce qui rendra peut-être la tâche du juge ardue. Il n'est pas question de se fonder sur un risque hypothétique, mais, sur un risque avéré.⁹³

Les arrêts et jugements rendus prouvent que ce risque doit être concrètement prouvé, aucune présomption ne découle de la simple violation. En effet, aucune présomption jurisprudentielle sur l'élément matériel n'existe encore. Il est pourtant malaisé, alors qu'aucune atteinte à la vie n'a été constatée, de savoir s'il existait réellement un risque qualifié. Aucune certitude n'existe, et rien à la différence du crime d'empoisonnement, n'ancre expressément la réalité du risque comme les substances mortelles. La tâche est plus délicate. La cour d'appel de Douai affirme « qu'il ne saurait

⁹² « (...) ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente ».

⁹³ Ch. crim. 4 octobre 2005, pourvoi n°04-87.654, Bull. crim. n°250. La société Total a été relaxée car aucune expertise scientifique n'a été apportée au soutien de l'action publique, et, qu'un professeur en toxicologie a conclu à l'absence d'impact mesurable sur la population de la pollution de l'air supérieure au seuil d'alerte.

être posé pour principe que le fait, de rouler à plus de 200km/h (...) constitue une violation de la réglementation (...) qui à elle seule [est] objectivement de nature à créer le risque ». « Le juge pénal ne saurait tirer du seul dépassement d'un certain seuil de vitesse(...) une présomption de mise en danger ». La Cour contredit ainsi, la circulaire de 1994, qui avait évoqué une présomption sans la nommer pour les délits dits de « très grande vitesse ».

Retenir une solution contraire aurait conduit à la correctionnalisation légale de toutes les contraventions concernées par la violation d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence. Faire du risque de mort une présomption le rendrait subjectif alors que, le législateur a entendu objectiver la notion.

Le délit de risque causé à autrui peut être qualifié d'infraction complexe caractérisée par une pluralité de composantes matérielles de nature différentes. La consommation n'interviendra qu'après la réalisation du troisième aspect ; le résultat légal placé en amont du chemin de *l'iter criminis*, comportera dans la phase antérieure à l'accomplissement du résultat redouté deux éléments distincts, conjugués et d'égale importance. Une fois encore, le risque a une préférence pour l'infraction formelle.

Cette incrimination laisse une grande latitude aux juges du fond, puisque, la preuve du risque découlera des circonstances propres et concrètes de chaque espèce. Celui-ci va prendre en compte tous les faits de la scène, selon la méthode du faisceau d'indices, pour évaluer l'existence d'un risque de mort. Ainsi, le conducteur d'une automobile qui circule à une vitesse de 224km/h au lieu de 130km/h, n'expose pas directement autrui à un risque si la circulation est fluide, les circonstances atmosphériques bonnes, la visibilité excellente, et la chaussée sèche⁹⁴. Cependant, dans des conditions climatiques qui semblaient favorables, le capitaine d'un navire a été condamné pour avoir accepté sciemment des passagers en surnombre⁹⁵.

Un arrêt de la Chambre criminelle, en date du 3 avril 2001⁹⁶, conforte ceci tout en élaborant, par la censure de l'arrêt de Cour d'appel, une méthode pour déterminer le péril grave. La juridiction du second degré aurait dû préciser « les circonstances de fait, tirées de la configuration des lieux, de la manière de conduire du prévenu, de la vitesse

⁹⁴ CA Douai 26 octobre 1994

⁹⁵ CA Rennes 26 septembre 1996

⁹⁶ Pourvoi n°00-85.546, Bull. crim. n°90

de l'engin, de l'encombrement des pistes, des évolutions des skieurs ou de toute autre particularité de l'espèce, caractérisant le risque immédiat de mort (...) auquel le prévenu, par la violation de l'arrêté municipal constaté au procès-verbal, a exposé directement autrui ». Cette explication pédagogique, rare de la part de la Cour adepte des formules péremptoires, mérite d'être soulignée.

Plus généralement, l'analyse méticuleuse des faits dans les décisions montre que toutes les juridictions se sont accordées et que le principe est désormais bien acquis. Le risque d'arbitraire avancé par les détracteurs du délit est réduit à son minimum par le travail minutieux de celles-ci.

Si le manquement aboutit à la réalisation d'un dommage moindre que ce visé par l'article 223-1, le délit sera constitué, l'indifférence au résultat caractéristique des infractions formelles, est réaffirmée.

Si le manquement conduit à la réalisation du risque, la qualification du délit sera vaine ; laissant place à l'homicide involontaire aggravé de la circonstance de mise en danger délibérée⁹⁷. Le législateur a conjecturé que cette dernière puisse être une qualification autonome et, également une circonstance aggravante du délit d'homicide involontaire ; imposant la réaction unitaire face à un concours de ces qualifications⁹⁸, même si les valeurs protégées étaient disparates. Les qualifications sont incompatibles par superposition : un même fait ne peut être à la fois un délit et la circonstance aggravante accompagnant une autre infraction⁹⁹. Sera seul retenu le délit d'homicide involontaire par application du principe de la plus haute acception pénale.

Grâce à cette technique, la peine encourue est plus élevée que ce qu'elle aurait pu être en cas de concours. En effet, le cumul des peines de même nature¹⁰⁰ étant interdit à la faveur de l'expression pénale la plus haute, il est encouru 5ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende au lieu de 3ans et 45 000 euros.

A la différence de l'empoisonnement, l'indifférence au résultat n'est pas totale, puisque, si le risque prévu est réalisé la qualification n'est plus appliquée. Cela tempère la traditionnelle formule d'indifférence au résultat redouté des infractions formelles.

⁹⁷ Article 221-6 al 2 C. pén.

⁹⁸ Ch. crim . 11 septembre 2001, Bull. crim. n°176 à propos de blessures involontaires

⁹⁹ Ch. crim., 14 octobre 1954, Bull. crim. n°294

¹⁰⁰ Art. 132-2 C. pén.

L'expression « manifestement délibérée enseigne sur l'élément moral désignant l'exigence d'un comportement qui est plus qu'une imprudence ou une négligence¹⁰¹. »

Avant d'envisager ceci, il faut considérer le rapport existant entre d'une part le comportement et d'autre part le résultat produit.

¹⁰¹ Ceci sera traité spécifiquement au sein de la partie consacrée à l'élément moral.

CHAPITRE II : LE RELACHEMENT DU LIEN CAUSAL

Le lien de causalité est caractérisé par sa certitude ainsi que par son intensité. Cependant, seul le premier élément semble fixé dans son principe (section 1), alors que, le second demeure toujours fluctuant (section 2).

SECTION I : LA SOUPLESSE RELATIVE DU CARACTERE CERTAIN

Ce caractère est le premier à devoir être caractérisé dans toute étude sur la causalité, légitimant ainsi, l'établissement de la responsabilité. La certitude est donc nécessaire (A) mais n'est pas antinomique avec la potentialité (B).

A/ L'ABSOLUE NECESSITE DE LA CERTITUDE

Selon Stuart Mill la cause est la « somme totale des forces qui ont pris une part quelconque à la production du phénomène ». Le résultat est donc la rencontre de plusieurs facteurs¹⁰².

D'un point de vue superficiel, la causalité ne semble pas avoir une influence déterminante puisque ne présentant que peu d'intérêt pour les criminalistes. C'est pourtant faux car son rôle est si évident, qu'il ne peut être sous-estimé.

¹⁰² Stuart Mill, *A system of logic*, Tome 1, p. 179

La notion n'a pas qu'une dimension juridique, elle se rencontre dans de nombreux autres domaines, comme en sciences. La preuve de son succès provient de sa vulgarisation, par l'usage qui en est fait au quotidien¹⁰³.

La causalité est l'alliée de la liberté en évitant de reprocher à autrui un résultat sans rapport avec son comportement. A défaut, la responsabilité serait excessive. Elle rejoint donc, le principe de personnalité de la responsabilité exprimé à l'article 121-1 C.pén. qui dispose que « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ».

« Le principe même de la responsabilité n'existe pas sans la causalité¹⁰⁴ ».

Les exigences d'une justice rétributive imposent de ne punir que les personnes n'étant pas étrangères à une infraction ; il faut une contribution personnelle à l'acte illicite. Le lien est matérialisé par une relation entre un acte humain et un résultat délictueux, il est de cause à effet, c'est un rapport entre le dommage et le fait l'ayant généré.

Il n'y a pas de responsabilité sans relation établie entre, une action ou une omission répréhensible et, ce qui en est la manifestation en dommage. Ces éléments se fondent dans un processus actif auquel le droit apporte la sanction.

La causalité est « l'élément dynamisant de la responsabilité¹⁰⁵ ».

Le fait générateur doit être, selon le principe de légalité des délits et des peines, l'action ou l'omission prévue par la lettre de l'incrimination. Au contraire, en droit civil, le lien de causalité requis entre ces deux éléments est exprimé expressément, et, est beaucoup plus large pour prévoir la réparation de « tout fait quelconque de l'homme »¹⁰⁶. Le clivage porte en lui l'objet respectif de ces deux droits, le caractère punitif impose de n'intervenir que ponctuellement, alors que, le caractère réparateur a vocation à remédier aux dégâts causés par toute activité humaine.

¹⁰³ Il est fréquent d'entendre "je ne me suis pas réveillé à cause de mon réveil", sous-tendant une faute de ma part.

¹⁰⁴Y. Mayaud, *Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale ?*, Une certaine idée du droit : mélanges offerts à André Decoq, Litec, 2004, p. 475

¹⁰⁵ Y.Mayaud, *Op. cit.*

¹⁰⁶ Art. 1382 C. civ, « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

Afin de déterminer la chaîne causale dans un événement, plusieurs solutions ont été proposées, spécialement par la doctrine allemande au XIX^{ème} siècle. Ces résultats ont été repris en France au XX^{ème} siècle, surtout en droit civil. Trois théories sont envisageables, celle de l'équivalence des conditions développée par Von Buri où chaque événement qui a concouru à la réalisation du dommage sera équivalent aux autres et retenu isolément. Tous les événements qui ont conditionné le dommage sont équivalents. La deuxième est celle de la proximité des causes, qui conserve uniquement la cause la plus proche dans le temps. La troisième est celle de la causalité adéquate de Von Kries qui consiste à rechercher la cause qui porte normalement en elle la réalisation du dommage. Ces solutions sont plus ou moins répressives, et, présentent une causalité plus ou moins objective et réelle.

« La causalité est la troisième composante possible de l'élément matériel¹⁰⁷ ». Celle-ci nécessite d'être prouvée. Avant de jouer sur les variations d'intensité, elle repose sur un principe fixe, celui de sa certitude, le prévenu est responsable « à la condition que l'accident survenu se rattache de façon certaine même indirectement, par une relation de cause à effet avec la faute reprochée au prévenu¹⁰⁸ ». Celle-ci permet d'établir la réalité de l'existence du lien causal, c'est la démonstration première, le prérequis indispensable. A défaut, la relaxe s'imposera, peu important la gravité de la faute commise¹⁰⁹. La certitude passe par « l'absence de toute hésitation sur le fait que le comportement incriminé est bien à l'origine du dommage pénal »¹¹⁰.

Il existe des causes légales de rupture de la causalité, comme la force majeure¹¹¹ qui entraîne par ses effets une rupture, entre le comportement et le dommage, due à l'absence, pour le prévenu, de libre arbitre. L'entier dommage ne s'explique que par celle-ci, et empêche l'imputation du comportement. Précisons que la force majeure est un événement imprévisible, irrésistible et extérieur à l'agent, dont l'appréciation en jurisprudence est très rigoureuse. L'anticipation doit être vaine, car la faute antérieure

¹⁰⁷ P. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 7^{ème} édition, Armand Colin, collection U, 2004 p. 196

¹⁰⁸ Ch. crim., 11 décembre 1957, Bull. crim. n° 829

¹⁰⁹ Par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 novembre 2001 (n°00/05087) où le gérant d'une entreprise a été relaxé alors qu'il avait volontairement dérogé aux normes de sécurité concernant les ULM, mais son comportement n'était pas juridiquement la cause du décès des victimes.

¹¹⁰ Y. Mayaud, *Op. cit.*, p. 297

¹¹¹ Art. 122-2 C. pén. : « 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 ».

de l'auteur empêche celle-ci d'être conçue, tout comme la défaillance physique connue de celui-ci ; en effet, l'imprévisibilité serait déficiente.

Rétrospectivement, il faudra savoir à partir du résultat obtenu, ce qu'il serait advenu si le comportement n'avait pas eu lieu.

En droit pénal, la certitude survient non par le préjudice individualisé ressenti par la victime mais par le résultat légal source de consommation¹¹². Ceci reflète l'objet particulier du droit pénal à travers le procès pénal, qui est celui du prévenu et non celui de la victime.

La faute reprochée à la personne poursuivie doit figurer dans l'enchaînement des événements préalables au résultat, comme antécédent susceptible d'être intervenu dans la réalisation du dommage. Celle-ci doit avoir été l'une des « conditions *sine qua non* du dommage ¹¹³».

En cas d'absence effective de résultat redouté, potentiellement, la faute de la victime aura joué le rôle d'une condition *sine qua non* ; mais la causalité se montre hypothétique. Pourtant, la Chambre criminelle ne l'a pas perçu ainsi, excluant le lien de causalité lorsque la perte de chance était possible, mais, le retenant si la faute d'imprudence a « créé un risque mortel » ayant privé la victime de « toute possibilité de survie ¹¹⁴». Cela est empreint d'un fort juridisme, respectueux des spécificités des branches de notre droit : la perte de chance n'est pas une valeur protégée en droit pénal, par conséquent elle ne peut être un résultat légal. En réalité le résultat redouté est potentiellement inclus dans la faute commise, la certitude est entendue de manière souple pour être dans le cas des infractions de risque de mort très distendue mais pas inexistante.

Ainsi, la certitude n'est pas autant rigide que sa définition puisse le laisser augurer, elle est susceptible de variations tant légales que jurisprudentielles, alors que les deux éléments qu'elle unit sont fixes. Les complications interviennent dès lors qu'une pluralité de facteurs externes au comportement ou d'agents envahissent la scène de l'infraction ; la preuve sera d'autant moins aisée à rapporter.

¹¹² Nous avons préalablement démontré ceci dans la section une du premier chapitre, partie B.

¹¹³ Merle et Vitu, Op. cit., p. 713

¹¹⁴ Ch. crim. 9 juin 1977, un gynécologue avait soumis sa patiente à un mode d'accouchement qui ne convenait pas à son état de santé et l'avait laissée sans surveillance après l'anesthésie.

La causalité n'a à être ni exclusive ni immédiate, repoussant la théorie de la *proxima causa* ainsi que celle de la causalité adéquate pour préférer une forme d'équivalence des conditions. En effet, il n'y a pas de partage de responsabilité selon le degré de gravité de la faute commise par chacun car la philosophie de la matière n'est pas d'indemniser une victime selon sa participation mais, de sanctionner le comportement exprimant l'anti socialité avérée de son auteur. La responsabilité est une et irréductible, là où, la participation peut être plurielle et variable en degré.

Dans un arrêt du 30 octobre 2007¹¹⁵, la Chambre criminelle confirme ceci à propos du délit de risque causé à autrui qui « n'exige pas que les fautes reprochées au prévenu soient la cause exclusive du danger ». La responsabilité pénale ne disparaît pas sur le constat d'une causalité en apparence partielle. Ainsi, la pluralité de cause peut résulter du fait d'un tiers ou de celui de la victime. Chaque faute est considérée comme avoir réalisé l'entier dommage, les agissements distincts et respectifs des protagonistes constituent une concurrence de fautes, chacun a contribué à la réalisation d'un même dommage. La situation sera résolue comme si la cause était exclusive, à moins que, l'une des action ou omission comprenne l'entière causalité. De même, la faute de la victime n'exonère pas le prévenu de ses propres agissements¹¹⁶ à moins que celle-ci soit l'unique cause.

En outre, l'incertitude ne se confond pas avec les propensions pathologiques de la victime, « l'imputabilité du dommage corporel doit être appréciée sans qu'il soit tenu compte des prédispositions de la victime dès lors qu'elles n'avaient pas déjà eu des conséquences préjudiciables au moment où s'est produit le fait dommageable ¹¹⁷».

Jusqu'ici, ce qui a été développé s'appuie sur une causalité individuelle, mais la jurisprudence a aussi dégagé une appréciation globale de celle-ci pour les délits non intentionnels et intentionnels.

L'appréciation globale est opérée par la conjugaison qui est la participation commune à une action dangereuse créant un risque grave pour les tiers¹¹⁸. Dans cette

¹¹⁵ Pourvoi n°06-89.365, Bull. crim. n°261, en l'espèce la Cour d'appel avait relaxé au motif que les données de la science ne permettaient pas d'établir un seuil de toxicité à partir duquel le plomb causerait un risque immédiat de mort (à propos d'une entreprise de recyclage installée à proximité d'un village).

¹¹⁶ Ch. crim. 14 février 1989, Bull. crim. n°75

¹¹⁷ Ch. crim. 30 janvier 2007, Bull. crim. n°23

¹¹⁸ Ch. crim. 7 mars 1968, Bull. crim. n°81

participation plurielle les fautes forment un lien très fort, indivisible. Il y a une unité dans la réalisation¹¹⁹ qui se caractérise aussi bien par celle temporelle que spatiale. S'il y a économie de preuve c'est également qu'il serait absolument impossible de déterminer l'incidence des actes de chaque protagoniste sur la victime. En définitive, ceci serait une sorte de coactivité, le coauteur étant « l'un de ceux qui accomplissent ensemble un acte dont chacun est considéré comme l'auteur principal ¹²⁰».

Pour les infractions intentionnelles, la jurisprudence aboutit aux mêmes solutions grâce à la théorie de la scène unique de violence appliquée lorsqu'il n'est matériellement pas possible de savoir quel coup est effectivement à l'origine du dommage.

Tout ceci entraîne des distorsions au principe de légalité qui impose l'application scrupuleuse de normes édictées pour le bien commun, entendu que le comportement de l'agent ne correspond pas aux prévisions de l'incrimination.

Grâce à la souplesse de la certitude, des auteurs peuvent être poursuivis et condamnés alors que bénéficiant d'un doute ils n'auraient pas dû l'être. Ce choix est juste pour correspondre à la logique pénale utile à la cohésion sociale.

La causalité en son absence est inconciliable avec la responsabilité mais la conception retenue dénuée de toute rigidité ouvre toute latitude pour n'être obligatoirement ni exclusive ni individuelle mais élastique.

Plus spécifiquement, nous étudierons l'existence et l'intensité réelles ou supposées du lien de causalité dans les infractions formelles.

¹¹⁹ C'est une conception unitaire de la causalité.

¹²⁰ Vocabulaire juridique, Op. cit., p. 162

B/ UNE CERTITUDE DANS LA POTENTIALITE

Pour Monsieur Pradel, là où le droit pénal incrimine des comportements fautifs indépendamment de tout résultat dommageable, la causalité est absente puisque la loi ne prend en compte que la dangerosité d'une attitude¹²¹. La réponse est identique pour les infractions d'omission car, « ne pas agir n'est pas causer ¹²²». Il faut distinguer deux types d'abstention, celle pure et simple de celle liée à l'action dans laquelle s'est liée l'abstention à l'origine du dommage.

D'autres auteurs rejoignent ce point de vue, pour expliciter juridiquement que la place seconde du résultat redouté entraîne celle du lien de causalité, il y aurait une «indifférence à la causalité¹²³».

Un fort courant doctrinal est hostile à la reconnaissance du lien de causalité dans les infractions formelles, en raison de l'absence de résultat délictueux. En effet, dans celles-ci le résultat redouté n'a pas la même importance juridique qu'à l'égard des infractions matérielles. Notons que, dans cette approche ce n'est pas le rapport du résultat délictueux au délit en cause qui est étudié, mais, le rapport avec un délit qui en est une forme plus complète.

C'est en fonction de l'existence d'un résultat dommageable que la question du lien de causalité se pose. Si la relation causale est au second plan, il ne faut pas pour autant conclure à son inexistence.

