



HAL
open science

Le libre arbitre en matière pénale

Élisée Casseron Menard

► **To cite this version:**

Élisée Casseron Menard. Le libre arbitre en matière pénale. Sciences de l'Homme et Société. 2024.
dumas-04807649

HAL Id: dumas-04807649

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-04807649v1>

Submitted on 27 Nov 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Master 2 « Sciences pénales »

CASSERON MENARD Elisée

Année universitaire 2023-2024

N°19010332



MÉMOIRE

LE LIBRE-ARBITRE EN DROIT PÉNAL

Sous la direction du Professeur Philippe BONFILS

Faculté de Droit et de Science Politique

Résumé

Le libre-arbitre, notion initialement philosophique, est au cœur de la conception libérale du droit pénal. En tant que le socle déterminant de l'existence de l'imputabilité et, par son truchement, de la responsabilité pénale, il permet aux individus de se voir protégés par le système juridique lorsque leur libre-arbitre est altéré ou aboli, ou, à l'inverse, sanctionnés en réaction à un usage de ce dernier violant volontairement les normes et les valeurs sociales.

Or, cette conception du libre-arbitre est loin d'être unanime et son existence a engendré, de tout temps, des débats, qu'il s'agit d'étudier afin d'en comprendre les tenants et les aboutissants et d'en retirer une réflexion approfondie à propos de la place qu'occupe véritablement le libre-arbitre dans le droit pénal actuel, notamment au regard de ces remises en question.

Cette fragilisation du libre-arbitre s'opère traditionnellement à partir de notions antagonistes qui prônent, à l'inverse, une forme de déterminisme de l'Homme, qui serait dépourvu de sa capacité à agir comme il l'entend, sans être influencé par des forces extérieures. Malgré leurs controverses, ces conceptions connaissent un regain en puissance à ce jour, et se traduisent notamment par un déplacement de l'intérêt du droit pénal, qui semble s'axer vers un impératif d'anticipation et de prévention, en plébiscitant la dangerosité à titre de fondement de certaines mesures pénales.

Ainsi, malgré sa position fermement ancrée dans le droit, le libre-arbitre tend parfois à être dépassé au regard des enjeux actuels, et il s'agira de comprendre dans quelle mesure le système juridique se montre perméable aux influences extérieures, et quelles conséquences il en découle quant à la place libre-arbitre arbitre en droit pénal.

Remerciements

Je tiens à remercier tout particulièrement mon directeur de recherche, le professeur Philippe Bonfils, d'avoir accepté de me diriger ainsi que pour ses précieux conseils. Je remercie également la Faculté et l'Institut de Sciences pénales et de criminologie pour leurs ressources sans égal.

Je remercie également ma mère pour son soutien précieux et pour ses relectures appliquées.

Pour finir, je remercie l'ensemble de mes proches quant à leur accompagnement au quotidien et à leurs encouragements qui m'ont aidé à affronter cette année difficile et à donner le meilleur de moi-même pour, je l'espère, réussir fièrement.

Abréviations

Al. : Alinéa

AJ Pénal : Actualité juridique pénale

Art. : Article

Bull. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation

Cons. : Considérant

Cf. : Confère

CNCHD : Commission nationale consultative des droit de l'Homme

Crim. : Cour de cassation, chambre criminelle

C. Pen. / CP : Code pénal

CPP : Code de procédure pénale

CPMS : Commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté

CSP : Code de la santé publique

Éd : Édition

Dalloz : Recueil Dalloz

In : Dans (ouvrage)

JO : Journal officiel de la République française

N° : Numéro

NOR : Système normalisé de numérotation des textes officiels

Obs. : Observations

P. : Page

PP. : Intervalle de pages

Trad. : Traduction

Sommaire

Partie 1 : Les vestiges d'une conception libérale du droit pénal reposant sur la notion de libre-arbitre

Titre 1 : Le libre-arbitre en tant que fondement ancré de la responsabilité pénale

Titre 2 : L'absence de libre-arbitre comme justification quant à la mise en œuvre d'une responsabilité pénale atténuée ou inexistante

Partie 2 : La progression d'un droit pénal désintéressé de la notion de libre-arbitre

Titre 1 : Un droit pénal à l'aune des théories déterministes

Titre 2 : Le déclin du libre-arbitre au profit d'un droit pénal fondé sur la neutralisation et la protection de la société

Introduction

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

ROBERT Jacques-Henri, « *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal* », Éd. Panthéons-Assas, LGDJ, 2001, préface.

1. L'Homme, pour être appréhendé par le droit pénal en raison de la commission d'un acte infractionnel devra, par nature, être doué de libre-arbitre.

2. La notion de libre-arbitre. Le libre-arbitre, du latin *liberum arbitrium*, composé de *liber* signifiant « libre » et de *arbitrium* signifiant « jugement, volonté » désigne, dans son acception philosophique, la capacité d'agir selon sa propre volonté indépendamment de toute contrainte extérieure¹. Le libre-arbitre implique aussi la notion de choix, puisqu'il se traduira concrètement par la capacité à être indifférent aux raisons extérieures, c'est-à-dire par l'égale possibilité d'aller vers deux directions contraires, de choisir parmi les choses qui s'opposent.

3. Le rattachement du libre-arbitre à la notion de liberté intérieure. Le libre-arbitre et la liberté entretiennent un lien puissant du fait qu'un Homme disposant de son libre-arbitre est traditionnellement considéré comme un Homme libre et inversement, l'Homme libre sera considéré comme disposant de son libre-arbitre. Toutefois, la liberté est un concept plus large que le libre-arbitre. La liberté, du latin *libertas*, fût historiquement, dans l'Antiquité, conçue comme un statut d'affranchissement de l'individu non-esclave et libéré d'un maître. C'est une liberté au sens physique, puisque l'individu libre est celui qui dispose de sa personne et de ses biens. Au sens moral, elle s'entend également comme un statut dans sa conception politique puisqu'elle désigne la condition d'un peuple qui se

¹ Dictionnaire Le Larousse

gouverne en toute souveraineté². Il en découle le pouvoir de chacun à ne pas être soumis à la loi d'un autre. En matière juridique, la liberté sera conçue au sens des droits et libertés fondamentaux comme la jouissance de certains droits et pouvoirs encadrés et protégés par la loi.

Le libre-arbitre et la liberté dans sa conception large entretiennent un lien de cause à effet : le libre-arbitre n'est pas la liberté, il en est le prélude, la condition. Le libre-arbitre est l'acteur de la volonté libre, tandis que la liberté constitue son moyen d'expression, son environnement physique ou juridique. « *Le libre arbitre est la liberté intérieure, celle qui veut s'exprimer au fond de nous-mêmes, qui permet de se déterminer, d'examiner, de décider et finalement d'agir sous réserve que les libertés civiles le permettent.* »³.

Or, dans le cadre de cette étude, il s'agira d'appréhender la liberté différemment, dans un cadre plus restreint. Lorsque la notion de liberté sera évoquée, notamment dans les théories philosophiques, il faudra l'interpréter au sens de la liberté intérieure, métaphysique, non concrète, qui s'apparente donc au libre-arbitre. Elle devra être entendue comme la liberté d'agir, de se déterminer, comme un concept purement subjectif et non comme l'étude d'une liberté objective, concrète, telle que la liberté d'expression par exemple. L'individu dit « libre » devra être conçu comme l'individu « doté de libre-arbitre », et les discussions tendant à s'interroger sur cette qualité d'individu « libre » théoriseront forcément de manière incluse l'existence du libre-arbitre. Dire que la liberté, au sens de la liberté intérieure, existe, reviendra nécessairement à sous-entendre l'existence du libre-arbitre.

4. La pertinence de l'inclusion de la philosophie dans l'étude. Que le libre-arbitre soit appréhendé tel quel ou sous la forme plus métaphysique de l'étude de la liberté intérieure, il sera, quoi qu'il en soit, un concept purement rattaché à la matière philosophique. Sa racine naît au cœur des discussions de penseurs autour des notions de choix, de bien et de mal, de liberté ou encore de destin. À ce titre, il semblait primordial quant à l'étude du libre-arbitre de faire de la philosophie un fondement, une référence à laquelle les juristes adhéreront dans toutes leurs réflexions et qui sera visible dans chaque parcelle du droit à ce sujet. Ainsi, l'étude de la philosophie permettra de construire le débat autour de l'existence du libre-arbitre et de retranscrire ces questions à la lumière du droit positif.

² *Ibid.*

³ DELSOL Jean-Philippe, « *Civilisation et libre arbitre. Pourquoi l'Occident est différent* », Éd Desclée de Brouwer, avril 2022, p.384

5. L'existence du libre-arbitre en droit pénal. La question désormais se pose de savoir dans quel contexte le libre-arbitre, concept initialement purement philosophique, devient partie intégrante du droit pénal. Le libre-arbitre étudié par le prisme de la matière pénale sous-entendra plusieurs concepts majeurs qu'il conviendra de définir préalablement à tout approfondissement. Ils détermineront, de par leur existence ou non, si l'individu sera inclus dans le système pénal et c'est de ce postulat que découleront les problématiques juridiques liées à son existence. Il convient, pour comprendre le lien que le libre-arbitre entretient avec la matière juridique, d'étudier au préalable la notion même d'infraction. L'être humain a depuis bien longtemps échappé à son état de nature guidé par l'instinct pour laisser place, comme en parle Jean-Jacques Rousseau, au « *contrat social* »⁴, qui désigne une convention tacite et librement consentie entre les membres du corps social, entre les gouvernés et les gouvernants, entre l'individu et l'État. Pour autant, ce fonctionnement demeure utopique et les comportements allant à l'encontre du bien-être social persistent, l'Homme n'étant pas robotiquement parfait. Ces actions inadaptées à la vie en communauté ont été, au fil du temps, prohibées par des textes, ce qui a fait naître le droit pénal en tant que droit réprimant des comportements antisociaux. Une infraction est donc une transgression de ce droit à une époque donnée et en un lieu donné. Le comportement antisocial, en tant que socle de l'infraction a en réalité été déduit ce qu'il était attendu des individus et pour le déterminer, le droit pénal a intégré en son corps une présomption de libre-arbitre de l'Homme. En le considérant comme libre de ses actes, le droit pénal a légitimé le fait de le punir pour un acte à l'encontre des valeurs morales et des normes, puisque doté de la conscience de cet acte, l'Homme était en capacité de ne pas le réaliser, mais il l'a pourtant fait.

6. Une nécessaire présomption du libre-arbitre en droit pénal. D'un point de vue pratique, les techniques de fonctionnement du droit pénal, dont fait partie l'infraction, imposent de poser une présomption de libre-arbitre. « *Admettre que le débat philosophique sur l'existence du libre arbitre puisse être rouvert lors de chaque procès pénal, reviendrait en effet à paralyser le cours de la justice* »⁵. Le législateur présume ainsi de manière générale l'existence du libre-arbitre pour punir les comportements qui en abusent. Cette présomption

⁴ ROUSSEAU Jean-Jacques « *Du contrat social* », 1762

⁵ DOUCET Jean-Paul, Définition du libre arbitre, in « *Dictionnaire de droit criminel* » 1 [en ligne]

est simple et il adviendra aux juges de déterminer son existence ou son abolition lorsque la question leur est soumise.

7. Le libre-arbitre comme fondement de la responsabilité pénale. Lorsque l'on traite de l'existence du libre-arbitre en matière pénale, il convient de déterminer le domaine du droit pénal concerné. En l'occurrence, puisque l'infraction est fondée sur la présomption d'un libre-arbitre utilisé à l'encontre des valeurs sociales, la responsabilité pénale qui découle de la commission de cette infraction ne pourra que reposer sur le postulat selon lequel cet acte était libre, voulu. Concrètement, la doctrine dans son ensemble définit la responsabilité pénale comme « *l'obligation de rendre compte d'un acte délictueux par l'accomplissement d'une peine* »⁶. Elle est envisagée, en droit positif, par le biais de deux éléments à savoir la culpabilité et l'imputabilité. La culpabilité est un élément objectif de la responsabilité pénale qui se rattache à une faute, elle-même dépendante de ses éléments constitutifs que sont l'élément légal, l'élément matériel et l'élément moral. L'imputabilité, quant à elle est le versant subjectif de la responsabilité et consiste à établir si cette faute sera, ou non, imputable à son auteur.

8. L'imputabilité comme traduction de la prise en compte du libre-arbitre dans l'étude de la responsabilité pénale. Le mot imputabilité provient du latin *imputare*, signifiant « porter en compte », « mettre en ligne de compte » ou « attribuer »⁷. Le législateur français ne définit toutefois pas la notion d'imputabilité. Elle est traditionnellement conçue comme l'idée selon laquelle l'acte délictueux doit pouvoir être porté au compte de son agent. La doctrine se montre parfois hésitante sur les frontières de l'imputabilité, notamment en ce qui concerne la question de savoir dans quelle mesure un acte peut être considéré comme imputable. Globalement, il ressort de ce débat une certaine unanimité sur le fait que l'imputabilité ne doit pas être réduite à une simple relation de cause à effet entre l'acte réprimé et l'auteur qui l'a commis. L'imputabilité doit plutôt être envisagée comme une condition propre à l'auteur, qui se concentrera sur l'étude de son état au moment de la commission d'une telle infraction. Ainsi, selon la doctrine classique et majoritaire, il convient d'étudier les conditions qui intéressent l'aptitude de l'agent à se voir

⁶ BOULOC Bernard « *Droit pénal général* », Éd Dalloz, 25e éd., 2017, n° 399.

⁷ REY Alain, « *Dictionnaire historique de la langue française* », Le Robert, 2004

reprocher une infraction⁸. Un acte délictueux serait alors imputable dès lors que l'agent aurait agi « *avec une intelligence lucide et une volonté libre* »⁹. En somme, dans le cadre de cette étude, il conviendra de définir l'imputabilité comme « *l'opération essentiellement subjective, qui dépend de la capacité de comprendre et de vouloir de l'agent ou, autrement dit, de son libre arbitre, permettant de lui reprocher la commission d'une infraction* »¹⁰.

9. L'exclusion de l'étude de l'imputation dans le cadre de l'étude du libre-arbitre. L'imputation, en tant que corollaire de l'imputabilité, est une notion qui s'entend d'une « *opération objective d'attribution d'un fait illicite à une personne* »¹¹. Autrement dit, l'imputation correspond simplement au lien qui peut être établi entre l'acte délictueux et son auteur, sans prise en considération de l'état de ce dernier ou de l'existence ou non de son libre-arbitre. Ainsi, il conviendra dans cette étude de n'étudier que son versant subjectif à savoir donc l'imputabilité.

10. L'assimilation des composantes de l'imputabilité aux composantes même du libre-arbitre. Outre l'étude de l'évolution des rapports globaux qu'entretient le libre-arbitre avec la responsabilité pénale, le mémoire se concentrera spécifiquement sur l'analyse des deux composantes de l'imputabilité d'une infraction à son auteur, à savoir la condition de l'existence du discernement et la condition de l'existence de la volonté libre et éclairée. Le cœur de la conception libérale du droit pénal, reposant sur la notion de libre-arbitre, se trouve en réalité dans l'étude de ces deux composantes puisqu'au-delà d'être les conditions juridiques de l'imputabilité, le discernement et la volonté s'apparentent en tant que tel aux conditions du libre-arbitre lui-même. Ainsi, en l'absence de discernement ou en l'absence de volonté, le libre-arbitre n'existera pas, et c'est du fait de cette inexistence du libre-arbitre que l'imputabilité ne pourra pas être mise en œuvre. L'objectif, à travers l'étude des composantes même de l'imputabilité sera de prouver en quoi leur absence dénote une absence du libre-arbitre, absence qui fondera l'absence ou l'atténuation de la responsabilité pénale. Il s'agira donc de démontrer qu'il existe un lien de causalité à plusieurs niveaux créant ainsi un syllogisme primordial : si le libre-arbitre n'existe pas, l'imputabilité ne pourra

⁸ ROUSSEAU François, « *L'imputation de la responsabilité pénale* », Dalloz, 2009, n°6, p.9

⁹ AUSSEL Jean-Marie, « *La contrainte et la nécessité en droit pénal* », in STÉFANI Gaston « *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal* ». Études de droit criminel, Dalloz, 1956, p. 256, no 6

¹⁰ ROUSSEAU François, « *L'imputation de la responsabilité pénale* », Dalloz, 2009, *op cit.*

¹¹ *Ibid.*

pas être mise en œuvre, et puisque l'imputabilité est la condition subjective et morale de la responsabilité, alors c'est l'existence même du libre-arbitre, par le prisme de l'imputabilité, qui conditionne la responsabilité pénale.

11. Définition du discernement. En philosophie, la conscience, du latin « *cum* », signifiant « avec » et « *scire* » signifiant « savoir », s'apparente à la connaissance, intuitive ou réflexive immédiate, que chacun a de son existence et de celle du monde extérieur, entraînant ainsi une capacité de projection dans le futur et surtout une capacité d'être conscient de ses actes ou de juger ceux des autres¹². Toutefois, la conscience n'étant pas une notion juridique, elle est de tradition rattachée en droit à la notion de discernement. Le terme discernement vient du latin « *discernere* », qui signifie distinguer, comprendre la différence entre deux choses. C'est en fait une disposition de l'esprit à juger clairement et sainement les choses. Avoir un jugement de bon sens avec circonspection et prudence, c'est agir avec discernement¹³. On parlera plus communément de la capacité à dissocier le bien du mal et à percevoir la portée de son acte. En droit pénal, la notion de discernement n'est pas à proprement définie par les textes et il s'agira, pour la comprendre, d'en faire une interprétation par la négative. L'article 122-1 du Code pénal dispose que « *N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes* », puis, l'article L11-1 alinéa 1 du Code de la justice pénale des mineurs dispose que « *Lorsqu'ils sont capables de discernement, les mineurs, au sens de l'article 388 du code civil, sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils sont reconnus coupables* ». Ainsi, le discernement est érigé, par le prisme de ces deux articles, comme une condition *sine qua non* de l'engagement de la responsabilité.

12. Définition de la volonté. En philosophie, la volonté est définie comme la capacité de vouloir ses comportements ou la faculté de contrôler ses actes, de les vouloir en fonction de motifs rationnels, ne découlant ni du hasard, ni d'une nécessité physique¹⁴. Toutefois, la volonté peut se dissocier en plusieurs conceptions au niveau juridique. La volonté de fait correspondrait, en droit pénal, à une volonté de l'acte en tant que tel, un désir

¹² Dicophilo, Dictionnaire de philosophie en ligne

¹³ Dictionnaire Larousse

¹⁴ Dicophilo, Dictionnaire de philosophie en ligne

de produire le mal contenu dans le délit. Toutefois, au regard de l'étude du libre-arbitre, il conviendra d'adopter, au titre des conditions de son existence, la volonté sous la forme d'une volonté dite libre, qui correspond à la liberté psychologique de l'individu au sens de la faculté ou de la puissance même de vouloir. Cette conception est plus large que la première et elle en constitue le socle. C'est du fait de l'existence d'une volonté libre de faire un choix que ce choix pourra être fait avec volonté.

13. La nature du lien entre le discernement et la volonté libre. Le discernement s'apparente en réalité comme la condition préalable à la volonté libre. Si le discernement n'existe pas, l'individu ne sera pas capable de se prononcer de manière éclairée et de faire état d'une volonté libre. Ce n'est que si le discernement existe que l'étude de la volonté sera pertinente.

14. Exclusion de l'étude de la culpabilité dans le cadre de l'étude du libre-arbitre. Bien qu'une partie de la doctrine considère que l'analyse des faits et celle de l'imputabilité soient indissociablement liées, il convient d'établir que, dans le cadre de l'étude, l'analyse approfondie de la culpabilité sera exclue car l'existence du libre-arbitre n'aura d'incidence que sur la caractérisation de l'imputabilité, qui apparaît comme le préalable à la culpabilité qui elle-même n'existera que s'il est prouvé que la faute est imputable. Le libre-arbitre de l'auteur n'aura ainsi pas d'incidence concrète sur le volet de la faute qui pourra, par ailleurs, être caractérisée même en l'absence du libre-arbitre de l'individu. Ainsi, quant à l'étude portant sur l'existence du libre-arbitre en droit pénal et à l'impact que cette existence aura en termes de responsabilité, il sera question d'étudier en détail la seule condition d'imputabilité par le biais de l'analyse de ses conditions, qui sont toute deux assimilables à la condition même de l'existence du libre-arbitre.

15. La remise en question traditionnelle du libre-arbitre. La question de l'existence du libre-arbitre est toutefois loin d'être limpide. Le concept en tant que tel fait l'objet de nombreuses remises en question à plusieurs niveaux, notamment aux plans théologique, philosophique ou scientifique et biologique. La principale source de controverses se trouve au cœur de la notion de déterminisme, qui sera par ailleurs celle qui portera la tendance pénaliste de la négation du libre-arbitre.

16. Définition du déterminisme en tant qu'antagoniste du libre-arbitre. En philosophie, le déterminisme est le courant tendant à établir que les phénomènes naturels et les faits humains sont causés par leurs antécédents¹⁵. Ainsi, la liberté, toujours au sens de liberté intérieure, n'existerait pas, l'être humain étant supposément destiné à être influencé par des éléments endogènes comme exogènes. Ce concept de déterminisme aura une grande influence sur le droit pénal qui se l'appropriera majoritairement au XIX^{ème} siècle par le prisme de la criminologie positiviste. Toutefois, l'étude de ce courant déterministe aura pour vocation, bien sûr en premier lieu, l'exposé du panel idéologique gravitant autour du libre-arbitre et ses divergences d'opinions, mais aura surtout pour finalité d'être le socle d'une étude critique quant à sa viabilité.

17. Les débats contemporains sur le libre-arbitre face à la résurgence des théories positivistes. Outre sa remise en cause traditionnelle, on observe, à ce jour, une résurgence pluridisciplinaire des débats autour de la question de l'existence du libre-arbitre, qui sont alimentés par des arguments différents des plus classiques. En effet, ces débats se développent sous une impulsion plus politique, fondée, entre autres, sur un impératif sécuritaire grandissant et sur un déplacement de l'intérêt de certaines branches du droit pénal vers un impératif de prévention de la criminalité, le tout reposant globalement sur l'émergence de la notion de dangerosité¹⁶. Tout cela sous-tend donc nécessairement un abandon progressif du droit pénal de la réaction, fondé quant à lui sur le libre-arbitre puisque réagissant à la commission d'un acte antisocial librement commis. Ainsi, il semble pertinent d'analyser dans quelles mesures le droit pénal peut être influencé par ces nouvelles considérations et notamment d'en déduire si la conception libérale et classique du droit pénal tend à être dépassée.

18. La nécessité d'une étude pluridisciplinaire. L'étude du libre-arbitre en matière pénale reste très vaste et pour être exhaustive, elle ne doit pas s'analyser au regard de son seul aspect juridique. Il s'agira en effet d'évoquer plusieurs autres disciplines à savoir principalement la philosophie, mais également la criminologie, les neurosciences, la psychiatrie et de mobiliser d'autres considérations plus politiques et sociales, en rattachant

¹⁵ Dictionnaire Larousse.

¹⁶ Notion qui sera définie en détail dans le corps du texte

de manière systématique l'impact que chacune de ces matières aura sur le droit positif, qui restera bien sûr tout de même le cœur du sujet.

19. Enjeux du sujet. L'enjeu dominant du sujet réside dans le fait que le libre-arbitre a toujours constitué un débat, tant philosophique que juridique. L'objectif ici est de rendre compte de manière exhaustive des différents courants de pensée attendant à son existence ou à son dépassement, mais il s'agira également, au-delà de ça, de prendre position dans ce débat et d'y participer. C'est par le biais de critiques, positives ou négatives, que se construira une réflexion autour de la théorie et de la pratique encadrant la question du libre-arbitre en droit. Il en découlera ainsi des interrogations à propos de la pertinence des textes ou des pratiques judiciaires et scientifiques mises en exergue dans le sujet, et à propos de leurs conséquences globales sur les acteurs et les sujets du droit pénal, mais aussi plus globalement sur la politique et la société. Ce sujet regroupe en réalité des questionnements pluridisciplinaires, et la constatation de l'influence de ces divers domaines sur la matière juridique permettra d'analyser les rapports profonds qu'entretient le droit pénal avec le libre-arbitre et de se prononcer à la fois sur la pertinence de son maintien à titre de concept fondamental du droit pénal, mais aussi à propos des dérives qu'entraînent la remise en cause et le dépassement de ce dernier.

20. Ainsi, il sera question de traiter de la problématique suivante :

Le libre-arbitre en droit pénal est-il un concept en voie de disparition ?

21. À ce titre, il conviendra de faire état en premier lieu des vestiges d'une conception libérale du droit pénal reposant de longue date sur la notion de libre-arbitre (Partie 1) avant de constater la progression d'un droit pénal désintéressé, dans une certaine mesure, de la notion de libre-arbitre (Partie 2).

Partie I -

Les vestiges d'une conception libérale du droit pénal **reposant sur la notion de libre-arbitre**

22. La conception libérale du droit pénal est une fiction juridique envisageant les individus comme des êtres libres et conscients de leurs actes, dont ils comprennent le sens, et qui sont donc aptes à en assumer les conséquences. C'est parce que les individus sont présumés être libres de leurs actions que le droit incrimine, par l'existence des infractions, les mauvais comportements. La liberté des Hommes est protégée par le système pénal, qui, en contrepartie de cette considération, punit l'abus de cette liberté. Ce postulat est en réalité une explication du sens de la responsabilité pénale telle que conçue par les libéraux depuis des siècles.

23. En droit positif, les vestiges de ce concept se traduisent par la persistance de la prise en compte de la notion de libre-arbitre comme fondement même de la responsabilité pénale (Titre I). Si le libre-arbitre existe, la responsabilité peut exister. À l'inverse, dans sa dimension négative, ce lien de causalité induit que l'absence de libre-arbitre justifie la mise en œuvre d'une responsabilité pénale atténuée voire inexistante (Titre II).

24. Ainsi, ce mécanisme permettra d'illustrer la manière dont l'existence du libre-arbitre conditionne encore en quasi-totalité l'existence la responsabilité pénale, ce qui fait de lui un concept fondateur de la matière pénale.

Titre 1 -

Le libre-arbitre en tant que fondement ancré de la responsabilité pénale

25. L'utilisation des termes « fondement ancré » n'est pas anodine : leur emploi révèle que la conception du libre-arbitre en tant que fondement de la responsabilité est établie de longue date. Plus précisément, cette constatation relève d'une étude qui se veut pluridisciplinaire en ce que cet axiome est avant tout philosophique. Il est en effet nécessaire d'étudier la philosophie libérale et ses auteurs à titre liminaire pour comprendre en profondeur la notion même de libre-arbitre, et surtout son ancrage dans le temps, qui déteindra au fur et à mesure sur le droit pénal en tant que tel (Chapitre 1).

26. Par ailleurs, le second volet de la compréhension des rapports qu'entretiennent l'existence du libre-arbitre et de la responsabilité passe par la compréhension des rapports qui existent entre le libre-arbitre et l'imputabilité (Chapitre 2). L'imputabilité d'une infraction à son auteur est le préalable à la mise en œuvre de la responsabilité de ce dernier pour un acte commis. Ce principe, purement subjectif et attendant à l'auteur, dépend totalement de sa capacité à être libre de ses actes.

Chapitre 1 –

La philosophie libérale

27. De la même manière que la conception libérale du droit au sens large, la philosophie libérale est un courant de pensée qui s'axe sur des réflexions attenantes à la liberté des individus. Courant très ancien, remontant aux présocratiques, il se définit en général par le terme « libéralisme », mais il ne faut pas le confondre avec le libéralisme en tant qu'outil politique ou économique. Ici, le libéralisme est une forme de philosophie morale de la responsabilité individuelle et des justes droits¹⁷. La liberté individuelle est considérée comme l'objectif à atteindre dans tous les procédés sociaux, et notamment dans le procédé juridique. Le raisonnement est toujours plus ou moins le même : les libéraux pensent que les êtres humains sont des êtres autonomes, libres d'agir et de choisir leurs propres fins, ils sont rationnels. Étant doués de ces qualités et de cette intelligence, ils bénéficient de droits fondamentaux, qui se doivent d'être garantis, à l'inverse notamment des animaux qui sont considérés comme plus primitifs. Ainsi, la pensée libérale repose sur le principe de responsabilité morale qui se fonde sur le fait que les humains sont des agents moraux qui ont la possibilité de réfléchir sur leurs situations, de développer des intentions quant à leurs manières d'agir qu'ils jugeront, choses qu'ils savent moralement acceptables ou non. La responsabilité morale est en réalité en corollaire du libre-arbitre, qui conditionne donc l'accès à la protection ultime des droits de l'Homme, ayant pour contrepartie la sanction de leurs dépassements.

28. Le développement de ce courant de pensée trouve ses racines dans les principaux fondements philosophiques quant à l'existence du libre-arbitre (Section 1), réflexion qui a notamment déteint sur la philosophie de l'école juridique classique, qui reflète le postulat de l'existence du libre-arbitre cette fois-ci spécifiquement en matières juridique et pénale (Section 2).

¹⁷ LAURENT Alain, « La philosophie libérale- Histoire et actualité d'une tradition intellectuelle », Présentation, Éd. Les Belles Lettres, 1^{er} janvier 2002

Section 1 - Les principaux fondements philosophiques quant à l'existence du libre-arbitre

29. La pensée philosophique libérale défendant l'existence du libre-arbitre de l'Homme s'est développée de manière chronologique et a été influencée au fur et à mesure par l'évolution des mœurs et de la société. Ce sont tout d'abord les penseurs antiques et médiévaux qui défendront le concept de liberté absolue de l'Homme (Paragraphe 1) avant que la défense contemporaine du libre-arbitre ne se la réapproprie (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le concept de liberté absolue chez les philosophes antiques et médiévaux

30. **La liberté de choisir son existence selon Platon.** Platon, philosophe antique grec du IV^{ème} et du V^{ème} siècles avant Jésus-Christ, appartient à un courant qui peut être qualifié de réaliste, il pense l'intelligible et étudie la perception de la réalité par le biais de personnages, dans ses ouvrages qui s'interrogent sur la conduite de leur existence et qui en discutent¹⁸. Ce dernier développera une « doctrine platonicienne de la liberté » : alors même qu'il a tendance à étudier la liberté uniquement sous son prisme politique, dont il se sert pour critiquer la démocratie athénienne, cette notion apparaît en réalité à maintes reprises dans ses textes sous l'appellation grecque « *euleutheria* ». Platon prônera l'existence d'une liberté individuelle, et donc d'un libre-arbitre, mais qui ne sera pas attenante aux choses extérieures. La liberté au sens « du pouvoir de choisir entre le plus grand nombre possible d'objets et de projets »¹⁹ n'est pas intéressante. Le vrai libre-arbitre est celui de la liberté intérieure. C'est dans le mythe d'Er, à la fin de son ouvrage « *La République, Livre X* », que se trouve l'un des exemples les plus significatifs. Les événements se déroulent dans un « univers virtuel », à mi-chemin entre le ciel et la Terre. Les âmes prêtes à être réincarnées s'y retrouvent. Au cours de la cérémonie, la vierge Lachésis leur apprend qu'elles auront le choix de leur destinée et qu'elles seront entièrement responsables de ce choix :

¹⁸ PRADEAU, Jean-François. « *Les divins gouvernants : la philosophie selon Platon* », Éd Lire Platon. Presses Universitaires de France, 2014, pp. 103-110.

¹⁹ DUFRESNE Jacques, « *La liberté selon Platon et Descartes* », Encyclopédie de l'Agora, en ligne

« *Ce n'est pas un génie qui vous tirera au sort, c'est vous qui choisirez votre génie. Chacun est responsable de son choix, la divinité est hors de cause* »²⁰. Pour autant, Platon dira métaphoriquement dans ce mythe que les Hommes, initialement dotés d'un libre-arbitre total, n'en feront un bon usage que s'ils parviennent à lutter contre leurs passions : « *Au lieu de s'accuser lui-même de ses maux, il s'en prenait à la fortune, aux démons, à tout plutôt qu'à lui-même* »²¹.

31. La liberté conditionnée par l'action selon Aristote. Aristote, philosophe grec du III^{ème} siècle avant Jésus-Christ, qui fût disciple de Platon, s'inspire également de sa philosophie. Il admet que l'Homme est libre d'agir comme il l'entend. Il soutiendra la thèse selon laquelle un Homme n'est responsable d'une action que s'il en est la cause. Dans l'Éthique à Nicomaque III²², il examinera deux formes d'actions accomplies par l'Homme mais qui ne lui sont pas imputables : les actions commises en ignorance de cause et les actions commises sous la contrainte. Lorsque Œdipe tue un homme en état de légitime défense, selon la loi des hommes, et même s'il est maudit par les dieux, ce n'est pas un parricide, car il ignore que c'est son père. Un homme qui est poussé par un autre n'est pas responsable de la chute du suivant, parce qu'il n'a pas réellement déclenché le mouvement, il l'a seulement transmis. Ainsi, Aristote adopte une conception plus que moderne du libre-arbitre et de ses conséquences et considère que le libre-arbitre est cantonné à l'action accomplie : un Homme libre de son acte sera un Homme qui savait initialement ce qu'il faisait.