En usant de l'absence de résultat dommageable une erreur est manifeste, puisque, comme nous l'avons souligné, toute infraction pénale possède un résultat juridique, redouté, légal. La différence entre celles-ci procède de celle effectuée entre infractions matérielles et formelles ; dans les premières la preuve de la réalisation du résultat redouté est exigée alors que dans les secondes, celle-ci est indifférente voir antinomique avec l'incrimination (délict de risque causé à autrui).

Cependant, c'est au résultat légal que doit être matériellement rattaché l'acte de l'agent par un lien de causalité ; le résultat redouté coïncidant avec le résultat légal ne

¹²¹ J. Pradel, *Droit pénal général*, 18^{ème} édition, Cujas, 2010, p. 325

¹²² J. Pradel, *Op. cit.*

¹²³ P. Conte et P. Maistre du Chambon, *Op. cit.*, p. 196

fait pas partie pour une infraction formelle de la matérialité du délit ou du crime. Il y a confusion avec le préjudice malgré l'appellation de résultat dommageable.

Si le préjudice individualisé du droit civil impose pour sa réparation que son existence soit prouvée, il n'en est pas de même en droit pénal dont l'objet est la sanction d'atteintes sociales opérées.

Monsieur Hosni rejette cette opinion en soulignant que le législateur incrimine « un acte qui change le monde extérieur » et non un comportement quelconque¹²⁴. Il affirme qu'à chaque délit exigeant un résultat délictueux pour constituer l'élément matériel d'une infraction est nécessaire, un lien de causalité qui rattache ce résultat à l'acte accompli. D'ailleurs, l'exigence de causalité est annoncée par le nom de la section une du chapitre sur les mises en danger¹²⁵ : « des risques causés à autrui ».

Le dommage n'est pas le préjudice personnellement ressenti par la victime, il correspond au résultat légal, seuil de consommation. En cas d'infraction formelle c'est une atteinte potentielle de ce qui est redouté ; le dommage est ici un désordre fortement possible.

Même si le lien de causalité semble naturel dans les infractions où la répression est liée à la production effective d'un dommage précis, il s'apprécie entre un comportement et le résultat légal, « toute causalité est, dans un sens quasi mathématique, une « probabilité » de résultat qui s'est vérifiée¹²⁶ ». Le résultat n'est pas forcément tangible, ainsi dans le délit de risque causé à autrui la jurisprudence exige que le manquement soit « la cause directe et immédiate » du risque auquel a été exposé autrui¹²⁷.

Y-a-t'il toujours certitude en l'absence de concrétisation du résultat redouté ?

Comme nous l'avons exposé, dans les infractions prenant en compte le risque de mort, la description du comportement appelant la réponse pénale montre la forte proximité avec le résultat redouté. Ce n'est pas un comportement générant possiblement le résultat redouté mais potentiellement celui-ci. L'intensité et le degré de proximité de réalisation sont plus forts dans le deuxième cas puisque le potentiel désigne l'ensemble

¹²⁴ N. Hosni, *Le lien de causalité en droit pénal*, thèse, Paris, 1952

¹²⁵ Livre 2, titre 2, chapitre 3 du C. pén.

¹²⁶ X. Pin, *Droit pénal général*, 4ème édition, Cours Dalloz, 2010, p. 130

¹²⁷ Ch. crim. 16 février 1999, n° de pourvoi 97-86.290, Bull. crim. n°24

des ressources possédées¹²⁸ alors que la possibilité désigne ce qui peut arriver¹²⁹. Il y aurait plus de gènes porteurs d'une mort acquise dans la version potentielle. Il faut différencier les certitudes d'effectivité des certitudes de potentialité¹³⁰. La répression est adossée à ce qui est capable de favoriser la réalisation du résultat redouté. Le comportement doit apparaître indispensable à la production du résultat légal.

« La causalité est un rapport de proximité sans être un « morceau » de matérialité¹³¹».

La certitude n'est pas liée à un dommage effectif étranger à l'infraction, mais, à un dommage potentiel. Elle est établie dans sa certitude, là où le risque se manifeste par la concordance au comportement prévu par la loi.

Un auteur parle de causalité virtuelle pour qualifier le lien causal dans les infractions formelles¹³². Pour l'empoisonnement, la matérialité est constituée lorsque la substance utilisée sera identifiée comme « une condition *sine qua non* du résultat redouté¹³³ », il faut constater un lien virtuel entre l'administration de la substance et le résultat. Ceci n'est qu'un synonyme de potentialité pour désigner la chose qui n'est qu'en puissance¹³⁴ et qui tend au résultat redouté sans que celui-ci ne soit matériellement requis.

Ces propos vont être étayés grâce aux deux incriminations phare de la catégorie des infractions prévenant la mort.

Le crime d'empoisonnement est une infraction intentionnelle, impliquant une relation causale matérielle directe. Le comportement de l'agent a pour finalité première et directe le résultat. Il tombe sous le sens que l'accusé qui a décidé d'empoisonner voulait la mort d'autrui, peu importe l'atteinte concrète à la valeur protégée. Ceci est attesté par l'utilisation de substances particulières, qualifiées de mortifères. L'absorption du poison étant le résultat légal délictueux, il faut prouver le lien avec l'administration.

¹²⁸ Dictionnaire Robert, *Op. cit.*, p. 1980

¹²⁹ Dictionnaire Robert, *Op. cit.*, p. 1975

¹³⁰ Y. Mayaud, *Op. cit.*, p. 478

¹³¹ Y. Mayaud, *Op. cit.*, p. 480

¹³² P-A. Bon, *La causalité en droit pénal*, Thèse Poitiers, 2005, p. 192

¹³³ *Op. cit.*, p. 194

¹³⁴ Dictionnaire Robert, *Op. cit.*, p. 1980

Le législateur, grâce à l'incrimination, a entendu prévenir le résultat redouté en visant un comportement de « nature à ». Ce n'est pas parce que l'infraction est formelle que le comportement de l'agent ne tendait pas directement et certainement à la réalisation du résultat redouté. Toutefois, lorsque l'administration de la substance fait appel à un tiers de bonne foi, l'auteur intellectuel n'accomplit pas la matérialité exposée dans l'incrimination, c'est une provocation à commettre¹³⁵. En principe, il aurait dû être appliqué un régime de complicité, mais, préférant l'analogie, l'agent est qualifié d'auteur matériel. La causalité est toujours certaine mais la transformation matérielle aboutit à une causalité indirecte.

Il y aurait une rupture entre le principe de légalité dont découle l'interdiction de raisonner par analogie, et, le lien de causalité direct propre aux infractions intentionnelles.

La référence à l'élément psychologique montre une détermination tournée vers la réalisation de l'infraction. Celle-ci ne sera acquise que par un acte dont la matérialité est univoque.

Le délit de risque causé à autrui prévu par l'article 223-1 C. pén. impose « d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ». C'est la première fois que l'impératif de causalité directe a été posé, bien que l'emploi du verbe *exposer* témoigne déjà de la relation entre le comportement et le risque créé.

La particulière exigence qui ressort de cette expression montre la difficulté de caractériser l'infraction, la prudence du législateur. Ce n'est pas n'importe quelle dangerosité qui est visée, pas la plus faible, mais une qui serait particulièrement caractérisée. Le risque est si fort que même s'il ne s'est pas réalisé, il aurait pu l'être, ce n'est pas purement spéculatif. Seule la causalité directe pouvait révéler l'exigence législative.

C'est une causalité matérielle qui n'est pas relative à l'élément moral de mise en danger traitant de la culpabilité. La chambre criminelle confirme ceci, dans un arrêt du 16 février 1999, en affirmant que la Cour d'appel « n'était pas tenue de constater que l'auteur du délit avait eu connaissance du risque particulier effectivement causé par son

¹³⁵ Que ce tiers en ait conscience ou non.

manquement ». Retenir une conception différente aurait sûrement conduit à l'inapplicabilité du délit en raison de la difficulté de preuve résultant de ce dont avait conscience le prévenu, de son évaluation personnelle. C'est donc une causalité objective qui est consacrée. Elle sert à unir deux éléments distincts en l'absence de présomption entre ceux-ci.

Le lien de causalité doit être certain, entre la violation de l'obligation de prudence et de sécurité et les risques en découlant, il faut caractériser « un lien immédiat entre la violation des prescriptions réglementaires et le risque auquel avaient été exposés les salariés ¹³⁶ ». Dans la présente affaire, la Cour de cassation a cassé l'arrêt rendu par la Cour d'appel qui avait déduit, de la violation des règles de sécurité prévues par le Code du travail, l'existence de risques constitutifs ; celle-ci avait présumé l'existence de ces derniers et par conséquent la causalité elle-même.

Dans l'arrêt de la Chambre criminelle du 11 février 1998¹³⁷, le défendeur au pourvoi, la Compagnie morbihannaise et nantaise de navigation, arguait que les juges du fond n'avaient pas démontré la certitude du lien causal avec le danger auquel auraient été soumis les 112 passages en surnombre d'un bateau. Il exposait que les bonnes conditions météorologiques présentes ce jour-là entraînaient une rupture de causalité. Les juges du fond ne retinrent pas l'argument, car, ces passagers ne pouvaient prétendre à des moyens de sauvetage non prévus pour une telle quantité de passagers, ils « étaient confrontés à la survenance toujours possible d'une avarie mécanique, d'un incendie voir d'une collision ». Le pourvoi a été rejeté, confirmant la solution retenue par les juges de premières instances.

Pour les infractions formelles nous pouvons employer le terme de risque causal.

Admettre l'absence de lien de causalité remettrait en cause le principe de responsabilité inhérent à la condamnation pénale ; et, serait source d'une grave violation des fondements de la réponse pénale. Comment admettre la condamnation sur la simple dangerosité ? Le procès d'intention dans ce cas serait aux abois ; la sécurité juridique et l'admission par les individus d'institutions qui les dépassent serait compromise.

¹³⁶ Ch. crim., 16 février 1999, pourvoi n°97-86.290, Bull. crim. n°24

¹³⁷ Pourvoi n° 96-84.929, Bull. crim. n°57

La causalité, serait-elle qualifiée de risque causal, existe bel et bien pour la structure formelle ; elle participe de la conformité de cette catégorie aux grands principes du droit pénal. Cette adhésion avait déjà été prouvée par le comportement, le résultat et la consommation. Même si la certitude est potentielle, elle doit être relevée ; le lien qui nous semblait lointain est en réalité proche et sans artifice, grâce au résultat légal et à la caractérisation du lien avec celui-ci.

Le lien de causalité n'est pas qu'une certitude, la nuance repose sur les variations possibles de son intensité.

SECTION II : L'ELASTICITE DE L'INTENSITE

Le lien de causalité supporte un large déploiement pour comprendre dans sa palette, un degré d'intensité maximal et un minimal qualifiant le lien de direct ou d'indirect. Cependant, la réalité de cette intensité variera selon la définition de ces deux notions (A), surtout que le législateur ne possède en définitive qu'un pouvoir réduit (B) en ce domaine.

A/ UNE DEFINITION RIGOUREUSE VAIN

Les qualificatifs « direct ou indirect » désignent l'intensité du lien causal certain, qui unit le comportement et le résultat prévus dans la matérialité de l'infraction en cause. Il est d'usage d'employer les qualificatifs « immédiat et médiate » pour leur synonymie aux premiers.

La loi du 10 juillet 2000, par le renouveau apporté à la causalité, a permis de clore le chapitre sur l'usage d'une conception purement extensive du lien de causalité qui avait consacré la théorie de l'équivalence des conditions ; c'est-à-dire, que ne sont causes que les événements nécessaires à la production du dommage, soit « tous les faits qui ont ce caractère de cause nécessaire, l'ont physiquement au même degré, dès lors que l'absence d'un quelconque d'entre eux eût empêché le dommage¹³⁸ ». Antérieurement, peu importait l'éloignement dans le temps, l'espace ; toutes les fautes mêmes minimes, qui s'inscrivaient dans une chaîne globale, étaient toutes la cause engageant la responsabilité pleine et entière de leur auteur. L'intensité du lien était en quelque sorte tombé en désuétude, il n'était pas nécessaire de chercher à qualifier de direct ou d'indirect la relation comportement résultat, il suffisait d'avoir la certitude de l'existence d'un lien de causalité entre les deux. Celle-ci était parfois très dissolue en

¹³⁸ Doyen Esmein

raison de la prise en compte du caractère très, voir trop indirect de la faute. La réforme modifiant la structure de l'élément moral dans les infractions non intentionnelles, et, la précision apportée dans certains textes d'incrimination octroient un rôle central à l'intensité du lien causal.

La loi de 2000, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels¹³⁹, a donné une place significative à la causalité, dans un mouvement de dépénalisation. Pour cantonner la répression, lorsque la faute est simple il faut nécessairement caractériser un lien de causalité direct. En revanche, si le lien est indirect il faut prouver une faute qualifiée, c'est-à-dire caractérisée ou délibérée. Cette distinction n'existe que pour les personnes physiques, les personnes morales demeurant sous le régime de l'ancien système. En pratique, pour savoir quel type de faute est susceptible d'engendrer la responsabilité pénale, il faudra s'interroger dans un premier temps sur la certitude, avant de déterminer la vigueur. Ce dispositif permet de rétablir la vocation première de la matière pénale : la répression, acquise grâce au terme légal imposé à une jurisprudence très ancienne de 1912¹⁴⁰ sur l'unicité des fautes civiles et pénales, qui avait octroyé au droit pénal un caractère éminemment réparateur. Toute faute entraînait la responsabilité pénale, comme en matière civile où « tout fait quelconque de l'homme¹⁴¹ » suppose la responsabilité de son auteur s'il en est résulté un préjudice.

L'essai de définition des notions de causalité directe et indirecte, dans l'article 121-3 alinéa 4 C. pén., ne paraissait pas dans le projet initial qui s'était contenté d'opposer les deux termes sans les expliciter ; la rédaction finale telle que connue à présent, est l'œuvre de la volonté des parlementaires, particulièrement de l'Assemblée Nationale. En effet, l'absence de détermination antérieure claire de la part de la loi, de la jurisprudence ou de la doctrine, imposait que cette dichotomie soit précisée. La formulation est plutôt large et minimale pour n'avoir détaillé positivement que la causalité indirecte, la seconde version étant analysée a contrario.

Les auteurs indirects désignent ceux « 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 ». Cette définition,

¹³⁹ Loi n°2000-647

¹⁴⁰ Civ 1^{ère} 18 décembre 1912

¹⁴¹ Art. 1382 C. civ.

abstraite de tout juridisme, est néanmoins le strict reflet de deux catégories d'infraction, celles de commission et celles d'omission. C'est la circulaire d'application de la loi de 2000 en date du 11 octobre¹⁴² qui développe le sens du concept de causalité directe en décrivant le comportement de l'auteur d'un coup médiat ou immédiat lorsque l'agent frappe ou heurte lui-même la victime, ou lorsqu'il initie ou contrôle l'objet qui frappe ou heurte la victime. Cette circulaire a constaté l'étendue de la causalité indirecte pour limiter les cas de causalité directe aux agissements sans intermédiaire de l'auteur, ainsi qu'à ceux pratiqués à l'aide d'un objet médiat « initié ou contrôlé » par ce même agent.

Cette conception est uniquement focalisée sur la proximité temporelle et donc accrochée à la matérialité de l'acte, pour ne pas refléter des situations où la causalité semble directe, alors que, l'intervention de l'agent est située plus en amont dans l'espace temporel. Soulignons que, la description s'appuie exclusivement sur le comportement et non sur le résultat, laissant entendre que l'effectivité du dommage est secondaire pour inclure les infractions matérielles et les infractions formelles. Cette causalité s'établira par référence à ce qui est commun aux deux, soit le résultat légal variable selon la structure de l'infraction.

L'instigateur moral dans la présentation de la circulaire est totalement repoussé de toute causalité directe, attendu que, son intervention précède la matérialité constitutive de l'infraction. Eu égard aux faibles dispositions de droit pénal spécial l'incriminant de manière autonome, la seule ressource pour poursuivre et condamner celui-ci est la complicité par instigation disposée par le droit pénal général¹⁴³; ajoutant ainsi la nécessité de pouvoir caractériser les conditions de celle-ci.

Malgré ces efforts de précision, l'opposition au sein de l'article 121-3 C. pén. reste tenue tant il est ardu de fixer ce qui les scinde incontestablement. La tâche demeure à la charge du juge qui dispose, dans une matière tant ouverte à la casuistique, par l'importance des faits de chaque espèce dans la solution apportée, d'une marge de manœuvre assez conséquente, le tout relevant de subtiles nuances. L'utilisation de l'expression « paramètre déterminant », se jouant des intentions premières du législateur.

¹⁴² Cir. Crim-00-9/F1, BOMJ, n°80, p.81

¹⁴³ Art. 121-7 C. pén. « est également 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 ».

Dans l'arrêt du 25 septembre 2001¹⁴⁴, le problème juridique soumis à la Chambre criminelle était de déterminer si la mort de la victime avait pour cause directe l'excès de vitesse du prévenu, alors que son véhicule avait percuté un sanglier et dévié de ce fait, de sa trajectoire première. Les juges du fond avaient abouti à des réponses antagonistes. La Cour de cassation rejeta le pourvoi et adopta les motifs de la Cour d'appel de Nancy, « cette vitesse a été un paramètre déterminant » dans les causes de l'accident, le comportement du prévenu est en relation directe et certaine avec la mort de la victime.

Ainsi, la causalité directe ne se confond pas avec la cause immédiatement antérieure d'un événement générateur ; le paramètre déterminant assurant l'intensité étroite avec le dommage résultant d'un enchaînement ininterrompu d'événements. Elle n'est donc plus une application de la théorie de la *causa proxima* (l'événement le plus proche du résultat pénal) mais plutôt de la théorie de la causalité adéquate¹⁴⁵. Le juge a acquis la causalité immédiate là où le législateur ne la voyait pas. Ce regain d'étendue aura pour conséquence de n'exiger, dans ce cas, qu'une faute simple, et, dans le délit de risque causé à autrui, de pouvoir poursuivre et condamner un prévenu tout en étant conforme à la lettre de l'incrimination mais pas exactement à son esprit.

En pratique la solution demeure fluctuante et ne sera peut-être jamais fixée. D'ailleurs certains auteurs soulignent l'artificialité de la distinction, « tout le monde sait bien que la distinction entre la causalité directe et indirecte est une plaisanterie à l'usage de glossateurs à l'imperturbable sérieux ¹⁴⁶».

¹⁴⁴ Pourvoi n°01-80.100, Bull. crim. n°188

¹⁴⁵ Théorie développée dans la section 1A

¹⁴⁶ P. Conte, *Appréciation du caractère direct ou indirect de la causalité en matière d'homicide par imprudence*, Dalloz, 2004, p. 1336, où l'auteur procède sous forme d'une scène de théâtre pour développer les origines et incidences à l'égard de chaque protagoniste de la loi du 10 juillet 2000.

B/ LA LIBERTE IMPARFAITE DU LEGISLATEUR

Le législateur est l'instigateur des lois, il a le pouvoir et le devoir de déterminer en matière pénale les conduites qui doivent être réprimées. Il est de sa compétence de choisir pour chaque incrimination de quelle causalité elle ressortira.

Les difficultés inhérentes à ce choix lui commandent, dans l'allègement des éléments constitutifs, de renforcer pour légitimer la répression, la causalité, tant dans l'aspect matériel que moral de l'infraction.

Là où la matérialité s'allège la causalité s'illustre alors que dans les autres cas, elle est si évidente qu'il est inutile d'y prêter attention. La maxime populaire « fuis moi je te suis, suis moi je te fuis » paraît toute indiquée à la causalité. L'infraction formelle consacre le primat de celle-ci.

Le résultat redouté est l'essence à partir de laquelle le législateur raisonne, la méthode consiste « à partir du résultat que l'on redoute, à inventorier les différents actes qui sont aptes à le causer, pour prononcer leur incrimination ¹⁴⁷ » ; même si toutes les infractions ne produiront pas effectivement ce résultat redouté. Cela participe de l'action préventive de la loi.