32. L'étude du libre arbitre évolue au Moyen-Âge, période où il est généralement étudié au regard de l'existence du Dieu chrétien en occident et de son pouvoir de déterminer la vie des humains qui sont le fruit de sa création. Il existe toutefois des penseurs religieux qui prouvent dans leurs démonstrations que le libre-arbitre existe bel et bien.

33. Le libre-arbitre comme offrande divine selon Saint Augustin d'Hippone. Saint-Augustin d'Hippone, philosophe théologien chrétien romain des IV^{ème} et V^{ème} siècles, est un penseur à mi-chemin entre les philosophes antiques et les philosophes

²⁰ PLATON, « *La République* », Livre X, dans « *La République, livres VIII-X* » traduit par Émile Chambry, Éd Les Belles Lettres, 1934 p. 166-248

²¹ *Ibid.*

²² ARISTOTE, Éthique à Nicomaque III, 1109b30-35.

médiévaux qui cherchera notamment à comprendre, lors de réflexions théologiques, comment le mal est possible sur Terre alors même que Dieu existe. Il exposera ses théories dans son ouvrage « *Traité sur le libre-arbitre* »²³ de l'italien « *De libero arbitrio* ». Sa thèse tient au fait que Dieu n'est pas responsable du mal et que seul l'Homme est fautif en ce que « *Dieu a conféré à sa créature, avec le libre-arbitre, la capacité de mal agir, et par la même la responsabilité du péché* »²⁴. Ainsi, le libre-arbitre serait une offrande divine que les Hommes sont susceptibles de détourner. Il affirme ainsi non seulement l'existence du libre-arbitre mais explique aussi la raison pour laquelle l'Homme doit être tenu seul responsable de ses mauvaises actions.

34. Le libre-arbitre comme propre de l'Homme selon Saint Thomas d'Aquin.

Saint Thomas d'Aquin est un religieux chrétien italien célèbre pour son œuvre théologique et philosophique, qui vécut au Moyen-Âge, au XIIIème siècle. Ce dernier défend l'existence du libre-arbitre comme un principe propre à l'espèce humaine. Il dira que « *L'homme a en son pouvoir d'agir ou de ne pas agir. Et si on écartait ce principe, on supprimerait tout l'ordre de la coexistence humaine et tous les principes de la philosophie morale* »²⁵ Il l'expliquera tout d'abord par l'origine du mouvement, l'animal se mouvant selon ses instincts et l'Homme selon sa volonté. Au-delà de cette simple constatation, il cherchera à la justifier et établira deux critères permettant de dire que l'Homme est doué de libre-arbitre à savoir l'aptitude à agir et l'aptitude à juger. Il définit la liberté d'action comme le fait d'agir sans être sous l'impulsion d'une cause extérieure : contrairement à un objet inanimé, qui ne se mouvra que sous l'impulsion d'une autre chose, un Homme, lui, peut-être une « cause de soi » et agir de son plein gré. Toutefois, ce simple postulat ne nous différencie pas des animaux ou même des plantes, qui sont également capables de déclencher seuls une action de leurs corps. C'est ici qu'intervient la capacité de jugement. Selon lui, le jugement se définit par le fait d'être capable de conscience et de raisonnement. Quand l'animal agit, il le fait sous l'influence du milieu dans lequel il évolue de manière réflexive, tandis que l'Homme lui peut être guidé dans ses actions par sa raison, qui dépasse l'automatisme. Le comportement de l'Homme a un sens, ce qui fait de lui un être libre et maître de sa vie, détaché de prédispositions.

²³ AUGUSTIN D'HIPPONE « *Traité sur le libre arbitre* », traduction par Abbé Defourny et Abbé Raulx dans « *Œuvres complètes de Saint-Augustin* », Éd Guérin et Cie, 1864,

²⁴ *Ibid.*

²⁵ SAINT THOMAS D'AQUIN « *La somme contre les gentils* », 1258/1265

35. La confirmation de la thèse de Saint Thomas d'Aquin par le paradoxe de l'âne de Buridan. Buridan, contemporain de Saint Thomas d'Aquin, confirmera cette thèse par la sienne qu'il expose face à la métaphore de pensée basée sur un âne. Ce dernier assoiffé et affamé, se trouve à équidistance d'un baquet d'avoine et d'un baquet d'eau. Initialement programmé pour combler son besoin le plus primaire, l'âne ici se retrouve bloqué en ce qu'aucun des deux manques n'est supérieur à l'autre. Prostré, et non conscient d'être dans une telle impasse, il finit par mourir. L'âne étant doté de la liberté de mouvement, il aurait été possible de considérer qu'il était libre de ses actes. Pour autant, la preuve que rapporte cette expérience est que la clé du libre-arbitre n'est non pas la capacité à agir mais bien l'intellect, qui servira d'impulsion à l'action. Cet intellect, traduit par le pouvoir de la pensée et de la réflexion permet d'émettre des hypothèses, de comparer des situations et de se projeter dans l'avenir face aux conséquences de ces choix. Être conscient de son acte, c'est agir mais aussi être conscient de l'acte effectué et avoir une forme de contrôle sur cet acte. C'est ainsi qu'existe le libre-arbitre.

36. Les penseurs antiques et médiévaux s'approprient déjà, dès lors, l'existence du libre-arbitre. Leurs pensées permettent de réfléchir sur la raison de son existence mais aussi sur ses conséquences sur la vie des Hommes, notamment en matière de responsabilité de leurs actes. La philosophie libérale continuera ainsi son chemin au travers, cette fois-ci, de la défense contemporaine du libre-arbitre.

Paragraphe 2 : La défense contemporaine du libre-arbitre

37. Les différents degrés de liberté selon Descartes. René Descartes, mathématicien, physicien et philosophe français des XV^{ème} et XVI^{ème} siècles, adopte un mode de pensée basé sur la remise en question des choses. Il dira ne recevoir aucune chose pour vraie et place le doute au cœur de sa réflexion. Il est de l'un des philosophes de l'époque moderne qui réfléchira au sujet de la liberté, mais par le prisme de la raison, qui est son credo de pensée et qui est, selon lui, un faisceau lumineux qui se trouve en tout Homme qui lui offre la compréhension et l'explication de toute chose. Elle est la puissance de bien juger et donc de choisir. Sur ce préétabli que l'Homme est capable de faire des choix, Descartes traitera, pour définir la liberté, de la manière dont ce choix s'opère. En effet, il décrit

plusieurs degrés de liberté. Plus l'Homme injecte de la volonté dans son choix, plus sa liberté est grande, et plus il choisit avec indifférence, plus sa liberté est faible²⁶.

38. La liberté d'indifférence. Dans sa quatrième méditation, Descartes dira : « *Cette indifférence que je sens, lorsque je ne suis point emporté vers un côté plutôt que vers un autre par le poids d'aucune raison, est le plus bas degré de la liberté* »²⁷. Descartes traite ici de la liberté d'indifférence qui démontre que faire quelque chose au hasard revient à faire un usage moindre de son libre arbitre.

39. La liberté de perfection. « *Si je connaissais toujours clairement ce qui est vrai et ce qui est bon, je ne serais jamais en peine de délibérer quel jugement et quel choix je devrais faire ; et ainsi je serais entièrement libre, sans jamais être indifférent.* »²⁸. Descartes traite ici parallèlement de la liberté de perfection : la connaissance omnisciente serait en réalité le plus haut degré de liberté en ce que l'Homme ne choisirait jamais les choses par hasard puisqu'il saurait toujours distinguer les meilleurs choix des moins bons. C'est ici le paroxysme du libre-arbitre. Dans ces deux hypothèses, il en reste que la capacité de l'Homme à faire des choix, puisqu'il est doté d'une raison, lui permet d'avoir du libre-arbitre, qu'il soit exercé pleinement (face à un choix justifié) ou non, l'Homme selon Descartes est libre de ses actes sans qu'aucune force extérieure ne l'y contraigne, c'est-à-dire avec volonté.

40. La liberté et la raison selon Kant. Emmanuel Kant, philosophe allemand des Lumières des XVIIIème et XIXème siècles définit lui-même sa philosophie en quatre questions : « Que puis-je connaître ? », « Que dois-je faire ? », « Que m'est-il permis d'espérer ? », « Qu'est-ce que l'homme ? ». Il traite ainsi de la question de la connaissance, du sens que l'on donne à sa vie, du salut éternel et de la condition humaine. Parmi ses nombreux sujets de réflexion, la liberté se démarque en ce qu'elle est présente dans toutes ses grandes œuvres. Toutefois, il est nécessaire avant toute chose pour comprendre la philosophie de Kant de comprendre globalement son concept de la raison. Selon lui, la raison

²⁶ KAPOSÍ Dorotya. « *Indifférence et liberté humaine chez Descartes* », Revue de métaphysique et de morale, vol. 41, n°1, 2004, pp. 73-99.

²⁷ DESCARTES René, « *Méditations métaphysiques* », dans « *Œuvres de Descartes* », texte établi par Victor Cousin, Éd. Levrault, 1824

²⁸ *Ibid.*

au sens large est la pensée intuitive, qui ne provient pas de l'expérience. La raison pure est celle qui concerne la connaissance et la raison pratique est celle qui contient la règle de moralité. La liberté chez Kant est un concept qui intervient dans le domaine moral.

41. La loi morale comme essence de la liberté. Dans « *Critique de la raison pratique* » un extrait illustre clairement sa pensée : « *Il (un individu) juge donc qu'il peut faire une chose, parce qu'il a conscience qu'il doit la faire et il reconnaît ainsi en lui la liberté qui, sans la loi morale, lui serait restée inconnue.* »²⁹ , La liberté kantienne est liée à la notion d'autonomie : au niveau moral, l'autonomie signifie que l'Homme peut par lui-même saisir ce qu'il doit faire et il doit user de sa raison pour y parvenir. La loi morale est en réalité contenue dans chacun, la certitude de « devoir agir » est une règle que chacun s'impose mais à laquelle il est également possible de désobéir. La liberté est l'obéissance à une loi que je me suis moi-même créée. Ainsi, l'Homme s'accorde sa propre liberté.

42. La mise en balance de la causalité et de la liberté. Dans la troisième antinomie de son ouvrage « *Critique de la raison pure* »³⁰, Kant envisage cette fois la liberté de manière plus métaphysique et met en balance le concept de causalité et celui de liberté. Sa thèse consiste à dire qu'une causalité existe dans « le monde des choses en soi », ce qui signifie qu'il existe une forme de causalité des actions humaines régie par un ordre qui nous échappe. Son antithèse, elle, lui permet de dire que dans un monde « intelligible » transcendantal, la liberté existe. En des termes moins complexes, Kant réfléchit en réalité sur la place des Hommes dans un monde qui leur semble déterminé par des causes qui proviennent de l'expérience et de circonstances extérieures, et la propension de ces derniers à ressentir qu'ils restent tout de même libres de leurs actes. Il y a une mise en balance entre le désir de liberté des individus et leur constatation d'une réalité gouvernée par un au-delà.

43. Quoi qu'il en soit, la liberté selon Kant ne peut pas être démontrée scientifiquement, elle doit se concevoir comme un postulat, une certitude universelle. C'est

²⁹ KANT Emmanuel, « *Critique de la raison pratique* », traduction par Picavet, Éd Felix Alcan, 1788, p.30

³⁰ KANT Emmanuel, « *Critique de la raison pure* », 1781

cette seule croyance en un libre arbitre qui nous rend responsables de nos actes et qui donne à l'homme une dignité qui le distingue des objets³¹.

44. L'existentialisme de Sartre au paroxysme du libre-arbitre. Jean-Paul Sartre, écrivain français du XX^{ème} siècle, est un penseur qui s'ancre dans la philosophie moderne de la liberté notamment en tant que représentant du courant de l'existentialisme. La substance même de l'existentialisme est le fait de considérer que les individus ne sont pas déterminés par avance par leur essence mais qu'ils sont libres et responsables de leur existence. Chez Sartre, « *l'existence précède l'essence* »³², le destin n'est pas fixé et l'être humain est capable de choisir le sens de sa vie. Il part essentiellement du fait que Dieu n'existe pas, ce qui différencie son courant d'un autre existentialisme, à savoir l'existentialisme chrétien. L'œuvre de Sartre est l'incarnation même du concept de libre-arbitre absolu, sans condition et sans aucune influence extérieure. Il dira que l'Homme « *n'est d'abord rien. Il ne sera qu'ensuite, et il sera tel qu'il se sera fait* »³³, et que « *l'homme n'est rien d'autre que ce qu'il se fait* »³⁴. C'est sur ce fondement de l'absence totale de déterminisme et de l'existence totale de la liberté d'action que Sartre prônera l'existence d'une responsabilité absolue et radicale de l'Homme. Il dira même que cette liberté est une condamnation en ce qu'une telle responsabilité est lourde à porter : « *nous sommes seuls, sans excuses. C'est ce que j'exprimerai en disant que l'homme est condamné à être libre* »³⁵.

45. Ainsi, l'évolution de la pensée purement philosophique quant à l'existence du libre-arbitre est variée et le concept peut être interprété de diverses manières. Toutefois, le postulat des libéraux reste le même : l'Homme échappe en toute ou partie aux lois naturelles et il se détermine lui-même en choisissant sa conduite et ses actions. Parfois même, parmi ces théories, il est possible de remarquer des concepts propres au droit, comme le concept de responsabilité de ses actes, qu'ils soient bons ou mauvais. Cette imbrication juridico-philosophique a, au-delà d'être étudiée en surface par le prisme des théories purement

³¹ GRANAROLO Philippe, « *Liberté (notion de base) – « Je dois », un postulat fondateur* », Encyclopédie Universalis

³² SARTRE Jean-Paul « *L'existentialisme est un humanisme* », Gallimard, Folio, Paris, 2010

³³ *Ibid.*, p.29

³⁴ *Ibid.*, p.30

³⁵ *Ibid.*, p.39

philosophiques, été analysée par des penseurs qui se servent du postulat philosophique de l'existence du libre-arbitre pour l'imbriquer dans la matière juridique. Ils expliquent en cela la manière dont le libre-arbitre doit-être appréhendé par le droit et les liens qu'il existe entre eux.

Section 2 - Le reflet philosophique de l'existence du libre-arbitre en matière juridique

46. Certaines théories d'auteurs marquent donc le passage d'une étude purement philosophique de la thématique du libre-arbitre à une conception de la notion qui se rattache à l'existence du droit et des lois. Ainsi, certains auteurs et penseurs classiques prôneront d'abord de manière large la nécessité du rôle de la justice quant à l'exercice de liberté des individus et théoriseront notamment l'existence du libre-arbitre en société et ses rapports avec le droit (Paragraphe 1). De manière plus spécifique, l'école classique du droit pénal, en tant que courant libéral également imprégné de philosophie, apparaît comme le reflet de l'existence du libre-arbitre et de sa prise en compte, cette fois-ci en matière pénale pure. Ces derniers fonderont leurs réflexions autour des concepts de responsabilité pénale et de punition et mettront en exergue la manière dont le postulat selon lequel l'Homme est libre de ses actes influencera, ou devrait influencer, les politiques pénales et le législateur en la matière (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le rôle nécessaire de la justice quant à l'exercice de la liberté des individus

47. Dans le sillage de la pensée classique, d'autres philosophes et juristes considèrent que l'existence du libre-arbitre pour être effective doit, lorsqu'il est exercé en société, être encadrée. Selon eux, ce sont les lois et le système juridique qui permettent à l'Homme de voir sa liberté renforcée. C'est notamment le mouvement du contractualisme qui s'emparera de ce postulat par le prisme de ses auteurs.

48. La nécessaire limitation du libre-arbitre dans sa dimension collective selon Hobbes. Thomas Hobbes, philosophe anglais du XVII^{ème} siècle, est une des figures les plus emblématiques du contractualisme notamment grâce à son ouvrage « *Le Léviathan* »³⁶. C'est au sein de cet ouvrage qu'il théorise la liberté humaine, qui reposerait sur le fait de ne pas être entravé dans sa liberté d'agir. Un individu libre est selon lui un individu qui disposerait de l'entièreté de son libre-arbitre. Mais Hobbes conscientise la problématique de l'exercice

³⁶ HOBBS Thomas, « *Le Léviathan* », 1651.

de ce libre-arbitre en société et affirme cette fois-ci que l'existence d'une vie collective et sociale nécessite des entraves à la liberté individuelle illimitée, ce qui serait en effet le seul moyen pour garantir l'exercice d'une pluralité de libertés individuelles. Hobbes est un philosophe dont il convient de parler dans le cadre de l'étude juridique du libre-arbitre et non dans le cadre de sa simple étude philosophique puisque selon lui, l'unique moyen de rendre possible la coexistence d'une pluralité de libertés individuelles est la mise en place de lois.

49. L'impossible exercice d'une liberté illimitée selon Hobbes. En réalité, la vraie conception du libre-arbitre selon Hobbes serait plutôt « la possibilité d'agir librement selon la loi ». Plusieurs constats peuvent être établis pour l'expliquer. En effet, il explique d'abord que si la liberté de chacun était illimitée (comme il le conçoit théoriquement en premier lieu), alors l'Homme, par nature égoïste, se laisserait aller à ses désirs, ce qui entraverait nécessairement la liberté d'autrui. Dans ce schéma-là, la liberté sans limite annihilerait la liberté en tant que telle.

50. La sécurité comme préalable à la liberté selon Hobbes. Hobbes dira également que la loi assure la sécurité aux individus et que ce n'est qu'à travers cette sécurité que peut s'exercer leur liberté. Sans sécurité, l'Homme dispose certes de sa pleine liberté d'action en théorie, mais en pratique, il ne peut pas la mettre en œuvre puisqu'il ne peut rien faire sans risquer sa vie, du fait que chacun fait ce qu'il veut sans limite. Il l'illustre en disant que « *Hors de l'état civil, chacun jouit sans doute d'une liberté entière, mais stérile ; car, s'il a la liberté de faire tout ce qu'il lui plaît, il est en revanche, puisque les autres ont la même liberté, exposé à subir tout ce qu'il leur plaît* »³⁷. C'est ainsi qu'Hobbes démontre que l'exercice du libre-arbitre des Hommes, entendu au sens de leur capacité à choisir leur actes et à jouir de leur volonté, n'est en réalité viable que s'il est conditionné à l'existence d'un système juridique qui se doit de garantir des droits des uns en limitant les comportements antisociaux des autres.

³⁷ HOBBS Thomas, « *Le Citoyen* », 1642, chapitre 10, § 1, traduction Samuel Sorbière, Éd Groupe Flammarion, 1982, p. 195

51. Le droit comme condition même de l'existence de la liberté selon Rousseau.

Jean-Jacques Rousseau, écrivain et philosophe Genevois du XVIIIème siècle, penseur des Lumières, conçoit également la manière dont le libre-arbitre peut s'exercer à l'état social selon une position contractualiste. Pour pouvoir exercer son libre-arbitre, il faut disposer de liberté, sans laquelle il est impossible d'agir comme on l'entend puisque sous la contrainte. Rousseau théorise également le fait que la liberté n'est rendue possible qu'à travers l'existence de lois, pour les mêmes raisons qu'Hobbes, en ce que l'état naturel des Hommes est incompatible avec la vie en société, qui deviendrait chaotique et anarchique sans organisation sociale. Toutefois, sa position diffère de Hobbes du fait que selon lui, les lois doivent être établies grâce au concept de volonté générale : chacun participe à l'élaboration des lois et se soumet donc au respect de ces lois décidées ensemble. Il conceptualise en réalité ici ce qui se rapproche de la démocratie, à savoir le fait que l'obéissance à des lois qui limitent la liberté d'agir de chacun est légitime uniquement parce que chaque citoyen en est en partie l'auteur. Les individus ne se soumettent qu'à la loi qu'ils ont eux-mêmes créée. « *La liberté sans la justice est une véritable contradiction ; car comme qu'on s'y prenne, tout gêne dans l'exécution d'une volonté désordonnée* »³⁸. Rousseau, par sa théorie du contrat social, soumet donc lui aussi l'existence de la liberté et du libre-arbitre à l'existence du système juridique par l'élaboration de lois.

52. Le compatibilisme selon Locke. John Locke, philosophe anglais des XVIIème et XVIIIème siècles, est quant à lui un partisan de la théorie du compatibilisme, qui soutient le fait que le déterminisme et le libre-arbitre sont compatibles. En réalité, Locke ne parle pas à proprement parler de déterminisme, il dira que la volonté divine, que l'on peut assimiler à l'état de nature des Hommes, est la plus grande forme de liberté pour les individus. Ainsi, dans l'état de nature, les hommes seraient entièrement libres « *d'organiser leurs actions, de disposer de leurs biens comme ils l'entendent (...)* »³⁹. Sa position diffère ici de la position classique des philosophes libéraux qui affirment que le libre-arbitre n'existe justement que lorsque l'Homme échappe à son état de nature, et que la liberté n'existe que lorsque cet état de nature est anéanti par l'existence d'une société régie par des lois. Toutefois, Locke ne nie pas non plus l'existence du libre-arbitre, il le conçoit juste comme compatible avec l'existence de lois naturelles. Ce dernier conçoit toutefois, comme Hobbes et Rousseau, que

³⁸ ROUSSEAU Jean-Jacques « *Lettres écrites de la Montagne* », Lettre n°8

³⁹ LOCKE John, « *Deuxième traité du gouvernement civil* », 1690

l'exercice des libertés nécessite l'intervention des lois « *Il est certain que la fin d'une loi n'est pas d'abolir ou de restreindre la liberté mais de la préserver et de l'augmenter. Ainsi, partout où vivent des êtres créés capables de lois, là où il n'y a pas de lois il n'y a pas non plus de liberté* »⁴⁰. Il confère, de la même manière que les contractualistes classiques, un pouvoir de contrôle de l'État sur les libertés des Hommes par le biais de la loi, mais il précisera toutefois que ce pouvoir doit s'exercer dans la limite du raisonnable et prône un droit à la désobéissance ou à la résistance en cas d'abus illégitime de ce pouvoir, qui empièterait trop sur la liberté et le libre-arbitre des individus.

53. Le libre-arbitre est une notion qui semble alors purement indissociable du droit, qui, selon ces penseurs, lui permet d'être exercé voire même d'exister. Ce sont les lois qui organisent l'ordre social et qui rendent les Hommes libres de leurs actes, lois sans lesquels l'anarchie annihilerait le concept même de liberté individuelle. Toutefois, la pensée de l'école classique permet à l'inverse de constater que le libre-arbitre peut également être conçu comme le fondement du droit, et plus précisément de la matière pénale. C'est parce qu'il existe que l'État est légitime de créer des infractions et d'établir des sanctions, en ce que l'individu libre serait en toute logique responsable de ses mauvais comportements.

Paragraphe 2 : La pensée de l'école classique en tant que reflet de l'existence du libre-arbitre en matière pénale

54. L'essence de l'école classique pénale. L'école classique du droit pénal est un courant qui naît dans la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle avec le traité « *Des délits et des peines* » de Cesare Beccaria qui marque l'avènement d'une nouvelle doctrine pénale combattant les inégalités, opposée à la royauté de l'Ancien Régime et à visée libérale de protection des droits de l'Homme. Cette doctrine est fondée sur des réflexions purement philosophiques à propos de la peine, du droit de punir et donc par accessoire, du libre-arbitre et de la manière dont cette liberté influence le fonctionnement du système juridique.

⁴⁰ *Ibid.*

55. La mise en balance entre existence du libre-arbitre et nécessité de l'ordre social par Beccaria. Cesare Beccaria est un juriste, criminologue, philosophe et homme de lettres italien du XVIII^{ème} siècle, donc célèbre pour son unique traité « *Des délits et des peines* » qu'il publiera à 26 ans. Ce dernier, avec l'intention de déplacer les aspirations du système pénal autoritaire de l'Ancien-Régime, fonde sa réflexion sur le postulat de l'existence même de la liberté de l'Homme. En réalité, il considère l'Homme à l'état naturel comme un être libre, mais dont la liberté n'était pas immuable en ce qu'elle pouvait lui être aliénée : « *Libres et isolés sur la surface de la terre, las de s'y voir sans cesse dans un état de guerre continuel, fatigués d'une liberté que l'incertitude de la conserver rendait inutile* »⁴¹. Selon Beccaria, pour former une société protectrice de cette liberté, les Hommes doivent « *en sacrifier une partie pour jouir sûrement et en paix du reste* »⁴². L'auteur conçoit ici le libre-arbitre des Hommes mais qui, pour pouvoir être exercé en toute certitude, doit être confié à une nation et à sa souveraineté en échange donc de la sécurité. Le souverain devient alors le gardien et le dispensateur légitime de cette liberté. Beccaria dit en somme que les Hommes, en acceptant ce contrat tacite avec l'ordre souverain, doivent accepter que ce dernier mette en place des lois, qui doivent être cohérentes, intelligibles et proportionnées, qui interdiront à l'individu d'adopter certains comportements antisociaux, individu qui, puisqu'il est doué de libre-arbitre, choisira ou non de respecter ces exigences. Ainsi, l'existence même du libre-arbitre de l'Homme suggère que ce dernier serait pleinement responsable de la violation de cette forme de contrat social : c'est le principe même de l'infraction.

56. La liberté de choisir entre le bien et le mal comme justification à la punition.

Il en découle que la punition est justifiée dans la mesure où, les individus étant capables de choisir entre le bien et le mal, il n'est pas arbitraire de les punir lorsqu'ils commettent des crimes contrevenant à l'ordre social. Pour autant, le principal combat de Beccaria réside dans la lutte contre la punition cruelle qui serait par ailleurs inefficace. Les peines qu'il promeut doivent être certaines et promptes⁴³, car c'est dans la certitude de la peine que réside la dissuasion plutôt que dans sa nature. La juste peine, proportionnée à la gravité du crime et

⁴¹ BECCARIA Cesare, « *Des délits et des peines* », Traduit par M. Chaillou de Lisy, Institut Coppet, Chapitre 1 « Origine des peines ».

⁴² *Ibid.*

⁴³ DAMON Julien. « *Cesare Beccaria. La certitude de la peine* », in « *100 penseurs de la société* », Presses Universitaires de France, 2016, pp. 31-32

qui respecte la dignité humaine et l'équité est la traduction pénale d'une philosophie libérale : les individus, dont le choix de leurs actes est limité par l'existence de lois punitives, voient en contrepartie l'État garantir le respect de leurs droits, même dans la sanction. La juste punition aura finalement un effet sur le libre-arbitre même puisqu'elle influencera les choix futurs des individus rationnels qui d'eux-mêmes auront tendance à user de leur libre-arbitre pour faire le bien et pour éviter la punition.

57. Libre-arbitre et utilitarisme selon Bentham. Jeremy Bentham, philosophe et juriste anglais du XVIII^{ème} siècle est perçu comme le second père fondateur de l'école classique du droit pénal. Il a également institué le courant utilitariste hédoniste qui traite de la morale humaine qui, selon lui, tend vers la recherche d'un maximum de bonheur individuel, par un calcul des plaisirs et des peines dont doit résulter un maximum de bonheur⁴⁴. Ce dernier, pour comprendre ce fameux calcul, essaye de comprendre en fonction de quoi les Hommes se déterminent. C'est l'analyse de ces comportements qui, en matière juridique, permettra de fabriquer des lois qui s'adaptent à ce calcul et qui infléchiront en ce sens la conduite humaine. C'est ici qu'intervient chez Bentham l'étude du concept de libre-arbitre, en lien avec sa vision de la justice.

58. L'analyse empirique des déterminants des choix de l'Homme par le législateur. Bentham dira que « *La liberté, c'est-à-dire le sentiment de liberté, existe sans conteste, mais la nécessité n'est pas pour autant exclue. C'est parce que je peux commander à mes pensées, et parce que j'ai un pouvoir sur elles – dont je sens à chaque instant que je le possède – que j'écris ou dicte ces observations. Mais qu'est-ce qui m'a engagé dans cette occupation ? C'était quelque chose d'extérieur à ces mêmes pensées, ou une pensée qui était déjà dans mon esprit sans que je fasse aucun effort volontaire pour l'y amener ou l'y maintenir* »⁴⁵. On constate ici que Bentham approuve l'existence du libre-arbitre et de la liberté de choix des individus qui bénéficient d'un contrôle sur leurs pensées, mais qu'il parle également d'agissements davantage automatiques que réfléchis. Par-là, Bentham établit en réalité qu'il faut se résigner à ne pas pouvoir connaître toutes les caractéristiques

⁴⁴ CLÉRO Jean-Pierre. « *Le calcul benthamien des plaisirs et des peines. Calcul introuvable ou seulement indéfiniment différé ?* », Archives de Philosophie, vol. 78, n°2, 2015, pp. 229-258.

⁴⁵ LEROY Marie-Laure. « *La « dynamique psychologique » selon Bentham : une théorie de la motivation* », Cahiers critiques de philosophie, vol. 4, n°2, 2007, pp. 85-94.

des comportements des Hommes ni toutes leurs déterminations. Le législateur en ce sens doit accepter de mettre en œuvre des lois et des sanctions en étant pas en totale connaissance de cause de la nature humaine et de ses aspirations. Il ne faut toutefois absolument pas concevoir ce postulat comme étant celui d'un quelconque déterminisme. Il s'agit juste pour Bentham de prouver que le législateur se doit de tenter d'analyser le comportement humain en tentant de travailler à partir d'hypothèses vraisemblables ou probables en ce que le libre-arbitre de l'Homme ne peut pas être parfaitement saisi, analysé et surtout anticipé. Le libre-arbitre selon Bentham s'interprète donc par le prisme utilitariste : il est une capacité à agir conformément à ses propres motivations et à celles de la société toute entière afin de maximiser le bonheur individuel comme collectif.

59. La conception globale du système pénal par Bentham. Le système pénal doit donc être au maximum fondé sur la base de preuves empiriques, sur l'étude de ce que dissuaderait le mieux les individus en fonction de l'étude de leur choix rationnels, mais il ne peut pas l'être en totalité. Il rejoint également la position de Beccaria et de la pensée de l'école classique quant à la peine qui, pour être dissuasive doit selon lui être clairement définie par la loi et proportionnée. Il s'oppose à la sévérité du système et à la torture qui ne seraient, quoi qu'il en soit, pas la bonne manière d'aborder la sanction et de la rendre plus efficace.

60. L'école pénaliste classique concevant la liberté et les droits comme étant au cœur de causes à protéger se fonde sur l'existence même du libre-arbitre de l'Homme quant à ses choix pour justifier l'existence de l'encadrement par les lois des comportements humains antisociaux qui peuvent rationnellement être évités par les individus.

61. Conclusion du Chapitre 1 – La philosophie libérale et ses divers penseurs ont ancré de manière transcendante l'existence du libre-arbitre dans la vie des Hommes. Les individus sont conçus comme des êtres libres en tant que tel et non soumis à des forces extérieures qui les obligeraient ne pas être maîtres de leurs actes. La philosophie est une matière qui semble être présente dans bien d'autres, notamment dans le droit. La conception juridico-philosophique du libre-arbitre par certains auteurs, qui prouvent que droit, liberté et libre-arbitre sont indissociables, permet de le constater. Ainsi, le libre-arbitre a pu évoluer,

sur la base de ces fondements ancrés, dans la matière juridique, en passant par la matière pénale qui probablement la branche du droit la plus influencée par ce concept. Les pénalistes le constatent probablement assez aisément lorsque, dès l'Antiquité, les philosophes évoquent la notion de responsabilité lorsqu'ils traitent de la liberté d'agir des individus, de choisir entre le bien et le mal. La responsabilité est en réalité le cœur même à la fois de la philosophie du libre-arbitre, qui s'attache davantage au concept de responsabilité morale, et du droit pénal, qui s'attache nécessairement à la responsabilité pénale. C'est par les prémices de son école classique et de ses auteurs que le cheminement du lien intangible entre libre-arbitre et responsabilité débute. Cette profonde connexion évoluera, bien entendu, dans de nombreux aspects du droit positif, à commencer par la notion d'imputabilité. En tant que fondement même de l'existence de la responsabilité pénale, le prochain volet de l'étude de la conception libérale du droit pénal consistera à étudier les rapports qu'entretiennent la notion libre-arbitre et celle d'imputabilité d'une infraction à son auteur (Chapitre 2).