Est-il nécessaire et légitime de retarder la répression à la coïncidence du résultat redouté au résultat légal ? La réponse ne peut être que négative, l'anti socialité manifestée par l'indifférence voir l'hostilité aux valeurs sociales dans les infractions formelles est suffisante pour justifier l'érection du comportement en infraction.

Le législateur incrimine ces comportements car ils sont destinés inéluctablement à aboutir au résultat de l'infraction matérielle homologue. Sociologiquement, la proximité des deux structures pousse le législateur à la réaction. Il existe un pont juridique entre les deux.

Afin de remplir sa mission, l'auteur de la loi est contraint de respecter les grands principes constitutionnels et surtout celui de légalité qui implique que « la loi ne [doive] établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et [que] nul ne peut être

¹⁴⁷ P. Conte et P. Maistre du Chambon, Op. cit.,

puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée¹⁴⁸ ». De celui-ci découlent des exigences de précision et de clarté dans la rédaction des textes¹⁴⁹.

L'introduction de l'intensité directe dans la définition du délit de risque causé à autrui résulte de la volonté législative. En effet, le projet initial ne prévoyant que l'immédiateté, un amendement a été déposé afin de rassurer les parlementaires qui dénonçaient l'imprécision du texte d'origine, alors que pour le gouvernement, cela n'apportait rien de plus¹⁵⁰. C'est peut être l'un des rares cas de précisions redondantes et d'extrême précaution dans le Code pénal.

Le travail effectué sert de préparation à la culpabilité matérielle de l'infraction ; ce terme correspond en latin au verbe *imputare* signifiant mettre en compte, soit attribuer à quelqu'un. C'est une opération de rattachement à l'auteur qui se fait par l'identification de l'agent qui a causé l'acte. La culpabilité matérielle s'oppose à l'imputabilité morale qui dépendra de l'état de conscience morale de la personne poursuivie.

Pourtant au quotidien, c'est l'œuvre du magistrat qui déterminera l'effectivité de l'incrimination, c'est à lui qu'incombera l'établissement de la preuve du lien causal dans ses différents aspects. D'autant plus que malgré des impératifs en ce sens, l'obscurité de certains textes d'incrimination demeure.

En effet, le commencement d'exécution dans la tentative est l'étape antérieure à l'exécution, sur le chemin de *l'iter criminis*, mais n'a jamais été défini dans le Code pénal¹⁵¹. C'est la jurisprudence qui est intervenue pour exiger que ce dernier soit l'acte qui tende directement à la consommation du délit¹⁵². Nous avons évoqué la reprise de l'idée d'anticipation par les infractions formelles, mais force est de constater que l'anticipation par la causalité au soutien d'un élément matériel allégé peut aussi être l'œuvre du juge. Le critère objectif de la causalité directe est un mécanisme correctif de l'imprécision résultant d'une définition subjective.

¹⁴⁸ Art. 8 DDHC

¹⁴⁹ C. Const. 19 janvier 1981, n°80-127 DC, « il en résulte la nécessité (...) de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ».

¹⁵⁰ JOAN 22 juin 1991, p. 3499 2^{ème} col.

¹⁵¹ Art. 121-5 C. pén.

¹⁵² Ch. crim. 5 juillet 1951, Bull. crim. n°198

Il est également possible de constater la modification par le juge d'une définition légale en l'absence de défaillance de son auteur. Si le juge doit user de l'interprétation téléologique en cas d'obscurité d'un texte, il n'en était pas ainsi dans le délit de risque causé à autrui. Bien que la définition transmette l'impression de tourner en rond autour des mêmes expressions, l'exigence d'un lien direct semblait claire. Pourtant, les juges se sont bornés à caractériser seulement la certitude dans l'usage de la locution « de nature à causer ¹⁵³ ». Toute intensité a disparu au profit d'une utilité pratique même si le législateur avait entendu circonscrire la constitution de cette infraction. Toutefois, la Cour de cassation est revenue sur cette position pour exiger une plus grande rigueur de la part des juridictions du fond en censurant une décision où la cour d'appel n'avait pas démontré le lien direct et immédiat du manquement avec le risque auquel autrui avait été exposé¹⁵⁴.

La première version s'avérait *contra legem* sauf, à la faveur d'une interprétation large de la causalité directe, comme l'a réalisé la Cour de cassation dans l'emploi des paramètres déterminants. L'artificialité des définitions de l'intensité est d'autant plus visible qu'elle permet un jeu de dupes puisque la position des juridictions est conforme à la lettre de l'article 223-1C. pén, sans l'être certainement avec son esprit.

Tout ce qui n'est pas clairement défini par le législateur et qui ne satisfait pas ses intentions annonce le retour inéluctable d'une nouvelle loi.

Comparée à l'infraction matérielle, l'infraction formelle prévenant la mort semble mettre à mal tous les principes cardinaux du droit pénal. Pourtant, en l'étudiant de manière autonome pour ce qu'elle offre de solutions préventives, le trouble premier généré n'est pas concrétisé, grâce à une vision contemporaine du droit. En effet, cette notion encourage à préciser les conceptions traditionnelles de matérialité et de consommation pour dévoiler la richesse qu'elles comportent sans les dénaturer. La préséance du comportement n'empêche pas de prouver qu'il existe un seuil de consommation dans l'infraction formelle et que celui-ci se meut sur l'échelle de *l'iter*

¹⁵³ Ch. crim. 9 mars 1999, pourvoi n°98-82.269, Bull. crim. n°34, où la mort est due au déclenchement d'une avalanche par des skieurs, le risque de mort connaît un intermédiaire avec le comportement

¹⁵⁴ Ch. crim. 6 octobre 2009, pourvoi n° 09-81.037, en l'espèce un infirmier avait administré des doses supérieures à celles prescrites.

criminis. Le trait d'union entre les deux qui semblait invisible est en réalité fort et solide puisque celui-ci prend appui sur la consommation ; ses imperfections tiennent plus au concept lui-même qu'à la situation de prévention.

Tous les concepts de notre droit révèlent qu'en matière de répression du risque de mort, l'acte est tellement proche de sa réalisation qu'il ne peut être fait de procès d'intention à ces incriminations. Ceci sera révélé un peu plus par la deuxième constituante d'une infraction, l'élément moral.

SECONDE PARTIE

UN RISQUE MAITRISE

Dans un second temps, l'appréhension du risque de mort en droit pénal s'avère dominée, par la jonction établie avec l'élément moral, ainsi que par sa finalité classique.

Intellectuellement, il se vérifie dans toutes les strates existantes (Chapitre I), ayant même subtilement engendrées son affinement. Sa généralité offre une protection égale aux personnes, qui en vertu des principes de compétence lui sont soumises, pour coïncider avec l'objet du droit pénal protégeant l'intérêt social (Chapitre II).

CHAPITRE I : LA CONFORMITE A L'ELEMENT MORAL

L'élément moral, c'est l'esprit avec lequel l'auteur du crime ou du délit a agi, sa mentalité. Cet élément est une composante personnelle à l'agent et nécessaire pour retenir la responsabilité pénale. La trinité d'Ottenhof: responsabilité, culpabilité et imputabilité explique ce second élément; c'est-à-dire que l'agent doit avoir commis l'acte dans un certain état d'esprit, et que l'imputation soit possible, c'est-à-dire que l'individu ait disposé du libre arbitre.

Plusieurs structures rendent compte de l'élément moral, nous ne garderons pas le découpage classique entre intention et non intention, pour préférer celui entre acte volontaire (Section I) et faute d'imprudence (Section II), eu égard aux révolutions qu'a connues cette dernière.

SECTION I : L'EFFECTIVITE DE LA VOLONTE DE L'AGENT

Le risque de mort pour n'être matériellement qu'hypothétique est conforté dans sa répression par l'appui de la volonté. L'intention ne peut se concevoir sans celle-ci (A) et la faute peut s'en doubler(B).

A/ LA VOLONTE NATURELLE DANS L'INTENTION

Loysel écrivait que « la première règle de toutes les règles est celle-ci : nulle règle sans faute¹⁵⁵ ». Le seul état dangereux est insuffisant pour punir.

« Tout crime ou délit se compose du fait et de l'intention¹⁵⁶ », c'est-à-dire qu'à l'élément matériel doit correspondre un état d'esprit particulier qui est nommé élément moral, psychologique ou intellectuel de l'infraction.

Ce dernier, autre composante indispensable à la constatation d'une infraction, entraîne la prohibition de réprimer un agent pour son activité matérielle s'il n'avait pas l'intention concordante. Le Conseil constitutionnel, sur le fondement des articles huit et neuf de la DDHC¹⁵⁷, respectivement relatifs au principe de légalité et de nécessité des peines et à la présomption d'innocence, affirme que « la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés (...) en conséquence la définition d'une incrimination, en matière délictuelle [et *a fortiori* en matière criminelle], doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral intentionnel ou non ¹⁵⁸».

La culpabilité de l'agent s'apprécie sous le prisme de ce qui a dicté psychologiquement son comportement. C'est une approche subjective qui traduira la

¹⁵⁵ Loysel, *Institutes coutumières*.

¹⁵⁶ Portalis, exposé des motifs du Code de 1810.

¹⁵⁷ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

¹⁵⁸ C. const 16 juin 1999, DC n°99-411

manifestation de l'atteinte aux valeurs sociales protégées par le Code pénal. Celle-ci est plus forte dans les infractions intentionnelles pour révéler une véritable hostilité à ces valeurs ; ainsi, la réprobation du comportement sera d'autant plus manifeste.

La réforme du Code pénal a introduit dans le livre un relatif au droit pénal général, la théorie de l'élément intellectuel de l'infraction, qui jusqu'alors n'était présente qu'au sein du droit pénal spécial. Le législateur a créé, sur la base de la classification tripartite des infractions, un article capable de rendre compte de l'élément moral avec certitude.

Le droit pénal général, à ce sujet, est enfin devenu la clef de lecture du droit pénal spécial. Cependant, il est encore aisé de remarquer la présence de l'élément moral dans les textes d'incrimination.

L'article 121-3 C. pén. dispose dans son premier alinéa qu' « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre », les alinéas subséquents prévoyant en matière délictuelle des exceptions. Dans le domaine criminel l'exclusivité semble acquise. En effet, la gravité élevée du crime recoupe l'intention de l'accusé, engageant non la simple indifférence mais l'hostilité réelle, engagée et extériorisée. Notons que cet article n'est pas une disposition d'ordre public, il sera donc possible d'y déroger dans une incrimination spéciale.

Malgré cette création législative, son auteur n'a toujours pas défini la notion d'intention, seules les incriminations spéciales par l'usage d'adverbes tels que : « volontairement », « sciemment », frauduleusement » étayent quelque peu la situation. De même, la jurisprudence n'a pas non plus comblé ce fossé.

C'est la doctrine qui s'est évertuée à la définir, pour Monsieur Mayaud « Agir avec intention c'est tourner délibérément son action vers un certain but¹⁵⁹ ».

Ceci rejoint plus généralement le concept partagé de dol qui comporte deux entités, la connaissance de l'interdit et la volonté de le transgresser. Ce dernier a été défini comme « la volonté [pour] l'agent de commettre le délit tel qu'il est défini par la loi » et

¹⁵⁹ Y.Mayaud, *Op. cit.*, p. 235

la « conscience chez le coupable d'enfreindre les prohibitions légales ¹⁶⁰». Devront être démontrés « la conscience et la volonté infractionnelles¹⁶¹ ».

Les noms connaissance et conscience semblent être, du moins dans l'usage qui en est fait, synonymes. Or, la dernière désigne l'imputabilité, soit l'aptitude par la volonté libre et éclairée de l'agent à comprendre ce qu'il fait, et non la culpabilité qui explique qu'une personne est en faute au regard du droit pénal et qu'elle se sera créée un passif judiciaire.

Nous préférons, par souci de clarté, définir le dol général comme « le fait d'accomplir les agissements matériels incriminés par la loi, en connaissance de cette incrimination ¹⁶²».

Ce dol indiquerait uniquement la volonté de réaliser un acte que l'on sait interdit, pouvant être complétée d'un dol supplémentaire qui, par sa spécialité dévoilerait la recherche d'un résultat déterminé, soit « une donnée psychologique qui s'ajoute au dol général ¹⁶³». Le dol spécial est « l'intention particulière dans laquelle les agissements ont été commis ¹⁶⁴».

Dans la première strate c'est la volonté de l'acte, alors que la seconde est majorée de la volonté du résultat redouté. Ces deux aspects seront dans certains cas une manière de résoudre un conflit de qualifications, et dans d'autres, l'élément indispensable à caractériser pour entrer en voie de condamnation.

Certains auteurs rejettent une distinction artificielle puisque l'intention est la volonté d'accomplir ce qui est prévu par la loi. Celle-ci reflètera la composition du résultat légal pour comporter un objet unique ou plural.

Nous considérons le dol comme la connaissance et la volonté d'accomplir l'acte et d'obtenir le résultat.

¹⁶⁰ E. Garçon, *Code pénal annoté*, art 1^{er} n°77

¹⁶¹ R. Merle et A. Vitu, *Op. cit.*, n°579

¹⁶² Vocabulaire juridique capitaine, p. 320

¹⁶³ A. Decocq, *Code pénal et code d'instruction criminelle : Livre du bicentenaire*, collectif université paris II, Dalloz, 2010, p. 210

¹⁶⁴ Même page

Premièrement, pour la Chambre criminelle l'intention suppose la violation en « connaissance de cause ¹⁶⁵», qui recoupe une réalité légale et factuelle. C'est la connaissance de l'interdit légal concrétisée par la situation dans laquelle se trouve l'agent, le concept est donc double.

Le savoir de l'interdit légal rejoint directement le principe de légalité qui impose que la définition d'une infraction dans ses éléments et sa peine soit antérieure aux faits perpétrés par l'agent ; et entraîne d'autre part, la présomption résumée par l'adage latin *nemo censetur ignorare legem*¹⁶⁶.

Depuis 1994 , cette dernière n'est plus absolue car l'article 122-3 C. pén. consacre l'admission de l'erreur de droit comme cause d'irresponsabilité, offrant un nouveau moyen de défense et redonnant de la vigueur à la présomption d'innocence. Toutefois, cette occasion de non imputabilité est appréciée de manière très stricte par la jurisprudence pour n'être finalement qu'une faveur relative.

Ensuite, d'un point de vue factuel, cette intention devra s'accorder avec la matérialité de l'infraction en cause. Les infractions incriminant le risque de mort sont sur ce point conforme, l'ignorance étant un moyen libératoire. Ainsi, dans le crime d'empoisonnement il faut connaître le caractère mortel de la substance ; l'affaire du sang contaminé illustre ceci pour n'avoir retenu que les faits postérieurs à une date représentant l'instant où la certitude de la propriété létale était établie.

Deuxièmement, l'intention suppose la volonté d'agir malgré tout, qui est « l'adhésion à un projet... la marque d'une fermeté... une disposition à être maître de ses choix ¹⁶⁷».

La volonté d'agir en opposition aux interdits posés est un degré élevé de culpabilité, c'est l'adhésion intellectuelle à ce qui est prévu matériellement par l'infraction. Il faut d'abord vouloir le comportement, soit l'action ou l'omission décrite dans l'incrimination, c'est-à-dire que non seulement l'accusé accepte l'idée de braver la prohibition mais en plus il la réalise. En outre, la volonté du résultat doit être prouvée si la substance matérielle de l'infraction le comprend.

¹⁶⁵ Ch. crim. 25 mai 1994, pourvoi n° 93-85.158

¹⁶⁶ Nul n'est censé ignorer la loi.

¹⁶⁷ Y. Mayaud, *La volonté à la lumière du nouveau code pénal*, Mélanges Larcuier, 1993, p. 204

De quel résultat s'agit-il ? Si la référence était le résultat légal alors la faute délibérée ne devrait plus être considérée comme une faute mais comme une intention. Pour ne pas entacher les hiérarchies établies par le législateur, il faut considérer la volonté du résultat redouté. Plus largement, le résultat légal existe dans toute infraction, il est celui par lequel l'infraction se consomme, c'est-à-dire qu'il n'y aurait plus lieu de séparer intention et non intention.

De plus, est-il impératif de prouver que l'auteur avait la volonté d'atteindre le résultat qui s'est effectivement réalisé ? C'est une relation très malaisée à démontrer car elle dépend du for interne de l'agent, de ce qui est si subjectif, que la preuve en devient utopique. L'observation des infractions de violences volontaires nous convainc que la volonté du résultat redouté correspondra en toute hypothèse au dommage constaté.

L'intention est acquise par la volonté d'attenter au résultat contenu dans son principe dans l'incrimination. La causalité psychologique entre le comportement et l'esprit de l'agent n'a pas à être certaine¹⁶⁸. En pratique, cette détermination procédera le plus souvent des circonstances d'exécution du comportement ; en effet, ce dernier serait l'extériorisation concrète et visible de l'état d'esprit dans lequel s'est trouvé son auteur.

L'intention étant une donnée factuelle, l'appréciation des juges du fond sera souveraine et la preuve libre.

Les mobiles ou inspirations liés à l'acte n'ont aucun poids sur l'admission ou l'excuse de la responsabilité ; tout au plus participeront-ils au choix de la peine grâce à l'individualisation. Dans une même incrimination, la volonté est invariablement identique alors que les mobiles pour être personnels sont par nature changeants. Ces derniers peuvent être moralement louables, mais, le droit n'est pas la moralité ou plutôt c'est une morale utilitaire placée au-dessus du groupe afin de gérer le vivre ensemble et le bien commun.

¹⁶⁸ A la différence de la causalité matérielle.

L'infraction d'empoisonnement, incriminant avant tout un comportement, requiert-elle la « nécessité d'un dol spécial ou le caractère suffisant d'un dol général¹⁶⁹ » ? La preuve de la volonté d'un résultat redouté, matériellement absent, est-elle constitutive ?

Un débat anime depuis longtemps les discussions doctrinales et jurisprudentielles pour savoir ce que recoupe l'élément psychologique du crime d'empoisonnement. Le choix offre une option entre la volonté d'administrer une substance mortelle en connaissance de cause, et, *l'animus necandi*¹⁷⁰ définit dans le crime de meurtre comme la volonté de tuer¹⁷¹ autrui. Aucun doute ne subsiste sur la volonté du comportement, soit l'emploi ou l'administration.

Le Code pénal de 1994 n'a pas éclairé la gêne, et, la place formelle de l'incrimination en son sein empêche de le distinguer des autres atteintes volontaires à la vie. Cependant, alors que la réforme offrait l'opportunité d'abroger cette infraction, le législateur sous l'instigation du Sénat a plaidé en faveur de son maintien. Ceci étaye l'idée que l'empoisonnement n'est pas une variété de meurtre ; d'autant plus que la lettre des deux textes acquiesce ceci, par la sélection de deux structures matérielles distinctes.

Dans une infraction formelle, dont le résultat légal ne se confond pas avec le résultat redouté, « c'est un désir de résultat (...) qui se consomme avant la survenance de ce résultat, voir indépendamment de tout résultat¹⁷² ».

Dès lors que l'agent connaît le caractère mortifère et qu'il agit malgré tout il est déterminé dans la volonté du processus mortel. L'acte d'administration est orienté vers la mort par l'usage de substances mortifères. *L'animus necandi* existe bel et bien, seulement, sa preuve est inutile, pour découler indubitablement du comportement.

Or, à l'occasion de l'affaire du sang contaminé, les juridictions du fond ont opté pour une volonté doublement prouvée. L'intention suppose la preuve de la volonté dans l'accomplissement de l'acte ainsi que dans le don de la mort¹⁷³.

¹⁶⁹ D. Rebut, *Nécessité d'une intention de donner la mort pour caractériser l'élément intentionnel de l'empoisonnement*, Dalloz, 2004, p. 1620

¹⁷⁰ L'intention de donner la mort.

¹⁷¹ Art. 221-1 C.pén. « le fait de donner volontairement la mort à autrui (...) ».