Chapitre 2 -

Le rapport entre libre-arbitre et imputabilité d'une infraction à son auteur

62. Le libre-arbitre et l'imputabilité sont deux notions unies par un lien d'interdépendance en ce que l'imputabilité d'une infraction à son auteur dépend en réalité de l'existence même du libre-arbitre de ce dernier qui doit pouvoir être démontré. L'imputabilité en matière pénale relève de l'idée selon laquelle un acte délictueux doit pouvoir être porté au compte de l'agent qui le produit. Derrière la notion d'imputabilité apparaît en réalité plus largement celle de responsabilité, dont les composantes établies sont cette fameuse imputabilité couplée à la culpabilité, qui se traduit généralement par l'existence d'une faute, qui peut être intentionnelle ou non. La culpabilité apparaît toutefois comme une notion objective, qui dépend de l'acte commis et non de l'auteur et de son état, qui n'a donc pas réellement lieu d'être étudiée dans le cadre de son rattachement à l'existence du libre-arbitre. Au regard de ces deux composantes, il est primordial d'expliquer en premier lieu la manière dont la responsabilité pénale a évolué, en passant d'une conception objective à une conception plus subjective. C'est *in fine* dans le cadre de cette conception subjective que la responsabilité dépendra de l'imputabilité. (Section 1).

63. L'imputabilité reste toutefois aujourd'hui une notion compliquée à cerner. La doctrine a tendance à regrouper sous cette notion les conditions qui intéressent l'aptitude de l'agent à se voir reprocher une infraction⁴⁶. Ainsi, aux termes de la conception classique de l'imputabilité pénale, un acte délictueux est imputable dès lors que l'agent a agi « *avec une intelligence lucide et une volonté libre* »⁴⁷. À travers ce postulat, il apparaît que l'existence du libre-arbitre, de par les notions de lucidité et de volonté, est la condition même de l'imputabilité d'une infraction à son auteur (Section 2).

⁴⁶ ROUSSEAU François, « L'imputation de la responsabilité pénale », Éd Dalloz, 2009, n°6, p. 9.

⁴⁷ AUSSEL Jean-Marie., « La contrainte et la nécessité en droit pénal », in STÉFANI Gaston, « Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal. Études de droit criminel, Dalloz, 1956, p. 256, n°6.

Section 1 - Le passage d'une conception objective à une conception subjective de la responsabilité pénale

64. La responsabilité dans sa dimension objective est une conception revêtant un caractère archaïque, aujourd'hui dépassé, mais qu'il est nécessaire de comprendre pour en constater les lacunes (Paragraphe 1) qui seront comblées par une émergence de la prise en compte du libre-arbitre comme critère de responsabilité dans sa conception classique (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La seule existence de l'acte comme critère de responsabilité dans sa conception archaïque

65. **L'imputation comme seul critère de responsabilité.** Dans les sociétés archaïques, la responsabilité était conçue de manière objective et collective. Elle a en effet de tout temps été conçue comme une réaction à la transgression. Selon Fauconnet, c'est de cette puissante réaction que découle la responsabilité⁴⁸, et cette dernière préexiste avant même la détermination de potentiels responsables. Elle préexiste de manière flottante, avant de se « *fixer sur tels ou tels sujets* »⁴⁹, et c'est par cette fixation que sera déchargée l'émotion suscitée par le crime sur un individu. Seule la notion d'imputation compte, l'imputabilité étant elle encore totalement ignorée⁵⁰. Une présomption générale de responsabilité est établie : tous les êtres peuvent être responsables, animaux, humains, végétaux et même des cadavres⁵¹.

66. **L'existence du coupable découlant de l'existence du fait en droit romain.** Son objectivité découlait en premier lieu du caractère matériel de l'infraction. En effet, durant des siècles, la seule constatation d'un acte matériel suffisait à engager la responsabilité de son auteur. En droit romain, l'adage « *noxae se obligare* » traduit comme le fait de « se lier à son acte » démontre cette manière de penser l'imputation en ce que l'Homme se trouve engagé car l'acte se désigne par la cause⁵². De l'existence de cet adage découle une pratique

⁴⁸ FAUCONNET Paul., « *La responsabilité, Étude de sociologie* », Éd F. Alcan, 1920, p.244

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Cf. Distinction de l'imputation et de l'imputabilité dans l'introduction.

⁵¹ JOURDAIN Patrice., « *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale* », Thèse Paris II, 1982, n°60

⁵² GOMEZ Élisabeth « *L'imputabilité en droit pénal* », Thèse La Rochelle, 17 novembre 2017, p10.

romaine appelée « l'abandon noxal », qui consiste, pour le *pater familias*, à remettre au clan adverse, offensé par un des siens, l'auteur du dommage. Toutefois, quand bien même l'auteur était identifié, la responsabilité romaine était notamment conçue objectivement en ce qu'elle était collective et juridiquement parlant, seul le *pater* était en réalité le seul à répondre du délit commis par l'un des siens⁵³. C'était une forme de responsabilité automatique. Pour autant, l'abandon noxal peut tout de même être perçu comme une forme ancienne d'imputation, à différencier bien sûr de l'imputabilité, en ce que l'attribution objective d'une infraction se faisait au profit du « bon coupable »⁵⁴, qui endossait une forme de responsabilité morale de son acte. C'est ainsi de l'existence du fait que découle l'existence du coupable, l'acte matériel est à la racine même du droit.

67. L'absence de prise en compte de l'état de l'auteur en matière de responsabilité. Le droit ne s'impute pas à un auteur pour ce qu'il est mais pour ce qu'il fait. En d'autres termes, l'état d'esprit de l'agent au moment des faits importe peu. À l'époque romaine, on ne cherche pas à identifier de volonté coupable et la capacité de l'auteur à éprouver une telle volonté importe peu. Il n'y a aucune distinction faite entre un meurtre et un homicide involontaire ni entre un acte gratuit et un acte commis en état de défense légitime ou sous la contrainte par exemple. C'est ici une représentation très claire de la négation de la notion de libre-arbitre dans la responsabilité archaïque qui ne tenait donc pas compte de l'état de l'auteur et de sa capacité à vouloir ce qu'il fait et à être discernant.

68. La responsabilité collective. La responsabilité dans sa conception collective en tant que telle, est également une manière de nier l'existence de l'imputabilité et du libre-arbitre en ce que quiconque peut répondre des actes des siens : le Code d'Hammurabi⁵⁵ prévoyait par exemple que si un Homme provoquait la mort de la fille d'un autre Homme libre, alors la fille de l'agresseur devait être tuée. Ainsi, l'acte du père était projeté sans distinction sur sa fille à titre de sanction. Il y avait une confusion totale des responsabilités qui empêchait, bien entendu, l'appréciation subjective de la responsabilité.

69. La sanction conçue sur des critères attenants à l'acte uniquement en droit Franc. En droit franc, la conception objective et matérielle de la responsabilité peut aussi

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Texte juridique babylonien daté d'environ 1759 avant J-C.

aisément se constater au regard du système de rétribution établi pour lutter contre la vengeance privée. Il s'agit d'une loi venant obliger le coupable, ou du moins son clan, car la responsabilité était également conçue de manière collective, à verser une contribution pécuniaire appelée le *wergeld* à la famille adverse⁵⁶. Ici encore, la sanction était fondée sur des critères attendant uniquement à l'acte, à sa gravité, et au dommage causé à la victime. Allant à l'encontre de la conception pénaliste actuelle, ces droits anciens ignoraient finalement la variable de l'auteur dans la caractérisation d'une infraction.

70. La pénalisation de la folie par l'Ancien droit. Il en découle que l'Homme doté de toutes ses facultés intellectuelles et celui atteint, par exemple, d'un trouble mental, étaient appréhendés de la même manière par le droit, ce qui prouve à nouveau l'absence de lien entre l'état de l'auteur et sa responsabilité à l'époque. Ainsi, dans l'ancien droit, les fous commettant des actes délictueux étaient non seulement punis pour leurs actes criminels qu'on leur imputait, mais qui plus est sévèrement car l'idée selon laquelle un individu dément était tout simplement un individu ayant chargé son âme de péchés était entretenue, ce qui justifiait une répression d'autant plus sévère.

71. Au-delà de cette non-considération de l'état de l'auteur dans l'équation infractionnelle, certaines conceptions, parfois déjà esquissées dans les époques anciennes mais surtout affirmées dans des époques plus récentes, permettent l'émergence d'une responsabilité subjective conditionnée par l'exigence d'un libre-arbitre, responsabilité telle que nous la concevons aujourd'hui. Dès lors, « *l'imputation d'une infraction a, d'abord, reposé sur un rapport essentiellement objectif ou matériel, pour, ensuite, s'enrichir d'une exigence subjective tenant au libre arbitre de la personne humaine* »⁵⁷.

Paragraphe 2 : L'émergence de la prise en compte du libre arbitre comme critère de responsabilité dans sa conception classique

72. Le passage de l'imputation à l'imputabilité comme fondement de la responsabilité pénale. Les sociétés occidentales, à mesure qu'elles évoluent, vont subjectiver la responsabilité et accorder une place grandissante à l'individu, sujet de sa sanction. On passe d'une conception « *du crime vers le patient* » à une conception « *du*

⁵⁶ GOMEZ Elisabeth « L'imputabilité en droit pénal », Thèse La Rochelle, 17 novembre 2017, p.10

⁵⁷ ROUSSEAU François, « *L'imputation de la responsabilité pénale* », Dalloz, 2009, n°5, p. 8.

patient vers le crime »⁵⁸. Cette essor de l'individualisme conduit le droit à abandonner la notion d'imputation comme seul critère de la responsabilité pour passer vers l'étude de l'imputabilité à cet effet.

73. L'émergence de la notion d'intention comme prémice de la subjectivisation de la responsabilité pénale. Cette tendance à l'individualisation de la responsabilité s'observait déjà en effet de manière très éparse en droit romain, mais ne correspondait pas à la notion d'imputabilité au sens du droit positif. À Rome, depuis l'adoption de la loi Cornelia de *sicariis*, durant le dernier siècle de la République, nul fait ne peut entraîner une peine s'il n'a été commis « *dolo aut culpa* »⁵⁹ soit donc par dol ou par faute. C'est ici une ébauche de la conscience de l'agent. Un autre texte du Code Justinien indiquera ainsi « *Crimen enim contrahitur, si et voluntas nocendi intercedat* »⁶⁰, ce qui signifie que le crime n'est engagé que si la volonté coupable survient. La responsabilité pénale suppose la conscience de ses actes, l'intention d'agir étant nécessaire pour caractériser l'élément moral de l'infraction. Par ce préétabli, on constate que le principe même d'imputabilité est encore ignoré par le droit romain, mais que l'absence de capacité dolosive suffit parfois à déclarer l'agent irresponsable. C'est une forme de subjectivisation de la responsabilité en ce que ce que l'absence d'intention (à dissocier de l'absence du libre-arbitre), permet de rendre un individu irresponsable.

74. À partir du XII^{ème} siècle, l'influence des théologiens et des philosophes humanistes se perçoit en matière de conception de la responsabilité qui cette fois-ci tend réellement à la prise en compte de l'imputabilité de l'infraction.

75. L'émergence de la prise en compte de la conscience et de la volonté par la doctrine canonique. La doctrine canonique en est l'instigatrice : L'Abbé René Metz dit que « *L'imputabilité matérielle est nécessaire sans doute, mais elle ne suffit pas. L'auteur doit être moralement responsable de l'acte* »⁶¹. Saint-Ambroise en suivra le raisonnement par son adage « *Nemo nostrum tenetur ad culpam, nisi voluntate propria deflexerit* » signifiant

⁵⁸ FAUCONNET Paul., « *La responsabilité, Étude de sociologie* », Éd F. Alcan, 1920, p. 303 et s.

⁵⁹ HEMERY, Yves. « *Irresponsabilité pénale, évolutions du concept*, « *Le digeste de Justinien* », Livre 48, in *L'information psychiatrique*, vol. 85, n°8, 2009, pp. 727-733.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ METZ René, « *La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval* », *Annales de la faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg*, 8, 1961

que personne n'est tenu responsable (coupable) à moins que la volonté s'écarte du droit chemin. C'est l'avenance ici des notions de conscience, d'intelligence, de volonté quant à la commission d'un acte, soit les premières composantes de l'imputabilité en son sens classique.

76. L'émergence de la prise en compte du discernement par apparition d'excuses pénales relatives à l'état mental de l'auteur. Philippe de Beaumanoir établit, durant la seconde moitié du XIII^{ème} siècle, que les forcenés (ceux qui sont hors de sens, comme les malades mentaux) « *ne sont pas justiciés en la manière des autres par ce qu'ils ne savent ce qu'ils font* »⁶². Quant à l'excuse du crime par l'état de l'auteur qui serait hors de sens, dément, c'est l'apparition ici du critère du discernement, en tant que seconde condition de l'imputabilité. Le droit canon répond à la même logique en ce que si la raison et la volonté étaient altérées, la faute était considérée comme non imputable. La folie entraînait l'ignorance totale, le fou qui proférait des hérésies n'était point puni, puisque la folie le punissait bien assez elle-même⁶³. Puis, l'affaire Suzanne Firmin, jugée le 7 mars 1795, fit ensuite prendre un nouveau tournant au droit en permettant d'enclencher le processus législatif et ainsi de reconnaître juridiquement le principe d'irresponsabilité pénale pour les individus atteints de troubles mentaux, principe qui sera consacré par l'article 64 du Code pénal de 1810, qui disposera qu'« *il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister* ». C'est ici la consécration juridique de l'exclusion pénale de l'individu privé de discernement, cause qui existe toujours à l'heure actuelle.

77. La consolidation du lien entre libre-arbitre et imputabilité. L'exigence d'une volonté libre à l'origine du crime et d'une capacité à comprendre ses actes deviendront la condition primordiale à toute imputation d'un acte délictueux⁶⁴. Dès lors, la responsabilité pénale se concentre uniquement sur l'Homme et non plus sur les animaux ni les plantes, qui ne sont pas sujets à l'imputabilité car exclus de toute volonté. L'étude de l'évolution de la responsabilité pénale est ainsi primordiale en ce qu'elle permet de comprendre les mécanismes de subjectivisation de la responsabilité pénale. Le socle même de ce caractère

⁶² DE BEAUMANOIR Philippe, « *Les coutumes du Beauvoisis* », Tome 1, Éd J. Renouard, 1842

⁶³ Repertorium inquisitorium prauitatis haereticae, 1494

⁶⁴ JOURDAIN Patrice., « *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale* », Thèse Paris II, 1982, n°63

subjectif repose sur l'existence de l'imputabilité en tant que préalable nécessaire à l'imputation d'une infraction à son auteur. Par ailleurs, les éléments composites de l'imputabilité, tels que constatés dans son évolution, semblent donc être regroupés autour de la volonté et du discernement. Or, ces derniers correspondent en réalité à la définition même du libre-arbitre, qui devient alors lui-même la condition de l'imputabilité d'une infraction. Il en ressort alors que l'imputation d'une infraction a d'abord reposé sur un rapport essentiellement objectif et matériel pour ensuite s'enrichir d'une exigence subjective d'imputabilité tenant au libre-arbitre de l'individu.

Section 2 - L'existence du libre-arbitre comme condition de l'imputabilité d'une infraction à son auteur

78. L'existence du libre-arbitre en droit pénal positif se traduit par l'existence de l'imputabilité. Si le libre-arbitre existe aux yeux du droit et des juges, l'imputabilité existe elle aussi. Il convient donc désormais de comprendre sur quoi se fonde la condition de l'existence du libre-arbitre. En ce sens, il est rattaché, de par sa définition juridique qui fait l'unanimité, à deux conditions : celle de l'existence du discernement (Paragraphe 1), et celle de l'existence de la volonté (Paragraphe 2). Il conviendra, pour ces deux conditions, d'étudier comment le droit les définit et la manière dont elles sont caractérisées⁶⁵.

Paragraphe 1 : La condition de l'existence du discernement

79. Le domaine du discernement. La doctrine a pu s'interroger par le passé sur la place même de la notion de discernement dans la responsabilité pénale : affecte-t-il la culpabilité (la faute, voire l'infraction), ou l'imputabilité (le lien de l'infraction à son auteur) ? Les juristes apparaissent parfois divisés sur la question mais s'entendent tout de même à l'unanimité sur la seconde option. La Cour de cassation, dans un arrêt du 13 mars 1991⁶⁶, a par ailleurs jugé que l'irresponsabilité pénale de l'auteur principal pour cause de démence n'empêchait pas la responsabilité du complice, les faits conservant leur caractère délictueux. Même si la jurisprudence est peu fournie en la matière, on peut considérer que c'est donc bien l'imputabilité qui est liée au discernement, et non la culpabilité⁶⁷.

80. Discernement et libre-arbitre. Le discernement peut être conçu comme l'élément préalable de l'imputabilité. Il n'est pas défini par le droit pénal de façon positive, alors même qu'il lui est fait référence à de nombreuses reprises, notamment lorsqu'il règle les questions essentielles des troubles mentaux et de la minorité. L'individu discernant peut-être envisagé globalement comme celui qui est conscient de la valeur morale (au sens

⁶⁵ Il ne sera traité dans cette section que des conditions et des conséquences de leur existence. Leurs atteintes, abolitions (par les troubles mentaux, la contrainte...) et leurs conséquences en droit positif sont l'objet du Titre 2 qui suivra.

⁶⁶ Cass, Crim. 13 mars 1991, Bull. crim. N° 125

⁶⁷ BONFILS Philippe, BOUREGOIS-ITIER Laura, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale/ Enfance délinquante, Chapitre 5 « Responsabilité pénale des mineurs », Section 1, n°164 et 165, Dalloz, mis à jour de mars 2024

philosophique) ou juridique (au sens infractionnel) du fait que l'on lui reproche⁶⁸. C'est un concept qui se veut nécessairement rattaché au libre-arbitre puisque qu'il dépend de la conscience des actes commis, qui, si elle n'existe pas, induit une absence de libre-arbitre. Un acte effectué sans discernement est un acte effectué sans son libre-arbitre. C'est ici probablement, avec la volonté, le concept appréhendé par le droit pénal qui illustre le mieux la prise en compte du libre-arbitre en la matière.

81. Interprétations doctrinales de la place du discernement face à l'infraction.

Le professeur André Giudicelli,⁶⁹ disposera que « *préalablement à l'identification d'une faute intentionnelle chez l'agent, peut se poser la question du discernement et de la liberté d'agir de celui-ci car, sans imputabilité morale, il ne peut y avoir de culpabilité en général et d'intention en particulier : en effet, comment admettre une tension de la volonté vers un résultat donné lorsque l'intelligence fait défaut ou que la liberté est contrainte ?* ». Ce dernier amorce la question de l'impact du discernement (parfois évoqué par le terme d'intelligence, au sens de conscience de ses actes) et de la liberté d'agir sur l'intention. De la même manière, Emmanuel Dreyer considère, plus précisément à propos du discernement uniquement, au sujet du dément et de l'infans, que « *l'inconscience de l'auteur du fait principal interdit de penser qu'il a pu rechercher le résultat redouté par le législateur lorsqu'il a commis le fait en question. Il ne peut donc avoir agi de manière intentionnelle* »⁷⁰. En résumé, pour une partie de la doctrine, « *si l'on n'est pas libre de vouloir, il n'est nullement nécessaire d'envisager l'expression d'une volonté* »⁷¹. Le discernement apparaît donc le préalable de la volonté, qui elle-même est le préalable de l'intention.

82. L'arrêt Laboube⁷² comme pierre angulaire de l'introduction du discernement en droit pénal. La Cour de cassation semble avoir fait du discernement un principe général du droit par sa célèbre formule de l'arrêt Laboube rendu par la chambre criminelle de la Cour de Cassation le 13 décembre 1956 portant sur du droit pénal des mineurs. En l'espèce, un mineur âgé de 6 ans blesse involontairement une camarade de

⁶⁸ GARRAUD René, « *Précis de droit criminel* », Éd Gallica, Onzième éd, 1912, p.197

⁶⁹ GIUDICELLI André, « *Incertitudes sur les frontières de l'intention* », in « *Dix ans après la réforme de 1994, quels repères dans le code pénal ?* », travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, t. XXIV, Éd Cujas, 2005.p. 30 et 31.

⁷⁰ DREYER Emmanuel, « *Droit pénal général* », Éd Litec, 4^{ème} éd, 2016, n°1102, p. 802.

⁷¹ SAAS Claire, « *L'ajournement du prononcé de la peine. Césure et recomposition du procès pénal* », Dalloz, n°172, 2002

⁷² Cass, Crim. « Laboube » 13 décembre 1956, 55-05.772

classe et est déclaré coupable du délit de blessures involontaires en première instance. La Cour d'appel de Colmar confirme cette décision. Un pourvoi en cassation est formé et la question à laquelle doivent répondre les juges du droit est celle de savoir si un mineur ayant commis un acte sans le vouloir ni sans en mesurer la portée peut voir sa responsabilité pénale engagée. Autrement dit, un mineur dépourvu de discernement peut-il être considéré comme pénalement responsable ? La Cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel : les juges diront que « *l'arrêt ne pouvait prononcer que sa relaxe* » aux motifs que « *le mineur dont la participation à l'acte matériel à lui reprocher (...) ait compris et voulu cet acte* » et que « *toute infraction, même non intentionnelle, suppose en effet que son auteur ait agi avec conscience et volonté* ». Ainsi, la Cour de cassation répond par la négative à la question qui lui est posée en affirmant que pour être reconnu comme pénalement responsable, un mineur doit avoir agi avec discernement. Cet arrêt a une portée colossale en droit pénal des mineurs en ce qu'il consacre pour la première fois la capacité de discernement comme une condition de la responsabilité pénale. Toutefois, la portée de cet arrêt est en réalité plus générale puisque dorénavant, tout individu, majeur ou mineur, doit disposer de la faculté de juger et d'apprécier la portée de ses actes pour être considéré comme pénalement responsable.

83. Le discernement en droit positif à la lumière des textes législatifs en vigueur.

À la suite de lois successives, le Code pénal intègre, dans plusieurs articles la notion de discernement en tant que condition à l'imputabilité d'une infraction à son auteur. Toutefois, son implication est conçue négativement puisque les articles en question régissent les causes de non-imputabilité, ce qui sous-entend que ces articles prévoient les cas d'absence de discernement. C'est le cas en premier lieu de la non-imputabilité pour cause de trouble mental, régie par l'article 122-1 alinéa 1 du Code pénal, dont la version en vigueur date de la loi n°2014-896 du 15 août 2014, qui dispose que « *N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes* ». L'autre branche concernée par l'absence de discernement est, en toute logique, le droit pénal des mineurs. L'article L11-1 alinéa 1 du Code de la justice pénale des mineurs, en vigueur depuis le 30 septembre 2021, qui fait suite à l'article 122-8 du Code pénal, dispose que « *Lorsqu'ils sont capables de discernement, les mineurs, au sens de l'article 388 du code civil, sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils sont reconnus coupables.* »

84. Il en découle que le libre-arbitre d'un individu, qui se traduit en partie par sa capacité à disposer de son discernement au sens du droit pénal, est devenu en droit positif la condition *sine qua non* de l'imputabilité d'une infraction à son auteur. Par le biais de ces liens de cause à effet, il en découle que le libre-arbitre est un fondement ancré de la responsabilité pénale, puisqu'elle-même dépend de l'imputabilité. Le second volet de l'étude du lien entre libre-arbitre, imputabilité et responsabilité passe également par la caractérisation de la deuxième condition attenante à l'imputabilité d'une infraction à son auteur : la volonté.

Paragraphe 2 : La condition de l'existence de la volonté

85. **La notion de volonté.** Au-delà de la conscience claire, le libre-arbitre dépend de l'existence d'une volonté libre. Elle incarne la capacité de faire un choix, non plus vraiment au sens de la capacité à être conscient de ses actes, qu'est le discernement, mais davantage attenante à la liberté de choisir, liberté qui ne doit pas être entravée. L'origine motrice de l'acte doit se trouver dans le for intérieur de l'auteur et il doit provenir⁷³ de son psychisme.

86. **La volonté comme condition de l'imputabilité et de la culpabilité.** La volonté semble pouvoir être dédoublée en un aspect objectif et en un aspect subjectif⁷⁴. En effet, cette dernière peut tout d'abord être conçue comme une composante de l'élément moral, qui se rattache lui-même au concept de culpabilité. Dans ce premier cas, la volonté se conçoit aux côtés de la connaissance de violer la loi, qui à elles deux forment l'intention, le dol. C'est ici la volonté de commettre un comportement pénalement sanctionné qui est envisagée. C'est ainsi grâce à la volonté que sera constituée l'infraction, le fait coupable. Toutefois, dans son autre conception, la volonté, au sens cette fois du libre-arbitre, se rattache à l'imputabilité. En soi, ce qui est pris en considération dans ce cas-là est le fait que l'auteur ait « dû » commettre une infraction sans en avoir le choix. Il en résulte que ce dernier n'a pas voulu porter atteinte aux valeurs sociales protégées, ce qui justifie qu'il ne soit pas condamné. Cette dichotomie entre la volonté-culpabilité et la volonté-imputabilité⁷⁵ démontre par ailleurs la séparation entre les deux notions, qu'il convient de dissocier et d'étudier séparément en matière de recherche de la responsabilité...Il est possible d'établir

⁷³ LEROY Jacques, « *Droit pénal général* », Éd Lextenso, 20/09/2022, paragraphe 523

⁷⁴ GOMEZ Élisabeth « L'imputabilité en droit pénal », Thèse La Rochelle, 17 novembre 2017, p. 43

⁷⁵ *Ibid.*

une distinction entre la « *faculté ou puissance de vouloir* », relevant de l'imputabilité, et « *la volonté de fait* », relevant quant à elle de la culpabilité. L'auteur écrit que « *les deux conditions constitutives de l'imputabilité sont, chez l'agent, la raison morale et la liberté* »⁷⁶. Ce dernier confirme donc qu'il est nécessaire d'établir une telle distinction pour mieux appréhender la notion.

87. La volonté au sens exclusif de l'imputabilité. Il s'agit, dans le cadre de l'étude de la volonté au sens du libre-arbitre, de se pencher sur la volonté conçue comme une composante de l'imputabilité. Ortolan, à la suite du constat précité, précisera quant à la seconde condition de l'imputabilité à savoir donc, la liberté, conçue au sens de volonté libre, que :

« Ce qui forme la seconde condition constitutive de l'imputabilité, c'est la puissance que nous avons de décider que l'action sera faite ou ne sera pas faite [...] autrement dit, la liberté psychologique, qu'on appelle aussi quelquefois volonté, dans le sens de faculté ou puissance de vouloir. Quant à la volonté de produire le mal contenu dans le délit, volonté de fait à laquelle s'applique beaucoup plus exactement le mot intention, elle n'est pas un élément nécessaire de l'imputabilité. »

Ce postulat semble extrêmement intéressant à étudier dans le cadre de la condition de volonté nécessaire à l'imputabilité : il permet d'exclure l'intention de commettre une infraction de cette dernière. Ce qui est intéressant est que la seule volonté qui importe est la volonté au sens de liberté psychologique pure. Lorsque l'on recherche l'imputabilité, l'important est de rechercher cette fameuse « puissance de vouloir », qui est en réalité le libre-arbitre pur.

René Garraud confirmera ce propos en disant que « *Le concept de « faute » implique le concept de « volonté » en ce sens que l'acte coupable est toujours un acte volontaire. Mais le concept est indépendant de la liberté de la volonté, du libre arbitre.* ». Il parle bien, dans sa seconde phrase, de la volonté au sens de l'imputabilité⁷⁷.

De manière plus contemporaine, Clément Margaine, dans sa thèse portant sur la capacité pénale⁷⁸, établira, dans un développement relatif à l'approche du libre-arbitre, que « *Cette distinction entre la simple volonté et la volonté libre [...] semble particulièrement*

⁷⁶ ORTOLAN Joseph, « *Éléments de droit pénal* », 2^{ème} édition, Éd H. Plon, 1859, p. 216 et suivantes

⁷⁷ GARRAUD René, « *Traité théorique et pratique du droit pénal français* », 3^{ème} édition, Éd Sirey, 1913, n°283, p. 568

⁷⁸ MARGAINE Clément, « *La capacité pénale* », Thèse Bordeaux-IV, 2011

intéressante en matière pénale, car elle permet de différencier la question de l'existence d'une volonté, qui conditionne l'élément moral de l'infraction, de celle de la liberté de cette volonté, qui conditionne l'imputation de cette infraction »⁷⁹. L'auteur en conclut que « *l'absence de liberté, en ce qu'elle prive un individu de la faculté de se déterminer librement, empêche de lui imputer une infraction dont l'élément moral est pourtant caractérisé du fait de l'existence d'une volonté* »⁸⁰.

88. Ainsi, dans l'étude de la volonté au sens de l'imputabilité, ce qui compte n'est en réalité pas l'existence de la volonté de l'acte mais l'existence même du libre-arbitre, qui conditionne la capacité de vouloir. L'irresponsabilité pénale consécutive à une cause de non-imputabilité, comme la contrainte⁸¹, dépend donc en totalité de la liberté psychologique, de la capacité de vouloir et non de la volonté elle-même, qui peut être présente au sens de l'élément moral, mais qui sera annulée du fait de la privation de la faculté de se déterminer librement. Dès lors, c'est par l'exigence d'un discernement, au sens de conscience de ses actes, et d'une volonté, au sens de liberté psychologique de se déterminer, que l'on constate l'imbrication du libre-arbitre dans la théorie de l'imputabilité.

89. Conclusion du Chapitre 2. Finalement, l'étude de la théorie de la responsabilité pénale, qui était avant conçue comme dépendante de l'acte sans considération de l'état de l'auteur, et qui a évolué vers une responsabilité subjective, dépendante avant tout de l'auteur et de la capacité à répondre de ses actes, a permis d'illustrer le passage de la notion d'imputation à la notion d'imputabilité quant au potentiel engagement de la responsabilité pénale. Cette évolution est en réalité corrélative avec l'émergence de la prise en compte par le droit de la notion de libre-arbitre. En effet, l'imputabilité, désormais conçue comme le préalable de la responsabilité (dont la seconde composante est la culpabilité) dépend totalement du libre-arbitre en ce que ses conditions d'existence sont en fait les composantes même de ce dernier. C'est, en outre, de par l'existence d'un discernement conscient et d'une volonté éclairée et libre d'agir que l'infraction pourra être imputable à son auteur. Le libre-arbitre se trouve donc, par ce lien de causalité, au cœur même de la théorie de la responsabilité pénale.

⁷⁹ *Ibid.* n°313

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Cause de non-imputabilité étudiée en détail dans le Titre 2.

Conclusion du Titre 1

90. Le libre-arbitre, avant tout en tant que concept philosophique, constitue l'un des courants de pensée les plus fondateurs de la philosophie libérale. Cette dernière, à travers ses penseurs, prône l'idée selon laquelle la liberté individuelle doit être considérée comme l'objectif à atteindre dans tous les procédés sociaux, et notamment dans le procédé juridique. Les penseurs considèrent que, parce que l'Homme est un être autonome, rationnel et libre de choisir ses propres fins, et donc, doté de libre-arbitre, il bénéficie de droits fondamentaux, qui se doivent d'être garantis. Le corollaire de ces qualités et de cette intelligence est la responsabilité morale : puisqu'un individu est libre, il l'est également quand il s'agit de développer des intentions et quant à sa manière d'agir qu'il jugera moralement acceptable ou non. Les philosophes de toutes les époques s'approprient donc ces postulats, qui leur permettent de démontrer en tout point l'existence du libre-arbitre de l'Homme.

91. Toutefois, la philosophie, envisagée en tant que matière transcendante, ne se limite pas à l'étude de la condition humaine et est bien souvent imbriquée dans la matière juridique. Cette nouvelle conception du libre-arbitre a permis de prouver que droit, liberté et libre-arbitre sont des concepts indissociables. Ainsi, le libre-arbitre a pu évoluer, sur la base de ces fondements ancrés, dans la matière juridique, en passant par la matière pénale qui est l'une des branches du droit les plus influencées par ce concept. En outre, au-delà de la responsabilité morale, envisagée par les philosophes purs, la responsabilité pénale est quant à elle rattachée au libre-arbitre par les juristes. Cette profonde connexion évoluera bien entendue dans de nombreux aspects du droit positif, à commencer par la notion d'imputabilité.

92. Aux termes de la conception classique de l'imputabilité pénale, un acte délictueux est imputable dès lors que l'agent a agi « avec une intelligence lucide et une volonté libre ». L'imputabilité, étant conçue comme le préalable de la responsabilité, dépend en réalité totalement du libre-arbitre en ce que ses conditions d'existence sont les composantes même de ce dernier. C'est de par l'existence d'un discernement conscient et d'une volonté éclairée et libre d'agir que l'infraction pourra être imputable à son auteur. Le libre-arbitre se trouve donc, par ce lien de causalité, au cœur même de la théorie de la responsabilité pénale.

93. La transcendance du libre-arbitre de la matière philosophique à la matière pénale, couplée à l'affirmation de son existence qui remonte au début des civilisations, permettent d'établir un constat final : le libre-arbitre, en tant que propre de l'Homme, est le fondement même de ses décisions. Il en découle que son existence a depuis toujours été conçue comme fondement de la responsabilité morale et pénale de chacun, postulat qui se constate non seulement à travers son étude théorique pure, mais également en pratique, au regard du droit positif qui place encore le libre-arbitre au cœur des théories pénales de la responsabilité.