¹⁷² A. Prothais, « Le sida ne serait-il plus, au regard du droit pénal, une maladie mortelle ? », Dalloz, 2001, p. 2053

¹⁷³ TGI Paris, 16^{ème} chambre, 23 octobre 1992, CA Paris, 13^{ème} chambre, 13 juillet 1993

La Chambre criminelle adopte cette position claire dans un arrêt du 2 juillet 1998¹⁷⁴. Elle censure la Chambre d'accusation au motif que « la seule connaissance du pouvoir mortel de la substance incriminée ne suffit pas à caractériser l'intention homicide ». Tout en restant un peu évasive, nous présageons que, la Cour suprême a entendu introduire l'*animus necandi*. Pourtant, si l'intention est la volonté de réaliser l'infraction dans ses différentes composantes matérielles, celle-ci ne peut comprendre un élément matériellement absent de celle-là. Auraient dû exclusivement être relevées la connaissance du caractère mortifère doublée de la volonté d'emploi ou d'administration. En effet, ce seul comportement est porteur de mort, point n'est besoin d'en rajouter.

Toutefois, l'accueil dans la doctrine a été divisé, certains considérant que la solution était propre à l'espèce¹⁷⁵, en raison du caractère évasif de la décision. Restait néanmoins tenace l'idée que les juges d'instruction dans l'affaire du sang contaminé pouvaient se préparer à ce qui allait se jouer.

L'arrêt du 18 juin 2003¹⁷⁶, rejeta les pourvois en affirmant que les médecins n'avaient pas agi avec l'intention de tuer leurs patients ; bien que, la Chambre criminelle ait laissé entendre en 1994¹⁷⁷, qu'il était possible de retenir la qualification d'empoisonnement. Le fondement du rejet est limpide, « le crime d'empoisonnement ne peut être caractérisé que si l'auteur a agi avec intention de donner la mort ». La Cour de cassation entérine la représentation de l'empoisonnement comme une variété de meurtre, précisant que l'intention est celle « des autres crimes d'atteinte volontaire à la vie ».

Retenir la volonté de donner la mort dans un crime sur le risque est erroné même si le législateur avait entendu prévenir ce résultat. Il conduit à ajouter un élément, comme si la sécurité juridique avait été entachée, comme s'il avait été inconcevable de punir l'agent qui a administré volontairement une substance mortelle sans constater l'intention homicide. C'est trop de précautions, la solution antérieure était juridiquement conforme à tous les principes de la matière. La crispation du risque avait

¹⁷⁴ Bull. crim. n°21, un individu avait sciemment transmis sa séropositivité par des rapports non protégés

¹⁷⁵ Monsieur Pradel, Madame Rassat

¹⁷⁶ Pourvoi n°02-85.199

¹⁷⁷ Ch. crim. 22 juin 1994, pourvoi n°93-83.900, une juridiction correctionnelle saisie de la prévention de tromperie ne saurait, sans ajouter à celle-ci, retenir une qualification criminelle d'empoisonnement comportant des éléments constitutifs distincts.

été maîtrisée ; d'ailleurs dans d'autres infractions le risque est présent et l'élément intellectuel n'est pas l'intention.

L'idée de risque n'est pas la même d'un point de vue des incriminations traitant celui-ci. L'empoisonnement est compris dans la section une sur les atteintes volontaires à la vie alors que le délit de risques causés à autrui est contenu dans le chapitre troisième sur les mises en danger de la personne. Il est donc une logique différente dans la certitude du risque de mort ; alors que l'engagement est sans retour dans l'infraction d'empoisonnement, il résulte de la remise au hasard dans le second. La certitude est plus intense dans l'article 221-5 C. pén que dans l'article 223-1 du même code

B/ LA VOLONTE REVELEE DANS LA FAUTE

La recherche d'un résultat criminel n'est pas toujours la condition de la constitution d'une infraction. La faute ou indiscipline peut être suffisante pour que l'infraction soit constituée. L'acte dit involontaire témoigne d'une criminalité moins marquée pour n'être qu'une indifférence aux valeurs sociales. La répression sera moins systématique pour être réservée aux cas les plus significatifs.

Pendant longtemps, la faute pénale est demeurée uniforme, ne se prêtant à aucune distinction de gravité et de répression. La distinction intention non intention était peut-être trop tranchée et manquait de nuances, pour accepter le gris là où le noir et blanc semblaient les seules possibilités. Toutes les fautes ne méritaient pas le même type de sanction, et, une première diversification a été opérée par la réforme du Code pénal, avec les lois du 22 juillet 1992, et l'avènement des fautes qualifiées.

A l'intérieur de chaque grande catégorie d'élément moral, nous nous apercevons qu'il existe des nuances, que celles-ci ont été affinées.

Employer l'expression d'acte involontaire n'est désormais plus approprié en raison de l'existence de la faute délibérée. Remarquons que lorsque celle-ci est la circonstance aggravante d'un homicide, le qualificatif d'involontaire demeure, ce qui est une incohérence, à moins de le comprendre vis-à-vis du dommage.

Quant aux délits, lorsque la loi le prévoit, l'imprudence, la négligence et la mise en danger sont situées sur le même plan juridique. Toutefois, à l'unité de la faute dans le Code pénal de 1810, est substituée la hiérarchie, dont le niveau le plus élevé d'imprévoyance est la mise en danger délibérée.

La faute serait « la violation d'un devoir, réalisée par un acte positif ou une abstention et de façon plus ou moins consciente ¹⁷⁸ ». Trois styles de fautes sont désormais dégagés : la faute simple, la faute caractérisée et la faute délibérée, seule cette dernière embrassant la volonté.

¹⁷⁸ J. Pradel, Op .cit., p. 410

Avant la réforme du Code pénal, la doctrine avait imaginé la notion de dol éventuel pour étayer la situation de la personne qui sans rechercher positivement le résultat l'a envisagé comme possible et a persisté dans son action. Cette légèreté est inconcevable de la part du bon père de famille¹⁷⁹ puisque « l'agent considère sérieusement comme possible la réalisation de l'infraction et est d'accord avec celle-ci ¹⁸⁰».

« La prise consciente d'un risque, prend parfois un aspect tellement grave qu'elle apparaît alors comme un véritable acte plus proche d'un dol que de la faute¹⁸¹ ».

Lors des débats parlementaires, c'est la prévention de la délinquance routière et des accidents du travail qui a été au cœur des préoccupations, mais leur comportement originel semble attester plus d'une indiscipline que d'une hostilité. Cette criminalité s'avère intentionnelle lorsqu'est pris en compte le résultat de l'exposition à un risque, et non intentionnelle par référence à ce qu'entend prévenir le législateur, soit un dommage corporel qui n'est pourtant pas le résultat redouté.

Le dol éventuel est « l'état d'esprit de celui qui, tout en sachant que son comportement est dangereux pour autrui, s'y engage néanmoins, et cela sans nullement vouloir le résultat dommageable ¹⁸²». Ce serait une apparente imprévoyance consciente. Pour l'auteur, la réforme de 1992 serait la consécration de la notion par l'accession au titre de circonstance aggravante et d'infraction autonome de la faute délibérée ; il les qualifie de « consécration subordonnée » et de « consécration autonome ».

La première conception renvoie à l'hypothèse dans laquelle le dommage s'est concrétisé même si le résultat n'était pas voulu. La loi prend en compte le renforcement de la faute par « une certaine intention dans la perpétration de l'acte générateur ¹⁸³».

La deuxième notion développe le cas dans lequel il faut constater le défaut de la mort d'autrui. Pour l'auteur, ce délit serait intentionnel, matériel, successif et obstacle ; ce qui comme nous l'avons déjà décrit ne nous semble pas la réalité.

¹⁷⁹ Notion civiliste définissant le type de l'homme normalement prudent, soigneux et diligent. C'est le modèle de la vertu moyenne. Vocabulaire juridique, *Op. cit.*, p. 118

¹⁸⁰ Jescheck, *Tratado de derecho penal aleman*, 1981, p. 404

¹⁸¹ Chavanne et Fayard, *Les délits d'imprudence*, RSC, 1975, p. 5

¹⁸² J. Cedras, *Le dol éventuel : aux limites de l'intention*, Dalloz, 1995, p. 18

¹⁸³ *ibid*

Ainsi, dans le crime d'empoisonnement et le délit de risque causé à autrui, la volonté requise emporte « une vue du dommage¹⁸⁴ ». L'engagement dans le comportement témoignerait de l'adhésion au processus de réalisation du résultat redouté, sauf que dans le délit, celui-ci est beaucoup plus appuyé que dans l'autre. D'ailleurs les valeurs protégées sont différentes.

Pour ceux qui défendent la théorie du dol éventuel, cela revient à assimiler les fautes non intentionnelles les plus graves, à l'intention. Monsieur Puech défend ceci¹⁸⁵, ainsi l'agent agit en connaissance de cause et avec détermination.

Or, le dol éventuel en s'appuyant sur l'analogie, permet à une faute grave d'être considérée comme une intention, ce qui ne peut qu'être dérangeant, attendu que ce procédé est interdit en droit pénal. D'autre part, comment penser que l'élément aggravant d'un homicide clairement involontaire soit à titre autonome, dans le délit de risque causé à autrui, source d'une infraction intentionnelle.

Le débat de l'avènement du dol éventuel et de la supposée conception intentionnelle de la faute délibérée doit être orienté sur le résultat, car celui-ci permet de différencier clairement les deux types d'élément moral. L'intention requiert, outre la volonté du comportement, celle du résultat redouté, or, le délit de risque causé à autrui est insensible à la moindre volonté de celui-ci ; c'est une infraction formelle qui disparaît en cas de concrétisation de la mort d'autrui. En effet, le prévenu souhaite éviter un quelconque dommage et pourra même ignorer la présence de victimes potentielles.

L'assimilation à l'intention n'est pas naturelle, forcer le trait reviendrait à dénaturer d'une part l'intention, et d'autre part la faute.

Le rejet de la consécration du dol éventuel est évident en raison de la distance qui oppose moralement l'auteur de l'homicide voulu¹⁸⁶ et l'auteur de l'homicide envisagé. Le choix du législateur de les traiter dans deux alinéas distincts était aussi une manière de signifier leur disparité.

La faute délibérée est traitée dans deux alinéas singuliers de l'article 121-3 du Code pénal. L'alinéa deuxième présente une exception au premier qui prédit en

¹⁸⁴ M. Puech, *De la mise en danger d'autrui*, Dalloz 1994, p. 153

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ Soit le meurtre art 221-1 C. pén.

exclusivité l'intention, établissant que lorsque la loi le prévoit, en matière délictuelle, il y aura « mise en danger délibérée de la personne d'autrui ». L'alinéa quatrième explicite la faute délibérée qui est « la [violation] de façon manifestement délibérée [d]'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ».

Le législateur en 1992 a accordé beaucoup d'importance à l'élément moral de l'infraction pour renforcer la légitimité d'une répression adossée au comportement de l'agent ; qui est le recours favori pour incriminer le risque de mort.

La faute délibérée exige une obligation spécialement prévue par un texte, qui servira de fondement, même si celui-ci ne sanctionne pas pénalement sa violation. En outre, celle-ci devra être voulue. Est délibéré ce qui est connu et réfléchi, l'adverbe « manifestement » délibéré décore autant que si elle avait été simplement délibéré.

Il ne s'agit pas d'une défaillance regrettable, la faute est plus prononcée, elle est qualifiée d'imprudance consciente, doublée de la volonté d'agir malgré tout. Cette dernière devient une composante de la faute pour lui offrir le visage d'une extrême indifférence aux valeurs sociales protégées.

La personne a eu conscience du danger que comportait son attitude, et espérant qu'ils ne se produiraient pas, elle a pris le risque de provoquer un dommage tout en se promettant d'échapper aux conséquences dommageables, le manquement est voulu.

L'intervention de la volonté aggrave la faute pour ne plus être une simple défaillance. Sans pour autant faire perdre ce qui est propre à la nature de celle-ci. Simplement, le législateur, lors de la réforme, a entendu diversifier la répression ; l'indifférence peut donc être simple ou délibérée.

Est-ce toujours une faute ou faut-il aussi prouver la volonté de résultat ? Certainement, la nouveauté n'a fait que révéler des nuances jusqu'alors inexistantes.

Pour Monsieur Mayaud, présenter la culpabilité de l'auteur, non comme la volonté d'enfreindre une réglementation, mais, comme la volonté de mettre en danger une victime potentielle en ayant conscience du risque qu'il lui fait encourir, revient « à faire de la prévisibilité du danger un élément du délit ¹⁸⁷».

¹⁸⁷ Y. Mayaud, *Pour une définition de l'obligation particulière de sécurité ou de prudence*, Dalloz, 2000, p. 33

La Cour d'appel de Douai, le 11 janvier 1995, a affirmé que le délit « exclu la recherche délibérée d'un résultat dommageable et vient seulement sanctionner une imprudence, cela quand bien même celui qui le commet prend un risque de façon manifestement délibérée ». Cela confirme que l'intention est la volonté tendue vers le résultat, alors que, dans le délit de risque causé à autrui, infraction formelle, seul le comportement est en cause ; il est une « potentialité acceptée de résultat dommageable, et non une réalité recherchée d'un tel résultat¹⁸⁸ ».

De plus, un arrêt de la Chambre criminelle en date du 16 février 1999¹⁸⁹ a jugé qu'il n'était pas nécessaire que l'auteur ait eu connaissance de la nature particulière du risque effectivement causé par son manquement. Le moyen de défense avancé reposait sur la pensée exacte qu'avait l'auteur, du risque. Ceci étant par nature invérifiable, le délit de risque causé à autrui n'aurait plus eu lieu d'être. Ainsi, si le manquement a été voulu dans son principe, le risque engendré le sera, et l'auteur accepte en retour la responsabilité pénale corrélative.

Le délit de risque causé à autrui incrimine la volonté d'exposer à un risque et non la volonté de faire que ce risque se réalise. Ainsi, la faute délibérée est volontaire mais demeure non intentionnelle ; « c'est une attitude volontaire dans une conduite négligente ¹⁹⁰ ». Sans rechercher le résultat, l'agent a volontairement pris un risque grave sachant que le dommage pourrait se produire ; il « a montré vis-à-vis des conséquences de son acte une indifférence immorale¹⁹¹ ».

A la différence de la faute simple où tout échappe au prévenu, il a éprouvé ici la gravité de son acte.

L'intention n'est ni synonyme de délibéré ni de volonté, ces deux derniers pouvant prospérer hors du giron de la première. La volonté peut servir de renfort à la faute qui ne se doublera pas d'intention. Elle est indispensable à l'intention mais la réciproque n'est pas vraie.

Ce n'est pas une méconnaissance intentionnelle de la règle de prudence ou de sécurité mais une méconnaissance volontaire.

¹⁸⁸ Y. Mayaud, *Du caractère non intentionnel de la mise en danger de la personne d'autrui*, RSC, 1996, p. 651

¹⁸⁹ Bull. crim. n°24

¹⁹⁰ Y. Mayaud, *Op.cit.*, p. 259

¹⁹¹ H. Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel*, n°131

En conséquence, la faute regroupe tous les comportements défailants quant à la volonté délibérée d'atteindre le résultat.

Il est normal de ne pas soumettre à un régime uniforme ce qui participe de différences sensibles quant à la psychologie du délinquant. C'est un régime de causalité indirecte qui est appliqué, la faute doit être d'une certaine gravité, lorsqu'elle a un lien quelconque avec le dommage produit, pour être punissable.

Ce système décale le curseur répressif de la faute à la causalité. La causalité indirecte sanctionne moins les effets du comportement que ce qu'il représente de répréhensible à sa source. Le dommage doit être en relation quelconque avec la faute. Les conséquences du comportement sont aléatoires alors que celui-ci est bien établi. S'il y avait eu la rencontre d'une causalité distendue avec une faute étendue il y aurait eu un emballement de la répression. La faute qualifiée dépénalise les fautes top faibles.

Remarquons que ceci rejoint la différence structurelle entre les infractions matérielles et les infractions formelles.

Il ne faut pas confondre la volonté d'accomplir un comportement en sachant qu'il peut produire un résultat et la volonté d'atteindre ce résultat. La dernière n'entraîne pas la première et le juge devra déterminer dans quel cas l'agent se trouvait. Il y a une nuance, ne pas la reconnaître c'est annihiler l'esprit de la réforme de 2000.

SECTION II : LA RATIONNALISATION DE LA CONCEPTION

CLASSIQUE DE LA FAUTE

Lorsque la volonté est absente de l'élément moral, que ni le comportement ni le résultat ne sont voulus, la pénalisation du risque demeure possible grâce à la complémentarité de la faute caractérisée (A) et à la faute simple enserrée par la causalité (B).

A/ LA SUBSIDIARITE DE LA FAUTE CARACTERISEE

La réforme de 1992 a identifié une nouvelle strate dans la faute appelée imprudence consciente, mais celle-ci était réduite par l'impératif de violation d'une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement. Le processus de diversification de la faute pénale n'était pas complètement achevé, le degré manquant a été comblé par la loi du 10 juillet 2000¹⁹², créant une nouvelle surface dans la hiérarchie des fautes avec celle caractérisée.

Cette construction progressive montre l'attention dans le droit pénal moderne du législateur pour l'élément moral de l'infraction pénale. Il est plus préoccupé par la faute pénale que par les dommages dont la survenance et la gravité peuvent être aléatoires.

Le travail originel est l'œuvre d'une proposition sénatoriale de Monsieur Fauchon déposée le 7 octobre 1999. L'ambition était de concilier les différents intérêts en cause, ceux des victimes et ceux des décideurs privés ou publics. Pour dépénaliser, la loi a utilisé l'outil juridique de la causalité et de son intensité en posant pour principe que si celle-ci est directe, toute faute pourra engager la responsabilité pénale de l'agent, alors

¹⁹² Loi n°2000-647

que, si elle est indirecte la faute susceptible de l'entraîner suppose un certain degré, elle est dite qualifiée.

La circulaire d'application du 11 octobre 2000, tout en affirmant que la loi a vocation à s'appliquer à l'ensemble des justiciables, admet qu'en pratique, elle concernera particulièrement « les décideurs publics, ce qui correspond à l'intention clairement affichée du législateur¹⁹³ ».

Il est possible de regretter tout de même que la nouvelle rédaction, après deux modifications bienvenues, soit devenue « quelque peu labyrinthique¹⁹⁴ ».

La faute pénale caractérisée est définie dans l'alinéa quatre de l'article 121-3 du Code pénal, c'est le comportement qui « exposait autrui à un risque d'une particulière gravité que [l'agent] ne pouvait ignorer », elle est également une faute qualifiée.

En première lecture, l'expression qui avait été retenue était quelque peu différente pour être centrée sur la faute de l'agent. Elle était décrite comme « la faute d'une exceptionnelle gravité exposant autrui à un danger que son auteur ne pouvait ignorer ». C'est le Sénat, en deuxième lecture, qui a retenu les conséquences du comportement fautif pour décrire la faute caractérisée. Seule la gravité du risque sert de critère pour apprécier celle-ci, ainsi, tout dépendra de la perception des faits par le juge qui les estimera de manière concrète.

Cette nouveauté rejoint la catégorie classique de faute, tout en étant une défaillance inadmissible en raison de la connaissance de circonstances hautement dangereuses à l'origine du dommage. « C'est une indifférence intolérable à des risques évidents¹⁹⁵ ».

D'ailleurs, le rapporteur de la Commission des lois, Monsieur Rosières précise que ce terme nouveau « désigne une faute dont les éléments sont bien marqués... il ne peut s'agir d'une faute ordinaire ou fugitive ».

La faute caractérisée nécessite la conscience du risque, alors que, la faute délibérée est volontaire ; il ne faut pas la confondre avec le délit de risque causé à autrui.

¹⁹³ Cir. crim. 2000, 09/F1

¹⁹⁴ J.-Cl. Soyer, *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 2000, 15^{ème} édition, n°177

¹⁹⁵ Y. Mayaud, *La loi Fauchon du 10 juillet 2000 après plus de cinq ans d'application...*, AJ Pénal, 2006, p. 146

Le risque de mort a ainsi vocation à entrer dans le champ d'action de cette variété d'élément moral, il sera plus aisé de le retenir tant les conditions d'existence sont moins exigeantes que dans la faute délibérée.