94. Si l'existence même du libre-arbitre permet d'ores et déjà de démontrer qu'il constitue le fondement ancré de la responsabilité pénale, son absence, par opposition, est conçue comme une justification quant à la mise en œuvre d'une responsabilité pénale atténuée ou inexistante (Titre 2). Cette antinomie permet de confirmer que le droit pénal repose toujours sur la notion de libre-arbitre puisque l'engagement de la responsabilité ou son absence dépendront toujours de l'existence ou de l'absence du libre-arbitre de l'individu.

Titre 2

L'absence de libre-arbitre comme justification quant à la mise en œuvre d'une responsabilité pénale atténuée ou inexistante

95. L'absence de libre-arbitre s'interprète comme la privation, pour des causes internes ou externes, de l'une des composantes de ce dernier à savoir soit la conscience, soit la liberté. Puisque l'existence du libre-arbitre conditionne l'imputabilité, il va de soi qu'en son absence on parlera de non-imputabilité de l'infraction. La culpabilité existera peut-être, au regard du fait que l'acte sera commis matériellement et parfois même moralement, mais si cet acte n'est pas imputable à son auteur, alors il ne sera forcément pas responsable. Toutefois, ce fonctionnement n'est pas manichéen. Les circonstances d'appréciation de l'altération, de l'abolition ou de la privation de libre-arbitre restent compliquées à établir sont également difficiles à prouver. Ainsi, face à une atteinte au libre-arbitre, la responsabilité pourra, dans les cas les plus extrêmes, être inexistante et l'auteur de l'acte exclu totalement du système pénal, tandis que dans d'autres hypothèses plus alambiquées, cette responsabilité ne sera qu'atténuée. Quoi qu'il en soit, ces mécanismes permettront de constater la manière dont, même dans son appréhension négative, le libre-arbitre sera toujours la composante principale de la responsabilité pénale.

96. En droit positif, il existe plusieurs causes d'irresponsabilité pénale. Certaines de ces causes sont dites objectives, mais elles n'ont pas de réel lien avec le libre-arbitre, ou du moins, ce n'est pas son inexistence qui les justifie. Ce sont de faites justificatifs, mais qui n'ont pas de lien avec la psyché de l'auteur. Les causes subjectives d'irresponsabilité dépendent quant à elles de l'état de l'auteur, ce sont des causes de non-imputabilité. Parmi elles, celles qui jouent sur le libre-arbitre sont donc nécessairement celles qui jouent sur le

discernement, ce qui est le cas des troubles mentaux (Chapitre 1), et en second lieu, celles qui mettent à l'épreuve la volonté libre, ce qui est le cas de la contrainte (Chapitre 2).

Chapitre 1 –

Le discernement à l'épreuve des troubles mentaux

97. Après de nombreuses controverses historiques liées à l'appréhension de la maladie mentale en droit pénal, qui n'a pas toujours été considérée comme une cause d'affaiblissement de la responsabilité⁸², le Code pénal de 1810 consacra juridiquement pour la première fois le principe de l'irresponsabilité pénale pour les individus atteints de troubles mentaux. Il dispose qu'« *il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister* ». Cette considération sera reprise dans le Code pénal de 1994, toujours en vigueur, en son article 122-1, dont la dernière version date de la loi du 14 août 2014 qui dispose que « *N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. (...) La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ; toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime* ».

98. Cet article consacre donc le lien entre discernement et responsabilité en droit positif et distingue, en ses deux alinéas, deux types d'atteintes au discernement face à un trouble mental. Dans un premier temps, l'abolition totale du discernement est envisagée à titre de cause d'irresponsabilité pénale (Section 1), puis, l'altération partielle du discernement fait office de cause légale de diminution de peine (Section 2).

⁸² Cf. Titre 1 – Chapitre 2 – Section 1 sur l'étude de l'évolution du concept de responsabilité

Section 1 - L'abolition du discernement comme cause d'irresponsabilité pénale

99. L'abolition du discernement, au vu des conséquences importantes qu'elle entraîne sur le sort du malade mental dans le système pénal, n'est pas simple à prouver et ne représente d'ailleurs qu'une faible proportion d'affaires concernant les individus atteints de troubles. Ainsi, pour bien saisir la teneur de l'abolition du discernement, il faut d'abord en déterminer les conditions (Paragraphe 1). Finalement, cette abolition du discernement entraînera, bien entendu, des effets juridiques (Paragraphe 2), qui constitueront une nouvelle fois la preuve de l'importance du libre-arbitre au pénal.

Paragraphe 1 : La détermination des conditions d'abolition du discernement

100. Présomption de discernement. L'abolition du discernement et sa conséquence d'irresponsabilité pénale sont envisagées par le premier alinéa de l'article 122-1 du Code pénal qui en pose les conditions. L'abolition, du latin « *abolere* » qui signifie anéantir, suppose la présence préalable du discernement, qui fait défaut au moment des faits. Pour établir l'irresponsabilité pénale de celui qui souffre de troubles psychiques ou neuropsychiques, il faudra par conséquent renverser la présomption de discernement⁸³. La preuve de l'abolition du discernement entraînera l'inexistence de l'infraction pénale.

101. L'appréciation du lien entre maladie mentale et discernement. Le discernement ayant été préalablement défini⁸⁴, il faut, dans le cadre spécifique qu'est la maladie mentale, se pencher en premier lieu sur ses contours, son existence. La notion de maladie mentale est à l'initiale médicalement définie comme un état de santé caractérisé par des changements qui affectent la pensée, l'humeur ou le comportement d'une personne, ce qui perturbe son fonctionnement et lui entraîne de la détresse. Le droit pénal, confronté à des individus atteints, a dû en donner sa propre définition. Juridiquement, c'est non plus la maladie mais bien le « trouble psychique ou neuropsychique » qui est étudié, ce qui est tout de même différent. En termes de littérature pure, le trouble renvoie à un état qui cesse d'être en ordre, à une perte de lucidité. En réalité, on comprend ainsi que la question du trouble

⁸³ PETIPERMON Frédéric, « *Le discernement en droit pénal* » Thèse de doctorat en droit pénal, soutenue le 1^{er} décembre 2014, p.333

⁸⁴ Cf. Introduction et Titre précédent

dissimule une toute autre notion : celle du discernement. Alors même qu'une maladie mentale serait médicalement attestée chez l'auteur d'une infraction, le juge pénal, quant à lui, doit apprécier l'abolition ou non du discernement. Il n'existe pas, en effet, de maladie mentale qui entraîne d'elle-même l'impunité de celui qui en est atteint.

102. La condition de disparition totale du discernement. La disparition totale du discernement, dans le cadre d'une maladie mentale, passe par l'existence d'un trouble. Le législateur a substitué au terme de « démence » celui de « trouble psychique ou neuropsychique ». Cela désigne toutes les formes de troubles mentaux qui ont des conséquences destructives des facultés intellectuelles d'une personne affectée, qui l'empêcheront de comprendre les actes qu'elle commet et donc de vouloir les commettre. L'origine de ce trouble importe peu (de naissance, dû à l'âge, dû à une pathologie), ce qui compte en réalité est de rapporter la preuve d'un degré suffisant d'atteinte qui puisse caractériser une disparition du libre arbitre de l'auteur des faits. L'appréciation de ce trouble est une question de fait qu'il appartiendra au juge de trancher, la plupart du temps après l'avis d'un expert.

103. Le trouble psychique ou neuropsychique. Quant à l'étude du trouble en tant que tel, d'après le DSM-5⁸⁵, le trouble psychique ou neuropsychique se traduit pas des syndromes caractérisés par « une perturbation cliniquement significative de la cognition d'un individu, de sa régulation émotionnelle ou de son comportement ». Ils reflètent « l'existence d'un dysfonctionnement dans les processus psychologiques, biologiques ou développementaux sous-tendant le fonctionnement mental » et sont généralement « associés à une détresse ou une altération importante des activités sociales, professionnelles ou des autres domaines importants du fonctionnement ». Il en existe de nombreuses formes à savoir la schizophrénie, les troubles dépressifs, les troubles bipolaires et bien d'autres encore. Il faut toutefois établir la distinction entre un trouble psychique ou neuropsychique et un trouble de la personnalité ou du comportement. Ce dernier, bien que troublant les biais cognitifs d'un individu, ne doit pas être mis en relation avec l'existence d'une pathologie médicale avérée. En effet, à moins qu'ils ne se manifestent sous forme de délires ou de psychoses, faisant dans ce cas-là perdre sa conscience de ses actes à l'individu, l'existence même de troubles de la personnalité n'abolit pas le discernement et la responsabilité. Ainsi,

⁸⁵ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, « *DSM-5 : manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux* », traduction par M.-A. Crocq et J.-D. Guelfi, 5e éd, Éd Elsevier Masson, 2015

un trouble sexuel tel que la pédophilie ne sera pas une cause de non-imputabilité de l'infraction à son auteur qui conserve son plein discernement. Le trouble qui abolit le discernement doit donc être conçu comme une perte de conscience et de contrôle de ses actes totale. C'est une fois que ce type précis de trouble sera caractérisé médicalement que l'individu atteint pourra prétendre à être déclaré irresponsable.

104. L'existence avérée du trouble au moment des faits. Ce qui importe quant à la non-imputabilité de l'infraction à son auteur ici n'est en fait pas l'existence même du trouble mental mais son existence, comme le précise l'article, au moment des faits et de la commission de l'infraction. Le trouble antérieur à l'infraction ne pourrait être évoqué que pour obtenir éventuellement une diminution de la peine par la juridiction de jugement. S'il survient après la commission de l'infraction mais avant le jugement, alors la poursuite sera suspendue. Toutefois, si le trouble mental survient après la commission de l'infraction, il n'aura aucun effet sur la responsabilité pénale mais pourra influencer le choix de la peine par la juridiction ou son régime d'exécution. Plus précisément, le trouble mental, en théorie, empêche l'exécution des peines privatives de liberté au profit d'une prise en charge médicale.

105. Ainsi, si ces conditions sont remplies, l'abolition du discernement, et donc du libre-arbitre, sera établie par les juges de sorte à ce que la responsabilité pénale de l'individu en devienne inexistante puisque l'infraction ne lui sera pas imputable. La mise en œuvre de cette irresponsabilité entraîne des effets juridiques à plusieurs stades de la procédure.

Paragraphe 2 : Les effets juridiques de l'abolition du discernement

106. La mise en œuvre de la déclaration d'irresponsabilité par le juge d'instruction. La déclaration d'irresponsabilité pénale peut intervenir à différents stades de la procédure, y compris pendant l'instruction. Le rôle du magistrat ici n'est pas de se prononcer sur la culpabilité de l'auteur. En vertu de l'article 706-120 du Code de procédure pénale, il doit en premier lieu « *constater qu'il existe contre la personne mise en examen des charges suffisantes d'avoir commis les faits reprochés* », autrement, bien entendu, la question de l'imputabilité n'a pas de raison d'être discutée. À la suite de cette constatation, le juge d'instruction qui estime qu'il y a des raisons plausibles d'appliquer le premier alinéa de l'article 122-1 du Code pénal doit informer le procureur de la République de son intention

de faire appliquer cette cause de non-imputabilité. Le procureur et les parties, en vertu de l'article 706-19 du Code de procédure pénale, peuvent à ce stade d'eux même demander la saisine de la chambre de l'instruction afin qu'elle statue sur l'irresponsabilité pénale après un débat contradictoire. Toutefois, si le Parquet ne demande pas de saisine de la Chambre de l'Instruction, le juge d'instruction peut rendre lui-même une « *ordonnance d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*⁸⁶ qui précise qu'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés » en vertu de l'article 706-120 alinéa 3 du Code de procédure pénale. L'ordonnance d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental met fin à la détention provisoire ou au contrôle judiciaire⁸⁷.

107. La mise en œuvre de la déclaration d'irresponsabilité par la Chambre de l'instruction. Si la Chambre de l'instruction est saisie des faits, un débat contradictoire aura lieu devant ses magistrats qui portera d'une part sur les charges pesant sur le mis en cause et d'autre part sur l'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli le discernement au moment des faits. Seront présents la personne mis en examen si son état le permet (ce que doit confirmer au préalable une expertise psychiatrique), son avocat qui est obligatoire, et les experts ayant examiné l'individu qui doivent être entendus⁸⁸. À l'issue de cette audience, trois types de décisions peuvent être rendues par la chambre de l'instruction. Si elle estime qu'il n'existe pas de « *charges suffisantes contre la personne mise en examen d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés* » et déclare « *qu'il y a lieu à suivre* », la Chambre de l'Instruction rend une ordonnance de non-lieu⁸⁹.

Autrement, si elle estime que « *des charges suffisantes contre la personne mise en examen d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés* » mais que « *le premier alinéa de l'article 122-1 du Code pénal n'est pas applicable* », la Chambre de l'Instruction renvoie le mis en cause devant une juridiction de jugement compétente, tribunal correctionnel ou Cour d'Assises, afin qu'elle se prononce sur sa culpabilité.

Pour finir, si elle estime que « *des charges suffisantes contre la personne d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés* » et qu'il y a lieu d'appliquer l'article 122-1 du Code pénal en ce que le mis en cause présente un « *trouble psychique ou neuropsychique ayant*

⁸⁶ Nouveau nom de l'ordonnance de non-lieu classique introduit par la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté.

⁸⁷ Article 706-121 CPP

⁸⁸ Article 706-122 CPP

⁸⁹ Article 706-123 CPP

aboli son discernement ou le contrôle de ses actes au moment des faits », la Chambre de l’Instruction rend un arrêt de déclaration d’irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental⁹⁰.

108. La mise en œuvre de la déclaration d’irresponsabilité par la juridiction de jugement. Lorsqu’aucune information judiciaire n’a été ouverte ou que cette dernière n’aurait pas conduit à déclarer l’individu irresponsable, la juridiction de jugement peut encore se saisir de la question. Le procès se déroulera en réalité de manière classique, la question du discernement de l’intéressé sera développée aux moments du rappel des faits, mais la culpabilité sera tout de même étudiée, quand bien même l’imputabilité est incertaine. Les juges chercheront donc à savoir si le fait matériellement commis constitue bien une infraction et si cette dernière pourrait être imputée à l’auteur. Ce n’est que dès lors qu’il existe des charges suffisamment graves et concordantes pour établir que le mis en cause est bien l’auteur des faits, que la question de l’imputabilité et de l’abolition du discernement entrera en ligne de compte. Bien entendu, le magistrat n’a aucune compétence pour déterminer l’existence de ce trouble. Dès lors, c’est un expert nommé par le magistrat instructeur, la Chambre de l’instruction ou le président de la juridiction de jugement, choisi sur les listes dressées par la Cour de Cassation ou les Cours d’appel, qui aura pour mission de se prononcer sur le degré de discernement du mis en cause au moment des faits. Ainsi, s’il est établi que ce dernier était bien atteint, au moment des faits, d’un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement au sens de l’article 122-1 alinéa 1 du Code pénal, la juridiction de jugement rendra un arrêt portant déclaration d’irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental si le mis en cause était un accusé⁹¹ ou un jugement de déclaration d’irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental si le mis en cause était un prévenu⁹².

109. L’abolition du discernement comme sortie totale du malade mental du système pénal ? Jusqu’alors, le malade mental frappé d’un non-lieu sortait complètement du système pénal en étant déclaré irresponsable. Désormais, l’évaluation des circonstances de la commission de l’infraction est davantage approfondie, et le malade mental dont le discernement a été aboli finit parfois par être réintégré au système pénal d’une certaine

⁹⁰ Article 706-125 CPP

⁹¹ Article 706-30 CPP

⁹² Article 706-133 CPP

manière, ce qui est quelque peu contradictoire avec la lettre de l'article 122-1 du Code pénal. En effet, lorsqu'à l'issue des débats, les juges rendent une décision d'irresponsabilité pénale, ils peuvent prendre des mesures de sûreté⁹³, comme l'interdiction d'entrer en contact avec la victime, de paraître dans certains lieux, d'exercer une activité professionnelle, ces mesures pouvant être interprétées comme une forme de sanction à l'égard de l'auteur de l'infraction. L'absence de discernement et l'irresponsabilité sont en réalité mises en balance avec la protection des victimes et des intérêts la société : le malade mental exonéré de toute forme de responsabilité reste tout de même en partie soumis au système pénal. Les irresponsabilités pénales restent rares. En 2019, on compte 58 non-lieux dus à une abolition du discernement soit 0,2 % des dossiers d'instructions clos⁹⁴.

110. La responsabilité du malade mental sur le plan civil. Sur le plan civil, celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'emprise d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation. Telle est la lettre de l'article 414-3 du Code civil. Avant 1968, la jurisprudence refusait réparation aux victimes d'un dommage causé par une personne dont le discernement a été aboli. En effet, il était enseigné traditionnellement que toute faute consiste en la transgression d'une norme de conduite imputable à son auteur, c'est-à-dire commise « librement et consciemment », ce qui n'est pas caractérisable face une absence de libre arbitre. L'intervention d'une loi n°68-5 du 3 janvier 1968 a mis fin à ce principe en instaurant une scission entre les responsabilités pénales et civiles par l'intégration de l'article 489-2 du Code civil (nouveau 414-3). À propos de l'imputation d'une faute à l'auteur, par un arrêt du 9 février 2017, la Cour de cassation décide « *qu'il n'est pas nécessaire que l'auteur de la transgression ait conscience qu'il la commet* »⁹⁵. Ainsi, la recherche d'une faute réparable par des dommages et intérêts est envisageable même face à une personne, bien que jugée irresponsable sur le plan pénal, qui reste civilement responsable dans les mêmes conditions que les personnes non atteintes.

111. La procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale du malade mental quant à l'altération de son discernement constitue probablement, en droit positif, l'illustration la plus importante des conséquences drastiques que peut avoir l'absence de libre-arbitre sur le droit et la procédure pénale. Le corollaire de l'abolition du discernement, à savoir son altération,

⁹³ Articles 706-131 et 706-133 CPP

⁹⁴ SECKEL Henri, « *Comment se décide l'irresponsabilité pénale d'un criminel* », Le Monde, 6/07/2021

⁹⁵ Cass., 9 février 2017, R.C.J.B., 2018, p. 37, note J.-L. Fagnart

permet d'étudier d'autres enjeux quant à l'atteinte au discernement qui, eux aussi, marquent la primordialité du libre-arbitre de l'individu, cette fois ci quant à la peine prononcée.

Section 2 - L'altération du discernement comme cause légale de diminution de peine

112. L'altération du discernement, en tant qu'atteinte moins grave au libre-arbitre que son abolition, n'entraîne pas d'irresponsabilité mais continue de modifier le sort pénal du mis en cause qui ne sera pas exclu du système judiciaire mais qui pourra toutefois légalement voir sa peine diminuée. Il était nécessaire de créer un régime intermédiaire entre l'irresponsabilité et la responsabilité en ce que l'abolition du discernement reste un phénomène assez rare. Divers régimes spécifiques ont donc été mis en place pour appréhender au mieux les différents troubles (Paragraphe 1) et la sanction pénale a, de manière globale, été légalement adaptée à l'altération du discernement (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Des régimes spécifiques aux différents troubles.

113. **La distinction entre abolition et altération du discernement.** C'est l'alinéa 2 de l'article 122-1 qui définit, dans un premier temps, le régime applicable au cas de l'altération du discernement : « *La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable* ». La distinction majeure à établir est celle de la différence tenant à la caractérisation d'une abolition ou d'une altération du discernement. La démarcation réside dans degré de conscience et de lucidité : c'est l'intensité et la prévisibilité du trouble qui vont amener les juges à tenir responsables de leurs actes des individus pourtant atteints. Le libre-arbitre, dans le second cas, existe toujours mais de manière partielle, ce qui explique le fait qu'il demeure punissable, mais également de manière partielle.

114. **La question des troubles passagers.** Certaines formes d'altération du discernement au sens médical, qui privent pendant une période plus ou moins longue le sujet du contrôle total de ses actes ne sont pourtant pas toujours pris en compte par la loi à titre de causes de diminution légale de peine. C'est le cas, par exemple, de l'épilepsie. Dans ce cas-là, l'atteint perd effectivement le contrôle de son comportement au moment de la crise. Il est, le reste du temps, parfaitement clairvoyant. Les juges ont déjà prononcé responsable d'un homicide involontaire l'agent qui a commis l'imprudence de conduire un véhicule alors

même qu'il connaissait son état et la survenance possible d'une crise d'épilepsie au volant⁹⁶. À propos de l'amnésie, qui s'entend de la perte au moins partielle de la mémoire, celle-ci peut représenter un argument facilement avancé par la personne mise en cause pour tenter d'échapper à sa responsabilité pénale. Dans deux arrêts, l'amnésie invoquée par le plaideur n'a pas été retenue comme abolissant son discernement au moment des faits, alors même que la perte totale de mémoire devrait être assimilée à une perte de conscience. Toutefois, l'amnésie a été parfois, quant à elle, retenue comme altérant celui-ci. Cette décision peut paraître admissible puisqu'en réalité, la personne au moment de la commission de l'acte était psychologiquement présente et consciente (sauf cas exceptionnels), la perte de mémoire n'intervenant qu'à la suite des faits. Ces troubles restent soit d'intensité modérée, soit assez prévisibles, pour ne pas justifier la qualification d'abolition du discernement.

115. La question de l'intoxication volontaire : l'affaire Sarah Halimi au cœur des débats. L'intoxication volontaire n'est, par définition, pas un trouble psychique ou neuropsychique puisqu'elle résulte d'une conscience et d'une volonté. Elle semble être davantage rattachée à une altération (quoique volontaire) du discernement qu'à une véritable abolition inconsciente de ce dernier. C'était d'ailleurs la voie majoritairement suivie par les juges avant cette affaire⁹⁷. Pourtant, l'affaire Sarah Halimi⁹⁸ a bouleversé la question : la Cour de Cassation a considéré que celui qui commet un acte, ici un homicide antisémite, sous l'emprise d'une bouffée délirante ne saurait être tenu pénalement responsable, quand bien même ce trouble psychique aurait été causé par une consommation régulière et consciente de produits stupéfiants. Cette solution est très controversée et fut très critiquée quant au caractère intentionnel de l'intoxication, qui s'oppose au défaut d'intention de subir un trouble psychique. Cette décision a été rendue à la faveur du principe *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* qui veut que l'on ne tienne pas compte de l'origine du trouble mental qui a fait perdre à l'auteur la conscience de ses actes, l'existence d'une faute antérieure de ce dernier étant parfaitement indifférente, comme le prévoit la lettre de l'article 122-1 du Code pénal⁹⁹. Cette décision, comprise de l'opinion publique qui conserve sa tendance à vouloir une répression sévères des infractions en lien avec la toxicomanie, sera contrebalancée par le législateur très peu de temps après.

⁹⁶ Paris, 27 mai 1970, RSC 1971. 119, obs. Levasseur

⁹⁷ Cass, Crim. 21 juin 2017, n° 16-84.158

⁹⁸ Crim. 14 avr. 2021, FS-P+I, n° 20-80.135

⁹⁹ HASNAOUI-DUFRENNE Sajjad, avocat « *Affaire Sarah Halimi : peu important les raisons de la folie* » in Dalloz Actualité, 28 avril 2021

116. Un nouveau régime de responsabilité face à une intoxication volontaire introduit par loi du 24 janvier 2022¹⁰⁰. La loi du 24 janvier 2022 relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure fait suite à l'affaire Halimi et, sur demande du Ministre de la Justice, vient introduire des nouveaux articles dans le Code pénal. Le titre 1^{er} de la loi est en effet consacré aux « *dispositions limitant l'irresponsabilité pénale en cas de trouble mental résultant d'une intoxication volontaire aux substances psychoactives* ». Les nouveaux articles 122-1-1 et 122-1-2 du Code pénal modifient le régime procédural et le régime des peines prévus par l'article 122-1, sans pour autant en changer la substance. Le législateur crée ainsi un nouveau régime spécifiquement adapté à l'intoxication volontaire. L'article 122-1-1 traite de l'abolition du discernement en disposant que « *Le premier alinéa de l'article 122-1 n'est pas applicable si l'abolition temporaire du discernement de la personne ou du contrôle de ses actes au moment de la commission d'un crime ou d'un délit résulte de ce que, dans un temps très voisin de l'action, la personne a volontairement consommé des substances psychoactives dans le dessein de commettre l'infraction ou une infraction de même nature ou d'en faciliter la commission* ». Parallèlement, le même régime est créé pour l'altération du discernement par l'article suivant qui dispose que « *La diminution de peine prévue au second alinéa de l'article 122-1 n'est pas applicable en cas d'altération temporaire du discernement de la personne ou du contrôle de ses actes au moment de la commission d'un crime ou d'un délit lorsque cette altération résulte d'une consommation volontaire, de façon illicite ou manifestement excessive, de substances psychoactives* ».

117. Critiques. Ces nouvelles dispositions, bien que renforçant le sentiment de justice chez les citoyens qui n'adhéraient pas à la solution de l'affaire Halimi, restent toutefois critiquables. Tout d'abord, plusieurs conditions doivent être prouvées cumulativement pour que l'article 122-1-1 du Code pénal soit applicable à savoir l'abolition temporaire du discernement supplémentée de la preuve d'une consommation volontaire de toxiques, dans un « temps très voisin de l'infraction », notion qui reste critiquable au regard du déplacement de l'intentionnalité de l'infraction au moment de la prise de substance, appréhendée comme une sorte d'acte préparatoire, et non plus au moment des faits, et qui est également floue. Dans quelle mesure considère-t-on que ce temps « avoisine l'infraction » ? De plus, la preuve du dessein criminel qui serait visible dans la consommation semble parfaitement délicate à rapporter, notamment si le mis en cause est un consommateur

¹⁰⁰ Loi n° 2022-52 du 24 janvier 2022 NOR : JUSX2116059L

régulier. Comment différencier une consommation régulière classique d'une consommation dans un but désinhibiteur de commission d'une infraction, du moins, en l'absence d'actes matériels qui le prouvent ? Pour finir, l'existence préalable d'un trouble psychique ou neuropsychique qui aurait été déclenché par la prise de substance est ignorée dans ces nouvelles dispositions. Il suffit que l'abolition ou l'altération du discernement soient corrélées à l'intoxication pour que l'individu soit à nouveau responsable, alors même que bien souvent la bouffée délirante est due à un trouble préexistant, ce qui fût d'ailleurs le cas de M. Traoré dans l'affaire Halimi dont la bouffée délirante s'est manifestée pendant les 4 mois suivants et qui a également ressurgi bien plus tard, alors même que ce dernier n'avait plus accès au cannabis étant interné sous surveillance. Cela conduit donc nécessairement à s'interroger sur la pénalisation d'un malade mental qui subira une sanction pénale plutôt qu'un soin et qui souvent sera incarcéré tout en présentant un trouble mental. Cette exception juridique remet aussi malgré tout en question la prise en compte du libre-arbitre en tant que fondement de la responsabilité puisqu'ici l'atteinte au discernement, bien que prouvée, n'entraînera pas d'abaissement du seuil de responsabilité.

118. Toutefois, au-delà de l'exception que représente le cas de l'intoxication volontaire, l'altération du discernement résultant de toute forme de trouble mental continue d'exister et d'être appliquée, déjà davantage que l'abolition, ce qui permet de rapporter la preuve de l'impact de l'altération du libre-arbitre non plus sur la responsabilité en tant que telle (puisque l'altération ne suffit pas à supprimer totalement le discernement), mais bien sur le prononcé de la sanction, qui sera tout de même aménagée.

Paragraphe 2 : L'adaptation de la sanction pénale à l'altération du discernement

119. L'alinéa 2 de l'article 122-1 prévoit une adaptation de la sanction au cas de l'altération du discernement. Il dispose que « *La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable. Toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime. Si est encourue une peine privative de liberté, celle-ci est réduite du tiers ou, en cas de crime puni de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité, est ramenée à trente ans. La juridiction peut toutefois, par une décision spécialement motivée en matière correctionnelle, décider de*

ne pas appliquer cette diminution de peine. Lorsque, après avis médical, la juridiction considère que la nature du trouble le justifie, elle s'assure que la peine prononcée permette que le condamné fasse l'objet de soins adaptés à son état. ». L'article se divise en deux temps principaux : la question de la diminution légale de peine et la question de l'obligation de soin.

120. Une diminution légale de peine. Auparavant, les juges, se référant à la circulaire Chaumié de 1905, étaient implicitement invités à atténuer la sanction du malade mental. Or, il existait une forme de déni de ces derniers qui continuaient à condamner les malades sans atténuer leur peine. Le législateur s'est alors chargé, par la loi dite « Taubira » du 15 août 2014 n°2014-896 de prévoir que désormais, cette altération du discernement entraînera systématiquement une diminution d'un tiers de la peine privative de liberté, et en cas de crime, le texte précise que la perpétuité sera plafonnée à 30 ans. C'est par cette loi qu'est introduite la première cause de diminution légale de peine en matière de troubles mentaux : l'atténuation de la peine devient le principe. La limitation du libre-arbitre par l'altération du discernement justifie donc une adaptation, en théorie, de la sanction pénale.

121. Le caractère facultatif de la diminution de la peine. Au-delà de sa bienséance quant à la prise en compte de la maladie mentale au stade de l'exécution des peines, la loi n'en reste pas moins assez imprévisible. En effet, l'alinéa précité prévoit la possibilité, pour la juridiction de jugement, de décider de ne pas appliquer la diminution de peine. Cette faculté est notamment orientée vers la prise en compte d'une potentielle dangerosité de l'individu, qui justifierait un refus de la diminution de la peine en vertu d'une protection accrue de la société¹⁰¹. Au regard notamment de l'article 130-1 du Code pénal, qui fait de la protection de la société et de la prévention de la récidive les finalités de la peine, il en découle que si l'accusé présente une dangerosité trop élevée¹⁰², celle-ci pouvant s'entendre comme une « propension à commettre des actes d'une certaine gravité, dommageable pour autrui ou pour soi, fondés sur l'usage de la violence »¹⁰³, les juges pourront estimer qu'il est préférable de ne pas appliquer la diminution de peine. Cette possibilité, défavorable à l'accusé conduit aussi à remettre en cause le socle que constitue le libre-arbitre, qui semble dès lors échapper

¹⁰¹ ORCEL Léna, « *Altération du discernement au moment des faits : peines et exécution des peines* », Mémoire de Master 2, Agen, 2021.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ VOYER Mélanie et al. « *Dangerosité psychiatrique et prédictivité* » in « *L'information psychiatrique* », 2009, p. 745 à 752.

au domaine de l'exécution des peines, qui n'a plus tendance à être tournée vers l'existence d'une liberté de conscience et de volonté mais davantage vers le potentiel dangereux d'un individu, notion qui dépasse en tout point le libre-arbitre¹⁰⁴. C'est ici l'illustration de la mise en balance d'un système pénal qui prend en compte l'atteinte au discernement et donc au libre-arbitre afin d'en faire un motif de diminution légale de peine, ce qui confirme la théorie d'une conception libérale du droit pénal, mais qui reste entachée d'une possibilité de faire passer la protection sociale et la neutralisation comme justifications à son refus.

122. Une exigence de motivation en matière correctionnelle. C'est une motivation spéciale qui est exigée dans le cadre d'un refus de diminution de peine afin de conserver la lettre de l'article qui reste tout de même la cause légale de sa diminution, et de limiter également l'arbitraire des juges. « *La mention à une décision « spécialement motivée » en matière correctionnelle ne surprend plus. Depuis la loi du 15 août 2014, l'article 132-19 du Code pénal prévoit par exemple que lorsqu'une juridiction correctionnelle prononce une peine d'emprisonnement ferme au lieu de l'aménager, sa décision doit être spécialement motivée* »¹⁰⁵. Cette obligation de motivation a notamment été appuyée par trois arrêts de la Cour de cassation du 1^{er} février 2017¹⁰⁶. Ainsi, en matière correctionnelle, la motivation est une obligation quant au refus d'appliquer la diminution légale de peine. Toutefois, en matière criminelle, la Cour d'assises n'a nullement l'obligation de justifier sa décision. Cela s'explique, au travers de l'article 365-1 du Code de procédure pénale, par le fait que la motivation des arrêts d'assises ne porte que sur la culpabilité et non sur la peine. Le législateur a tout de même modifié l'article 362 du Code de procédure pénale pour permettre qu'une peine prononcée supérieure aux deux-tiers de la peine encourue ne pouvait être adoptée qu'à la majorité qualifiée de 6 voies en première instance et de 8 voies en appel. Il y a une certaine forme de garantie, entre la motivation spéciale en matière correctionnelle et l'exigence d'un minimum de voies en matière criminelle, de l'application de la diminution de peine dans la majorité des cas.