Ainsi, à défaut de preuve de la conscience d'un risque, l'agent ne pourra être condamné puisque la personne ne doit avoir « pu ignorer la particulière gravité du risque auquel elle exposait autrui et dont elle avait personnellement conscience¹⁹⁶ ».

Mises à part ces précisions, la Cour de cassation n'a jamais fourni de définition de la faute caractérisée, seules certaines juridictions du fond l'ont tentée. Pour certaines, la notion désignerait « une faute dont tous les éléments sont bien marqués et d'une certaine gravité, ce qui indique que l'imprudence ou la négligence doit présenter une certaine évidence. Elle consiste à exposer autrui en toute connaissance de cause, que ce soit par un acte positif ou une abstention grave, à un danger¹⁹⁷ ».

L'adjectif « caractérisée », comme l'adverbe « manifestement » témoignent du caractère avéré de la mise en danger d'autrui, ils renvoient à une situation typique par leurs signes distinctifs, soit ce « dont la réalité s'impose avec évidence¹⁹⁸ ».

En employant l'expression d'un risque d'une particulière gravité, il est évident que celui de mort, le plus grave sur l'échelle des valeurs, coïncidera avec cette possibilité. Dans un homicide involontaire, prouver que le prévenu a commis une faute caractérisée par un comportement causal distendu entraînera sa condamnation. Ainsi, si matériellement le risque s'allie naturellement à l'infraction formelle, psychologiquement il peut expliquer la survenance du résultat redouté de mort.

L'existence d'un risque grave pour autrui est une situation objectivement dangereuse. Le prévenu doit en avoir connaissance, ce qui sera déterminé en fonction des données de l'espèce. La faute doit présenter un certain degré, une « particulière intensité¹⁹⁹ ».

Beaucoup ont cru y déceler la reconnaissance de la faute inexcusable, qui était apparue avec la loi du 9 avril 1898, notamment définie par la Cour de cassation comme

¹⁹⁶ CA Lyon, 28 juin 2001

¹⁹⁷ T. corr. La Rochelle, 7 septembre 2000

¹⁹⁸ Dictionnaire Robert, Op. cit., p. 349 et 1526

¹⁹⁹ E. Guigou, débat sur la loi du 10 juillet 2000 (séance du 29 juin), JO p. 6220

« une faute d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait avoir eu son auteur, de l'absence de toute cause justificative et se distinguant, par le défaut d'élément intentionnel, de la faute intentionnelle²⁰⁰ ».

Gardons-nous bien de succomber à l'appel du chant des sirènes. Il n'y a pas de volonté explicitée dans l'alinéa sur la faute caractérisée. Ce qui est commun, c'est la conscience du danger mais là où la faute caractérisée s'apprécie *in concreto*²⁰¹, la seconde l'est *in abstracto*²⁰². Ceci n'est pas le plus marquant, et nous reviendrons sur un argument déjà évoqué dans ce mémoire, celui de la spécificité de l'objet du droit pénal. En effet, vouloir faire des liens et assimiler certaines notions à du droit civil n'est juridiquement pas exact ; le droit pénal n'a pas pour vocation la réparation. De plus, avec la fin de l'unicité des fautes civiles et pénales, si la responsabilité pénale n'est pas retenue, la responsabilité civile pourra être opérante et ce sur le fondement d'une faute inexcusable.

Puisque la gravité des risques encourus ne saurait être ignorée, est-ce une faute délibérée présumée, tant ce qui est conscience et connaissance relève d'un comportement volontaire ?

Ce fut l'argument fondant un pourvoi : « une telle faute suppose une attitude délibérée, c'est-à-dire une connaissance effective du risque créé et la volonté de passer outre ». La Cour de cassation ne retient pas ceci, confirmant les appréciations faites par les juges du fond²⁰³, qui avaient relevé un risque d'une particulière gravité, qui ne pouvait être ignoré en raison de la qualité de professionnel et de la formation d'ingénieur de l'agent qui avait fait exécuter des travaux, nécessitant l'utilisation d'outils électriques. C'est moins « une volonté présumée de défaillance qu'un devoir prononcé de connaissance²⁰⁴ ». La connaissance n'est pas synonyme de volonté, qui requiert un élément supplémentaire, l'adhésion de la personne. D'autant plus que cette faute a été créée en 2000 par la loi définissant les délits involontaires.

²⁰⁰ Ch. réunies, 15 juillet 1941

²⁰¹ Appréciation dans un cas d'espèce de manière concrète, spéciale et individuelle.

²⁰² Appréciation de manière générale, abstraite et impersonnelle.

²⁰³ Ch. crim. 5 février 2002, pourvoi n°01-81.470

²⁰⁴ Y.Mayaud, *La faute caractérisée, relève, et non doublon, de la faute délibérée*, RSC, 2002, p. 585

La faute caractérisée est au carrefour de la faute simple et de la faute délibérée, ainsi, elle a une parenté certaine avec la faute simple puisqu'elle serait une faute d'imprudence ou de négligence d'une particulière évidence. Elle est « un enrichissement de la catégorie des fautes pénales²⁰⁵ », soit le complément pénalisant de la faute délibérée. Là où cette dernière ne peut être établie, la faute caractérisée sera apte à fonder légalement la culpabilité. Elle aura souvent vocation à intervenir en supplément de la faute délibérée, notamment, lorsqu'il n'y a pas de texte précisant l'obligation, soit lorsque le texte a une portée générale, soit lorsqu'il vise une obligation particulière mais est contenu dans un règlement intérieur. Son rayon d'action est donc potentiellement plus large que la faute délibérée.

Ainsi, la gravité de la faute vient compenser le lien de causalité distendu. Elle est le témoin de manquements d'autant plus sensibles et répréhensibles qu'ils relèvent d'une indifférence intolérable à des risques évidents.

La jurisprudence a constaté le caractère très opérationnel de cette faute, et l'a érigée en relais de celle délibérée, elle est donc supplétive. La Cour de cassation a approuvé ceci dans un arrêt du 5 février 2002²⁰⁶, où elle a prononcé le rejet du pourvoi en constatant qu'il y avait une faute caractérisée, là où le demandeur invoquait l'absence de particularité pour l'obligation d'obtenir une autorisation pour l'exploitation d'une installation classée.

Il y a vraisemblablement une très forte proximité avec la faute délibérée, qui suppose la preuve de la volonté. La Cour de cassation en rendant la faute caractérisée suppléante de celle délibérée, entraînerait la reconnaissance de leurs qualités communes, et, il faudrait alors, selon cette conception, mettre fin à l'incohérence qui est de classer cette faute parmi celles dépourvues de toute volonté.

Une Cour d'appel reprit ceci en considérant que « l'inapplicabilité d'un texte à un prévenu, empêchant que puisse lui être reproché une violation particulière d'une règle de prudence ou de sécurité, n'exclue pas que soit retenue contre lui, le cas échéant, une faute caractérisée ». L'impossibilité de constituer une faute délibérée n'est pas un

²⁰⁵ A.Ponseille, *La faute caractérisée en droit pénal*, RSC, 2003, p. 79

²⁰⁶ Pourvoi n° 01-81.470

obstacle à la responsabilité si le comportement recoupe une action par ailleurs répréhensible.

L'affaire s'est encore illustrée dans un arrêt rendu le 14 décembre 2010²⁰⁷, où le prévenu avait volontairement remis les clés de son véhicule à la victime, en sachant que celle-ci n'était pas titulaire du permis de conduire et se trouvait sous l'emprise de l'alcool. C'est un cas de causalité indirect où la faute de la victime n'exonérera pas le prévenu de sa responsabilité, son action étant la cause du dommage. Or, aucune obligation particulière n'existe concernant l'interdiction de remettre des clés à une personne sous l'influence d'un état alcoolique, ou, de veiller à ce qu'une personne ne disposant pas de ses facultés pleines et entières ne puisse mettre ses jours en danger ou la vie d'autrui, ou des biens. Il ne restait que la faute caractérisée. Si celle-ci peut se contenter d'omission là où une vigilance renforcée aurait été requise, la tendance montre que la jurisprudence recherche des actes positifs. En l'espèce, les juges d'appel avaient souligné que le prévenu ne pouvait ignorer les risques d'accident encourus en remettant les clés de sa voiture à une personne non titulaire du permis de conduire et ivre.

La loi du 10 juillet 2000 présentée comme une dépenalisation des délits non intentionnels par précision de leur définition, est en réalité cantonnée par la faute caractérisée. Elle conduit à la pénalisation puisque l'accumulation de fautes simples est une faute caractérisée²⁰⁸, et que l'expérience professionnelle peut faire présumer la connaissance tout comme l'évidente prévisibilité.

Par le dynamisme de son utilisation, certains ont parlé d' « irrésistible ascension de la faute caractérisée²⁰⁹ ».

Toutefois, celle-ci n'est inscrite que dans le droit pénal général, n'étant ni l'objet d'une incrimination spéciale ni la circonstance aggravante d'une autre comme l'est la faute délibérée. De plus, si la faute caractérisée semble moins grave que la faute délibérée mais plus blâmable que la faute simple, les pénalités retenues ne dévoilent pas ces subtilités.

²⁰⁷ Pourvoi n° 10-81.189

²⁰⁸ Ch. Crim. 5 décembre 2000, Bull. crim. n°363

²⁰⁹ P.Morvan, *L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté au législateur contre l'échelle de la culpabilité*, Mélanges Pradel, Cujas, 2006, p. 443

D'ailleurs, Madame d'Hauteville regrettait en 2005 que le législateur n'ait pas prévu la faute caractérisée pour étendre le délit de risque causé à autrui, constatant qu'en l'absence de réalisation d'un dommage seule la faute délibérée pouvait intervenir²¹⁰.

Ce désir a été entendu puisqu'une proposition de loi a été déposée par Monsieur Fauchon²¹¹, modifiant l'article 223-1 du Code pénal par introduction d'une alternative entre la faute délibérée et la faute caractérisée. Le délit se commet « soit par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière(...) soit par la commission d'une faute d'imprudence grave et qui expose autrui à un risque d'une particulière gravité que l'auteur de cette faute ne pouvait ignorer ».

Outre le caractère optionnel nouveau de cette infraction, cela est une marque de pénalisation. En effet, le second volet de l'incrimination n'est pas une circonstance aggravante de l'homicide involontaire comme l'est la faute délibérée, un cumul de qualification pourra être retenu puisque les incriminations en présence ne protègent pas les mêmes valeurs sociales²¹².

Finalement, le délit de risque causé à autrui, décrit avec beaucoup de maladresses et de précautions de la part du législateur en 1992, est élargi dans sa définition, et supportera de plus, un cumul avec l'homicide involontaire.

Cette proposition vise clairement à pénaliser davantage ces comportements.

²¹⁰A. d'Hauteville, *Les transformations de la faute pénale* in le nouveau Code pénal 10 ans après, éditions Pédones, 2005, p. 11

²¹¹ Proposition n°223 enregistrée le 13 janvier 2011

²¹² La règle du possible cumul d'infractions, pour un même fait, si les incriminations protègent des valeurs sociales différentes, est issue de l'arrêt Ben Haddadi du 3 mars 1960, Bull. crim. n°160.

B/ LA FAUTE SIMPLE DOMINEE

Madame Cartier, dans un article rédigé en 2001, répondait à Monsieur Mazeaud qui avait évoqué de manière ironique le slogan à la mode : « il faut in-dem-ni-ser », qu'il « faut dé-pé-na-li-ser²¹³ ».

L'ancienne conception unitaire de la faute pénale ne permettait aucune différenciation, tous les comportements fautifs étaient placés sur un même registre, un unique régime. Cependant, celle-ci a présenté des excès pour comprendre la *culpa levissima*²¹⁴ et amener à ce que la faute minime soit considérée de la même manière que la faute grave.

La fronde des décideurs publics a poussé le législateur à imaginer un régime plus strict pour engager leur responsabilité, mais, cette distinction était contraire au principe d'égalité de tous les justiciables devant la loi, formulé par l'article six dans la DDHC²¹⁵.

La séparation en deux catégories a permis de distinguer les fautes simples des fautes qualifiées, et, admis la dépénalisation des fautes les plus légères pour marquer les plus graves.

Force est de constater, que la culpabilité n'est pas la même entre une simple défaillance et un acte délibéré puisque la faute simple ou ordinaire est étrangère à toute adhésion psychologique au comportement. Plus la culpabilité reflètera fidèlement l'état intellectuel dans lequel se trouvait l'agent au moment des faits, plus la répression semblera juste et justifiée.

La responsabilité pénale ne doit concerner que les comportements blâmables qui portent atteinte à des valeurs protégées et témoignent d'une indifférence pour celles-ci.

²¹³ M-E. Cartier, *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000*, RSC, 2001, p. 724

²¹⁴ Elle était la faute la plus légère en droit romain.

²¹⁵ « La loi (...) doit être la même pour tous, soit qu'elle protège soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux (...) ».

Le délit d'imprudence, qui est une imprévoyance sans aggravation, est la sanction d'un comportement et d'un pouvoir ; bon nombre de condamnés pour homicide involontaire dans les grandes catastrophes collectives le sont en tant que « chefs ».

La faute pénale d'imprudence peut être de deux sortes : « d'imprudence ou de négligence » et un « manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ».

Le législateur en 1992, a réduit les qualificatifs pour la première partie en soustrayant la maladresse et l'inattention. Les deux termes conservés sont synonymes, l'agent n'a pas prévu la survenance du dommage, il n'a voulu ni le comportement ni *a fortiori* le résultat qui en découlait. Il ne s'est pas rendu compte du danger qu'il faisait encourir à autrui.

Depuis la disparition en 1994 des délits matériels, aucune présomption ne peut exister concernant l'élément moral d'une infraction, la simple constatation de l'élément matériel est insuffisante.

Pour la deuxième variété, la réforme de 1992 a transformé « l'inobservation des règlements » en supprimant le pluriel du nom règlement pour recouvrir uniquement les décrets et arrêtés pris par une autorité administrative.

La loi du 13 mai 1996²¹⁶, relative à la responsabilité pénale pour faits d'imprudence ou de négligence, guide le juge vers une appréciation *in concreto* de la faute en modifiant le contenu de l'article 121-3 C. pén.

L'émotion avait été suscitée par des poursuites pénales engagées contre les maires, pour des fautes commises dans le cadre de l'exercice de leur pouvoir de police, et, de l'accomplissement de leur fonction de gestionnaire des biens et services publics ; comme les drames de Saint Laurent du Pont (incendie d'un dancing) ou de Furiani (effondrement d'une tribune d'un stade). La commission des lois du Sénat en avait déduit, que les élus comme les chefs d'entreprises, étaient soumis à une obligation de résultat.

Cet apport s'est concrétisé par une structure séparant les deux types de fautes pénales en deux alinéas distincts ; là où en 1994, tout avait été regroupé en un alinéa

²¹⁶ Loi n°96-393

unique disposant : «toutefois lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui ». Cela signale physiquement la reconnaissance d'une différence de nuance avec la faute délibérée.

L'alinéa troisième impose l'appréciation *in concreto* pour la faute simple, c'est-à-dire que le juge doit motiver sa décision sur des critères objectifs illustrés par les faits de l'espèce. Il y a une unité d'appréciation de la faute simple car ce modèle s'applique à toutes. L'objet est d'inviter le juge à une appréciation plus circonstanciée, même si ce énuméré par l'article fait irrémédiablement référence à la situation du décideur, par l'usage de noms tels que les : « missions », « fonctions », « compétences », « pouvoirs » et « moyens ».

Sous l'ancien Code, le prévenu était comparé à l'homme moyen, le bon père de famille. Désormais, la référence à la nature des missions (...) a introduit un caractère objectif à l'évaluation; à moins que l'agent ne soit comparé à l'homme moyen exerçant les mêmes fonctions et missions. Même si le renvoi n'est pas explicite pour les fautes qualifiées, il est évident, puisque leurs définitions rejoignent des conduites circonstanciées.

La loi de 1996 est une tentative pour limiter ce qui avait été perçu comme une dérive dans l'identification de la responsabilité pénale des décideurs. Le manquement à une règle de prudence ou de sécurité n'est plus une obligation de résultat mais de moyens.

Après quelques années d'utilisation, le garde des Sceaux Madame Elisabeth Guigou observait en avril 1999 que « tout porte à croire que l'on a réussi grâce à la loi du 13 mai 1996 à circonscrire plus précisément la responsabilité des décideurs publics ».

Cependant, la grogne des élus locaux n'avait pas tari ; et fut mis en place en réponse, un groupe de travail sous la direction de Monsieur Massot. Dans le même temps Monsieur le Sénateur Fauchon a été l'instigateur d'une nouvelle proposition de loi.

En 1996, la charge de la preuve de l'accomplissement des diligences normales incombait à l'auteur suspecté puisqu'« il y [avait] délit (...) sauf si l'auteur des faits

[avait] accompli les diligences normales²¹⁷ ». La loi du 10 juillet 2000 a renversé ceci, car, c'est à la partie poursuivante d'établir « qu' [il] (...) n'a pas accompli les diligences normales ».

La dépenalisation a eu pour conséquence de redonner à la sanction pénale sa force, sa valeur et son efficacité pour mettre un terme à la banalisation de la répression.

Le problème majeur, qui avait subsisté jusqu'en 2000, était que la faute étendue cohabitait avec une causalité distendue. Cette loi a eu un impact sur celle-ci en supprimant l'admission « des poussières de faute²¹⁸ », et en limitant la faute simple au seul cas de causalité directe. Antérieurement, la défaillance même très légère était devenue inadmissible, alors que « l'erreur est humaine » et que l'attention permanente est antagoniste à la nature même de l'homme ; il est plus opportun de ne réprimer que les défaillances coupables.

Le lien de causalité est devenu la clé de voûte de la répartition de la responsabilité, c'est un retour sur la théorie de la causalité.

L'innovation majeure de la loi de 2000 concerne également un autre aspect ayant facilité la dépenalisation celui de la fin de l'unité des fautes civiles²¹⁹ et pénales. L'article 1383 C. civ. dispose que « chacun est responsable du dommage qu'il a causé (...) par sa négligence ou son imprudence ». S'agissait-il de la même imprudence et négligence qu'en matière pénale d'autant plus qu'existe le principe d'autorité de la chose jugée du criminel sur le civil ?

Pendant longtemps, la seule réponse était d'origine jurisprudentielle et affirmait l'unité²²⁰. Malgré les fortes critiques, la réforme du Code n'avait pas donné à la loi l'occasion de mettre fin à cette jurisprudence.

Le constat était limpide puisque le droit civil était suiveur de ce qui avait été décidé au pénal. En conséquence, la gêne était née de la dénaturation du droit pénal car les juges étaient obligés de retenir la faute, afin que les victimes puissent obtenir réparation au civil. L'objet de la responsabilité civile est beaucoup plus vaste que la

²¹⁷ Ch. crim. 3 décembre 1997, Bull. crim. n°413

²¹⁸ R. Dosièrè, Rapp. Assemblée nationale, n°2266, 22 mars 2000, p. 15

²¹⁹ Le terme faute ne semble pas réel tant la responsabilité civile va au-delà de celle-ci.

²²⁰ Civ. 18 décembre 1912, Brochet, Ch. crim. 6 juillet 1934

responsabilité pénale, aboutissant à retenir des fautes très légères. C'était la politique du tout ou rien, il n'y avait aucune nuance pour accepter qu'une faute minimale puisse être réparée mais non punie.

En réalité, le principe d'autorité était renversé pour rendre le droit criminel suiveur du droit civil.

Mise à part en matière délictuelle pour les violences, le droit pénal retient la responsabilité de l'agent eu égard à son comportement et non au résultat. La peine dépend en principe de la gravité de la faute commise. La question de l'étendue du dommage relève plus de la réparation et donc du droit civil, surtout qu'une faute infime peut causer un dommage conséquent et qu'une faute grave, un dommage insignifiant.