123. La possibilité d'une obligation de soins. L'article *in fine* prévoit que la juridiction s'assure que la peine prononcée permette que le condamné fasse l'objet de soins

¹⁰⁴ Problématique traitée en Titre 2 de la Partie 2

¹⁰⁵ ORCEL Léna, « *Altération du discernement au moment des faits : peines et exécution des peines* », Mémoire de Master 2, Agen, 2021

¹⁰⁶ Cass, crim. 1^{er} février 2017 n°15-83.984, n°15-85.199 et n°15- 84.511.

adaptés à son état. La loi de 2014 a créé l'article 706-136-1 du Code de procédure pénale qui dispose que lorsqu'une personne condamnée, reconnue comme souffrant d'une altération de son discernement, n'a pas été condamnée à un suivi socio-judiciaire, le juge d'application des peines peut ordonner la libération de cette personne après avis médical, une obligation de soins pendant une durée qui ne peut excéder 5 ans en matière correctionnelle ou 10 ans si les faits constituent un crime ou un délit puni de 10 ans d'emprisonnement. C'est là aussi une innovation en matière de sanction pénale, par une prise en charge médicale obligatoire du condamné atteint d'un trouble mental.

124. L'altération du discernement, comme forme d'atteinte au libre-arbitre, entraîne des conséquences sur le système pénal et notamment sur la sanction pénale, qui sont en principe favorables à l'intéressé. En théorie, l'atteinte au discernement entraîne ici une diminution de la peine ce qui prouve encore une fois le rôle du libre-arbitre dans le traitement pénal de l'intéressé. Toutefois, il s'agit de garder à l'esprit que ce domaine est pluridisciplinaire, à mi-chemin entre le droit et la psychiatrie, et que la pratique révèle tout de même de nombreuses difficultés notamment quant à la caractérisation d'une telle altération et au fait de cerner tous ses tenants et ses aboutissements, ce qui entraîne des exceptions au principe de diminution légale de peine, comme c'est le cas avec l'intoxication volontaire par exemple.

125. Conclusion du Chapitre 1. Le discernement, en tant que composante du libre-arbitre au sens juridique, constitue le socle de la responsabilité pénale qui dépend de son existence. L'étude de la relation entre troubles mentaux et responsabilité permet de prouver, par un raisonnement par la négative, que si l'absence de discernement entraîne l'absence de la responsabilité, ou que son altération entraîne une prise en charge différente par le système pénal, alors le vecteur de la responsabilité, ou ici de l'irresponsabilité, est le libre-arbitre, dans son existence comme dans son absence. Ce constat se prolonge également dans l'étude de la contrainte et de son atteinte à la volonté libre : si le discernement existe en tant que préalable mais que la volonté fait défaut, l'imputabilité et la responsabilité s'en trouveront tout de même atteintes (Chapitre 2).

Chapitre 2 –

La volonté libre à l'épreuve de la contrainte

126. Après l'inclusion du discernement dans la composition de l'imputabilité, il s'agit maintenant d'étudier son corolaire à savoir la condition volitive de l'imputabilité. En effet, le libre-arbitre, par son prisme pénal, fonctionne sur la base d'un lien indissociable entre la condition tenant à l'existence du discernement de l'individu et celle tenant à l'exercice de sa volonté libre de ses actes. Le législateur n'appréhende pas ces deux paramètres de manière positive mais de manière négative, en incluant dans les textes des causes d'exonération de la responsabilité pénale ou de non-imputabilité : en l'occurrence, la condition tenant à la liberté de la volonté renvoie à la notion de contrainte, prévue à l'article 122-2 du Code pénal. Ce dernier dispose que « *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* ». Les deux conditions cumulatives de la contrainte doivent, à titre liminaire, être expliquées. La contrainte doit tout d'abord être irrésistible, c'est-à-dire « *qu'il faut que la personne se trouve dans l'impossibilité absolue de respecter la règle de droit* »¹⁰⁷. La jurisprudence apprécie ce critère *in abstracto*. Puis, elle doit être irrésistible, condition cette fois-ci non pas posée par la loi mais appréciée par la jurisprudence de longue date¹⁰⁸, qui s'apparente à un événement imprévisible et insurmontable qui place l'auteur de l'infraction dans l'impossibilité absolue de se conformer à la loi.

127. Au regard de la jurisprudence, il semble qu'il faille opérer une distinction selon que le fait constitutif de contrainte s'exerce directement sur le corps ou la volonté de l'agent. Ainsi, la une scission s'exerce entre la contrainte physique, qui, interprétée comme la privation de sa liberté de mouvement constituera un obstacle à la constitution de l'infraction (Section 1), et la contrainte morale, identifiée en tant qu'obstacle à l'imputabilité de l'infraction (Section 2). L'objectif est d'étudier la place de la liberté dans ces deux dimensions.

¹⁰⁷ VINCENTINI Jean-Philippe, et al. « *Fiche 17. La contrainte* », in « *Fiches de droit pénal général* ». Éd Ellipses, 2015, p. 163-165.

¹⁰⁸ Cass, Crim., 29 janvier 1921, BC n° 213

Section 1 – L’absence de liberté physique de l’individu comme obstacle à la constitution de l’infraction

128. La contrainte physique s’entend, selon sa définition doctrinale, comme la « mainmise sur le corps d’une personne, par une force de la nature, d’un animal ou d’un tiers, qui lui enlève l’exercice de son activité »¹⁰⁹. Ainsi, la contrainte physique, qu’elle soit externe ou interne, de par l’existence d’un contrôle effectué sur le corps et donc les actions d’un individu semble être un obstacle à la constitution de l’élément matériel de l’infraction (Paragraphe 1) en jouant notamment sur la matérialité de l’acte sur son lien de causalité avec le résultat. Puis, la contrainte physique, puisqu’elle biaise également la volonté de l’auteur, est susceptible d’entraver l’intention de l’auteur et donc la constitution de l’élément moral de l’infraction (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L’incompatibilité de la contrainte physique avec la formation de l’élément matériel de l’infraction

129. Un résultat infractionnel toujours présent sous la contrainte. L’élément matériel d’une infraction, sous la contrainte, ne semble donc pas pouvoir être caractérisé. Toutefois, rappelons que, hormis dans le cas d’infractions formelles¹¹⁰, le résultat fait partie intégrante d’une infraction matérielle. Or, le résultat, sous la contrainte physique, surviendra quand même et ce n’est pas son défaut qui empêchera la caractérisation de l’élément matériel.

130. Le rapport entre contrainte physique et comportement infractionnel Au-delà de son résultat, l’élément matériel d’une infraction provient essentiellement de la preuve de l’adoption d’un comportement répréhensible. Plusieurs types d’infractions peuvent voir leur matérialité anéantie par le défaut de preuve d’un tel comportement. Le premier type d’infraction serait les infractions d’omission qui reposent sur le préalable de l’existence d’un pouvoir d’agir¹¹¹. C’est notamment le cas de l’infraction de l’article 223-6 du Code pénal qui concerne le refus de porter assistance à une personne en péril. En effet, le préalable même de l’omission, dans cette infraction, est la caractérisation de la possibilité d’agir (l’article

¹⁰⁹ ROBERT Jacques-Henri, « *Droit pénal général* », PUF, 6e éd., 2005, p. 306.

¹¹⁰ GOMEZ Élisabeth « *L’imputabilité en droit pénal* », Thèse La Rochelle, 17 novembre 2017, p 90

¹¹¹ *Ibid.*

dispose « *quiconque pouvant (...)* », mise en balance avec une absence de risque pris pour l'individu concerné par le pouvoir d'agir. La jurisprudence illustre, par de nombreux exemples, une telle infraction : c'est le cas notamment du prévenu qui provoque un accident de voiture, qui s'assure de prendre le pouls de sa victime et qui, constatant qu'il bat toujours, repart sans alerter les autorités ou les secours, alors même qu'il était en total pouvoir d'agir¹¹². Il va ainsi de soi de constater, s'il existe une contrainte physique qu'elle soit d'ordre externe, comme l'intervention d'un évènement naturel ou d'un tiers, ou interne, du moment qu'elle est irrésistible, imprévisible et indépendante de la volonté de l'individu, que ce dernier ne pouvait pas empêcher la survenance d'un crime, d'un délit, ou porter assistance à une personne en danger¹¹³. Ainsi, l'individu en question, empêché d'agir par la contrainte physique, ne pourra pas se voir reproché une quelconque abstention et ce « *sans même s'interroger sur son état d'esprit* »¹¹⁴. En effet, la contrainte enlève à l'abstention son pouvoir répréhensible. Ici, le libre-arbitre est entravé dans sa dimension de liberté au sens physique, au sens de liberté d'action. Un individu n'étant pas libre de ses actes et étant forcé d'omettre l'un de ses devoirs ne peut valablement pas être tenu responsable de son abstention. Dans ce cas de figure précis, « *ce n'est pas seulement le défaut d'intention ou de volonté qui explique la non- caractérisation de l'infraction, mais plus radicalement son défaut de matérialité* »¹¹⁵.

Dans le cas des infractions d'homicides et de blessures involontaires, prévus par les articles 221-6 et 222-19 du Code pénal, une faute est exigée par l'article 121-3 du même Code relevant de « *la maladresse, l'imprudence, l'inattention, la négligence ou le manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement* ». *Quid* du sort de ces infractions si l'existence d'une telle imprudence, dans sa dimension matérielle, est explicable par une contrainte extérieure ? En somme, que faire du comportement d'un individu qui, ayant été obligé d'être imprudent par un évènement qui le dépasse, commet un dommage ?¹¹⁶ La jurisprudence donnera plusieurs exemples répondant à de telles interrogations. C'est le cas par exemple de la plaque de verglas provoquant la sortie de route d'un véhicule qui blesse l'un des passagers, qui constituerait un cas de force majeure dès lors que cette plaque s'était trouvée, en raison des conditions atmosphériques, subitement localisée sur une surface réduite, la présence du verglas étant ici imprévisible et

¹¹² Cass. Crim. 15 avr. 2008, no 07-86.336, RSC, 2008. 910, obs. MAYAUD Yves.

¹¹³ GOMEZ Élisabeth « *L'imputabilité en droit pénal* », Thèse La Rochelle, 17 novembre 2017, p.91

¹¹⁴ ROUSSEAU François, « *L'imputation dans la responsabilité pénale* », op. cit., n°70

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ GOMEZ Élisabeth « *L'imputabilité en droit pénal* », Thèse La Rochelle, 17 novembre 2017, p.92

inévitable au regard des faits¹¹⁷. Dans ce genre de situations, l'individu ne fait en réalité par preuve de négligence mais agit sous la contrainte alors même que sans cette contrainte il aurait agi de manière raisonnée et prudente. C'est du caractère absolu de la contrainte physique, qui en devient inévitable, que découle l'absence du comportement pénalement répréhensible et de l'absence de faute.

131. La question de la contrainte physique interne à l'agent. La contrainte physique comme présentée dans ces précédents établis s'apparente à une contrainte de nature extérieure, provenant d'un événement, d'un tiers... Toutefois, il peut arriver que la contrainte physique soit subjective. Un arrêt du 19 octobre 1922¹¹⁸ reconnaît la contrainte d'ordre interne comme une manière d'échapper à sa responsabilité. En l'espèce, un voyageur, sous l'empire d'une grande fatigue, dépasse son arrêt de train jusqu'auquel il avait pris son billet et est exonéré de sa responsabilité quant à cette fraude aux transports au regard d'une maladie qui s'est abattue sur lui de manière imprévisible. Cette contrainte doit toutefois être incontrôlée, imprévisible et incontrôlable : par exemple, l'individu qui fait la fête, se fatigue volontairement et s'endort ne sera pas déclaré irresponsable¹¹⁹. Pour autant, la contrainte physique d'ordre interne n'est pas toujours acceptée à titre de cause d'irresponsabilité pénale et la jurisprudence en la matière est d'ailleurs très restreinte. Cela peut s'expliquer par un mécanisme d'imitation du droit civil, qui assimile la force majeure à un élément extérieur, ce qui expliquerait peut-être en quoi la contrainte interne ne s'apparenterait pas à une force assez irrésistible pour justifier la non-caractérisation de l'infraction¹²⁰.

132. Outre la capacité de la contrainte physique à annihiler, dans certaines circonstances, l'élément matériel de l'infraction par le truchement du comportement qui devient alors lui-même incontrôlé du fait d'un élément irrésistible, elle est aussi de nature à faire obstacle à l'élément psychologique de l'infraction. Autrement dit, la contrainte physique peut constituer à la fois une entrave au libre-arbitre par la privation de liberté d'action, qui joue sur l'élément matériel, et par la privation de la liberté de volonté, qui joue sur l'élément moral de l'infraction.

¹¹⁷ Cass. Crim., 18 décembre 1978, no 78-92.468, Bull. crim., 1978, no 357.

¹¹⁸ Cass, crim. 19 octobre 1922, DP 1922, I, p.233

¹¹⁹ GRYNBAUM Luc, « La contrainte », Ed Economica, 2017, p 58.

¹²⁰ *Ibid.*

Paragraphe 2 : L'incompatibilité de la contrainte physique avec la formation de l'élément moral de l'infraction

133. Une matérialité constituée sans intention. Le fait de prouver que la contrainte physique peut entraver l'élément psychologique de l'infraction suppose d'abord que cette contrainte physique permet la réalisation de l'élément matériel de l'infraction, auquel cas il sera démontré par la suite que, malgré la constitution matérielle du délit, l'intention fait défaut du fait de la contrainte, ce qui en fait une cause de non-culpabilité.

134. Le défaut d'intention découlant de la contrainte physique. Dans le cas des infractions intentionnelles, la contrainte est censée jouer sur le dol, peu importe sa forme. Plusieurs cas de figure permettent de prouver la manière dont une infraction peut être matériellement constituée sous la contrainte, ce qui entraînera son défaut d'intention. Par exemple, au regard du délit d'exhibition sexuelle, l'article 222-32 du Code pénal dispose qu'est caractérisée l'infraction dans la mesure où cette exhibition d'organes sexuels est effectuée à la vue d'autrui. Si un prévenu est déshabillé de force par autrui et laissé nu sur la voie publique : la matérialité du délit est constituée, la matérialité pouvant donc être conçue même en présence d'une contrainte physique. Toutefois ici, l'intention ferait défaut¹²¹. L'exemple le plus parlant, bien que n'étant pas le plus courant, reste celui de la contrainte physique attendant à un vol ou un meurtre, dans le cas où la main de l'auteur serait contrôlée physiquement par un tiers¹²². Finalement, cela peut aussi être l'utilisation de la main d'un individu dans le coma pour rédiger un faux testament, ce qui constitue un faux matériel. Dans toutes ces hypothèses, contrairement à ce qui a été observé quant aux infractions dont la matérialité même est entravée par la contrainte physique, la matérialité est maintenue, mais pour autant, l'individu pourra être déclaré irresponsable du fait du défaut de sa culpabilité, qui dépend de la preuve d'une intention qui fait ici défaut. C'est en ce sens que la contrainte peut être rattachée à l'intention.

135. Le cas particulier de l'existence d'une matérialité, d'une intention de résultat, mais abolies par l'absence de la liberté de vouloir. Il peut théoriquement exister des cas dans lesquels un individu subit une contrainte physique, qui n'entrave pas la matérialité de l'infraction, tout en ayant voulu quoi qu'il en soit adopter le comportement,

¹²¹ ROUSSEAU François, « L'imputation dans la responsabilité pénale », op. cit., n°76

¹²² BAUDRY Henri « *La force majeure en droit pénal* », thèse Lyon, 1938, p. 76

bien que forcé par la contrainte. François Rousseau donnera l'exemple parlant du détenu bénéficiant du régime de la semi-liberté¹²³ : ce dernier ne réintègre pas son établissement pénitentiaire car il est victime d'un accident ou d'un braquage. Le délit d'évasion (qui est assimilé au non-respect de la semi-liberté) est matériellement constitué. Toutefois, il est tout à fait possible qu'au-delà de la contrainte qu'il subit, ce détenu ait déjà préalablement décidé de ne pas réintégrer son établissement, ce qui caractérise l'intention, la volonté de résultat du comportement. Ce dernier, ayant pourtant été privé de sa liberté de vouloir sera considéré comme irresponsable du fait de la force majeure. Cet exemple est important à étudier puisqu'il permet de constater que la contrainte est considérée comme une cause d'irresponsabilité car elle porte atteinte à la libre-volonté et non à la volonté infractionnelle en tant que telle. En effet, la répression semblerait injustifiée si elle ne prenait en compte que la rencontre entre la contrainte subie et la volonté de commettre une infraction : ici, puisque l'individu a, dans tous les cas, été privé de son libre-arbitre par l'intervention de la contrainte, ce seul critère suffit à la rendre irresponsable. Toutefois, ce cas de figure reste extrêmement théorique, improbable et probablement inapplicable.

136. Le défaut de constitution de l'élément psychologique dans les infractions non-intentionnelles par l'effet de la contrainte physique. Parfois, comme dans le cas des infractions intentionnelles, l'élément matériel d'une infraction non-intentionnelle est constitué mais la faute de son auteur relève d'un comportement sous l'influence d'une contrainte physique, qui n'est donc pas assimilable à une quelconque négligence. C'est le cas, par exemple, d'un conducteur qui n'arrive soudainement plus à freiner, alors même que le véhicule est en règle en termes de contrôle technique, et qui commet ainsi matériellement le délit de risque causé à autrui de l'article 223-1 du Code pénal. Ce dernier, sous l'empreinte d'une contrainte physique imprévisible et irrésistible, s'est vu empêcher d'agir librement et d'exercer son activité d'automobiliste prudemment comme il l'aurait fait sans l'intervention de cette contrainte. Ainsi, sa culpabilité, qui initialement dépend de la volonté du comportement (autrement appelée faute de mise en danger délibérée) dans l'infraction de risque causé à autrui, est inexistante au regard du fait que l'individu n'a pas lui-même voulu agir comme tel. La contrainte physique peut donc également être une source de non-culpabilité en matière non-intentionnelle.

¹²³ ROUSSEAU François, « *L'imputation dans la responsabilité pénale* », op. cit, n°78

137. Alors, la contrainte physique peut entraîner une action sur le corps même de l'agent, qui se voit incapable soit d'agir (comme dans le cas de la non-assistance à personne en péril), soit de ne pas agir (comme dans le cas de l'accident de voiture causé par du verglas). Dans ce cas-là, la contrainte, par la privation de la liberté d'action, prive l'individu de son libre-arbitre et constitue une cause de non-culpabilité puisque l'élément matériel fera défaut. Sinon, en agissant sur la volonté même de l'agent d'adopter un certain comportement, c'est à dire en agissant sur sa capacité à décider d'agir, également constitutive du libre-arbitre, la contrainte physique rendra l'auteur irresponsable quand bien même l'élément matériel et son résultat sont caractérisés. Il existe autrement une seconde forme de contrainte, la contrainte morale, qui en tant qu'altération de la volonté-libre constituera quant à elle une cause de non-imputabilité de l'infraction.

Section 2 – L’absence de liberté psychique de l’individu comme obstacle à l’imputabilité de l’infraction

138. La liberté psychologique s’entend comme la liberté de vouloir, la liberté d’avoir le choix de ses actes. On parle de psyché dans le sens où une contrainte morale n’attendra nécessairement pas le corps, auquel cas elle deviendrait une contrainte physique, mais bien l’esprit. Cette fameuse liberté de volonté étant une des conditions de l’imputabilité¹²⁴. La volonté libre pouvant être dénaturée par la contrainte morale, cette dernière deviendra donc une cause de non-imputabilité, au même titre que le trouble mental (Paragraphe 1). Le champ d’application de la contrainte morale, bien qu’initialement assez restreint, s’élargit toutefois face à l’état de nécessité, qui habituellement est apparenté à un fait justificatif indépendant, mais qui peut être rattaché à la contrainte morale (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L’abolition de la volonté libre comme cause légale de non-imputabilité de l’infraction à son auteur

139. L’exclusion de la contrainte morale interne. La contrainte morale peut, au même titre que la contrainte physique, être externe, c’est-à-dire dépendante d’une personne ou d’une chose tierce, ou interne, c’est-à-dire attenante à l’état de l’auteur. En l’occurrence, la doctrine est unanime pour rejeter du domaine de la contrainte morale exonératoire de responsabilité, la contrainte d’ordre interne¹²⁵. En effet, ce type de contrainte résulte des dispositions de l’agent à savoir ses passions, ses convictions, son émotivité, qui correspondent à « *des mouvements de l’âme irrépressibles* »¹²⁶. Or, le juriste René Garraud disait que « *le droit pénal est précisément édicté pour ceux qui ne savent pas résister à leurs passions criminelles* »¹²⁷. Ainsi, il a très vite été considéré par les juridictions que l’émotivité ou ses corollaires ne pouvaient pas représenter une cause d’exonération de la responsabilité. Par ailleurs, si cette contrainte morale interne découle d’un trouble tel que la pyromanie, il

¹²⁴ Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2

¹²⁵ AUSSEL Jean-Marie, « *La contrainte ou la nécessité en droit pénal* », in « *Quelques aspects de l’autonomie du droit pénal* » Dalloz, 1956, spéc n°40

¹²⁶ CONTE Philippe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick, « *Droit pénal général* », Éd A. Colin, 4^{ème} édition, 2002, n°365

¹²⁷ GARRAUD René « *Traité théorique et pratique du droit pénal français* », tome 1, Éd Sirey, 3^{ème} éd, 1913, n°315

s'agira ici davantage de tenter de caractériser l'absence de discernement que l'absence de volonté en allant sur le terrain des troubles mentaux et de l'article 122-1 du Code pénal.

140. Le rattachement de la contrainte morale aux cause de non-imputabilité.

Les causes d'exonération de la responsabilité pénale s'articulent traditionnellement entre les causes de non-culpabilité ou objectives, attenantes aux éléments constitutifs de l'infraction, et les causes de non-imputabilité ou subjectives attenantes à l'état de l'auteur et à l'atteinte à son libre-arbitre. La contrainte a globalement tendance à être rattachée à une cause subjective d'irresponsabilité puisqu'elle porte atteinte à la liberté d'action, de mouvement ou psychologique de l'individu. C'est donc son état et ses décisions qui sont directement affectés. Le diagnostic de la contrainte morale procède donc d'une analyse *in personam* ou interne du sujet sans interférence avec des éléments d'appréciation objectifs¹²⁸.

141. La méthode d'appréciation de l'existence d'une contrainte morale entraînant une irresponsabilité. La contrainte, pour devenir une cause d'irresponsabilité pénale, doit être, au sens de l'article 122-2, irrésistible. Dans le cadre de la contrainte morale, cette irrésistibilité pose davantage un problème d'appréciation que dans le cadre de la contrainte physique ou elle est plus aisée à prouver. On se demande notamment si la contrainte morale doit être analysée au regard d'un critère générique qui serait « *la capacité de résistance d'un homme normal placé dans des circonstances similaires* »¹²⁹ ou au regard d'un critère subjectif qui serait « *la capacité du délinquant en question à résister à une telle contrainte* »¹³⁰. Dans un arrêt dit « Rozoff »¹³¹, un ressortissant Russe s'était rendu en France après avoir été rejeté de tous ses pays limitrophes. Visé par un arrêté d'expulsion, la Cour de cassation a considéré que ce n'était pas un cas « *d'impossibilité absolue de se conformer à la loi pénale* » et évoque comme argument le fait qu'il aurait pu « *se rendre ou tenter de se rendre dans d'autres pays non limitrophes de la France* ». La doctrine, en commentant l'arrêt, dira que « *Ce faisant, elle (La Cour) se réfère à une appréciation purement abstraite de l'impossibilité invoquée, négligeant de rechercher ou de faire rechercher par les juges du fond si le condamné avait eu effectivement la possibilité*

¹²⁸ GOMEZ Elisabeth « *L'imputabilité en droit pénal* », Thèse La Rochelle, 17 novembre 2017, p.100

¹²⁹ *Ibid.* p. 101

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Cass. Crim., 28 février 1936, D. P., 1936.I.44

(financière notamment) de prendre l'avion ou le bateau pour gagner un pays lointain »¹³². Ainsi, les juridictions semblent pencher davantage vers une appréciation *in abstracto* en ne tenant pas compte de l'auteur lui-même. Il semble alors qu'un degré d'atteinte très élevé à la volonté soit exigé pour caractériser l'existence d'une contrainte morale qui est difficile à mettre en œuvre : il faut une impossibilité absolue de se conformer à la loi pénale.

142. Le critère alambiqué de l'exigence d'une « impossibilité d'agir » quant à la caractérisation d'une contrainte morale. La contrainte morale doit donc apparemment être entendue comme une chose irrésistible et à laquelle il est impossible d'échapper. Or, ce critère semble quasiment inconcevable puisque l'Homme dispose plus ou moins toujours d'une possibilité d'agir autrement. Par exemple, en cas de menace par des bandits, aussi dangereux soient-ils, l'individu aura toujours en soit la possibilité de se rebeller. Certains auteurs diront en ce sens que « soumise à l'alternative de commettre une infraction ou de subir le danger qu'elle redoute, la personne aura toujours la faculté d'opter et ne sera pas forcée de déclinquer avec la même fatalité qu'en cas de contrainte physique »¹³³. Jean Pradel confirmera également cette constatation en affirmant « qu'il a parfois été soutenu que la contrainte pénale ne devait pas entrer dans les prévisions du Code pénal, au motif qu'elle n'entraînerait jamais l'impossibilité absolue de respecter la loi ; une certaine liberté de choix subsistant »¹³⁴. Le critère de l'impossibilité de se conformer à la loi pénale, et donc le critère même d'irrésistibilité, semble donc très alambiqué car il représente une quasi-impossibilité, à première vue, d'invoquer la contrainte morale, contrairement à la contrainte physique qui sera bien plus facilement démontrée comme étant irrésistible. Puisque la contrainte morale joue sur la psyché, il est évident qu'en disposant toujours de sa liberté de mouvement, l'individu sera en mesure de bouger, mais *quid* des conséquences de ce mouvement ? Les juges ne s'interrogent pas non plus vraiment dans ces cas-là sur la vulnérabilité psychologique de l'auteur ou sur le caractère irascible des menaces qu'il peut subir.

143. La souhaitable appréciation *in concreto* de la contrainte morale. La doctrine considère parfois que la Cour de cassation s'adonne à une interprétation erronée de l'article

¹³² MERLE Roger et VITU André, « *Traité de droit criminel – Droit pénal général* », Éd Cujas 7e éd., 1997, n°620

¹³³ MERLE Roger et VITU André, « *Traité de droit criminel – Droit pénal général* », op cit, n°623

¹³⁴ PRADEL JEAN, « *Droit pénal général* », Éd Cujas, 21e éd., 2016

122-2 du Code pénal. En effet, le Code pénal lui-même vise « *la personne* qui a agi » ainsi qu'une contrainte « à laquelle *elle* n'a pu résister »¹³⁵, ce qui suggère une appréciation de son cas spécifiquement sans faire de généralités. La jurisprudence devrait alors interpréter de manière plus souple la condition d'irrésistibilité et l'étudier au regard de l'état de l'auteur, comme le voudrait l'étude de n'importe quelle cause de non-imputabilité.

144. Ainsi, la contrainte morale, selon l'article 122-2 du Code pénal, suppose que la personne n'ait pas pu résister à cette dernière. Dans une interprétation extensive de la notion d'irrésistibilité, comme le veut la doctrine, l'altération de la volonté-libre suffirait à caractériser la contrainte entraînant l'exonération de toute responsabilité. Toutefois, la jurisprudence a de fortes tendance à exiger que la contrainte morale entraîne une abolition totale de la volonté pour être irresponsable, dans le sens où l'individu doit être privé de toute autre option, de tout autre choix, ce qui est rationnellement presque impossible. Alors, au-delà du fait que la contrainte morale puisse bien être rattachée à une cause de non-imputabilité annulant la responsabilité pénale, ses conditions prétoriennes de mise en œuvre restent critiquables au regard de leur sévérité et notamment au regard du fait que le libre-arbitre, même si l'individu pourrait techniquement échapper à la contrainte, est en général quasi-aboli face à des menaces par exemple qui annihilent en réalité la possibilité pour ce dernier de se déterminer comme il l'entend. Outre les critères sévères attendant à la caractérisation de la contrainte morale en tant que telle, son champ d'application classique se trouve toutefois élargi en ce que l'état de nécessité est parfois rattaché à la contrainte morale (Paragraphe 2).

Paragraphe 2 : L'existence de la contrainte morale à travers l'état de nécessité

145. L'état de nécessité est initialement reconnu par l'article 122-7 du Code pénal comme l'exonération de responsabilité pour « *la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace.* ». Il est rattaché à la catégorie des faits justificatifs autonomes, comme une cause objective d'impunité qui ne dépendrait donc pas de son auteur.

¹³⁵ GOMEZ Élisabeth « *L'imputabilité en droit pénal* », Thèse La Rochelle, 17 novembre 2017, p.104

146. La nature subjective de l'état de nécessité. Les faits justificatifs sont définis en général par leurs conditions de nécessité et de proportionnalité. Toutefois, l'état de nécessité franchit un premier grade supplémentaire qui le rapproche nécessairement de la contrainte morale et plus globalement des autres causes de non-imputabilité, en ce que son étude est subjective¹³⁶. L'article 122-7 tient en réalité compte des circonstances attenantes à la commission de l'infraction mais surtout du choix de l'auteur de commettre l'infraction en tant que moyen le plus adéquat d'empêcher le danger. L'analyse de la commission de l'infraction part donc de l'analyse subjective de la volonté biaisée de l'auteur. Le diagnostic de l'état de nécessité s'effectue *in personam*, puisque le critère même de son appréciation est l'analyse de la volonté libre de la personne, de ses choix, au même titre que dans la contrainte morale.

147. L'association de l'état de nécessité à la contrainte morale. La doctrine cherchant à ne pas assimiler la contrainte morale et l'état de nécessité argue que la contrainte morale ne laisserait aucun choix à l'auteur de l'infraction qui serait purement obligé d'agir dans un sens déterminé, tandis que l'état de nécessité laisserait quant à lui un choix d'action. Autrement dit, cela suggérerait que la contrainte morale supprime le libre-arbitre alors que l'état de nécessité non en laissant un choix à l'agent. Or, comme il a été démontré précédemment, dire que la contrainte morale est symbole de n'avoir aucun choix est une conception erronée : « *la contrainte morale n'est pas exclusive d'une multitude de choix, aussi difficile ce choix soit-il* »¹³⁷. Et la possibilité d'avoir un choix n'est pas non plus exclusive de l'absence de libre-arbitre puisque ce pouvoir de choisir est en réalité annihilé par l'effet de la contrainte. L'état de nécessité est donc, sur ce fondement, difficilement indissociable, de par sa nature, de la contrainte morale.

148. Point d'histoire. L'Histoire de la création de l'état de nécessité permet aussi de confirmer cette convergence des deux notions. Au XIX^{ème} siècle, les juridictions faisaient de l'état de nécessité un cas de contrainte morale. Les juges relaxant un individu en état de nécessité arguaient que « *celui-ci avait été privé de sa liberté de décision et qu'il avait été contraint par une force irrésistible* »¹³⁸. Puis, en 1861¹³⁹ la jurisprudence prit un tournant,

¹³⁶ GOMEZ Élisabeth « *L'imputabilité en droit pénal* », Thèse La Rochelle, 17 novembre 2017, p.107

¹³⁷ AUSSEL Jean-Marie, « *La contrainte ou la nécessité en droit pénal* », in « *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal* » Dalloz, 1956, spéc n°36 et 51

¹³⁸ Cass. Crim., 15 novembre 1856, B., no 358

¹³⁹ Cass. Crim., 28 février 1861, D. P., 1861.I.140

qui est toujours d'actualité, quant à l'appréciation rigide des conditions de la contrainte morale qui devait répondre à une absence totale de choix pour l'auteur. Cette définition rigide des frontières de la contrainte a donc engendré la création jurisprudentielle de l'état de nécessité qui sera perçue comme « *l'aboutissement logique d'une évolution de la jurisprudence devenue draconienne dans la définition de la contrainte morale* »¹⁴⁰. Si la contrainte morale avait été appréciée plus souplesment, l'état de nécessité n'en serait toujours qu'une tournure possible¹⁴¹.

149. L'état de nécessité comme altération grave de la volonté libre. L'état de nécessité peut être conçu comme une simple application de la contrainte puisqu'il supprimerait la liberté de vouloir¹⁴². Dans les cas d'urgence les plus extrêmes par exemple, la volonté libre de l'auteur ne dépend plus de son libre-arbitre mais dépend de la situation dans laquelle il se trouve. Le processus de réflexion est altéré *de facto* excluant tout processus de réflexion. Une telle altération, si ce n'est une abolition de la volonté, brouille la frontière entre la contrainte morale extérieure et l'état de nécessité. Éric Lepointe dira que l'état de nécessité est « *susceptible d'engendrer seulement une action idéo-motrice, différente de l'action volontaire, essentiellement parce que la conscience ne révèle rien entre la conception et l'exécution* »¹⁴³. Il est ainsi aisé d'affirmer que dans ces cas, qui relèvent presque du réflexe, l'état de nécessité se rattacherait effectivement à la contrainte et serait ainsi assimilé à une cause de non-imputabilité plus qu'à une cause objective de non responsabilité puisque le fondement même de cette absence de responsabilité découle en fait de l'absence de libre-arbitre.