La faute pénale « est par essence intimement liée au concept de réprobation sociale, [elle] doit se détacher de la faute civile qui n'implique aucun jugement de valeur morale sur l'attitude du délinquant²²¹ ».

Des textes légaux en faveur des victimes ont ouvert une brèche dans la dissociation ; une loi du 8 juillet 1983 permet d'obtenir du juge pénal, malgré la relaxe, une réparation fondée sur les articles 1384 et suivants et 1147 et suivants²²² du Code civil.

C'est la loi du 10 juillet 2000 qui a consacré la dualité, sans toutefois que le législateur exprime clairement ceci. Il a mis en œuvre une technique procédurale qui pousse le juge à modifier son appréciation. L'article 2 de la loi a modifié le Code de procédure pénale avec la création de l'article 4-1 et la transformation de l'article 470-1. L'affirmation est claire ; l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à une action devant les juridictions civiles sur le fondement de l'article 1383 C.civ.

La jurisprudence a marqué le pas en énonçant clairement et fermement que : « la déclaration par le juge répressif de l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à ce que le juge civil retienne une faute civile d'imprudence ou de négligence ²²³ ». C'est une rupture franche avec sa position ancienne.

²²¹ Merle et Vitu, Op. cit., n°609

²²² Relatifs à la faute délictuelle dans un cas et à la faute contractuelle dans l'autre.

²²³ Civ. 30 janvier 2001, Bull. civ. n°19

L'article 470-1 du Code de procédure pénale prévoit la compétence du juge pénal pour accorder la réparation, lorsque l'infraction est non intentionnelle « au sens des deuxième, troisième et quatrième alinéas de l'article 121-3 C. pén », de tous les dommages résultant des faits, en vertu des règles civiles.

La *culpa levissima* ne rejoint plus le champ d'action du droit pénal puisqu'elle ne sanctionne pas ce qui relève d'une culpabilité manifeste. Elle était le signe d'une défaillance, mais pas d'une délinquance avérée, et donc ne pouvait être le fait générateur d'une responsabilité. Ainsi, tout repose sur l'appréciation du juge qui évalue le degré de gravité de la faute.

Les réformes successives ont parachevé la réponse pénale qui est diversifiée selon l'impact causal de la faute reprochée. Dans sa conception étroite, la responsabilité, pour être engagée, suppose la preuve d'une faute quelconque, soit au moins une faute simple ; alors que dans une conception large, il est impératif de dégager une faute qualifiée ; c'est en cela que la loi dépénalise le droit pénal. La réaction pénale s'établit sur la réalité du comportement et moins sur le critère de conséquences aléatoires.

Ces réformes opèrent tout de même une sectorisation, puisque les personnes morales n'ont pas recours au lien de causalité, elles demeurent sous la coupe de l'ancien régime des personnes physiques.

Pour cet élément intellectuel, l'agent n'a pas prévu la survenance du dommage et a omis de prendre les précautions qui s'imposaient.

En droit pénal spécial, les infractions d'atteinte à la vie sont toujours matérielles, ainsi le risque de mort s'est concrétisé ; par conséquent, l'infraction ne sanctionne pas uniquement un comportement pour le risque qu'il portait en lui. Dans le droit pénal général, la définition de l'imprudence laisse place pour la pénalisation du risque de mort, puisque pourra être poursuivie la personne qui a engendré le risque, même si celle-ci ne voulait ni l'acte ni le résultat.

L'élément moral par sa diversité et ses nuances intelligentes a pu cantonner la répression afin que celle-ci ne déborde pas les cadres classiques du droit pénal, et, se mette à admettre une répression déraisonnable compromettant les libertés

individuelles. La conformité à l'intérêt social permet également de circonscrire le risque dans un domaine acceptable.

CHAPITRE II : LA PREVALENCE DE L'INTERET SOCIAL

Toute infraction créée doit être le fruit d'une réflexion mûrie, c'est-à-dire qu'elle doit servir l'intérêt général tout en préservant les libertés individuelles. Elle doit être affublée des qualificatifs général et abstrait pour toucher la collectivité des hommes.

Les infractions réprouvant le risque de mort sont conformes à cette inspiration, mais, nous constatons la préoccupation soutenue du législateur pour l'être humain dans sa personnalité (Section I), ainsi que sa course effrénée pour corriger les risques (Section II) en général et celui de mort en particulier.

SECTION I : L'ETRE HUMAIN AU CŒUR DES PREOCCUPATIONS COLLECTIVES

Les préoccupations attachées à l'être humain, dans la compréhension de sa pensée ainsi que celle du tréfonds de son âme, ont tourné la législation et l'attente de la communauté, vers le triomphalisme de la subjectivité (A) et l'avènement du concept de dangerosité (B).

A/ LE TRIOMPHE DU SUBJECTIVISME

L'enrichissement du droit pénal s'est réalisé par une prise en compte continue et toujours plus importante « du sujet en tant qu'être conscient, de ce qui est du domaine du psychisme²²⁴ ». Le subjectivisme fait référence à la considération portée par le droit pénal à la psychologie et à la personnalité du délinquant.

Ainsi, le fondement du droit pénal moderne est subjectif pour reposer premièrement sur l'imputabilité, soit le libre arbitre de la personne. A défaut celle-ci ne pourra pas être pénalement responsable, il ne sera nullement question de s'interroger sur sa culpabilité ; car « toute infraction, même non intentionnelle, suppose que son auteur ait agi avec intelligence et volonté ²²⁵».

Le poids prépondérant de la responsabilité se trouve dans l'auteur lui-même. Cela n'a pas toujours été le cas puisque dans les sociétés archaïques, qui percevaient le monde de manière homogène, où tout était vivant ; le fondement était objectif et donc seul importait le dommage, qu'il soit indifféremment dû à un homme, à un arbre ou à un animal. Cette responsabilité pénale était résumée par le seul mécanisme d'imputation c'est-à-dire un processus d'identification de « l'auteur » matériel du dommage.

Le changement est dû à l'œuvre de la philosophie humaniste qui, à partir du XVIIIème siècle, affirme que l'homme dispose d'une raison et d'une liberté qui lui permettent de maîtriser ses actes et de distinguer le bien du mal ; ainsi, celui-ci devra répondre de ses actes grâce au dispositif de responsabilité.

Ce courant s'est introduit dans le droit à partir de la Révolution pour s'incarner dans la figure de l'imputabilité. Cependant, de vives contestations ont pu être enregistrées : les opposants arguaient l'indifférence à la souffrance des victimes et l'inconscience à l'égard de la société. Notons que depuis la loi du 25 février 2008²²⁶, la culpabilité matérielle, sorte d'audience hybride est à l'œuvre pour les malades mentaux sans que soit prononcé de pénalité faute d'imputabilité.

²²⁴ Dictionnaire Robert, Op. cit., p. 2445

²²⁵ Arrêt Laboube du 13 décembre 1956

²²⁶ Loi n°2008-174, relative à la détention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental.

L'utilisation du concept de dangerosité entraîne une subjectivisation encore plus importante, mais, qui ne correspond plus à des notions juridiques pour se soustraire à la mécanique de l'imputabilité ; la personne ne répond plus de ses actes mais de ce qu'elle est. L'impératif de justice et d'utilité fait ici défaut.

Les incriminations anticipant le risque de mort restent conformes au principe d'équilibre figuré par l'allocution : « pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il est utile », puisque c'est le comportement qui est appréhendé et non la seule personnalité de l'individu. De cette manière, la dangerosité objective ne se sépare pas de la culpabilité ni de l'imputabilité.

Deuxièmement la subjectivité se manifeste aussi dans l'élément moral involontaire de la responsabilité pénale ; c'est-à-dire que le hasard s'est distingué de la volonté pour se joindre à la partie.

Depuis longtemps la distinction homicide volontaire et involontaire a été opérée, notamment avec le Code d'Hammourabi²²⁷ ou les lois de Dracon²²⁸ ; de même, Athènes réservait deux tribunaux différents pour ces deux types d'homicide²²⁹.

L'ordonnance criminelle de 1670, ne différenciait pas la pénalité pour ces deux composantes, mais, il avait été mis en place un système d'évitement de la sanction par le bénéfice de lettres de rémission. Ainsi, il semblerait qu'il y ait une hésitation à punir dans la conception subjective de la responsabilité, comme l'énonçait Hadrien dans le rescrit : « un homicide doit être absous s'il a tué sans le vouloir, car dans les crimes, on doit rechercher la volonté de l'auteur, non le résultat de l'acte ».

Il y aurait une apparente difficulté naturelle avec le subjectivisme ; en effet, ce qu'exprime Hadrien traduit très bien l'inspiration de la législation actuelle, qui se focalise essentiellement sur le comportement de l'agent, pour distinguer le degré de culpabilité ainsi que l'appréhension du risque causé par le comportement lui-même.

²²⁷ 1750 avant Jésus-Christ, texte babylonien dont le contenu a été réutilisé pendant plus de 1000 ans.

²²⁸ Législateur athénien du VII^{ème} siècle avant Jésus-Christ, ce sont les premières lois écrites de la cité et diffusées sur des panneaux de bois.

²²⁹ L'aéropage pour le meurtre et les Ephetes pour l'homicide involontaire.

En 1992, c'est la rupture, la répression ne s'articule plus autour de la notion de dommage pour offrir une diversité de fautes, là, où l'unicité était reine depuis longtemps.

Le curseur de la responsabilité est finalement déplacé vers la notion de faute et non de comportement, ou plutôt celui-ci teinté psychologiquement, notamment, avec la loi du 10 juillet 2000 qui évacue la faute minime grâce à l'affirmation de la dualité des fautes civiles et pénales.

Cette transformation est en partie due, à la revendication vindicative des victimes dans le procès pénal, à la manifestation du risque et de l'émoi social ; qui ont poussé, à la reconnaissance de la responsabilité pénale en dehors d'un dommage manifestement constaté, et, à la reconnaissance d'une indifférence aux valeurs sociales en dehors de la volonté du résultat.

Ce désir est légitimé par l'apport de nuances tout à fait intéressantes dans le droit pénal général, engendrant une traduction plus fidèle de l'état d'esprit de l'auteur même s'il demeure impossible « de sonder les reins et les cœurs ».

La conception subjective entraîne une meilleure appréciation de la faute, mais, rend la répression plus systématique ; revenant à placer les rapports humains dès lors qu'ils peuvent être dommageables sous le joug du droit pénal. Chaque comportement deviendrait une infraction potentielle, ce serait là une banalisation du droit pénal ; « mais c'est surtout dramatiser le quotidien en le plaçant sous le signe de l'irréversible²³⁰ ».

L'idée de personnalisation est troisièmement, une subjectivisation puisqu'à infraction égale, ceux qui la commettent ne sont pas identiques et ne seront pas traités de la même manière quant à la réponse pénale. Le principe de personnalité des peines est « un mode d'appréciation de la peine, consistant pour les juridictions répressives à prononcer les peines et à fixer leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur²³¹ ».

²³⁰ G. Giudicelli-Delage, *La sanction de l'imprudence*, Mélanges offerts à Pierre Couvrat, la sanction du droit, PUF, 2001, p. 535

²³¹ Vocabulaire juridique, Op. cit. p. 666

C'est aussi ce principe qui explique que, seul le coupable puisse être condamné comme en dispose l'article 121-1 du code pénal²³² ; la responsabilité ne s'attache qu'à celui qui a commis les faits constitutifs de l'infraction.

En définitive, le subjectivisme finit par écarter l'élément matériel de l'infraction, notamment par la théorie de la tentative, où l'impossibilité d'accomplir le délit n'est qu'un incident ne masquant pas la volonté de l'auteur. C'est l'élément psychologique, sous réserve d'un commencement d'exécution, qui est prépondérant pour la mise en œuvre de la sanction pénale.

Différemment dans la conception objective, l'infraction n'est punissable que si elle a été consommée, réservant une part belle aux délinquants. C'est la défense de l'ordre public qui impose que « l'on puisse incriminer la volonté pénale dès qu'elle s'est mise en action, et avant qu'elle n'ait occasionné des conséquences irréparables²³³ ».

L'utilisation des infractions formelles n'est pas contradictoire avec les principes du droit pénal puisque l'activité matérielle constitutive de l'infraction est décrite par le texte d'incrimination. En effet, seront constatées : une activité matérielle et une manifestation extérieure de la pensée ; même si l'incrimination précoce a réduit le champ de la matérialité en droit pénal contemporain.

²³² « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ».

²³³ Merle et Vitu, *Op. cit.*, p. 606

B/ L'AVENEMENT DE LA DANGEROUSITE

Selon Madame Delmas Marty « on vit dans un monde dangereux ».

La dangerosité est un concept envahissant pour toucher toutes les disciplines humaines. Ce n'est pas un hasard, c'est le fruit de sa particulière imprécision qui en a fait une notion flottante, mouvant au gré des disciplines. Celle-ci est apparue d'abord en psychiatrie, mais avait été dégagée pour la criminologie par Garofalo à la fin du XIX^{ème} siècle.

La première introduction dans le Code pénal de la notion de dangerosité est issue de la loi du 20 juin 2008 sur les chiens dangereux²³⁴.

Ainsi, les acteurs de sa détermination sont tout aussi bien le législateur, le juge que les experts.

Dans un premier temps, il faut distinguer deux types essentiels de dangerosité, celle objective et celle subjective. Celle objective est liée aux faits eux-mêmes, c'est un acte dangereux pouvant mettre autrui en danger, ou, un comportement dangereux telle une abstention coupable. La version subjective correspond à la dangerosité intrinsèque, constitutionnelle, des personnes.

A ces deux types correspondent une dimension préventive de la dangerosité, et, une dimension coercitive, puisque le droit pénal sanctionne tous les comportements qui mettent en danger la société. C'est parce qu'un danger s'est extériorisé que le droit pénal intervient pour le réprimer.

Plus généralement, la dangerosité procède de la réaction sociale face à l'insécurité. La personne dangereuse peut être définie comme « celle qui par ses agissements contrevient à l'ordre social et le met en péril²³⁵ ».

²³⁴ Loi n° 2008-582 renforçant les mesures de prévention et de protection des personnes contre les chiens dangereux.

²³⁵ E. Burgaud, *La variabilité du concept de dangerosité en droit pénal des origines à la fin du XIX^{ème} siècle*, *Op. cit.*, p. 208

De tout temps certaines infractions ont été vécues comme particulièrement dangereuses. Cela peut provenir de leur mode opératoire, comme en matière d’empoisonnement, qui requiert une préparation minutieuse, dont l’auteur est difficilement identifiable, d’autant plus qu’il est souvent un proche de la victime.

Toutes les infractions réprimant le risque de mort correspondent à la fonction intimidante de la peine, grâce à des infractions de comportement dangereux (ou infractions formelles).

Concernant la dangerosité subjective, il faut différencier l’acceptation criminologique de celle psychiatrique.

L’état dangereux est une donnée fondamentale de la criminologie contemporaine qui a eu des répercussions sur la politique législative, pour conjurer le passage à l’acte.

« Les modernes ont mis en forme criminologique cette méfiance ancestrale, et c’est la théorie de l’état dangereux : le menu fait symptomatique devrait être soigné, sinon puni, non pour le peu qu’il est, mais pour l’abîme qu’il dévoile²³⁶ ».

La dangerosité criminologique est conçue comme « une grande probabilité de violer la loi pénale²³⁷ ». C’est une définition large qui englobe quasiment l’ensemble de la population. Vraisemblablement, peu sont les personnes à n’avoir jamais enfrein la loi, ne serait-ce que par la violation des dispositions du Code de la route. Ainsi, d’autres auteurs ont tenu à ajouter à la définition un degré de gravité supplémentaire, pour désigner la probabilité de commettre une atteinte à la vie ou à l’intégrité physique²³⁸.

C’est bien un risque de mort qui vise à être protégé par la dangerosité subjective ; seulement, la limite de la sanction d’une personne pour ce qu’elle est risque d’être franchie.

La dangerosité psychiatrique correspond au risque de passage à l’acte d’un individu en raison d’un trouble mental²³⁹ ; la différence réside donc dans l’approche médicale.

²³⁶ J. Carbonnier, *De peu, de tout, et de rien*, Mélanges Rodière, 1982, p. 47

²³⁷ R. Gassin, *Criminologie*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2003, n°788

²³⁸ Par exemple S. Tzitzis

²³⁹ A. Beziz-Ayache, *Dictionnaire de la sanction pénale*, Ellipses, 2009

Depuis quelques années, il est possible de constater une confusion dans les deux variétés de dangerosité, par la pratique du mélange des genres. La loi du 25 février 2008²⁴⁰, mêle celles-ci en soumettant le malade mental à une audience prononçant sa culpabilité matérielle. Pour Monsieur Badinter, « à la justice de liberté fondée sur la responsabilité de l'auteur prouvé de l'infraction, va succéder une justice de sûreté basée sur la dangerosité diagnostiquée de l'auteur potentiel d'un crime virtuel ».

Le législateur avait supprimé, lors de la réforme du Code pénal en 1992, toute référence à la notion de mesure de sûreté²⁴¹ pour appliquer un régime unique à la sanction pénale. Toutefois, depuis quelques années la résurgence de celles-ci entraîne une trouble puisque le Conseil constitutionnel valide des lois en justifiant que la peine encourue était une mesure de sûreté. Là où les principes de la peine empêcheraient la validation, intervient comme substitutif la mesure de sûreté.

De plus, beaucoup de références dans les dispositifs des décisions de justice s'attachent à des expertises médicales, incluant dans le droit pénal la prise en charge d'une certaine forme de maladie ; ainsi, la dangerosité s'attacherait à la psychiatrie. Toujours sans réelle certitude, l'expertise ne peut assurer pleinement qu'une personne passera de nouveau à l'acte. Sa seule capacité demeure la constatation de troubles de la personnalité qui n'ont pas pour corollaire le passage à l'acte. La défaillance subsiste dans l'incertitude ce qui est au regard de l'objet du droit pénal, fâcheux. En effet, le psychiatre ne pourra faire qu'un pronostic et non une prédiction.

Ainsi, derrière chaque criminel qualifié de dangereux ne se cache pas un homme malade. Il ne faut pas croire que tout malade puisse être une personne dangereuse, admettre le contraire reviendrait à consacrer la théorie du déterminisme de l'homme qui ne serait, dans ce cas, plus anatomique mais psychiatrique.

Les critères de la dangerosité ne sont pas aisés à distinguer puisque ce n'est pas une notion juridique, et, que le législateur ne l'a pas décrite. A la lecture du travail législatif, les mesures fondées sur la dangerosité reposent sur deux critères, le passé judiciaire de l'agent puisque comme le dit l'adage latin : « *errare humanum est*,

²⁴⁰ Loi n°2008-174

²⁴¹ Elle ne « constitue pas un châtimeut mais une mesure de défense sociale imposée à un individu dangereux afin de prévenir les infractions futures qu'il pourrait commettre ». Vocabulaire juridique, Op. cit., p. 577. Cependant, les auteurs ne sont pas unanimes sur leur définition ; mais leur régime non fondé sur les faits permet la rétroactivité et une durée indéterminée de sa mesure.

perseverare diabolicum », ainsi que le quantum de la peine prononcée. Les critères basés sur le risque sont plus évasifs et notamment celui de commission d'une nouvelle infraction. L'interprétation finale d'un futur humain relève, de la pure hypothèse dénuée de certitude engendrant un réel problème.

L'avènement de la notion de dangerosité dans les années 2000 est corrélative à la volonté, de lutter contre la récidive, et, à celle d'offrir une meilleure protection aux victimes, grâce notamment à des mesures post-sentencielles.

Cette dangerosité intrinsèque à l'homme rappelle les idées positivistes du XIX^{ème} siècle, par exemple le « criminel-né » qui n'est qu'une « variété spéciale du genre humain » de Ferri²⁴². La dangerosité serait une composante naturelle de certains hommes. Lombroso²⁴³, sur la base d'études des crânes et de l'anthropométrie a effectué un classement entre les criminels selon des critères anatomiques ; tels que des pommettes saillantes, des maxillaires volumineux, et, des critères psychiques, telle l'insensibilité morale ou affective. Ferri et Garofalo ont tempéré cette étude en introduisant, des facteurs exogènes comme le climat, des facteurs sociaux. C'est la sociologie criminelle exprimée par la « loi de saturation criminelle » selon laquelle, une société en fonction de son modèle politique, de ses caractéristiques économiques et culturelles produira un certain type invariable de délinquance.

Une sorte d'examen médical permettrait d'établir un diagnostic de dangerosité. En réalité, la doctrine italienne a tenté d'apporter un aspect scientifique à cette notion, alliant le droit et la science. En conséquence, le critère de la réaction sociale serait la dangerosité et non plus l'infraction. Pour Lombroso le délinquant est un « microbe social ».

Ainsi, les positivistes avaient proposé de substituer à la responsabilité pénale le concept d'état dangereux. La première consiste à punir l'auteur d'une infraction, si celui-ci possédait au moment de l'acte le libre arbitre, soit la capacité de comprendre la portée de ses actes. Le second, pour traiter la délinquance ne prend pas en compte le libre arbitre, et n'attend pas qu'une infraction soit commise. C'est en cela que le mouvement

²⁴² E. Ferri, *La sociologie criminelle*, Dalloz, 2004, p. 102

²⁴³ C. Lombroso, *L'homme criminel*, 1876

est très favorable aux mesures de sûreté, qui neutralisent pour l'avenir, le risque de commission d'une infraction tant que la dangerosité persiste.

Cependant, cette théorie n'est pas sans danger pour les libertés individuelles et la sécurité juridique. Cette vision conduit forcément au déterminisme et comme le soulignait Tarde : « personne ne naît tout exprès pour tuer, brûler, violer, et voler son prochain ».

Cependant, le concept de dangerosité est perméable à la situation de chaque pays pour être intimement lié à son histoire, à sa géographie, à sa situation économique, à ses mœurs. Un comportement perçu comme dangereux sous l'Ancien Régime, le régicide, est totalement ignoré aujourd'hui, puisque la France ne reconnaît plus d'autorité royale. De même, les crises économiques et les temps difficiles conduisent à ce que le vol soit réprimé plus durement, car ressenti comme particulièrement dangereux.

Chaque société à son propre curseur de ce qui est admissible et de ce qui est illégal faisant de la prévention des infractions choisies, une acception de la dangerosité différente.

Enfin, se fonder sur la dangerosité revient à réduire un homme à ce qu'il est et non à ce qu'il a fait. L'opposer aux non dangereux c'est lui refuser toutes les caractéristiques humaines dont l'égale dignité. Le concept de dignité garanti à l'être humain, puisqu'il fait partie de la communauté des hommes, d'être toujours considéré en tant que tel.

La vision binaire de l'homme est extrêmement dangereuse, l'unique alternative discriminante. Cela reviendrait à considérer qu'il n'existe qu'un bien et un mal absolus, réduisant l'être mauvais à sa seule dangerosité, l'excommuniant du banc de l'humanité. Cette nocivité justifierait pour le bien de la société, la neutralisation des dangereux, au-delà de toute culpabilité et impunité.

Cette perte de dignité est actuellement audible par la déshumanisation employée dans l'animalisation des discours (« les prédateurs »), ainsi que par l'attitude ségrégationniste dans la neutralisation.

Les infractions prévenant le risque de mort, et étudiées dans la première partie, ne corroborent pas ceci, car comme nous l'avons montré, elles sont issues de la

conciliation des besoins de sécurité de la collectivité et des intérêts de la liberté individuelle. Cependant, il faut reconnaître qu'en brandissant l'étendard de la neutralisation du risque de mort, notre droit s'éloigne de ses fondements.

« Avec la dangerosité, porteuse seulement d'une probabilité et pourtant saisie par le droit pénal, on bâtit sur le sable une société de la peur ou l'égalité de dignité de chaque être humain est en danger sans pour autant que des gages nouveaux de sécurité accrue soient donnés²⁴⁴ ».

²⁴⁴ Ch. Lazerges, la tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents », RSC 2009, p. 689

SECTION II : L'ANTICIPATION EFFRENEE DES RISQUES

Le travail législatif de ces dernières années a été motivé par la prévention des risques (A) ainsi que par l'objectif impossible d'éradication du crime (B).

A/ LE PRINCIPE DE PREVENTION

De tout temps, la société a eu un grand intérêt pour sa justice, ce qui a servi les promoteurs d'un politique pénale préventive.

Ainsi, sous l'Ancien Régime, les livres de la collection bleue narraient des récits criminels familiaux. Au XVIIIème siècle, la diffusion est opérée grâce à la littérature de potence, aux canards (petites brochures), aux placards (affiches), et aux spectacles ambulants.

Le temps de l'émotion vint, au XIXème siècle, avec la révélation d'erreurs judiciaires, tel le procès Calas²⁴⁵.

A partir de 1713, la diffusion des factums²⁴⁶ autorisée à l'impression va contribuer à vulgariser les procès pénaux et à faire entrer l'émotion publique dans les prétoires ; le juge ne pouvait plus ignorer la pensée de l'opinion et sa pression. D'autant plus que le taux d'alphabétisation augmente concomitamment à l'essor, au XIXème siècle, de la presse.

²⁴⁵ Au XVIIIème siècle, Monsieur Calas a été accusé du meurtre de son fils qui était devenu catholique alors que la famille était protestante. L'affaire toulousaine a été rendue célèbre par Voltaire qui a contribué à la réhabilitation de celui-ci.

²⁴⁶ Imprimés produits en demande ou en défense et rédigés par des avocats.

L'engouement de l'opinion n'a jamais cessé et a accompagné les nouveaux moyens de communication avec la presse spécialisée, les émissions télévisées²⁴⁷ et les séries policières peu fidèles à la réalité de notre système juridique. Ces œuvres sont écrites, filmées, pour servir au mieux les émotions, quitte à dénaturer les actes et procédures; nourrissant un certain imaginaire et un fantasme de l'opinion face à sa justice.

Il s'est produit une certaine acculturation juridique de la population.

La menace criminelle, très bien ressentie par les foules, a permis d'axer la politique pénale autour du concept de prévention.

L'importance croissante, en volume, de la législation pénale montre que les valeurs communes formant le socle d'une société ce sont effritées ; la pénalisation serait un moyen de faire prévaloir celles-ci. Ce courant est en contradiction frontale avec le discours de libre épanouissement individuel.

Le droit pénal serait le docteur de la situation en intervenant précocement sur les risques et en punissant préventivement celui qui fait courir un péril à autrui.

Choisir la prévention c'est simplement faire le constat que la répression est insuffisante pour réduire ou abolir la délinquance.

Les deux solutions interviennent dans des temps antagonistes, pour être proactives et réactives, c'est-à-dire protégeant *a priori* ou *a posteriori*²⁴⁸ du dommage.

Il n'y a pas de conception unique de la prévention, et malgré la diversité, deux courants majoritaires s'opposent. Un a une définition extensive, c'est-à-dire que tout ce qui s'inscrit dans une œuvre de la lutte contre la délinquance en relèverait ; alors que, dans une vision plus circonscrite, seules les mesures antérieures à la commission d'un acte délictueux sont prises en compte.

Dans le but d'entraver le crime, les moyens pénaux ont été diversifiés, notamment grâce à l'infraction préventive qui serait celle incriminant un agissement projeté vers une infraction, puisque l'acte commis est rattaché à un risque de criminalité.

²⁴⁷ Par exemple, « faites entrer l'accusé » créé en 1999 et qui est toujours diffusé.

²⁴⁸ Nous ne comprenons pas ici l'effet préventif de la peine par la crainte qu'elle est susceptible d'être engagée à l'auteur hypothétique.

Cette catégorie d'infraction serait « *sui generis*²⁴⁹ ». Pour l'auteur, il s'agit en premier lieu de relever des substances dangereuses, en elle mêmes ou à une certaine dose, et, de constater que dans certaines situations elles vont créer un risque pour autrui et constitueront donc des infractions. La conduite en état d'ivresse illustre ceci, peu importe qu'un dommage soit constatable ou non ; cette infraction se rattache à la catégorie de celles obstacles. Dans ce cas, le risque est un péril imminent pour une victime potentielle, et l'agent se trouve encore est très en amont de l'*iter criminis*. En principe, le rapport avec l'action criminelle ne doit pas être trop lâche pour respecter le principe de nécessité formulé dans l'article 8 de la DDHC ; il faudrait cantonner le seuil minimal au commencement d'exécution.

Cette description correspond aux infractions formelles, dont la répression, comparées aux matérielle se situe également en amont, soit au stade du commencement d'exécution pour une infraction matérielle. Ainsi, la tentative d'une infraction formelle²⁵⁰ sera, par comparaison à une infraction matérielle, la pénalisation d'actes préparatoires, rejoignant ainsi le stade de l'infraction obstacle.

C'est aussi le cas de l'instigateur qui n'accomplit aucun acte, dont la personnalité dangereuse sera seule mise en cause. Comme l'avait indiqué l'arrêt Lacour de 1962,²⁵¹ ni la tentative, ni la complicité entendue par le Code pénal ne permettaient la répression de ce comportement. Il a fallu une intervention spécifique du législateur 2004²⁵², à l'article 221-5-1 C. pén., pour incriminer le mandat criminel dans les circonstances d'empoisonnement par exemple. En conséquence, la provocation non suivie d'effet sera punissable. C'est l'importance de la valeur sociale protégée qui a justifié l'intervention.

Tous ces mécanismes sont préventifs par la sanction infligée avant tout dommage. Le droit s'est montré depuis longtemps inventif pour donner une réponse à ceux qui présentaient une anti socialité avérée ; mais la prévention transforme les principes du droit général, pour intervenir très en amont du chemin du crime. Le droit pénal spécial est ainsi « une cause de défiguration ²⁵³» du droit pénal général.

²⁴⁹ S.Jacopin, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Op. cit., p. 242

²⁵⁰ Par exemple dans l'empoisonnement.

²⁵¹ Ch. crim. 25 octobre 1962

²⁵² Loi du 9 mars 2004, n° 2004-204

²⁵³ X. pin, *Chronique de droit pénal général*, Revue pénitentiaire, 2007, p.369

Il existe une autre variété de mesure d'anticipation, c'est le principe de précaution, introduit en droit positif, sous influence du droit communautaire, par la loi Barnier du 2 février 1995²⁵⁴. Il s'agit de la prise en compte par le droit, de l'incertitude scientifique. La reconnaissance constitutionnelle de ce principe est l'œuvre de la Charte de l'Environnement promulguée le 1er mars 2005²⁵⁵ ; ce n'est pas une norme incitative mais à force obligatoire. De cette manière, l'incertitude va entrer dans le droit, alors qu'il aurait été aisé de croire l'événement impossible en raison de l'impératif de certitude sur laquelle doit reposer la norme juridique.

Si la distinction avec un modèle curatif est évidente, qu'en est-il avec le modèle préventif ? Celle-ci repose sur la connaissance ou l'ignorance du risque. Dans le modèle préventif, le risque est connu mais sa survenance n'est que potentielle ; alors que, dans le modèle anticipatif rien ne permet de savoir si le risque existe bel et bien. Ce deuxième modèle fait droit à une demande de sécurité renforcée. La gestion du risque est encadrée par ces deux nuances qui couvriront un large panel de situations.

Classiquement, si la certitude du risque s'amenuise de manière à conduire à l'incertitude, le principe de la prévention ne doit plus intervenir, il doit être inefficace. C'est après ce constat qu'entre en jeu la précaution. Les deux notions se complètent pour s'évincer automatiquement lorsque le domaine d'intervention de l'une est établi, ainsi, tout dépendra de la connaissance des risques et donc de la certitude de leur existence.

Du reste les incertitudes scientifiques seront souvent aléatoires ; en effet, pour chaque théorie, seront enregistrées des oppositions au sein de la communauté scientifique. Le critère du principe de précaution lié à l'incertitude scientifique est donc malléable pour laisser un champ d'action assez important aux pouvoirs publics.

Le reproche instinctif qui peut être fait au principe est que l'incertitude trop souvent relevée conduira à l'inaction. Or, toute recherche, toute évolution, positive ou négative requiert une prise de risque, un saut dans l'inconnu. Poussé à son absolutisme, ce principe empêcherait toute innovation. L'exigence de proportionnalité devrait

²⁵⁴ Loi n° 95-101

²⁵⁵ Art. 5 « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution (...) à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

permettre une difficile conciliation entre la liberté d'entreprendre, de chercher et l'intérêt général devenu hostile au risque.

Ce principe de précaution permet de légitimer l'atteinte aux libertés au nom de la sécurité.

Pour l'instant, le principe n'est pas généralisé et s'adresse uniquement aux risques liés à l'environnement.

Vouloir appliquer ce principe au droit pénal ne paraît pas réalisable et ouvrirait un peu plus la porte de la société de l'interdit. En reprenant les critères énoncés : l'incertitude scientifique et le caractère irréversible du dommage ; il faudrait introduire la science et non plus les sciences humaines, or il a été prouvé que les déterministes biologiques ou anatomiques ne sont pas un bon modèle.

De même, admettre une mesure provisoire est totalement inconcevable ; même si les lois ont tendance à être réactives elles ne doivent pas devenir provisoires, pour menacer concrètement et réellement la sécurité juridique.

Le risque en droit pénal traduit des dommages dont la survenance peut être statistiquement connue, dont la probabilité est quantifiable et certaine.

Le slogan de tolérance zéro est aussi un moyen de prévention pour affirmer qu'il y aura une réponse systématique à toute anti socialité. C'est la certitude de la réponse pénale plus que son type qui prévaudra. Cette doctrine laisse peu de place à l'humain pour être un retour vers une responsabilité plus objective redonnant force et vigueur à l'élément matériel, probablement allégé dans sa substance.

B/ LA POLITIQUE D'ERADICATION DU CRIME

« Alors que du droit pénal on attend la sécurité, il se nourrit de l'insécurité, il vit en tension avec elle²⁵⁶ ».

La montée des risques et de leur perception est le problème des sociétés contemporaines, ceux-ci sont objectifs mais aussi subjectifs pour comprendre l'impression des individus. Ces effets psychologiques sont générateurs de peurs, d'angoisses, éloignées des risques réels pour nourrir des mythes, des fantasmes.

Le changement dans la hiérarchie des infractions s'explique par le poids primordial de la demande sociale. L'opinion publique est le moteur de ces évolutions.

Cette requête est fondée sur des valeurs de défense de la sécurité, et, les grands bouleversements de la société d'ordre économique, technique ou démographique engendreront l'évolution de cette requête. C'est pourtant le paradoxe de notre société contemporaine que de vouloir la sécurité et revendiquer un individualisme exacerbé.

La sécurité peut être individuelle ou communautaire. L'impression d'insécurité provient de facteurs contingents qui menacent le mode de vie quotidien (crise économique, épidémie, guerre...) plus que des dangers réels représentés par d'éventuels délinquants.

Quand les difficultés quotidiennes croissent, le seuil de tolérance s'abaisse d'autant ; de sorte que l'angoisse collective grandissante qui en découle, se focalise sur une image surévaluée et même imaginaire d'une criminalité montante, de plus en plus menaçante.

En effet, de 1785 à 1789, de brusques difficultés économiques ont conduit à penser que les campagnes étaient envahies de brigands. De même, après la crise pétrolière du début des années soixante-dix entraînant la fin des trente glorieuses, les immigrés ont été accusés de faire augmenter le chômage, et donc, la criminalité qui en serait la conséquence. C'est la figure du voleur, qui ne peut être qu'un étranger au village ou à la communauté.

²⁵⁶ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 2006, p. 135

Désormais, bien que le terrorisme ne soit pas nouveau, c'est la figure numéro une de l'ennemi, avec le criminel récidiviste, le criminel sexuel et le trafiquant de drogue²⁵⁷. Les malaises contemporains de la société sont visibles, mais, mise à part pour le terrorisme, nous ne nous expliquons pas ce qui a entraîné ce brusque intérêt pour des problèmes qu'il ne faut pas déjuger.

Notons que cette tendance d'apeurement s'accommode souvent d'une compréhension binaire, manichéenne des problèmes. Monsieur Bush, après les attentats du 11 septembre 2001, désignait les terroristes et les pays dont ils étaient originaires comme « l'axe du mal ».

De plus, la création et la publication en 1826 et 1882 de statistiques judiciaires et policières a aussi conduit à nourrir ce sentiment de peur. Elles sont souvent perçues comme « le baromètre du fléau des sociétés ²⁵⁸».

Bien que les statistiques soient décriées comme un instrument dangereux depuis de nombreuses années ; rien n'est fait pour les objectiver, les présenter avec une analyse pertinente. Ce sont toujours une ribambelle de chiffres qui est lâchée, et les destinataires de celle-ci en feront, bien qu'eux-mêmes non techniciens, l'analyse. Ainsi, c'est l'outil le plus utile à la manipulation d'une opinion publique non instruite dans le domaine y référant.

L'événement a pris le pas sur l'analyse engendrant la simplification du problème criminel.

La sécurité des personnes et des biens s'est déplacée de l'intérêt unique de l'opinion, pour être devenue une véritable obsession de l'entière société et de la classe politique.

Toute cette servitude aux émotions, dans les marches, les manifestations, ne se fonde jamais sur un débat théorique mais pèse lourdement sur la vie judiciaire²⁵⁹. Si

²⁵⁷ Au point que certains réclament la dépénalisation de la consommation de drogue afin de supprimer l'économie souterraine correspondante. Pour Monsieur Portelli, sur France info le 21 avril 2011, c'est plus une question de santé publique que d'ordre public. De même pour S. Gagnon, *Pour en finir avec les dealers*, Broché, 2011.

²⁵⁸ B. Garnot, *Histoire de la justice- la France du XVIème au XXIème siècle*, Folio histoire, inédit, 2009, p.80

²⁵⁹ La question de l'avortement au début des années 1970 a été prise en charge par des femmes qui ont poussé à la modification législative ; notamment par la publication d'article de presse comme dans le nouvel observateur de 1971 « le manifeste des 343 salopes » où des personnalités féminines connues

l'opinion n'a pas de prise directe sur ce qui est légal ou illégal, en pratique, elle l'entérinera ou le rendra obsolète.

Nous nous apercevons qu'il y a une forte distorsion entre l'échelle légale, le ressenti et la pratique judiciaire ; d'autant que, la théorie des peines contribue à creuser ce constat : la peine encourue ne sera quasiment jamais celle prononcée qui n'incarnera jamais celle exécutée.

La multiplication des risques en raison de l'industrialisation, des « progrès » de la technique, d'une automobile surdéveloppée, des risques sanitaires, naturels fait que tout un chacun est exposé à subir des dommages. Le combat contre l'insécurité nous affecte dans notre quotidien le plus banal, dans la rue, la voiture...

Cette part de hasard dans la survenance du dommage est devenue intolérable et explique le fort élan de compassion qui anime l'homme quand il apprend une catastrophe. C'est un phénomène d'identification, marqué par une médiatisation accrue, qui ne se contente pas de relater des faits mais montre les images les plus insoutenables ; comme si les visions d'horreur étaient seules capables d'expliquer une tragédie, alors qu'au contraire, elles nourrissent la peur, le désir de sécurité et l'intolérance au risque.

Il y a une surexposition et une surexploitation de la criminalité dans les médias, puisque, la part de délinquance dans les journaux télévisés a cru de 14% en 30 ans pour représenter 18% en 2002.

En conséquence, la théorie du progrès s'est altérée face à des événements du type marée noire, risques technologiques récurrents ; et, ce n'est plus la recherche des coupables qui est attendue, mais l'information et la prévention en amont.

Cette « hyper » compassion se traduit dans le comportement du législateur par une réaction quasi épidermique avec la création de lois nouvelles. C'est la peur du dommage qui engendre l'augmentation du nombre de lois²⁶⁰.

avouaient avoir eu recours à l'avortement. De même pour le très médiatique procès de Bobigny en 1972, où l'une des accusées avait avorté après avoir subi un viol.