150. L'appréciation objective de la jurisprudence de l'état de nécessité comme impasse à son rattachement à la contrainte. La jurisprudence refuse en général de considérer que l'état de nécessité pourrait constituer une atteinte au libre-arbitre. Elle le justifie par l'argument selon lequel « *c'est parce que, théoriquement, deux ou plusieurs solutions se présentaient que l'agent pouvait et devait choisir* »¹⁴⁴, solution qui est bien sûr très critiquable au regard du fait que ce choix ne reste que très théorique mais qu'en pratique, comme dans la contrainte morale, il n'existe pas réellement de possibilité de se déterminer

¹⁴⁰ Cour d'appel de Paris, 19 novembre 1952, Gaz. Pal., 1953.1.149

¹⁴¹ GOMEZ Elisabeth « *L'imputabilité en droit pénal* », Thèse La Rochelle, 17 novembre 2017, p.100

¹⁴² DANA Adrien-Charles, « *Essai sur la notion d'infraction pénale*, » LGDJ, tome 13, 1982, p. 198

¹⁴³ LEPOINTE Éric, « *Leçons de philosophie* », Éd Delagrave, 1951, p. 491

¹⁴⁴ LEPOINTE Éric, « *Le diagnostic judiciaire des faits justificatifs* », RSC 1969, n°33

en totalité dans ces cas-là. Cette liberté de choisir considérée trop objectivement pas les juges voile la réalité de la situation qui prouve toujours une véritable altération de la liberté de l'individu. Parfois, la jurisprudence fit une application qui semblait souhaitable, c'est-à-dire *in concreto* de la situation¹⁴⁵. Dans la célèbre affaire Ménard, le jugement de première instance décida que la mère de famille avait bel et bien été contrainte de commettre un vol de nourriture car « *la misère et la faim sont susceptibles d'enlever à tout être humain une part de son libre arbitre* »¹⁴⁶. Il est sous-entendu ici que, malgré le choix que la mère aurait eu de ne pas voler (choix qui existe bel et bien dans une conception *in abstracto*), ce choix est *de facto* impossible à mettre en œuvre *in concreto* au regard de sa situation.

151. Alors, bien que la jurisprudence plaide bien souvent en faveur d'une distinction marquée entre la contrainte morale et l'état de nécessité du fait de l'absence ou de l'existence de choix, notre étude démontre que cette appréciation *in abstracto*¹⁴⁷ de la notion de volonté libre n'est pas compatible avec l'étude factuelle de l'altération ou de l'abolition du libre-arbitre qui existe ici.

152. Conclusion du Chapitre 2. La volonté libre, comme second volet de l'existence du libre-arbitre en matière pénale, aux côtés du discernement, peut être altérée ou totalement abolie par l'existence d'une contrainte. Encore une fois, le droit pénal appréhende par la négative l'absence de libre-arbitre en accordant à l'individu qui le subit une exonération de la responsabilité. Toutefois, la notion même de contrainte semble parfois assez critiquable. La contrainte physique portant atteinte à la liberté de mouvement, permet de prouver facilement une incapacité de disposer de sa liberté d'action. Mais la contrainte morale, en ce qu'elle touche à la volonté interne, à la notion même de choix, reste une notion complexe et mal appréhendée par la jurisprudence. Le libre-arbitre étant un concept qui touche les individus de manière subjective, l'appréciation objective de son existence fondée sur l'existence de la possibilité de choisir dans le monde des possibles est erronée. La nature même du libre-arbitre exigerait que l'individu et sa volonté libre soient considérés et non la situation dans laquelle il se trouve. Mais bien qu'il existe des lacunes prétoriennes à corriger, l'intention légale d'exonérer l'individu contraint de sa responsabilité confirme toutefois la prise en compte par le droit pénal de l'influence de la contrainte sur le libre-arbitre, et le

¹⁴⁵ GOMEZ Élisabeth « *L'imputabilité en droit pénal* », Thèse La Rochelle, 17 novembre 2017, p.116

¹⁴⁶ Tribunal correctionnel de Château-Thierry, affaire Ménard 4 mars 1898, S., 1899.2.1

¹⁴⁷ GOMEZ Élisabeth « *L'imputabilité en droit pénal* », Thèse La Rochelle, 17 novembre 2017, p.115

législateur fait du libre-arbitre, cette fois par le biais de l'étude de la volonté libre, le socle de la responsabilité.

Conclusion du Titre 2

153. C'est à travers l'existence de causes de non-imputabilité prévues par le Code pénal que l'absence de libre-arbitre se perçoit comme le vecteur de l'irresponsabilité pénale. Puisqu'il est le socle de la responsabilité, du fait qu'elle ne peut pas exister sans la réunion de ses deux composantes, à savoir le discernement et la volonté libre, alors par raisonnement contraire si l'une de ses deux composantes est atteinte par des causes internes comme externes et qu'il est porté atteinte au libre-arbitre, les paramètres de l'imputabilité ou de la culpabilité feront défaut, ce qui entraînera une absence ou tout au moins une atténuation de la responsabilité.

154. C'est donc de par l'existence des causes de non-imputabilité, qui sont rattachées à l'état de l'auteur et qui sont donc des causes subjectives d'irresponsabilité, que découlent, par la négative, les conditions de l'imputabilité. Le trouble mental, quand il existe, porte atteinte au discernement de l'intéressé. Par le truchement de l'article 122-1 du Code pénal, il est aisé de constater que son abolition ou son altération ont des conséquences sur le système pénal, du stade du jugement au stade de la peine, ce qui fait du libre-arbitre un prérequis à l'étude même de la volonté : sans discernement, l'individu ne peut pas vouloir. Ainsi, son corollaire, réside dans une condition volitive de l'imputabilité, les deux fonctionnant indissociablement. En l'occurrence, la condition de l'existence de la liberté physique et de la liberté psychologique pour pouvoir disposer d'une volonté libre est appréhendée, ici encore, par son atteinte, qui réside dans la notion de contrainte physique ou morale. Pour être doté de libre-arbitre, l'individu doit pouvoir choisir ses actions librement, sans influence d'une quelconque force extérieure, et s'il est privé de cette faculté, ses actions réalisées au profit d'une chose qu'il ne contrôle pas ne lui seront pas imputables.

155. Il en résulte que, par l'étude des causes de non-imputabilité, l'absence du libre-arbitre, du fait de l'abolition ou de l'altération de ses composantes, est une cause d'irresponsabilité pénale. Le libre-arbitre, dans son existence comme dans son absence conditionne alors le droit pénal, en majeure partie en termes de responsabilité mais également face à toutes les conséquences qui en découlent.

Conclusion de la Partie I

156. Le droit pénal est empreint des vestiges d'une conception libérale de la matière qui prend racine dans les plus anciennes philosophies portant sur l'existence du libre-arbitre qui ont été intégrées dans le droit par les auteurs classiques qui prônent l'idée selon laquelle la liberté individuelle doit être considérée comme l'objectif à atteindre dans tous les procédés sociaux, et notamment dans le procédé juridique. Le présupposé selon lequel l'Homme est un être libre de se déterminer comme il l'entend, et donc doté de libre-arbitre permet au droit pénal d'intervenir pour protéger cette liberté mais aussi pour sanctionner ses abus par le biais de la conception de la responsabilité pénale.

157. Le libre-arbitre existe en tant que fondement de la responsabilité pénale par le prisme de la notion d'imputabilité d'une infraction à son auteur qui induit une prise en considération de l'état de ce dernier au sens physique comme au sens psychique. Il faut s'assurer, avant de lui imputer un acte, qu'il a bien été réalisé en pleine âme et conscience, l'étude du libre-arbitre se plaçant donc au cœur de l'enjeu du procès. Le droit pénal incriminera les être dotés de libre-arbitre, conscients de leurs actes, mais surtout conscients des règles sociales établies au travers des infractions. Si l'individu viole ces interdits, qu'il est assurément conscient de les violer et qu'il fait état d'une volonté libre de le faire, alors le droit pénal utilisera l'argument de l'existence du libre-arbitre pour le rendre responsable et le sanctionner. À l'inverse, si un individu ne montre pas d'hostilité aux normes sociales mais qu'il commet un acte répréhensible sous l'effet d'une cause qui lui échappe, comme la maladie mentale ou la contrainte, alors le droit pénal ne sera non plus sanctionnateur mais utilisera l'absence de libre-arbitre comme argument pour le protéger et pour l'exclure en tout ou partie du système pénal.

158. Quoi qu'il en soit, la conception libérale du droit pénal, fondée avant tout sur la philosophie, transcende les époques et existe encore aujourd'hui de manière extrêmement prégnante. Le libre-arbitre dans tous ses aspects est et reste un support fondamental du droit pénal, tant en matière purement théorique au regard des règles de responsabilité, qu'en matière pratique, les individus étant appréhendés par le prisme de leur liberté (ou non) de se déterminer pour être jugés justement.

159. Or, au-delà de la preuve établie du rôle primordial du libre-arbitre en matière pénale, il existe d'autres courants, philosophiques comme juridiques, anciens comme d'actualité, qui tendent à démontrer qu'il existe, en parallèle, un certain pan du droit pénal qui semble désintéressé de la notion de libre-arbitre (Partie 2).

Partie II –

La progression d'un droit pénal désintéressé de la notion de libre-arbitre

160. Si les théories défendant l'existence d'un libre-arbitre de l'Homme existent, celles qui le nient subsistent aussi. Face aux conceptions libérales philosophiques et juridiques s'oppose la conception déterministe, qui prône que l'être humain dépend de ses fondements biologiques et de ses mécanismes cérébraux, qui seraient à l'origine de phénomènes mentaux et du comportement humain¹⁴⁸ et qui le privent de disposer de l'intention, de la volonté, du pouvoir de décision, ou qui, du moins, n'en donnent que l'illusion.

161. Ainsi, on constate que le droit pénal actuel, ayant pourtant paru échapper aux théories niant le libre-arbitre vis-à-vis de l'étude du volet de la responsabilité, connaît un regain de considération des théories déterministes (Titre 1). Au-delà du déterminisme pur, l'intérêt du droit pénal paraît se déplacer dans certaines branches. Il passe de l'appréhension d'une infraction liée à l'existence d'une liberté de la commettre ou non, à une volonté de neutralisation des individus jugés dangereux en vertu d'une protection de la société (Titre 2), ce qui marque un déclin de l'importance du libre-arbitre en droit pénal.

¹⁴⁸ EDELMAN Gérard, « *Biologie de la conscience* », Paris, Éd Odile Jacob, 2008, pp 448

Titre 1 –

Un droit pénal à l'aune des théories déterministes

162. Les théories déterministes existent, comme les théories libérales, depuis des siècles. À l'initiale, ce sont des philosophes qui, en étudiant la question de l'existence du libre-arbitre, réalisent que ce dernier n'existe pas ou du moins est toujours biaisé par des considérations qui dépassent les êtres humains. Pour comprendre l'étude même du déclin du libre-arbitre en matière pénale, il convient d'abord de comprendre la genèse philosophique théorisant la négation du libre-arbitre (Chapitre 1).

163. L'illustration la plus prégnante d'un regain des théories déterministes en droit pénal semble être l'étude de la manière dont les nouvelles conceptions de la matière l'influencent. C'est le cas principalement de l'essor des neurosciences sous l'impulsion de la montée en puissance des techniques scientifiques, qui remettent en cause la pensée libre, qui semblait pourtant être le fondement même de l'infraction et de son imputabilité (Chapitre 2).

164. Toutefois, il convient dès à présent de préciser que ces théories soulèvent, pour la plupart, des questions d'éthique fondamentales et qu'il s'agira de les étudier majoritairement dans le but de les critiquer, mais aussi afin de créer une discussion autour du concept même de libre-arbitre, sans se contenter de prôner son existence.

Chapitre 1 –

La philosophie déterministe

165. John Searle, philosophe américain, avance que « *La thèse du déterminisme affirme que toutes les actions sont précédées par des conditions causales qui les déterminent. La thèse du libre arbitre établit que quelques actions ne sont pas précédées par des conditions causales suffisantes. Le libre arbitre ainsi défini est la négation du déterminisme* »¹⁴⁹.

166. En philosophie, l'étude de la condition de l'être humain et de sa responsabilité de ses actes ne cherche pas à savoir à quelles conditions il peut être estimé responsable, comme le fait le droit, mais cherche plutôt à savoir si l'idée même de responsabilité ne serait pas un préjugé. Est-il possible que personne n'ait jamais agi volontairement et que « *l'identification libre de la volonté avec l'acte* » soit une pure illusion ?¹⁵⁰. La philosophie déterministe prend appui sur la considération selon laquelle il n'existe pas d'effet sans cause, que rien ne serait inexplicable et que tout phénomène naturel serait en fait le produit de ce qui le détermine. Ainsi, en matière juridique, on se demande nécessairement si la volonté criminelle elle-même existe en tant que telle, si le passage à l'acte est éclairé ou déterminé, à l'instar de tous les autres phénomènes dépassant l'ordre de la criminalité qui, en général, sont scientifiquement explicables.

167. Ce postulat déterministe trouve ses racines dans les principaux fondements philosophiques purs attenant à la négation de libre-arbitre (Section 1), dont le mode de pensée a, comme pour les philosophes libéraux, influencé les penseurs juristes qui constitueront l'école positiviste, reflet de la négation du libre-arbitre en matière pénale (Section 2).

¹⁴⁹ LEBOHEC Jean-Baptiste. « *La responsabilité est-elle incompatible avec le déterminisme ?* », in « Archives de philosophie du droit », vol. 63, n°1, 2021, pp. 83-103.

¹⁵⁰ *Ibid.*

Section 1 : Les principaux fondements philosophiques quant à la négation du libre-arbitre

168. La négation philosophique du libre-arbitre semble pouvoir se subdiviser en deux catégories de penseurs qui n'utiliseront pas le même type d'argumentation pour justifier leurs théories. Dans un premier temps, des philosophes, assez anciens, soutiendront la thèse de « la liberté comme illusion » et chercheront à démontrer les diverses causes, notamment internes de l'inexistence d'une liberté de se déterminer (Paragraphe 1). Plus tard, un courant de pensée fondé sur des considérations cette fois plus sociologiques, tenant à l'éducation ou à l'étude du milieu social tenteront de rapporter la preuve d'un certain déterminisme de l'Homme (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La liberté comme illusion

169. **Dieu et la Nature comme causes uniques de l'univers selon Spinoza.** Baruch Spinoza, philosophe néerlandais du XVII^{ème} siècle, défend la thèse selon laquelle les Hommes ont l'impression d'être libres mais ne le sont pas vraiment. Il dira notamment que « *Les hommes se figurent être libres, parce qu'ils ont conscience de leurs volitions et de leur appétit et ne pensent pas, même en rêve, aux causes par lesquelles ils sont disposés à appéter et à vouloir, n'en ayant aucune connaissance* »¹⁵¹. Son raisonnement se base à l'initiale sur des préétablis, qui selon lui, sont nécessaires de comprendre avant toute discussion, c'est ce qu'il appelle « *la méthode géométrique* »¹⁵². Spinoza affirme que la compréhension du monde est mathématique. À ce propos, il dira que le libre-arbitre, conçu comme la volonté est donc conçu comme une « *faculté* » ce qui n'est pas une « *idée claire et distincte* »¹⁵³ comme il faudrait qu'elle soit. Il refuse les concepts abstraits et ne se fiera qu'à ce qui est établi et prouvé. La cause la plus sûre selon lui reste Dieu, qu'il apparente d'ailleurs à la Nature. Il le définit comme « *la cause immanente de toutes choses* » et dit que « *toutes choses ont été déterminées par Dieu* »¹⁵⁴. Tout semble, dans sa conception, avoir été prédéterminé par la Nature, donc par Dieu et puisqu'il est la substance de tout, chaque chose

¹⁵¹ SPINOZA, « *Éthique* » traduite par Charles Appuhn in « *Œuvres de Spinoza. - Nouvelle édition* », d'après l'édition de Heidelberg. - Paris Garnier, 1929, p.29

¹⁵² SIWEK Paul « *Le libre-arbitre d'après Spinoza* », in « *Revue philosophique de Louvain* », 1947, p.339

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ SPINOZA, « *Éthique* », Partie I « *De Dieu* », Appendice

qui existe et qui compose ce monde n'en est qu'une parcelle de Nature et rien ni personne n'est libre de se déterminer puisque tout fonctionne comme un ensemble.

170. La liberté psychologique illusoire selon Spinoza. Ainsi, il affirme que c'est uniquement parce que les Hommes ignorent les causes qui les déterminent qu'ils se sentent libres et qu'ils théorisent la liberté alors qu'il n'en est rien, elle ne serait qu'illusoire. Il prendra l'exemple d'une pierre qui roule en disant que si elle avait une conscience, elle se croirait libre de rouler alors même qu'une pierre ne peut rouler seule. Les Hommes eux, comme une pierre, ignorent d'où viennent leurs mouvements mais comme ils bougent, ils se sentent libres de le faire. Les causes explicatives de ce déterminisme se trouvent donc, selon Spinoza, dans l'étude des lois de la nature qui conditionnent l'action. Il ne nie toutefois pas la liberté dans son entièreté, bien qu'il dise qu'on ne puisse jamais échapper aux causes. En effet, l'Homme, de par sa raison et sa connaissance, doit pouvoir cerner ses passions, qu'il interprète comme des affects négatifs, pour pouvoir les transformer en actes positifs : ainsi, plus l'Homme fera usage de raison, plus il échappera aux causes extérieures en se rapprochant de plus en plus de sa véritable essence, c'est à dire de Dieu, qui est la composante suprême de chacun. Spinoza reste donc, même dans son acception de la liberté d'agir, un fervent défenseur du déterminisme Nature. Il nie ainsi toute forme d'existence d'un libre-arbitre et considère que la liberté ressentie par l'Homme n'est qu'une illusion.

171. La continuité de la négation du libre-arbitre selon Nietzsche. Friedrich Nietzsche, philosophe allemand du XIX^{ème} siècle, partage une position philosophique extrêmement proche de celle de Spinoza et affirme d'ailleurs s'en inspirer. Il distingue, lui aussi, la notion de cause comme sous-jacente d'une pseudo-volonté. Il dira que *« L'aspiration à la « liberté », en cette acception métaphysique superlative qui n'en finit hélas jamais de régner dans la tête des demi-instruits, l'aspiration à assumer soi-même la responsabilité pleine et ultime de ses actes et d'en décharger Dieu, le monde, ses ancêtres, le hasard, la société n'est en effet rien de moins que l'aspiration à être justement cette causa sui »*¹⁵⁵. Il théorise l'absence de libre-arbitre ainsi que l'abus de l'Homme que de penser pouvoir être une cause libre. Comme Spinoza, il souligne aussi l'inaptitude à percevoir les déterminations comme cause de croyance en le libre-arbitre. Il critique aussi toutefois la notion de déterminisme au sens physique du terme : pour lui les notions de « cause » et

¹⁵⁵ NIETZSCHE Friedrich, « Par-delà le bien et le mal », in « Œuvres complètes de Frédéric Nietzsche » trad. Henri Albert, Éd. Mercure de France, vol 10, 1913, p.32

d' « effet » ne doivent pas être entendues concrètement, comme le font les sciences naturelles et physiques selon lesquelles « la « cause » presse et pousse jusqu'à ce que l' « effet » s'ensuive »¹⁵⁶, ils doivent être conçus comme des concepts qui permettent d'expliquer la manière dont les choses influencent toujours les Hommes mais sans nécessairement en démontrer un lien de causalité clairement établi. Il semble au contraire n'exister aucune règle générale de l'action : toute action est exécutée d'une façon unique et ses motivations sont inconnaissables, aussi bien pendant qu'après sa réalisation. Il nie donc à la fois l'existence d'une liberté ou d'un déterminisme absolu. Ce qui est certain toutefois est que la volonté libre pour lui n'existe pas et qu'il n'est qu'un concept moral inventé par l'Homme pour expliquer ses comportements inexplicables.

172. Le déterminisme psychique selon Freud. Sigmund Freud, neurologue autrichien et fondateur de la psychanalyse des XIXème et XXème siècles théorise le déterminisme cette fois ci interne, psychologique. En effet, selon lui, le comportement de l'individu est contrôlé par des motivations inconscientes. Freud a utilisé ce principe pour expliquer des phénomènes tels que les lapsus, les rêves et les symptômes des troubles mentaux, en soutenant qu'ils ont tous des explications significatives enracinées dans l'inconscient de l'individu. Ce déterminisme n'est pas accessible à la conscience claire et l'individu ignore pourquoi il fait certaines actions ou a certaines réactions, choses qui seraient plus ou moins élucidables par la pratique de la psychanalyse. Le déterminisme mental Freudien est absolu.

173. L'acte gratuit selon André Gide. André Gide, écrivain français des XIXème et XXème siècles, dans son ouvrage « *Les caves du Vatican* »¹⁵⁷ aborde une discussion autour de la liberté par le biais du concept d'acte gratuit. Le personnage principal, Lafcadio, tue un Homme pour prouver son affranchissement de tout déterminisme puisqu'un acte gratuit serait par définition un acte libre, dénué de sens et n'ayant aucune raison d'être. Or, finalement plusieurs motifs l'incitent, le plus apparent serait celui d'agir librement sans contrainte. Le choix dit « libre » d'agir sans raison n'est en réalité pas sorti de nulle part puisqu'il dépend lui-même d'une motivation. André Gide illustre alors ici le fait qu'il n'y a pas de gratuité ni de liberté, puisque son personnage est déterminé par le désir de vouloir

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ GIDE André, « *Les caves du Vatican* », 1914

prouver sa liberté. Il compare l'Homme à un animal finaliste, incapable de se détacher de tout déterminisme.

174. Alors, les philosophes purs plus ou moins anciens considèrent parfois que le libre-arbitre n'existe pas et théorisent qu'il existe une part de déterminisme interne comme externe propre à chacun qui joue sur les actes et les choix des individus, souvent sans même qu'ils ne s'en rendent compte. Ce mode de pensée sera aussi observable, mais différemment, chez d'autres auteurs qui feront du déterminisme la conséquence non plus de causes aussi abstraites mais de causes sociologiques explicables.

Paragraphe 2 : L'opposition au libre-arbitre par les considérations sociologiques

175. Le déterminisme social questionne les rapports qu'entretiennent individus et société. Il regroupe l'ensemble des doctrines selon lesquelles l'Homme n'est pas libre de déterminer comme il l'entend puisque ce qu'il pense ou fait serait déterminé par des forces et mécanismes sociaux qui lui échappent et dont il n'est en général pas conscient.

176. **Le déterminisme socio-économique selon Marx.** Karl Marx, philosophe et économiste allemand du XIX^{ème} siècle, défend une forme de déterminisme de l'Homme qui serait explicable par des causes socio-économiques. Contrairement à Sartre, il n'est pas connu pour être un philosophe de la liberté, ou du moins d'une liberté au sens métaphysique. Pour Marx, la liberté s'apparente davantage au pouvoir d'épanouissement. Elle dépasse le concept de libre-arbitre et est une fin en soi. Toutefois, en matière de libre-arbitre pur, la vision marxiste est plus drastique, notamment quant à son existence. En effet, selon lui la conscience de l'Homme ne serait pas absolue ni parfaite et serait, au contraire, déterminée par sa place dans la société de production. Il dira en ce sens que « *ce n'est pas la conscience qui détermine la vie mais la vie qui détermine la conscience* »¹⁵⁸. Il souligne ainsi l'importance de la société sur la perception que l'Homme a de sa propre vie : « *La production des idées, des représentations et de la conscience, est d'abord directement et intimement mêlée à l'activité matérielle et au commerce matériel des hommes : elle est le langage de la*

¹⁵⁸MARX Karl, ENGEL Friedrich, « *L'Idéologie allemande* » (Die deutsche ideologie), trad. Renée Cartelle et Gilbert Badia, Paris, Les Éditions sociales, 1971

vie réelle »¹⁵⁹. Selon lui, le système de pensée de chacun est conditionné par ses conditions matérielles d'existence. La notion de classe sociale est centrale chez Marx. Elle désigne au sens large un groupe d'appartenance déterminé selon des critères socio-économiques puisque appartiennent à une même classe sociale les individus se situant au même niveau de l'échelle de production, qui ont donc plus ou moins les mêmes revenus et les mêmes conditions de vie. Il découle de l'existence de ces classes sociales la notion de nécessité, qui dépendra de la position de chacun dans l'ordre social puisque le prolétariat n'aura pas les mêmes nécessités que la bourgeoisie. Le règne de la liberté commence seulement à partir du moment où cesse le travail dicté par la nécessité et les fins extérieures, c'est pourquoi il prônera la révolte du prolétariat qui doit s'affranchir de ces nécessités découlant uniquement de l'ordre économique. Globalement, Marx ne nie pas en totalité le libre-arbitre, il dit simplement qu'un individu sera libre dans ses actions, c'est à dire affranchi d'un déterminisme absolu, mais qu'il y a des causes qu'il ne parviendra toutefois pas à maîtriser du fait de l'existence d'une nécessité. Par exemple, je suis « libre » de manger ou de sauter un repas, mais je ne suis pas libre d'avoir faim. La faim s'impose à moi comme une implacable nécessité¹⁶⁰. Il dira que « *Les hommes font leur histoire, mais ils ne la font pas de leur propre mouvement, ni par des conditions choisies par eux seuls, mais bien dans des conditions qu'ils trouvent directement et qui leur sont données et transmises* »¹⁶¹.

177. Le fait social contraignant les individus selon Durkheim. Émile Durkheim, sociologue français du XIX^{ème} siècle, considéré comme l'un des pères fondateurs de la sociologie, prônera également une forme de déterminisme des hommes explicables par des causes sociales. En effet, il dira qu'il « *faut considérer les faits sociaux comme des choses (...), la caractéristique du fait social, c'est qu'il exerce une contrainte sur les individus.* »¹⁶². Un fait social est une norme, un modèle social, familial, religieux... Il veut dire par là que les faits des individus en société dépendent toujours d'une cause. En effet, chacun a l'impression d'avoir une connaissance claire et intuitive de la société dans laquelle il évolue alors même que cette connaissance est en général défectueuse. Les faits sociaux tels qu'il les définit sont donc « *des manières d'agir, de penser et de sentir extérieures à l'individu qui*

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ « *Le marxisme, un déterminisme absolu ?* », Révolution, tendance marxiste internationale, rubrique « Théorie – Comment ça Marx ? », 24 avril 2023. <https://www.marxiste.org/theorie/comment-ca-marx/2533-le-marxisme-un-determinisme-absolu>

¹⁶¹ MARX Karl, « *Le 18 brumaire de Louis-Bonaparte* », Éd Sociales, 1969, p. 15

¹⁶² DURKHEIM Émile, « *Les règles de la méthode sociologique* », Préface de la seconde édition, Les classiques des sciences sociales, 1894, p. 10

sont douées d'un pouvoir de coercition en vertu duquel ils s'imposent à lui »¹⁶³. Selon Durkheim, le monde social est un monde opaque, il faut donc étudier les phénomènes sociaux comme des causes extérieures aux Hommes de la même manière que seraient étudiées des choses physiques ou biologiques comme des plantes. Il affirme, dans sa conception du libre-arbitre, que le social transcende l'individu et ses comportements. En réalité, il regroupe cette « contrainte » qui s'impose aux individus quant au fait qu'ils sont transcendés par le respect des faits sociaux et par la notion de conscience collective. Il dira que dans la plupart des cas, les individus ont assimilé les normes et les modèles sociaux de leur milieu de sorte que leur manière de penser et d'agir a été conditionnée à agir de telle ou telle manière. Ainsi, ils ne se rendent pas compte qu'ils sont, en un sens, déterminés puisque la dimension contraignante du fait social n'apparaît que lorsque les croyances propres de l'individu sont en opposition avec la pratique collective, ce qui est rarement le cas si l'individu a intégré ces notions tout au long de son existence.

178. Les penseurs de l'économie et de la sociologie apparaissent donc en faveur de la définition d'un déterminisme social, ou plutôt d'une liberté biaisée par l'existence de la société et de l'influence qu'elle exerce sur l'Homme. Ces derniers, aux côtés des philosophes purs défendant la thèse de la liberté comme illusion, s'opposent donc intrinsèquement au concept de libre-arbitre puisque les comportements des Hommes seraient toujours influencés, soit par un ordre naturel, divin, transcendantal et incernable, soit par des causes internes liées à l'expérience humaine, soit encore par leur appartenance à un groupe social et aux influences de ce dernier sur le développement de chacun. Outre ces considérations purement philosophiques en faveur de l'absence de libre-arbitre, les penseurs du droit s'attèleront aussi à rapporter la preuve d'un déterminisme humain. Ces derniers, incarnés par la pensée de l'école positiviste, étudieront cette fois-ci la négation libre-arbitre face au droit, et notamment au droit pénal, en étudiant les causes de la criminalité.

¹⁶³ *Ibid.*

Section 2 – L'école positiviste en tant que reflet de la négation du libre-arbitre en matière pénale

179. Un courant criminologique naît dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, plaçant le criminel au cœur des préoccupations du droit pénal, plus que le crime lui-même¹⁶⁴. C'est alors que se forme l'école positiviste du droit pénal, qui, sous l'impulsion des sciences sociales et médicales, se sert d'un champ expérimental particulièrement riche pour étudier le criminel dans toutes ses dimensions. Des facteurs anthropologiques qualifiés d'endogènes ou physiques et sociaux qualifiés d'exogènes, sont inhérents au délinquant et sont présentés comme les nouvelles variantes du comportement criminel. Les criminologues seront les premiers à prouver l'existence d'un déterminisme rigoureux niant le libre-arbitre (Paragraphe 1). Plus tard se développera un nouveau courant de pensée rigide tournée vers l'étude de la dangerosité des individus, à savoir l'école de la défense sociale nouvelle (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La criminologie au service de la lutte contre le postulat de l'existence du libre-arbitre

180. L'analyse empirique du phénomène criminel par les criminologues positivistes tend à rendre purement scientifique l'explication du phénomène criminel. Tout peut être démontré, tout a une cause et le crime est explicable. Puisqu'il ne peut vraisemblablement pas découler d'une volonté pure et inexplicable, le crime ne peut, selon les positivistes, pas découler du libre-arbitre de l'individu qui semble ne pas exister ou du moins pas en matière criminelle.

181. **La théorie du criminel-né selon Lombroso.** Cesare Lombroso, professeur italien de médecine légale du XIX^{ème} siècle, est considéré comme le père fondateur de la criminologie positiviste et de l'anthropologie criminelle. Sa négation du libre-arbitre découle donc d'explications pseudo-scientifiques du crime. Il dira par ailleurs « *qu'il fallait laisser de côté toutes les théories philosophiques et étudier, en somme, plus que le crime, les criminels* »¹⁶⁵. En 1876, il publia son célèbre ouvrage « *L'homme criminel* » où il expose sa

¹⁶⁴ DUROCHÉ Jean-Philippe, et PÉDRON Pierre. « *L'influence positiviste au XIX^e siècle* », in « *Droit pénitentiaire* », Chapitre 4, Ed Vuibert, 2019, pp. 32-36.

¹⁶⁵ LOMBROSO Cesare, « *L'homme criminel* », 2e éd. française, Éd Alcan Paris, 1895, t.I, p. 6

théorie du « type criminel » appelée plus tard la théorie du « criminel-né ». Pour prouver son raisonnement, ce dernier examine 386 crânes d'assassins guillotins, donc criminels, et les compare avec ceux de soldats morts, donc non-criminels. Il déduit de ses expérimentations qu'il existe chez les criminels une fossette occipitale anormalement développée, plus proche de celle des mammifères inférieurs que des hommes¹⁶⁶. L'existence de cette fossette devient, selon Lombroso, le facteur explicatif d'un déterminisme congénital qui destinerait ses porteurs au crime. Il complètera cette recherche en soumettant 5 907 personnes à des examens anthropométriques (mensurations de différentes parties du corps), médicaux et biologiques¹⁶⁷. Au-delà de l'étude du crâne, il soutiendra sur la base de ces expériences l'existence d'un atavisme criminel qui se traduit par « un type criminel » dont les traits, autant physiques que caractériels, sont bien définis. C'est l'apparition ici de stigmates anatomiques, par exemple, le meurtrier aurait un crâne étroit, des pommettes saillantes et des maxillaires longues ; quant au violeur, son crâne serait écrasé, ses yeux obliques et très rapprochés¹⁶⁸. Quant aux traits caractériels du criminel-né, ce dernier serait violent, impulsif ou encore sans remords. Ainsi, Lombroso affirme au travers de toutes ces expériences que certains types d'individus sont biologiquement prédéterminés à devenir criminels de manière inéluctable. La seule solution consisterait à le repérer puis à le mettre à l'écart d'une société qu'il met en danger¹⁶⁹. Il est, pour l'instant, le théoricien qui s'oppose le plus à l'existence d'un libre-arbitre de l'Homme.

182. Déterminisme et sociologie criminelle selon Ferri. Enrico Ferri, criminologue italien de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, suivra les traces de son prédécesseur. Il dira qu'il est nécessaire d'étudier « *l'homme criminel avec les observations directes dans les cabinets d'anatomie et de physiologie, dans les prisons et les asiles d'aliénés, au point de vue organique et physique, en le comparant avec les caractères de l'homme normal et de l'homme aliéné et dégénéré* »¹⁷⁰. Comme Lombroso, il axe sa réflexion sur une déterminisme ancré et une propension inexorable à la criminalité chez certains individus. Il les divise en plusieurs catégories à savoir le criminel né, le criminel par habitude, le criminel par passion ou le criminel d'occasion. Toutefois, il ajoutera un critère de déterminisme, en

¹⁶⁶ BEZIZ-AYACHE Annie et RAVIT Magali « Fiche 4. Théories criminologiques classiques : explication anthropologique du crime », in « Fiches de Criminologie », Éd Ellipses, 2021, pp. 29-33.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ BRAUNSTEIN Jean-François. « Une vision médicale du monde. Le « cas » Lombroso », Archives de Philosophie, vol. 73, n°4, 2010, pp. 631-654.

¹⁷⁰ FERRI Enrico, « La sociologie criminelle », Éd. A. Rousseau, Paris, 1893, p. 29

plus des critères physiques et anthropologiques : le milieu social. Il théoriserait en effet que la profession, le domicile, le niveau d'instruction ou même encore le climat, la température ou la météo peuvent influencer le criminel. Ce sont des causes non plus endogènes, propres à l'individu, mais exogènes, qui influenceront le passage à l'acte. On passe d'un déterminisme purement biologique à un déterminisme biologique et social. Pour Ferri, l'Homme n'est pas libre car il subit ces influences. Il n'y a pas de libre-arbitre dans le crime, la volonté du comportement n'existe pas.

183. La conceptualisation de l'état dangereux selon Garofalo. Raffaele Garofalo, magistrat et également criminologue italien des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, disciple de Lombroso, estime aussi que le crime ne peut s'expliquer que scientifiquement. Toutefois, Il rejette à la fois le concept de libre-arbitre et la théorie du criminel-né. Pour lui, le comportement criminel résulterait d'un défaut de l'être humain dans sa composition physiologique¹⁷¹. C'est lui qui élaborera le concept « d'état dangereux », qui persistera jusqu'en criminologie clinique moderne. Il dira que la dangerosité d'un individu dépend de sa capacité criminelle, qu'il appellera la témibilité, et de son degré de sociabilité. En somme, ces critères-là ne sont pas purement biologiques mais davantage comportementaux. Toutefois, la thèse de Garofalo reste un exemple de négation pure du libre-arbitre au profit du déterminisme criminel.

184. Critiques. Les théories philosophiques pures ne sont que gages de réflexions et ne découlent que sur des ouvrages, des théories qui, bien qu'influençant grandement le monde théorique, n'auront qu'une moindre influence sur le monde pratique. À l'inverse, l'application de la négation du libre-arbitre en droit pénal, par le biais de l'école positiviste, est extrêmement critiquable et ces théories ne doivent être exposées que parce que leur étude représente un des fondements les plus importants du détachement du droit pénal de la notion de libre-arbitre. Cela dit, elles ne constituent en aucun cas une pensée viable en termes pénal, notamment au regard de leur manque d'éthique, puisqu'elles se basent uniquement sur des stigmates. Par ailleurs, les théories lombrosiennes ont aussi fait état d'un certain racisme (notamment dans son ouvrage controversé « *L'homme blanc et l'homme de couleur* »). Les expériences ont, qui plus est, été remises en question de nombreuses fois et l'anthropologie criminelle ne doit absolument pas devenir le fondement d'une quelconque responsabilité.

¹⁷¹ BEZIZ-AYACHE Annie et RAVIT Magali « Fiche 4. Théories criminologiques classiques : explication anthropologique du crime », in « Fiches de Criminologie », Éd Ellipses, 2021, pp. 29-33

Certains critères soulevés par les positivistes restent viables, notamment l'étude de l'influence du milieu socio-économique sur les individus et le passage à l'acte, mais ces postulats sont basés sur des analyses qui se doivent d'être multivariées, et aucun critère établi de « criminalité déterminée » ne peut en découler.

185. Ainsi, l'étude de la question théorique de l'existence du libre-arbitre en matière pénale doit rester théorique et ne doit pas être envisagée comme une autre conception du droit pénal et de la responsabilité fondée sur le déterminisme. Puis, sur d'autres fondements, mais toujours dans le sens de la négation du libre-arbitre, se développera une nouvelle école de pensée : l'école de la défense sociale.

Paragraphe 2 : L'école de la défense sociale

186. La défense de la société au cœur des considérations pénales. On distingue deux courants de défense sociale. Le premier est mis en place en 1889. L'école de la défense sociale a été instiguée dans un but de déplacement de l'objectif du système pénal et des politiques criminelles. Habituellement, le système pénal est conçu dans le but de punir un comportement délinquant, un fait infractionnel ayant déjà eu lieu. C'est de l'existence du libre-arbitre que découle d'ailleurs cette réflexion : puisqu'un Homme est libre, on peut le punir lorsqu'il agit mal car il en est conscient. Or, ici, cette nouvelle école de pensée a tendance à préconiser la défense de la société par la prise en compte de l'état dangereux d'un individu qui induirait des sanctions découlant de cet état dangereux et donc potentiellement sans limite. On ne se préoccupe plus du libre-arbitre, tout ce qui compte est de savoir si un individu présente intrinsèquement des risques pour la société. Ainsi, ce qui fonde la responsabilité morale n'est plus son libre-arbitre, qui lui permet de savoir ce qu'il veut faire ou non, ce qui est moralement acceptable, mais bien sa dangerosité. Adolphe Prins, inspecteur général des prisons en Belgique, et père fondateur de l'école de la défense sociale, considère que le débat sur l'existence du libre-arbitre est superflu et qu'il ne doit pas constituer le socle du droit pénal. Il dira que « *l'important c'est de constater si cet acte est un avantage ou un préjudice pour la société et de nous faire profiter, dans la première hypothèse, du bien obtenu, comme de nous protéger contre le mal dans la seconde* »¹⁷². Il suggère ainsi que la réaction sociale au phénomène criminel ne soit non pas fondée sur un

¹⁷² PRINS Adolphe, « La défense sociale et les transformations du droit pénal », Éd Gallica, Bruxelles, 1910, p. 39

quelconque libre-arbitre, existant ou non, mais bien sur « *l'état dangereux* » de la personne, en particulier de ceux qu'il qualifie de « *défectueux* » ou de « *dégénérés* »¹⁷³.

187. L'école de la défense sociale nouvelle de Marc Ancel. Après la seconde guerre mondiale apparait en Europe un second pan de la défense sociale porté notamment par Marc Ancel, magistrat et théoricien du droit du XXème siècle, qui sera nommé le courant de la défense sociale nouvelle. En effet, il porte les même considérations que l'école de la défense sociale, à savoir le fait que le crime provient de l'état dangereux du criminel et non de son libre-arbitre. Toutefois, Ancel s'écarte de la pensée de ces derniers au sujet des conséquences qu'est censée avoir l'appréhension d'un individu dangereux. Tandis que les positivistes prônaient son élimination et sa neutralisation, parfois même avant qu'il ne commette tout acte répréhensible, Ancel suggère que le droit pénal devrait avoir pour finalité d'accorder une place plus importance à la prévention du crime et surtout au traitement du délinquant et à sa réadaptation sociale. Il ne nie en réalité pas l'existence d'un libre-arbitre mais argue plutôt que ce dernier n'a rien à voir avec le droit et les politiques pénales qui semblent devoir prendre en compte d'autres critères qui tournent en général autour du « risque » qu'un individu représente. C'est de ce mode de pensée que s'inspireront notamment certaines mesures de sûretés. Le libre-arbitre est ainsi le but du traitement et non son point de départ : ce n'est que lorsqu'il sera guéri que le condamné jouira de sa pleine liberté et de son entière responsabilité¹⁷⁴, mais le point de départ du droit pénal ignore cette notion.

188. L'école de la défense sociale se fonde alors sur des considérations différentes du droit pénal classique tel qu'étudié qui se base sur le libre-arbitre humain et sur la punition des actes antisociaux commis librement. Ce courant de pensée déplace l'intérêt du droit pénal pour en faire une institution préventive, basée sur l'étude de l'état dangereux d'un individu. Bien que la défense sociale nouvelle ne prône pas l'existence d'un déterminisme comme celui de l'école positiviste, elle postule tout de même une négation du libre-arbitre en matière pénale.

¹⁷³ *Ibid.* p. 70 et 71.

¹⁷⁴ JEANDIDIER Wilfrid, « *Les théories pénales du Code pénal de 1810 à nos jours* » in « *Droit pénal général* », 2^{ème} éd, Éd Montchrestien, 1991

189. Conclusion du Chapitre 1. La philosophie constitue ici le socle de pensée du courant observable en droit pénal qui se désintéresse de la notion de libre-arbitre, notamment du fait de la prise en considération d'éléments extérieurs à ce dernier. Les philosophes prouvent en effet que le comportement humain n'est pas toujours régi que par sa volonté et qu'il peut subir des influences extérieures, les études les plus concrètes étant celles tenant aux considérations sociologiques, qui influencent nécessairement le développement d'un individu de par son expérience. La négation du libre-arbitre par les penseurs philosophes influencera les auteurs pénalistes qui, quant à eux, parleront d'un déterminisme criminologique, parfois endogène, biologique, ou parfois exogène, mais ces considérations restent très critiquables et sont aujourd'hui désuètes. C'est davantage de leur influence qu'il est important de parler puisque d'autres courants se développent autour de l'idée même d'un nécessaire détachement du libre-arbitre en matière pénale, au profit de nouvelles considérations. C'est notamment le cas des neurosciences qui étudient le lien entre neurologie, réactions cérébrales et action de l'Homme, remettant ainsi en cause la pensée libre et offrant au droit pénal une potentielle remise en cause de la responsabilité fondée uniquement sur la volonté libre (Chapitre 2).

Chapitre 2 –

La pensée libre remise en cause par les neurosciences

190. Les neurosciences regroupent, au sens large, les disciplines attendant à l'étude du système nerveux, de son fonctionnement, notamment par le biais de l'étude du cerveau humain. Instinctivement, le lien entre neurosciences et droit peut paraître compliqué à établir. Pourtant, le progrès neuroscientifique a, depuis quelques années, été intégré au droit, qui prend de plus en plus en compte les techniques scientifiques comme moyen d'étude des comportements. Grâce aux développements de nouvelles techniques scientifiques, l'étude de l'activité cérébrale devient notamment un nouvel outil en matière pénale quant à l'examen du cerveau des criminels et à l'évaluation de leur responsabilité pénale. D'ailleurs, la France est l'un des premiers pays au monde à avoir légiféré sur l'utilisation des neurosciences à des fins judiciaires par le biais de la loi de bioéthique de 2011¹⁷⁵ qui autorise en des termes généraux l'utilisation de l'imagerie cérébrale à l'occasion d'une expertise judiciaire. Quant à l'étude de la question du libre-arbitre, l'intervention des neurosciences dans le domaine juridique soulève de nombreux enjeux : les mécanismes cérébraux de perception, de traitement de l'information, de mémorisation et de prise de décision sont réétudiés, non plus sur une base philosophique abstraite mais sur une base scientifique concrète. L'objectif même des neurosciences étant d'établir un lien entre système nerveux et comportement de l'individu, cela range cette discipline au service d'une nouvelle conception du droit pénal qui, par la remise en cause de la pensée libre, semble ne plus être fondé uniquement sur l'acceptation du libre-arbitre.

191. Afin de traiter en globalité les rapports qu'entretiennent la question des neurosciences et celle du libre-arbitre, il conviendra d'étudier le lien entre anomalie anatomique, prédisposition biologique et comportement criminel (Section 1) afin de constater la remise en cause pure et simple du libre-arbitre par l'étude de l'activité cérébrale (Section 2).

¹⁷⁵ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JORF n°0157 du 8 juillet 2011

Section 1 – Le lien entre anomalie anatomique, prédisposition biologique et comportement criminel

192. L'étude des rapports entre neurosciences et droit est un préalable nécessaire à la compréhension des enjeux que représente le fait de lier ces deux matières. Il s'agit en effet avant tout de comprendre d'où vient le phénomène de « neurodroit », ses avantages mais aussi les déviances qu'il peut connaître (Paragraphe 1). Une fois ce cadre posé, il s'agira de s'intéresser plus précisément aux démonstrations expérimentales qui ont été menées dans le but de démontrer l'implication des lésions cérébrales dans les comportements déviants (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'étude des rapports entre neurosciences et droit

193. **L'émergence du neurodroit.** Traditionnellement, sciences et droit entretiennent des rapports contradictoires. « *À la différence du droit qui repose sur le normatif et le devoir-être, la science, empirique, s'intéresse au factuel et a vocation à dire ce qui est* »¹⁷⁶. L'émergence d'un neurodroit, traduit du néologisme anglais « *neurolaw* », s'intéresse aux applications juridiques des résultats issus des recherches en neurosciences, et en particulier, des différentes techniques d'imagerie cérébrale¹⁷⁷. Cela prouve alors que les deux disciplines peuvent entretenir des rapports intéressants, les neurosciences s'avérant être utiles, dans une certaine mesure, pour le droit.

194. **Le socle légal de l'utilisation des neurosciences en droit.** L'article 16-14 du Code civil dispose que : « *Les techniques d'imagerie cérébrale ne peuvent être employées qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique, ou dans le cadre d'expertises judiciaires. Le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen. Il est révocable sans forme et à tout moment* ». Ce texte a été introduit, à la suite des travaux de la commission spéciale de l'Assemblée nationale, sur le souhait de M. Jean Léonetti, par la loi n° 2011-814

¹⁷⁶ DALBIGNAT-DEHARO Gaëlle, « *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé* », Paris, LGDJ, 2004

¹⁷⁷ PIGNATEL Laura « *L'émergence d'un neurodroit – Contribution à l'étude de la relation entre les neurosciences et le droit* », Thèse Aix-Marseille, soutenue le 10 décembre 2019

du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique. L'introduction de cet article constitue le socle ultime de la consécration de l'utilisation des neurosciences en droit. Ce dernier tente toutefois de limiter le champ d'application de l'utilisation de ces techniques scientifiques à des domaines précis, à savoir la médecine, la recherche et le judiciaire. Toutefois, sa mise en place a suscité de nombreuses interrogations et controverses, la crainte principale étant le fait que le cerveau soit considéré comme le « *siège de la conscience et de l'identité de l'individu qui porte la vérité de la personne ou que l'on utilise ces savoirs pour prédire son comportement ou ce qui relève de son for intérieur* »¹⁷⁸. En effet, on notera une volonté de préservation des droits de l'intéressé par l'introduction de la notion de consentement précisé dans l'article mais, quoi qu'il en soit, la finalité de l'utilisation des neurosciences, quand bien même elle ne porterait pas atteinte aux droits de l'individu en tant que tel, tendra vers la preuve de l'existence d'une forme de déterminisme et aura nécessairement un impact sur sa responsabilité.

195. Un débat centré sur la responsabilité pénale. Il est admis que globalement, l'introduction des neurosciences dans le procès serait un moyen employé au bénéfice de l'accusé qui lui permettrait d'échapper à sa responsabilité ou à une peine en rapportant la preuve de son absence de contrôle sur ses actes. C'est un argument d'ailleurs utilisé par les partisans du neurodroit qui arguent qu'une meilleure compréhension des causes neurobiologiques du comportement humain transformerait le droit pénal. Ainsi, ces derniers prônent que les fondements de la responsabilité et de la culpabilité deviennent, au regard de l'essor des neurosciences, de plus en plus discutables (notamment parce qu'elles se basent essentiellement sur le libre-arbitre), et qu'il conviendrait de modifier ces fondements, le concept de responsabilité pénale étant « *incohérent ou injustifiable et, par conséquent, devrait être abandonné* »¹⁷⁹. L'avis opposé consiste à dire que la responsabilité pénale et les principes auxquels elle répond ne devrait pas être transformée mais seulement améliorée par l'usage des neurosciences qui permettraient de mieux rapporter la preuve de l'existence de l'absence de discernement ou de volonté. Par exemple, les neurosciences permettraient ainsi

¹⁷⁸ BUFFET François-Noël, Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à la bioéthique, n°381 ; 2011.

¹⁷⁹ EAGLEMAN David, « *Pourquoi les sciences du cerveau peuvent éclairer le droit* » [Can brain sciences contribute to law], in « *Le cerveau et la loi - analyse de l'émergence du neurodroit* », Centre d'analyse stratégique, 2012, pp 33-51

d'intervenir, au-delà de la simple psychiatrie, quant à l'expertise du trouble psychique ou neuropsychique¹⁸⁰.

196. Les possibles déviations de l'introduction des neurosciences en droit. La tendance juridique actuelle est à la recherche des causes de la criminalité et à l'anticipation de cette dernière. On le constate notamment avec l'émergence des études statistiques ayant pour vocation de détecter les signes avant-coureurs de criminalité. C'est aussi le cas de l'étude de la dangerosité. Les neurosciences s'inscrivent aussi dans cette démarche dans une certaine mesure, on en vient alors à se demander si l'on pourrait stigmatiser un individu parce que son cerveau comporte un certain nombre d'anomalies anatomiques, chimiques ou fonctionnelles. Ces évolutions inquiètent, car elles font resurgir le spectre d'une « *justice parfaite* », voire celui d'une « *société sécuritaire* »¹⁸¹. L'usage des neurosciences en matière pénale est indéniablement le passage le plus marquant à notre époque du couple responsabilité/libre-arbitre à des considérations déterministes ou du moins faisant de l'individu un être dépourvu de liberté et déterminé par ses mécanismes cérébraux. Les neurosciences soulèvent, comme le faisait le déterminisme positiviste, des questions d'éthique importantes. Au-delà de ses aspects progressistes, qui semblent être en faveur de l'évolution d'une étude plus poussée, plus rigoureuse et moins arbitraire de l'individu dans son procès, les liens entre neurosciences et droit restent tout de même à surveiller pour ne pas basculer dans un droit dicté par la science où le libre-arbitre serait exclu, dès le stade de la responsabilité, pour favoriser une étude purement cérébrale du comportement délinquant. Il s'agit alors de savoir mettre en balance les déterminants neurobiologiques qui tentent d'être prouvés avec tous les autres déterminants humains, sociaux, culturels, expérimentaux, sans oublier également l'idée que l'être humain est capable de se comporter de manière tout à fait imprévisible et ne peut pas, quoi qu'il en soit, être enfermé dans une conception déterministe pure.

197. Tout en gardant à l'esprit le fait qu'il ne faille pas faire des neurosciences le seul socle de la détermination du comportement humain, il convient toutefois d'étudier plus en profondeur la question des potentiels liens entre lésions cérébrales et comportement déviant

¹⁸⁰ GKOSTI Georgia Martha, MOULIN Valérie, GASSER Jacques, « *Les neurosciences au Tribunal : de la responsabilité à la dangerosité, enjeux éthiques soulevés par la nouvelle loi française* », ScienceDirect, 27 octobre 2014, p.391

¹⁸¹ DE MAILLARD Jacques, « *Némésis judiciaire ou le cauchemar d'une justice parfaite* », Le Débat, vol. 1, n°143, 2007, p. 46-62

qui permet de constater les limites de l'existence d'un libre-arbitre et la manière dont le système nerveux peut influencer l'Homme dans ses actes.

Paragraphe 2 : Les démonstrations expérimentales de l'implication des lésions cérébrales dans les comportements déviants

198. Les analyses criminologiques et médicales présentées par les positivistes sont, de nos jours, perçues comme dépassées et fallacieuses, réduisant le criminel à des études qui ne semblent pas assez poussées et qui restent très stigmatisantes. Le courant neuroscientifique de l'évaluation du lien entre lésions neurologiques et criminalité utilise des techniques expérimentales bien plus avancées et individualisées et en tire à l'heure actuelle des conclusions qui apparaissent comme plus concrètes que les anciennes.

199. Les techniques scientifiques d'identification des lésions cérébrales. En vue d'identifier les fondements neurophysiologiques du comportement humain, les chercheurs en neurosciences utilisent deux types de méthodes : la neuroanatomie, qui passe par l'étude comparée des sujets victimes de lésions cérébrales ou l'imagerie fonctionnelle du cerveau, et la neurochimie¹⁸². Les prémices de la mise en place de ces méthodes proviennent des célèbres cas de Philéas Gage et de Charles Whitman. Le premier était un homme au comportement totalement banal, qui, après avoir survécu à un accident au cours duquel une barre à mine lui avait traversé le cerveau, a perdu tout son sens moral et est devenu violent et agressif. Le second était un tueur en série dont l'autopsie avait mis en avant une grosse tumeur cérébrale¹⁸³. C'est de ces observations que le postulat selon lequel les lésions cérébrales, traumatismes crâniens et globalement toute atteinte au cerveau frontal pouvait expliquer la perte de sens moral voire la criminalité¹⁸⁴. Ainsi, le lobe frontal est aujourd'hui le cœur des nombreuses recherches neuroscientifiques tendant à déterminer les liens pouvant exister entre une lésion cérébrale et un comportement agressif ou inadapté, d'où la mise en œuvre de techniques d'étude spécifiques, notamment par la neuroanatomie, des atteintes à des zones spécifiques du cerveau. Cependant, la neuroanatomie n'est pas suffisante puisqu'il

¹⁸² LARRIEU, Peggy. « Neurosciences et évaluation de la dangerosité. Entre néo-déterminisme et libre-arbitre », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 72, n°1, 2014, pp. 1-23.

¹⁸³ EAGLEMAN David, « Pourquoi les sciences du cerveau peuvent éclairer le droit » in « Le cerveau et loi : éthique et pratique du neurodroit, » Centre d'analyse stratégique, Séminaire du 11 sept. 2012, p. 33-50.

¹⁸⁴ CHANGEUX Jean-Pierre et RICOEUR Paul, « Ce qui nous fait penser », in « La nature et la règle », Paris, Éd Odile Jacob, 1998, p. 115.

est globalement prouvé que la seule étude de la localisation des lésions ne permettait pas de comprendre la complexité du cerveau. Par exemple, les sites responsables des accès de violences peuvent être nombreux, on les situe non seulement dans les aires frontales et préfrontales, mais également dans l'amygdale, l'hippocampe et l'hypothalamus¹⁸⁵. Ainsi, il faut aller au-delà de la simple étude localisationniste qui connaît parfois des limites. C'est là qu'interviendra la neurochimie, qui permet de prouver que des acteurs chimiques et non plus seulement anatomiques peuvent influencer le comportement humain. Il a par exemple été prouvé qu'un déficit au niveau de certains neurotransmetteurs, en particulier de la sérotonine, pouvait être impliqué dans l'agressivité¹⁸⁶. D'autres types de neurotransmetteurs ont pu être mis en avant quant à l'adoption d'un comportement différent, immoral, à savoir l'adrénaline, la noradrénaline etc... Pour finir, l'étude du système endocrinien a également été mise en cause dans certaines études. On a, par exemple, pu constater que les hommes agressifs et les agresseurs sexuels avaient un taux de testostérone élevé¹⁸⁷. Ces diverses techniques scientifiques d'évaluation des lésions cérébrales et de l'incidence de la neurochimie dans les comportements antisociaux ont conduit les chercheurs à établir des causes neurobiologiques susceptibles de déterminer partiellement les actions des individus, tendant donc vers une forme de prédisposition au comportement criminel.

200. La preuve d'un lien systématique entre anomalie anatomique et comportement déviant ? À plusieurs reprises, les expériences neuroscientifiques ont tenté d'établir un lien probant et objectif entre une lésion cérébrale et un certain type de comportement. De nombreuses expériences permettent de prouver avec certitude que des changements de fonctions mentales se font en raison de lésions, c'est le cas par exemple de l'expérience de Paul Broca, médecin anatomiste français qui théorisa le lien entre localisation d'une lésion cérébrale et atteinte à une fonction, comme celle du langage¹⁸⁸. Toutefois, *quid* de la criminalité, qui n'est pas une aire localisable au même titre que la vue, la parole ou la vision ? D'autres études récentes ont permis de pousser l'existence de ce lien objectif entre anomalie anatomique et comportement déviant, jusqu'au comportement criminel. C'est le cas de Sébastien Tassy, médecin spécialiste des maladies

¹⁸⁵ RAINE Adrian, « *The psychopathology of crime : Criminal behavior as clinical disorder* », San Diego, Academic Press, 1993.

¹⁸⁶ BLATIER Catherine, « *Introduction à la psychocriminologie* », Paris, Éd Dunod, 2010, p. 50

¹⁸⁷ ALLAIN H., « *Biologie et pharmacologie des comportements violents* », thèse Rennes I, (non publiée), 2000.

¹⁸⁸ LE BIHAN Denis, « *Le cerveau de cristal – ce que nous révèle la neuroimagerie* », Éd Odile Jacob, 2012, Chapitre 1, pp. 220

neurodégénératives, qui dira que des lésions cérébrales peuvent dans certain cas conduire un individu à transgresser les normes morales ou pénales¹⁸⁹. On citera ici le cas d'un chirurgien atteint d'une démence fronto-temporale qui, de ce fait, s'était mis à signer son nom sur l'estomac de ses patients. Alors, les neurosciences expérimentales permettent d'établir un lien entre lésion cérébrale et comportement déviant dans certains cas, ce qui tend donc vers l'existence d'une forme de déterminisme biologique.

201. La possibilité de l'existence d'un tel lien a donc été établie de manière objective, ce qui sous-tend une possible existence d'un déterminisme biologique. Or, cela reste une potentialité, et cela ne signifie pas que ce postulat doit être généralisé en avançant qu'un individu atteint d'une lésion cérébrale deviendrait nécessairement un criminel. Les Hommes sont, au-delà de ces considérations anatomiques, censés disposer dans l'écrasante majorité des cas d'une conscience lucide. Pourtant, certains neuroscientifiques avancent qu'il y aurait, chez l'Homme, une absence totale et généralisée du libre-arbitre. Cette théorie, soutenable en un sens, remettrait toutefois en cause le concept même d'imputabilité qui repose sur l'existence du libre-arbitre, et conduirait à refondre l'intégralité de la responsabilité pénale. Il convient donc d'étudier à présent dans quelle mesure les expertises neuroscientifiques, qui sont à l'heure actuelle utilisables à des fins probatoires au procès, pourraient remettre en question l'existence même de l'imputabilité.

¹⁸⁹ Note de veille n°159 du Centre d'analyse stratégique, « *Perspectives scientifiques et éthiques de l'utilisation des neurosciences dans le cadre des procédures judiciaires* », Décembre 2009, page 4

Section 2 - La remise en cause pure et simple du libre-arbitre par l'étude de l'activité cérébrale

202. Certaines théories neuroscientifiques affirment que la conscience que nous avons de nous-même ou du monde qui nous entoure n'est qu'illusoire. En effet, elle constituerait l'épiphénomène des activités neuronales (Paragraphe 1). C'est-à-dire que la conscience, notamment de ses actes, dont découlera la volonté, ne constituerait pas un phénomène à part entière et serait totalement explicable et dénuée de toute capacité à influencer ou contrôler les activités neuronales et les comportements, qui seraient ainsi automatiques. Cette thèse, au paroxysme du déterminisme, n'est cependant pas si drastique et laisse la place à un *veto* chez l'Homme qui résiderait dans sa capacité, non pas à contrôler ses actions par le biais de sa conscience, mais plutôt à réfréner une action induite par l'activité neuronale (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La conscience comme épiphénomène résultant de l'activité cérébrale

203. L'inexistence même de la conscience autonome. La thèse défendue ici est celle selon laquelle « *la pensée humaine ne serait qu'une organisation logique, fondée sur aucun aléa et qui réagirait en fonction de suites logiques qui lui ont été apprises* »¹⁹⁰. En effet, la pensée humaine ne serait pas autonome et dépendrait uniquement des apprentissages et des expériences de vie de l'individu, qui serait assimilable à un conditionnement comparable à celui d'un ordinateur qui aurait appris à répondre et à agir de manière déterminée en fonction de la situation. Cette conception semble, en premier lieu, résulter du psychisme. C'est d'ailleurs ce qu'affirme le philosophe américain Daniel Dennett qui dira que « *le psychisme est un ensemble hétérogène combinant toute une série de processus mentaux : la perception, la production du langage, l'apprentissage...* » et que « *l'être humain s'attribuerait une conscience parce que ses conduites sont finalisées, mais que ce n'est que l'incompréhension des processus à l'origine des actions qui conduit à imaginer qu'ils résultent d'une intention humaine* »¹⁹¹. Cette explication, qui relève presque du spinozisme, sera donc réexploitée par les neuroscientifiques. La question de pose à ce stade

¹⁹⁰ FEZZANI Ferial, « *Les neurosciences en tant que moyen de preuve – Ou les implications juridiques de l'utilisation judiciaire des neurosciences* », Thèse Paris II Panthéon-Assas, soutenue le 6 avril 2019, p.116

¹⁹¹ Ibid. p.117

de savoir ce qui déclenche l'action si ce n'est la conscience et la volonté. Les scientifiques y répondront en disant que c'est l'activité neuronale et elle seule, influencée tantôt par l'expérience et l'apprentissage, tantôt relevant du réflexe, qui conduira nos actions.

204. L'automatisme neuronal et la prise de conscience tardive selon Benjamin Libet. Benjamin Libet, neuroscientifique américain pionnier dans le domaine de la conscience humaine expliquera que l'action humaine démarre à partir d'un ordre neuronal initié à l'insu de l'individu qui se manifestera par une prise de conscience plus tardive de cet acte, qui s'accomplira ensuite selon une « volonté », mais qui était prédestinée¹⁹². Il expérimente ce phénomène dans les années 1980 par une expérience au cours de laquelle il demande à des individus d'appuyer sur un bouton quand il le souhaite. Selon Libet, cet acte était le meilleur exemple d'acte accompli librement de par sa spontanéité et son absence de stimuli externes. Par le biais d'électrodes implantées dans 1019 neurones, il constatera une activité électrique de préparation motrice de 300 millisecondes à 1,5 seconde avant que l'individu ait la sensation de décider consciemment de bouger. Ainsi, les individus ne prennent conscience de leur intention qu'après sa formation précoce. Il soutiendra également l'exemple purement biologique du fonctionnement organique qui se fait automatiquement : si le cœur bat sans que l'individu n'exerce de quelconque contrôle ou de volonté sur son mouvement, alors le cerveau et les actions qu'il induit devrait techniquement répondre à cette forme d'automatisme et exclure l'intervention d'une quelconque conscience ni volonté libre de ses actes.

205. Critiques. Les expérimentations scientifiques, et notamment la mesure de l'activité des neurones, traduiraient une absence de libre-arbitre chez l'Homme qui serait dénué de conscience et qui n'agirait en réalité que par automatisme. Toutefois, ce positionnement scientifique semble critiquable, notamment au regard du fait que le libre-arbitre ne se mesure pas uniquement pas sa capacité à effectuer un mouvement de manière libre, mais plutôt de manière plus large, correspondant à la faculté d'avoir une discussion interne visant à évaluer les raisons d'agir ou non et d'adapter son comportement à ces raisons. Le fait que l'action soit induite par l'activité cérébrale ne devrait quoi qu'il en soit jamais conduire à la déduction d'une absence de libre-arbitre puisque le choix rationnel existe toujours. Alors, le postulat neuroscientifique de l'absence de libre-arbitre, bien que

¹⁹² LIBET Benjamin, « *L'esprit au-delà des neurones, une exploration de la conscience et de la liberté* », Éd Dervy, 2012

justifié à titre expérimental, ne peut avoir aucune incidence sur le droit. Un comportement déviant ne peut pas être justifié par la seule préexistence d'une activité neuronale sur l'action, ce qui conduirait, au niveau juridique, à la mort de la responsabilité et de l'étude de la volonté de commettre un acte. Les conséquences juridiques seraient donc soit une irresponsabilité totale de tout le monde du fait d'un déterminisme neuronal (ce qui est bien entendu inenvisageable), soit une responsabilité fondée uniquement sur le résultat sans tenir compte de la volonté puisqu'il y aurait une absence de conscience et de contrôle réel des actes. Les neuroscientifiques ont tout de même exploré une piste selon laquelle, quand bien même l'individu serait soumis à son activité neuronale, il resterait capable de réfréner une action, ce qui serait synonyme d'une mise en balance entre un déterminisme neuronal et l'existence, malgré tout, d'une force volitive.