²⁶⁰ Monsieur Jean Danet a recensé entre 2002 et 2007 trente lois ayant modifié le Code pénal.

A chaque fait divers émouvant l'opinion publique la réponse se veut juridique par l'adoption d'une nouvelle loi qui est devenue « un moyen de communication politique²⁶¹ ».

« A travers la norme nouvelle, c'est un message sympathique, presque d'amitié, qui est adressé aux victimes et à tous ceux émus de leur détresse²⁶² ».

A chaque nouveau texte législatif correspond l'idée qu'après celui-là, à l'avenir, un drame de cette nature ne se reproduira plus.

Monsieur Tcherkessoff rappelle que « l'aspiration à un risque zéro est illusoire²⁶³ », c'est le choix de vivre en société qui implique le risque, prétendre l'éradiquer n'est que mensonge, berçant de douces illusions la communauté.

Surtout que l'activisme du législateur français ne semble pas avoir permis l'interruption du sentiment d'insécurité qui persistera tant que les dirigeants ne cesseront pas d'exploiter les faits divers pour accroître ce besoin. Nous sommes en quête perpétuelle de sécurité ; des lois traduisent ceci, quant à leur efficacité il reste à redire puisque le problème n'est toujours pas résolu.

« Trop de lois nuisent à la Loi ²⁶⁴», ainsi la solution choisie se retrouve en réalité source d'insécurité juridique. La force de la loi s'étirole, sa dévalorisation n'est due qu'à l'inflation vertigineuse de leur nombre.

La loi contemporaine correspond-elle encore à un besoin réel ? Vraisemblablement, elle est superfétatoire pour être devenue un instrument de communication. En outre, elle n'est plus générale et abstraite, pour correspondre de plus en plus à des intérêts catégoriels, ainsi, le droit semble davantage soumis aux groupes de pression.

Le problème n'est pas nouveau, déjà au XVIIIème siècle, des auteurs avaient mis en garde contre cette tendance d'hyper spécialisation allant de pair avec un

²⁶¹ R. Badinter, interview dans le journal Le Monde, 9-10 septembre 2007

²⁶² P.-J. Delage, *La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité*, RSC, 2007, p. 797

²⁶³ P. Tcherkessoff, *De l'insécurité des politiques publiques ne matière pénale*, in essai de philosophie pénale et de criminologie, peine dangerosité, quelles certitudes ?, ICP, Dalloz, 2010, p. 370

²⁶⁴ P. Tcherkessoff, Op. cit., p. 371

renouvellement incessant. Pour Rousseau, « tout Etat où il y a plus de lois que la mémoire de chaque citoyen ne peut en contenir est un Etat mal constitué ».

C'est ainsi que la place prépondérante que jouent les victimes entraîne pour l'auteur supposé d'une infraction une présomption d'innocence rétrécie, quand celle-ci n'est pas bafouée par ceux qui usent en le revendiquant du vocabulaire de « présumé coupable²⁶⁵ ». De même, pour le Président de la République, le « premier de droits de l'homme est celui des victimes ».

Cependant, il ne faut pas se méprendre, dans le même temps de création de mesures renforçant la sécurité, d'autres visent à alléger les peines²⁶⁶. La contradiction réside dans le fait de vouloir croire encore aux idées de Beccaria avec la réadaptation de l'homme, tout en prônant dans le même temps, la réduction des risques par la neutralisation du comportement criminel et des peurs qu'il génère.

Une politique pénale c'est « l'ensemble des procédés susceptibles d'être proposés au législateur ou effectivement mis en œuvre par celui-ci pour combattre la criminalité²⁶⁷ ».

Le principe de précaution est aussi un moyen d'évitement du risque, assurant ainsi la sécurité. Or l'exigence d'un risque zéro est matériellement et philosophiquement inapplicable, la fiabilité absolue n'est pas réaliste.

Madame Giudicelli-Delage reprend à son compte la ligne Maginot pour l'appliquer au droit pénal puisque « se mettent en place des leurres de sécurité, qui ne protégeront pas la société, mais que les atteintes aux libertés individuelles, elles, sont ou seront bien réelles²⁶⁸ ». Souvenons-nous que Monsieur Badinter dans l'abolition a réfuté l'utilité de la peine de mort pour protéger la société. Ainsi, l'élimination ne serait pas la solution et à plus forte raison l'éloignement indéfini, tel l'ancien bannissement, de la société.

²⁶⁵ Jeudi 3 février 2011 à propos de Tony Meillon.

²⁶⁶ C'est le cas de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, n°2009-1436, qui en matière correctionnelle conditionne le prononcé d'une peine de prison ferme (hors cas de récidive) à la situation du « dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ».

²⁶⁷ B. Bouloc, *la politique pénale actuelle fille de Lombroso ?*, Op. cit., p. 179

²⁶⁸ G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal de la dangerosité-droit pénal de l'ennemi (1)*, RSC, 2010, p. 75

Vouloir le risque zéro, c'est refuser l'imprévisible, c'est l'intolérance, alors qu'une société doit pouvoir accepter l'imprévisible à une certaine dose. Il faudrait substituer à l'éradication du crime, une pédagogie du risque acceptable.

Y a-t-il un risque acceptable ? C'est la dure recherche d'équilibre entre l'intérêt général et la liberté individuelle ; surtout que le risque peut être accepté individuellement mais entrer en conflit avec la collectivité. Le risque acceptable serait l'expression du libre arbitre.

Continuer dans la même présentation des faits divers et laisser croire à l'enrayement du crime est totalement faux ; toute société a sa part de criminalité et ce depuis la nuit des temps. Cette logique permet dans une société sous tension perpétuelle de faire accepter un peu plus de réduction aux libertés individuelles dans un but qui serait supérieur, celui d'éradication du crime.

Le prix pour satisfaire une atteinte à la société sans limite, bien qu'hypothétique, n'est-il pas très lourd pour la démocratie et les libertés individuelles, quels garde fous subsistent-ils ?

Face à ce sombre portrait, la lumière vient de la constatation que la prise en charge du risque de mort tel qu'étudié dans ce travail, préserve les équilibres en balance.

« Que conclure à la fin de tous mes longs propos ? C'est que les préjugés sont la raison des sots ».

Voltaire, Poème sur la loi naturelle

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

- Philippe Conte et Patrick Maistre du Chambon, Droit pénal général, 7^{ème} édition, Armand Colin, Collection U, 2004
- François Desportes et François Le Gunehec, Droit pénal général, 16^{ème} édition, Collection corpus, Economica, 2009
- G. Roujou de Boubée, J. Francillon, B. Bouloc, Le Code pénal commenté, Dalloz, 1996
- B. Garnot, *Histoire de la justice, La France du XVI^{ème} au XXI^{ème} siècle*, Folio histoire, inédit, 2009
- R. Gassin, Criminologie, Dalloz, 6^{ème} édition, 2007
- Roger Merle et André Vitu, Traité de droit criminel, Tome 1, 7^{ème} édition, Cujas, 1997
- Michelle-Laure Rassat, Droit pénal spécial : infractions des et contre les particuliers, Dalloz, 5^{ème} édition, 2006
- Xavier Pin, Droit pénal général, 4^{ème} édition, Cours Dalloz, 2010
- Jean Pradel, Droit pénal spécial, Cujas, 5^{ème} édition, 2010
- Véron, Droit pénal spécial, Sirey, Dalloz, 13^{ème} édition, 2010

Mémoires

- C. Volante, Le recours à l'infraction formelle, Paris, 2009

Thèses

- P-A. Bon, La causalité en droit pénal, Poitiers, 2005
- M. Freij, L'infraction formelle, Paris, 2005
- H.Naguib, Le lien de causalité en droit pénal, Paris, 1952
- A. Nasri, Contribution à l'étude de la notion de causalité, Paris, 2006

Etudes doctrinales et articles juridiques :

Relatifs au résultat de l'infraction et à sa consommation :

- S. Keyman, Le résultat pénal, RSC 1968, p.781
- Yves Mayaud, La résistance du droit pénal au préjudice, Les droits et le droit : mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Dalloz, 2006, p.807
- Romain Ollard, La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal, RSC 2010, p.561
- Louis Rozès, L'infraction consommée, RSC 1975, p.603
- Pierre Spitéri, L'infraction formelle, RSC 1966, p.497

Relatifs à la causalité :

- Philippe Conte, Appréciation du caractère direct ou indirect de la causalité en matière d'homicide par imprudence, Dalloz 2004, p.1336
- Yves Mayaud, L'effet « Titanic », ou de l'application du délit de risques causés à autrui dans le domaine maritime, RSC 1998, p. 545
- Yves Mayaud, D'une mise en danger par ivresse avérée, RSC 1998, p.547
- Yves Mayaud, Les « fautes conjuguées » une notion originale aux effets limités, RSC 1999, p. 323
- Yves Mayaud, Du lien de causalité dans le délit de risque causé à autrui, RSC 1999, p.581

- Yves Mayaud, La causalité directe dans les violences involontaires, cause première ou « paramètre déterminant » ? RSC 2002, p.100
- Yves Mayaud, La certitude de la causalité, dans les violences involontaires, une priorité à ne pas négliger, RSC 2002, p. 329
- Yves Mayaud, Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale ?, Une certaine idée du droit : mélanges André Decocq, Litec, 2004, p.475
- Yves Mayaud, La mise en danger confrontée à deux de ses données : une version « individuelle » du règlement, et une causalité non exclusive, RSC 2008 p.75

Relatifs à l'élément moral de l'infraction :

- Elisabeth Cartier, La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000, colloque du 1^{er} février 2001, centre de recherche de droit privé, université Paris I, RSC 2001, p. 724
- Jean Cedras, Le dol éventuel : aux limites de l'intention, Dalloz 1995, p. 18
- Stéphane Charpentier, 1994-2004 : le délit de mise en danger en 100 jurisprudences, in Le nouveau Code pénal 10 ans après, A. Pedones, 2005, p.95
- Albert Chavanne et Marie-Claude Fayard, Les délits d'imprudence, RSC 1975, p. 5
- Pierre Couvrat, livre II les infractions contre les personnes dans le nouveau code pénal, RSC 1993, p. 469
- Anne d'Hauteville, Les transformations de la faute pénale, in Le nouveau Code pénal 10 ans après, A. Pedones, 2005, p. 1
- Elisabeth Fortis, Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit pénal, RSC 2001, p. 737
- Fabrice Gauvin, Blessures non intentionnelles : le défilé des fautes, Dalloz 2003, p. 240
- Valérie Malabat, Le délit de « mise en danger »- la lettre et l'esprit, JCP G 2000, I, 208

- Yves Mayaud, Des risques causés à autrui. Applications et implications, ou de la naissance d'une jurisprudence, RSC 1995, p. 575
- Yves Mayaud, Du caractère non intentionnel de la mise en danger délibérée de la personne d'autrui, RSC 1996, p.651
- Yves Mayaud, Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal..., Dalloz 2000, p.603
- Yves Mayaud, La faute caractérisée, relève, et non doublon, de la faute délibérée, RSC 2002, p.585
- Yves Mayaud, La vocation supplétive de la faute caractérisée : illustration à propos d'un accident d'avion, RSC 2003, p.96
- Y.Mayaud, La volonté à la lumière du nouveau Code pénal, Mélanges en l'honneur du professeur Jean Larguier : droit pénal, procédure pénale, Presse universitaire de Grenoble, 1993, p. 205
- Yves Mayaud, La loi du 10 juillet 2000 après plus de cinq ans d'application..., AJ Pénal 2006, p. 146
- Anne Ponseille, La faute caractérisée en droit pénal, RSC 2003, p.79
- Jean Pradel, Le nouveau Code pénal (partie générale), Dalloz 1993, p. 163
- Marc Puech, De la mise en danger d'autrui, Dalloz 1994, p.153
- Céline Ruet, Commentaire de la loi n°96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence, RSC 1998, p.23

Relatifs au crime d'empoisonnement :

- Yves Mayaud, L'empoisonnement, une logique de mort, RSC 1995, p. 347
- Yves Mayaud, Lorsque l'empoisonnement rejoint le meurtre, ou du faux débat sur l'*animus necandi*, RSC 1999, p. 98
- Yves Mayaud, De la nature formelle du crime d'empoisonnement
- Yves Mayaud, L'obligation d'informer de sa séropositivité en cas de relations sexuelles non protégées, ou du relis pénal de l'administration de substances nuisibles, RSC 2006, p. 321
- Danièle Mayer, La notion de substance mortelle en matière d'empoisonnement, Dalloz 1994, p. 325

- Alexandre Paulin, « L'amour se donne et se reprend, pas le sida... malheureusement ! », Dalloz 2005, p. 1069
- Alain Prothais, Dialogue de pénalistes sur le sida, Dalloz 1982, Chron. 107
- Alain Prothais, Plaidoyer pour le maintien de l'incrimination spéciale de l'empoisonnement, Dalloz 1988, Chron. 25
- Alain Prothais, Le sida ne serait-il plus, au regard du droit pénal, une maladie mortelle ?, Dalloz 2001, p. 2053
- Alain Prothais, Le sida par complaisance rattrapé par le droit pénal, Dalloz 2006, p. 1068
- Michelle-Laure Rassat, La question de l'élément moral de l'empoisonnement reste entière, JCP G 1998, II, 10132
- Didier Rebut, Nécessité d'une intention de donner la mort pour caractériser l'élément intentionnel de l'empoisonnement, Dalloz 2004, p. 1620

Relatifs au délit de risque causé à autrui :

- Bernard Bouloc, Mise en danger de la personne. Risques causés à autrui. Eléments constitutifs. Elément intentionnel. Conscience du risque créé. Nécessité (non), RSC 1999, p.808
- Pierre Bouzat, Transformations contemporaines des conditions matérielles d'existence et leur influence sur le droit pénal, in l'évolution du droit criminel contemporain, Mélanges à Jean Lebreton, 1968, p. 47
- Geneviève Giudicelli-Delage, Obligation particulière de sécurité et mise en danger d'autrui, RSC 1999, p. 837
- Arnaud Coche, Mise en danger : l'élément matériel du délit de risque causé à autrui, RSC 1996, p.445
- Yves Mayaud, Pour une définition de l'obligation particulière de sécurité ou de prudence, Dalloz 2000, p. 33
- Yves Mayaud, De la conduite à 200 km/h : une mise en danger sous condition, Dalloz 2000, p.631

- Yves Mayaud, Circulation routière, violation des règles de priorité et atteintes aux personnes, RSC 2000, p. 827
- Yves Mayaud, Le délit de risque causé à autrui, infraction complexe ?, RSC 2001, p.575
- Yves Mayaud, Violences involontaires aggravées et risques causés à autrui ne valent, ou d'un cumul prohibé, RSC 2002, p.106
- Yves Mayaud, Pas de mise en danger sans risque immédiat de mort ou de blessures graves... Application à un pic de pollution, RSC 2006, p. 68
- Marie-Christine Sordino et Anne Ponseille, Un skieur averti en vaut deux : une décision qui risque de « faire boule de neige », Dalloz 2000, p.81
- Michel Véron, La nécessité d'un lien de causalité direct et immédiat, Droit pénal 2010, Chron. 15
-

Relatifs au risque, au danger et à la prévention :

- P. Conte, Le lampiste et la mort, Droit pénal, 2001, chronique 2
- P-J. Delage, La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité, RSC, 2007, p.797
- M. Delmas-Marty, Comment sortir de l'impasse, RSC, 2010, p.107
- G. Giudicelli-Delage, La sanction de l'imprudence, Mélanges offerts à Pierre Couvrat, La sanction du droit, PUF, 2001, p. 523
- G. Giudicelli-Delage, Droit pénal de la dangerosité- Droit pénal de l'ennemi, RSC 2010, p. 69
- A. Larceneux et M. Boutelet, le principe de précaution débat et enjeux, Colloque de Dijon du 4 juin 2004, EUD, collection sociétés, 2005, p. 5 ; particulièrement :
 - L. Baghestani-Perrey, Le principe de précaution en droit positif, p. 91
 - A. Larceneux, Incertitude, information et principe de précaution, p. 21
 - A. Larceneux et M. Boutelet, Le principe de précaution débats et enjeux, p.5
 - T ; Martin, Le principe de précaution et l'aversion du probable, p. 11
- C. Lazerges, La tentation du bilan : 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents, RSC, 2009, p. 689

- J. Pinatel, Chronique de criminologie et des sciences de l'homme, RSC, 1967, p. 910
- Essais de philosophie pénale et de criminologie, Peines dangerosité : quelles certitudes ?, ICP, Dalloz, 2010 particulièrement :
 - B. Bouloc, La politique pénale actuelle fille de Lombroso ?, p. 179
 - E. Burgaud, La variabilité du concept de dangerosité en droit pénal des origines à la fin du XIXème siècle, p. 207
 - S. Jacopin, La dangerosité saisie par le droit pénal, p. 242
 - X. Lameyre, Les dangers de la notion de dangerosité, p. 311
 - F. Rousseau, Dangerosité et sanctions pénales, p. 265
 - P. Tcherkessoff, De l'insécurité des politiques publiques en matière pénale, p. 369
- J. Chacornac, Le risque comme résultat des infractions de mise en danger : limite de la distinction des infractions matérielles et formelles, RSC, 2008, p. 849
- D. Roets, Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence, RSC, 2007, p. 251
- C. Guéry et G. Accomando, Le délit de risque causé à autrui ou de la malencontre à l'article 223-1 du nouveau Code pénal, RSC, 1994, p. 681
- C. Carreau, L'acte mortifère en droit pénal, Dalloz, 2000, p. 266

Dictionnaires

- G. Cornu, Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, 7^{ème} édition, PUF, 2006
- Le nouveau Petit Robert de la langue française, LeRobert, 2008

Sites internet

- www.assemblee-nationale.fr
- www.dalloz.fr
- ledroitcriminel.free.fr
- www.legifrance.gouv.fr
- www.lexisnexis.fr
- www.senat.fr

Table des matières

<u>INTRODUCTION</u>	7
<u>PARTIE I : UN RISQUE TROUBLANT</u>	13
<u>CHAPITRE I : INDIFFERENCE AU RESULTAT REDOUTE</u>	13
SECTION I : LA PRESEANCE DU COMPORTEMENT.....	14
A/ L'exclusivité des infractions formelles.....	14
B/ Une consommation effective.....	19
SECTION II : L'IGNORANCE CONCRETE DU DOMMAGE.....	25
A/ L'empoisonnement : offense à la vie.....	25
B/ Le délit de risque causé à autrui : offense à la sécurité collective.....	34
<u>CHAPITRE II : LE RELACHEMENT DU LIEN CAUSAL</u>	43
SECTION I : LA SOUPLESSE RELATIVE DU CARACTERE CERTAIN.....	43
A/ L'absolue nécessité de la certitude.....	43
B/ Une certitude dans la potentialité	49
SECTION II : L'ELASTICITE DE L'INTENTISITE.....	55
A/ Une définition rigoureuse vaine.....	55
B/ La liberté imparfaite du législateur.....	59

<u>PARTIE II : UN RISQUE MAITRISE</u>	63
<u>CHAPITRE I : LA CONFORMITE A L'ELEMENT MORAL</u>	63
SECTION I : L'EFFECTIVITE DE LA VOLONTE DE L'AGENT	64
A/ La volonté naturelle dans l'intention.....	64
B/ La volonté révélée dans la faute.....	72
SECTION II : LA RATIONNALISATION DE LA CONCEPTION CLASSIQUE DE LA FAUTE..	78
A/ La subsidiarité de la faute caractérisée.....	78
B/ La faute simple dominée.....	85
<u>CHAPITRE II : LA PREVALENCE DE L'INTERET SOCIAL</u>	92
SECTION I : L'ETRE HUMAIN AU CŒUR DES PREOCCUPATIONS COLLECTIVES	92
A/ Le triomphe du subjectivisme.....	93
B/ L'avènement de la dangerosité.....	97
SECTION II : L'ANTICIPATION EFFRENEE DES RISQUES.....	103
A/ Le principe de prévention.....	103
B/ La politique d'éradication du crime.....	108
<u>CONCLUSION</u>	114