Paragraphe 2 : Le pouvoir de réfréner une action induite automatiquement comme seul pouvoir de l'Homme

206. La persistance d'une forme de libre-arbitre de l'Homme selon les neuroscientifiques. Les thèses neuroscientifiques tendant à la remise en question pure et totale du libre-arbitre réservent tout de même une place à une forme de volonté qui serait susceptible d'apparaître, non pas dans la mise en œuvre d'une action mais davantage quant à sa non-mise en œuvre. En effet, l'Homme serait conscient, dans une moindre mesure au stade de l'exécution de l'acte, dont les prémices sont automatiques, mais dont la mise en œuvre en tant que telle relèverait tout de même *a minima* d'une forme de volonté. En effet Benjamin Libet traite du phénomène de « prise de conscience » comme celui apparaissant entre l'acte inconscient initiant l'acte moteur et la réalisation de l'acte moteur. C'est dans ce laps de temps que l'Homme serait capable de décider si oui ou non il déclencherait son action. La responsabilité individuelle serait ici préservée puisque l'idée de toute action inacceptable aurait la possibilité d'être stoppée avant son extériorisation. Ainsi, la conscience et son corollaire, le libre-arbitre, n'existerait pas lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre de l'acte elle-même qui ne serait induite que de l'activité neuronale, telle un réflexe. Toutefois, le libre-arbitre n'est pas un concept absent de cette théorie neuroscientifique puisque le pouvoir de l'Homme en matière de volonté, d'intention et de décision résiderait dans le blocage de la réalisation de cet acte de prime abord automatique¹⁹³.

¹⁹³ Ibid. Préface d'Alex Kahn, p.158

207. Conséquences juridiques. Rappelons-le, la conception du libre-arbitre en droit pénal français repose sur la capacité d'un individu à être conscient de son acte, discernant, et à disposer d'une volonté libre d'agir. En outre, la thèse neuroscientifique exposée reviendrait à modifier la définition du libre-arbitre et à faire de ce dernier « la capacité d'empêcher un acte ». Or, le fait de vouloir la mise en œuvre d'un acte et le fait de ne pas vouloir l'empêcher sont-elles des hypothèses comparables ? Certains auteurs tendent à dire que oui : par exemple, le droit pénal actuel de la responsabilité réprime, dans certaines infractions, l'inaction, l'inertie. Ainsi, la responsabilité pénale pourrait être envisagée, comme elle l'est souvent en droit pénal des affaires, comme une intention de ne pas avoir lutté contre le délit, de l'avoir laissé se produire. Néanmoins, au-delà de l'aspect intéressant de la discussion quant à l'existence du libre-arbitre au sens des neurosciences, cette conception n'en reste pas pour autant viable en matière juridique. Les infractions intentionnelles nécessitant l'existence d'un dol spécial, par exemple, n'ont bien entendu pas vocation à être modifiées. Ainsi, la conception donnée du libre-arbitre par les neurosciences ne pourrait pas s'y appliquer puisque la répression est centrée sur la volonté de tuer et non pas sur l'absence de volonté d'empêcher l'individu d'être tué.

208. Une impossible mise en œuvre des théories neuroscientifiques face à la question juridique et pénale du libre-arbitre. Une telle conception en faveur de la démonstration d'une absence de volonté d'agir entraînerait des dérives juridiques innombrables et, au-delà de la réalité scientifique, qui semble d'ailleurs pouvoir elle aussi être discutable, il est indéniable qu'une telle démonstration n'a pas lieu d'être présentée au procès, quand bien même l'usage des neurosciences est autorisé en tant que moyen de preuve. La vocation de ce nouveau neurodroit ne réside pas, finalement, dans la démonstration ou non de l'existence du libre-arbitre.

209. Conclusion du Chapitre 2. Les avancées neuroscientifiques permettent de démontrer que, dans une certaine mesure, il existerait de nombreux facteurs neurobiologiques, à savoir notamment les lésions anatomiques cérébrales, les connexions neuronales, les facteurs hormonaux, qui influenceraient l'individu, le poussant à adopter un comportement déviant et parfois criminel. En ce sens, le libre-arbitre et la responsabilité pénale qui en découlent semblent pouvoir être mis à mal au regard des expériences scientifiques menées qui tendent à rapporter la preuve d'une forme de déterminisme biologique. Bien que la science soit objective quant aux démonstrations des liens entre

neurobiologie et comportement criminel, il faut toutefois garder à l'esprit qu'une remise en cause totale de l'existence du libre-arbitre et de l'existence de la conscience n'est pas viable, ni au plan scientifique, ni au plan juridique. Ainsi, au-delà d'une potentielle existence d'une forme de déterminisme, les Hommes restent, dans l'écrasante majorité de leurs actes, libres et conscients. L'étude neuroscientifique du libre-arbitre ne doit rester qu'une composante à impact faible du fonctionnement humain, qui sera influencé par de nombreux autres objets d'étude. S'en tenir au plan purement biologique pour spécifier un état pathologique ou pire, un risque de dangerosité, paraît pour le moins irréaliste.

Conclusion du Titre 1

210. Bernard Baertshi, philosophe, propose une approche intéressante des rapports qui peuvent exister entre libre-arbitre et déterminisme. Il dira que « *La notion morale et juridique de la responsabilité peut être maintenue, même si, il faut en convenir, la liste des facteurs limitant le contrôle que nous avons sur nos actes et donc notre responsabilité s'allonge régulièrement* »¹⁹⁴. Ce dernier adopte une position intéressante qui relève du compatibilisme : le libre-arbitre relève de la métaphysique et des croyances de chacun, chaque individu peut se considérer libre, parce qu'il ignore en réalité qu'il pourrait être déterminé par autre chose que par lui-même.

211. Les philosophes ont permis de prouver que, de manière globale, le comportement humain n'est pas toujours régi que par sa volonté et qu'il peut subir des influences extérieures, les études les plus concrètes étant celles tenant aux considérations sociologiques, qui influencent nécessairement le développement d'un individu de par son expérience. Le déterminisme s'est ensuite retrouvé, et ce de longue date, intégré aux considérations pénales, par le prisme des positivistes. Toutefois, ces conceptions ne doivent demeurer que des objets d'études de la genèse de l'intégration du déterminisme en matière pénale et ne doivent pas être interprétées comme des théories viables. C'est sous leurs impulsions que les neurosciences ont tenté de démontrer qu'il pouvait bel et bien exister un lien entre la biologie et le comportement criminel mais en dépassant les aspects stigmatisants du positivisme. Leur étude semble primordiale au regard de leur introduction récente en droit français à titre de moyen de preuve, la principale question étant de savoir dans quelle mesure la matière pénale et de la responsabilité pourraient être influencées par les considérations scientifiques, notamment au regard du fait qu'elles prouvent objectivement l'existence d'une forme de déterminisme. Il en résulte que, malgré leur progrès et leur utilité quant à la recherche de la vérité, ou encore en tant qu'aide à l'expertise d'un trouble mental, les neurosciences ne constituent qu'une branche d'étude minoritaire du comportement humain, qui doit être mise en balance avec de multitudes d'autres phénomènes, et ne pourront, quoi qu'il en soit, constituer le socle d'une remise en question totale du libre-arbitre de l'Homme.

¹⁹⁴ BAERTSCHI Bernard, « *La neuroéthique, Ce que les neurosciences font à nos conceptions morales* », Paris, Éd. La Découverte, 2009, p. 61.

212. Globalement, le droit pénal moderne tend à être influencé par des causes extérieures et sa conception classiques, prônant l'existence incontestable du libre-arbitre, a tendance à être dépassée. On le constate notamment par le biais de l'étude approfondie des théories déterministes. Cependant, ces considérations restent en majeure partie soit critiquables soit trop peu fiables et il convient de conclure qu'elles ne peuvent pas à l'heure actuelle, et ne pourront probablement jamais, modifier l'essence même du droit pénal fondé sur le libre-arbitre et devenir le fondement d'une responsabilité pénale viable.

213. Or, si la responsabilité pénale ne semble pas pouvoir être profondément influencée par le déterminisme, d'autres pans du droit pénal semblent plus perméables à l'introduction de concepts détachés de la notion de libre-arbitre. C'est le cas, notamment, de la branche du droit de la peine qui reflète le déclin du libre-arbitre au profit d'un droit pénal fondé sur la neutralisation et la protection de la société. (Titre 2).

Titre 2-

Le déclin du libre-arbitre au profit d'un droit pénal fondé sur la neutralisation et la protection de la société

214. Le droit pénal moderne tend donc à être fondé sur d'autres critères que sur le libre-arbitre. En effet, initialement, l'infraction était la contrepartie à la volonté libre : puisqu'un Homme est libre, on peut le punir lorsqu'il agit mal car il en est conscient. Or ici, on constate qu'un déplacement de l'intérêt du droit pénal s'opère dans, une certaine mesure, au profit de la protection de la société, qui passe par l'évaluation du risque potentiel que représente un individu. Le droit pénal passe de l'appréhension de l'individu pour ce qu'il fait de mal à l'appréhension de l'individu pour ce qu'il est, pourrait être ou pourrait faire de mal. Le critère de cette appréhension n'est donc plus la volonté individuelle mais la neutralisation et la prévention. La matière la plus concernée et la plus illustratrice de ce phénomène est le droit de la peine à travers plusieurs aspects.

215. Le concept central, qui remplace le libre-arbitre, et sur lequel se fonde le droit pénal préventif est la dangerosité, qui peut être analysée comme un élément déterminant de la peine prononcée (Chapitre 1). Au-delà du stade de la décision attenant à la peine, la dangerosité influence aussi le droit pénal dans son volet post-sentenciel, en devenant le fondement des mesures de sureté (Chapitre 2).

Chapitre 1 –

La dangerosité comme élément déterminant de la peine prononcée

216. La dangerosité est aujourd'hui un concept très appréhendé par la doctrine, ce qui pourrait presque s'observer comme un regain de la pensée de la défense sociale de nos jours¹⁹⁵. Les débats politico-médiatiques se structurent de plus en plus autour de la « guerre au crime » et d'une nouvelle forme de contrôle social appelée « gestion des risques » entraînant l'avenance d'une société de prévention¹⁹⁶. Mireille Delmas-Marty eu l'occasion, dans l'un de ses ouvrages, de qualifier la dangerosité de danger pour les personnes, du fait, notamment, de ce qu'elle nommait « *la déshumanisation du droit pénal* »¹⁹⁷. En effet, l'introduction de la dangerosité en droit pénal dénote une rupture entre les idées et les principes issus du classicisme juridique, humain, et tourné vers l'appréhension d'un individu considéré comme doté d'une capacité à agir ou non, qui ne doit être puni qu'en fonction de ce qu'il a ouvertement décidé de commettre, et un droit pénal plus déshumanisant en ce qu'il réduit certains individus à leur seul potentiel de nocivité sociale. Le concept de dangerosité semble donc être au paroxysme de l'opposition à la notion de libre-arbitre puisque l'on réduit l'individu à son passé en transformant le but du droit pénal en matière d'appréhension des potentialités. C'est cette conception subjective de la dangerosité, par l'appréhension des « personnes dangereuses », qui se retrouve en matière de peines. L'individu ayant été condamné, les principes du droit pénal, notamment la légalité, ne s'opposent plus à ce que la personnalité dangereuse même de l'individu soit prise en compte. La dangerosité devient ainsi un critère déterminant en matière de prévention de la récidive et d'exécution de la peine.

217. Pour mieux comprendre les enjeux gravitant autour de cette mutation du droit pénal, il conviendra de comprendre le concept même de dangerosité (Section 1) afin de déterminer la manière dont s'opère le passage d'un droit pénal de la réaction vers un droit pénal de la prévention (Section 2) en matière de prononcé de la peine.

¹⁹⁵ DANET Jean, « *La justice pénale entre rituel et management* », Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010, p. 49-94

¹⁹⁶ MUCCHIELLI Laurent, « *Vers une criminologie d'État en France ?* », Éd Politix, 2010, n° 1, p. 195-214.

¹⁹⁷ DELMAS-MARTY Mireille, « *Libertés et sûreté dans un monde dangereux* », Éd Seuil, collection « La couleur des idées », 2010, p. 41.

Section 1 – Le concept de dangerosité

218. La dangerosité a, pendant longtemps, manqué de cadre légal puisqu'elle n'était pas définie autrement que par la doctrine. En effet, le droit pénal n'aborde pas du tout la notion de dangerosité et ne fait que la prendre en compte subtilement, ce qui peut paraître paradoxal puisqu'il utilise fréquemment des concepts voisins tels que le danger, ou la menace à l'ordre public. En réalité, la dangerosité est une notion qui a toujours plus ou moins été appréhendée sous son angle criminologique et simplement introduite dans le champ juridique. Toutefois, la dangerosité est parfois également appréhendée sous un angle psychiatrique : il conviendra de distinguer ces deux notions (Paragraphe 1). L'évaluation d'une telle dangerosité ne tient pas aux acteurs juridictionnels mais à des institutions bien spécifiques dont il conviendra de comprendre le rôle (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Dangerosité psychiatrique et dangerosité criminologique

219. Depuis, la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines, la notion de dangerosité recouvre deux acceptions : l'une psychiatrique, se définissant comme un risque de passage à l'acte principalement lié à un trouble mental, l'autre criminologique, ayant trait à la forte probabilité que présente un individu de commettre une nouvelle infraction empreinte d'une certaine gravité.

220. **La dangerosité psychiatrique.** La dangerosité analysée sous son angle psychiatrique, sous l'angle de la criminologie clinique, s'attarde sur le lien qu'il existe entre troubles mentaux et état dangereux et plus précisément sur la détermination d'une forme innée de dangerosité. En termes de troubles, la majorité des études de penchent sur des cas de schizophrénies, de psychoses et parfois sur les troubles de la personnalité comme la psychopathie ou les troubles thymiques comme la manie et la dépression. Nombre de ces études cliniques finissent par associer chacun de ces troubles à un pourcentage de « *chances de passer à l'acte* », ou de « *risques de violence plus élevés que la normale* »¹⁹⁸. On parlera notamment des délires paranoïaques et des hallucinations qui entrent en jeu dans la manifestation symptomatique d'un trouble, qui favoriseraient une commission d'infraction.

¹⁹⁸ VACHERON Marie-Noëlle, CORNIC Françoise, GOUREVITCH Raphaël, « *La prise en charge des patients réputés dangereux* », in « *État dangereux suivant les différents troubles mentaux* », Éd Masson, 2010 p.22.

Par exemple, une étude¹⁹⁹ a objectivé chez des malades mentaux suivis après une période d'hospitalisation une prévalence supérieure de comportements violents et criminels avec un taux d'arrestation trois fois supérieur à la population générale.

221. L'exclusion de la dangerosité psychiatrique quant à la réception judiciaire de la dangerosité. La dangerosité psychiatrique est une notion qui apparaît comme problématique puisque unifactorielle et fondée sur un lien non établi entre trouble mental et dangerosité. En effet, la recherche révélera, à l'inverse des études menées en faveur de la dangerosité psychiatrique, qu'il n'existe pas de dangerosité particulière chez les malades mentaux et que la dangerosité telle qu'elle est évaluée par les différentes instances appelées à statuer au long du parcours pénal d'un individu est détachée de l'existence d'une pathologie²⁰⁰. Fonder la définition de la dangerosité sur l'existence d'un trouble apparaît alors comme une conception bien trop arbitraire pour être judiciarisée, qui tendrait à stigmatiser les malades mentaux et qui reste également une définition trop restreinte. L'exclusion de la dangerosité psychiatrique a aussi pour mérite de clore la discussion sur la probabilité du retour du fait biologique dans l'explication de la délinquance.

222. La dangerosité criminologique. Ainsi, il semblerait que ce soit davantage la notion de dangerosité criminologique qui anime le système pénal. Cette dernière ne s'analyse non plus comme une dangerosité purement inhérente à l'individu mais comme une analyse des différents facteurs de risques pouvant conduire à la potentielle commission d'une nouvelle infraction. C'est une forme de dangerosité destinée à évaluer les individus ayant déjà commis une infraction afin de déterminer le risque d'un nouveau passage à l'acte. Jacques Leyrie, criminologue neuropsychiatre, dira que « *l'état dangereux est un concept criminologique [...] qui fait une synthèse dynamique et non statique des différents facteurs (facteurs individuels biopsychologiques, facteurs d'environnement ou mésologiques) entrant dans la constitution d'une situation criminologique* »²⁰¹. La dangerosité au sens criminologique est multifactorielle et permet de mener une évaluation plus qualitative de la dangerosité, tournée vers les risques générés pour la société. La dangerosité criminologique s'analysera selon des critères empiriques internes tels que la capacité d'introspection, de

¹⁹⁹ LINK BG et CULLEN FT, « *Contact with the mentally ill and perceptions of how dangerous they are* » J Health Soc Behav.

²⁰⁰ BERGERET Jean, « *La personnalité normale et pathologique* », Éd Dunod, 1974.

²⁰¹ LEYRIE Jacques, « *L'état dangereux criminologique. De la théorie à l'application* », in « *Médecine et droit* » n°17, 1996, p. 11.

remise en question, l'impulsivité ou les antécédents de comportements agressifs, et externes tels que la mise en œuvre d'un projet professionnel ou une situation familiale et sociale stable.

223. La dangerosité, une notion elle-même dangereuse ? Bien que la dangerosité criminologique se fonde sur une analyse poussée des différents critères d'évaluation attachés à l'individu jugé, elle n'en reste pas moins une notion critiquable. En effet, l'analyse rendue, notamment par un expert psychiatre, à qui il incombait en quelque sorte de prévoir l'imprévisible, à savoir l'avenir du mis en cause à partir de son présent, est largement controversée. Cette prédiction a vocation à jouer sur le prononcé de la peine mais déterminera aussi en grande partie l'avenir postsentenciel d'un individu qui aurait été condamné²⁰². Si la dangerosité pouvait être objectivement déterminée, la question ne se poserait pas, mais ici, ce doute persistant peut remettre en cause les droits et libertés individuels. Dans sa dimension sociale, la notion de dangerosité pose problème en ce qu'elle concerne des individus parfois encore innocents qui sont jugés dangereux et associés à de potentiels futurs coupables en raison de leur trouble ou de leur conduite passée. Il y a un potentiel totalitaire caché derrière cette interprétation. Le propos reste toutefois à nuancer car les analyses faites aujourd'hui sur les criminels pour détecter la dangerosité sont extrêmement sérieuses, et sont à des années-lumière des théories lombrosiennes. Les techniques modernes conduisent désormais tout de même à un certain degré de probabilité.

224. Au-delà de la conception même de la dangerosité, il faut également appréhender la manière dont elle est déterminée par le prisme du rôle des acteurs en charge de son évaluation (Paragraphe 2).

Paragraphe 2 : Le rôle des acteurs en charge de l'évaluation de la dangerosité

225. Il existe plusieurs méthodes d'évaluation de la dangerosité qui sont incarnées par divers acteurs du système judiciaire. L'évaluation de la dangerosité doit répondre à une approche pragmatique et surtout objectivable pour éviter de tomber dans l'arbitraire.

²⁰² Cf. *Infra*, Chapitre 2

L'évaluation de la dangerosité pourra avoir lieu avant ou pendant le jugement mais aussi en phase post-sentencielle.

226. La méthode clinique d'évaluation de la dangerosité. Figure phare de la méthode clinique d'évaluation de la dangerosité, l'expertise psychiatrique détermine bien souvent l'issue du procès. Le législateur s'est d'ailleurs emparé de cette idée à travers l'article 156 du Code de procédure pénale qui permet à toutes les juridictions de saisir un expert face à une question d'ordre technique. Cette autorisation s'est parfois vue transformer en obligation, surtout en matière pénale²⁰³. « *L'expertise psychiatrique a été déroutée de sa fonction initiale. La focalisation législative sur la dangerosité criminologique a détourné les experts de leurs missions premières d'évaluation de la dangerosité psychiatrique en leur conférant une omnipotence prédictive de récidive, attente totalement fantasmagorique* »²⁰⁴. En effet, à l'initiale, la démarche de l'expert psychiatre concerne surtout la question de la détermination de l'existence ou non d'un trouble psychique ou neuropsychique quant à l'application d'une cause de non imputabilité. Or, lorsqu'il sera question d'étudier la dangerosité d'un individu, l'expert s'attèlera à une analyse psycho-criminologique du passage à l'acte et du risque ultérieur qui se traduira par l'évaluation d'un lien multifactoriel, notamment en s'adonnant à une lecture psychodynamique du passage à l'acte, lui permettant de déterminer le degré d'implication personnelle du sujet lui-même dans les faits qui lui sont reprochés. Ces indices, plus ou moins révélateurs de la possibilité d'une nouvelle conduite criminelle s'apparentent donc à une évaluation de la dangerosité criminologique de l'individu.

227. Le manque de fiabilité de l'évaluation psychiatrique de la dangerosité. Cette acception est critiquable puisque l'examen apporté par l'expert psychiatre lui impose d'aller au-delà de ses compétences purement médicales pour faire de la prédiction. Doté en partie du poids de la détermination de la responsabilité même d'un individu, il devient également chargé de déterminer la manière dont cette responsabilité sera appréhendée par les juridictions, au prononcé de la peine et quant à son application. On fait donc appel à lui «

²⁰³ Articles 706-47 et s. CPP

²⁰⁴ GOMEZ Élisabeth et MARIE C., « *L'évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité* », in GIUDICELLI André (dir.), « *Le champ de la prévention de la récidive dans sa dimension multi-partenariale* », PUR, Rennes, 2017

afin de sonder l'impossible, de cerner le divinatoire qu'est la dangerosité du délinquant »²⁰⁵. En termes d'éthique, le droit pénal fondé sur la dangerosité et sur la prévention d'un futur hypothétique et non plus sur la réparation d'un acte déjà commis, détaché du libre-arbitre en tout point, semble être largement problématique. Au-delà du dépassement des compétences de l'expert psychiatre, cette évaluation paraît non fiable. Arnaud Coche dénonce ce fait en considérant « *qu'elle crée l'illusion, sans cesse déçue, d'une appréciation qui serait scientifique de la dangerosité* »²⁰⁶. La conception d'un individu par le prisme d'une notion si incertaine, qui plus est évaluée dans un contexte spécifique infractionnel qui peut très bien avoir vocation à changer, paraît plutôt stigmatisante, surtout au stade du prononcé de la peine qui sera influencée par une telle prédiction.

228. La Commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté. Créée par la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, la Commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté (CPMS) est chargée d'émettre un avis sur la dangerosité des détenus en fin de peine. Cette commission se prononcera notamment avant la mise en place d'un placement sous surveillance électronique mobile. La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental créera quant à elle trois nouveaux cas de compétences de la commission, qui devra désormais se prononcer sur la dangerosité des détenus éligibles à une surveillance de sûreté ou une rétention de sûreté ou requérant une libération conditionnelle dès lors qu'ils ont été condamnés à une peine de réclusion criminelle à perpétuité. C'est l'article 706-53-14 du Code de procédure pénale qui charge ces commissions de l'évaluation de la dangerosité. Leur rôle n'est en réalité déjà plus de l'ordre du traitement de la dangerosité mais relève davantage de sa gestion, de son évaluation, qui permettront de connaître la réponse sociale à apporter. Quant au déroulement de la commission, ses sept membres se réunissent et s'entretiennent sur le cas de la personne détenue. Dans la plupart des cas, la commission ne rencontre pas le détenu et fonde son avis sur diverses pièces de procédure versées au dossier telles que les expertises. L'avis est alors fondé sur une discussion plus ou moins informelle. Seul le centre national d'évaluation (de

²⁰⁵ MISTRETTA Patrick, « *Le schizophrène, le psychiatre et les démences du droit pénal* (à propos de CA Aix-en-Provence, 31 mars 2014, n°150-2014) », Dr. pénal, 2014, étude 14.

²⁰⁶ COCHE Arnaud. « *Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ?* », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, vol. 1, n°1, 2011, pp. 21-35.

la dangerosité) conduit une véritable évaluation de la dangerosité du détenu associant de manière pluridisciplinaire plusieurs professionnels.

229. La dangerosité en tant qu’outil de politique criminelle. Il en découle qu’il « *n’y a [plus] de rapport d’immédiateté à l’égard d’un sujet parce qu’il n’y a plus de sujet. Ce dont ces politiques préventives traitent d’abord, ce ne sont plus des individus, mais des facteurs, des corrélations statistiques d’éléments hétérogènes* »²⁰⁷. En outre, l’intégration du concept de dangerosité en droit pénal ne relèverait plus d’une intervention individualisée auprès de l’individu mais davantage d’un outil de politique criminelle : le traitement de la dangerosité devient un outil de gestion des populations à risque. Il ne s’agit plus d’évaluer une personne pour adapter sa répression à son cas mais davantage de « *calculer un risque* »²⁰⁸ pour la société. Cet exemple semble alors illustrateur du déplacement de l’intérêt du droit pénal qui se détache de l’étude de l’individu ou de l’acte répréhensible au profit d’un intérêt de neutralisation de ce dernier pour protéger la société.

230. Concrètement, les modes d’évaluation de la dangerosité en France permettent d’établir que les décisions pénales prises sur le fondement d’une potentielle dangerosité criminologique, au sens d’un risque de passage à l’acte ultérieur, restent critiquables notamment du fait de l’imprévisibilité de ce critère, autant que du fait de son évaluation bien souvent inadaptée. La Commission nationale consultative des droits de l’homme soulignait en 2008 le que « *concept flou de "dangerosité", [...] est une notion émotionnelle dénuée de fondement scientifique* »²⁰⁹. Le dénuement de scientificité de cette prétendue évaluation permet aux acteurs judiciaires de ne pas avoir à justifier d’une précision drastique quant au prononcé d’un certain degré de dangerosité, contrairement au prononcé d’une responsabilité pénale qui elle, par exemple, répond à des critères bien précis. Cela dénote un déplacement de l’intérêt du droit pénal vers une logique utilitaire : il ne s’agit plus de sanctionner, comme lorsque le libre-arbitre est impliqué, mais de prévoir, d’anticiper les risques, au détriment de la prise en compte libre-arbitre de l’individu qui est ici totalement ignoré.

²⁰⁷ CASTEL Robert, « *De la dangerosité au risque* », in « *Actes de la recherche en sciences sociales* », n°47-48, 1983, p.123

²⁰⁸ HERVE Nicolas. « *Des nouveaux usages judiciaires de la dangerosité (1re partie)* », Les Cahiers de la Justice, vol. 3, n°3, 2011, pp. 141-155.

²⁰⁹ Commission nationale consultative des droits de l’homme, Avis sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d’irresponsabilité pour cause de trouble mental, adopté par l’assemblée plénière le 7 février 2008

Section 2 - D'un droit pénal de la réaction vers un droit pénal de la prévention

231. Le droit pénal, dans sa dimension préventive, tend à abandonner le concept de sanction à titre de réaction et sanctionne désormais selon d'autres critères que le seul critère de l'acte commis. En effet, en matière de sanction pure, au stade du prononcé de la peine, il existe plusieurs illustrations de ce phénomène qui prouvent que le vecteur d'une sanction plus ou moins sévère se déplace lui aussi vers la prise en considération de critères extérieurs à l'infraction. En matière légale, la récidive illustre la prise en compte de la dangerosité au prononcé de la peine (Paragraphe 1), tandis qu'au niveau prétorien, cette illustration s'axe davantage sur la prise en considération du casier judiciaire (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La récidive comme traduction légale de la prise en compte de la dangerosité au stade du prononcé de la peine

232. **Rapports entre dangerosité et récidive.** La dangerosité et la récidive sont deux notions distinctes mais qu'il convient de rapprocher. En effet, il est courant de constater, notamment en termes de politiques publiques agissant au nom de la défense sociale et de la prévention des risques, une association de la dangerosité et de la récidive, comme c'est le cas du rapport Burgelin de juillet 2005 qui s'intitule « Santé, justice et dangerosité : pour une meilleure prévention de la récidive ». La récidive peut s'analyser comme la finalité à combattre par le biais de l'appréhension des individus dangereux. Un individu dangereux sera un individu considéré comme un individu plus susceptible qu'un autre de commettre à nouveau une infraction, et donc, de récidiver.

233. **La récidive légale.** Le droit pénal, tel qu'écrit dans les textes, n'aborde jamais directement la dangerosité. Il est uniquement possible de lire à travers les lignes afin de constater qu'à certains égards, la sanction est légalement adaptée en fonction de cette dernière. C'est le cas de la récidive légale. Elle correspond à « la situation où un délinquant condamné pour une première infraction (premier terme de la récidive) en commet une ou plusieurs autres (second terme de la récidive) »²¹⁰. L'article 132-10 du code pénal prévoit un premier cas de récidive légale pour lequel le premier terme de la récidive doit être un délit, et le deuxième terme le même délit, ou un délit assimilé par la loi, commis dans le délai de

²¹⁰ Définition du Ministère de l'intérieur

cinq ans. Dans un second cas, l'article 132-8 du code pénal prévoit que le premier terme de la récidive doit être un crime ou un délit puni de 10 ans d'emprisonnement et le deuxième terme un crime sans limite de délai. Dans un troisième cas, l'article 132-9 du code pénal prévoit que le premier terme de la récidive doit être un crime ou un délit puni de 10 ans d'emprisonnement et le deuxième terme un délit puni de la même peine dans un délai de 10 ans ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an et inférieure à 10 ans dans un délai de 5 ans. La récidive fait alors encourir le double des peines prévues ou la perpétuité pour un crime puni de 20 ou 30 ans de réclusion. Elle est une aggravation de peine fondée sur la prise en compte du passé du délinquant, qui permet, selon les critères établis par la loi, de se prononcer sur la potentielle dangerosité de l'auteur concerné.

234. La réitération. Notion voisine de la récidive légale instaurée plus récemment par la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, en raison de la dangerosité ou des mauvaises habitudes qu'elle révèle, la réitération renvoie à l'hypothèse dans laquelle la personne, déjà condamnée définitivement pour un crime ou un délit commet une nouvelle infraction ne répondant pas aux conditions de la récidive légale. L'aggravation de la peine résultera de l'addition des peines prononcées sans confusion possible. La réitération fonctionne sur le même mécanisme de prise en compte du passé de l'auteur dans le prononcé de la peine et peut être analysée au même titre que la récidive.

235. L'élargissement du fondement de la peine prononcée : de la répression à la prévention. Alors, d'un point de vue légal, le législateur introduit la récidive comme cause d'aggravation de la peine justifiée par le renouvellement d'une infraction, mais surtout globalement par l'attirance pour la délinquance qu'elle révèle chez l'individu. De ce fait, la peine plus sévère semble pouvoir être rattachée à des critères attendant à l'auteur de l'infraction en tant que tel²¹¹. La récidive légale s'apparente à une traduction de la dangerosité dans la sphère pénale et permet de la judiciariser en autorisant les acteurs judiciaires, notamment les juges, à modeler la peine en fonction de cette dernière alors même qu'à l'initiale, la peine n'a pour seul fondement que la culpabilité. Il en résulte que la peine, initialement conçue, notamment par l'école classique du droit pénal, comme la réponse à un comportement donné d'un individu du fait de l'abus de son libre-arbitre, est dépassée par de

²¹¹ LETURMY Laurence. « *La dangerosité dans l'évolution du droit pénal français* », *L'information psychiatrique*, vol. 88, n°6, 2012, pp. 417-422.

nouveaux critères. La peine se conçoit ici comme un instrument de prévention de la commission de nouvelles infractions, basée sur le passé de l'auteur. On ne prend plus seulement en compte l'infraction concernée par le procès, désormais les infractions commises auparavant entrent également en jeu dans la détermination de la peine prononcée. L'individu n'est plus appréhendé par le système pénal en tant que simple auteur d'une infraction mais il l'est en tant qu'individu représentant un risque potentiel futur pour la société. C'est un déplacement des critères du prononcé de la peine qui s'opère au profit d'une politique pénale préventive et non plus seulement réactive.

236. Ainsi, le lien entre la récidive légale et la dangerosité semble clairement établi, l'individu récidiviste étant perçu comme dangereux et « *comme l'incorrigible, l'inadapté social contre lequel les sanctions ordinaires ne peuvent rien* »²¹². Toutefois, même lorsque la récidive ou la réitération n'ont pas encore été caractérisées, le système pénal appréhendera tout de même l'individu jugé dangereux, évaluation bien plus délicate au regard du fait qu'il ne s'agira plus de démontrer l'état dangereux de l'individu en fonction de ce qu'il a fait mais davantage de pronostiquer sa dangerosité en fonction de ce qu'il pourrait s'apprêter à faire. Cette méthode n'étant pas prévue légalement comme la récidive, il reviendra aux acteurs du système judiciaire, et plus particulièrement aux juges, de déterminer le risque de récidive et de l'imputer en tant que critère de la peine prononcée. Ils se serviront principalement, à cet égard, de l'étude des antécédents judiciaires de l'intéressé.

Paragraphe 2 : L'étude du casier judiciaire comme traduction prétorienne de la prise en compte de la dangerosité au stade du prononcé de la peine

237. Le critère tenant au risque de récidive pris du fait de l'évaluation par les juges, en dehors de tout cas de récidive, d'une potentielle dangerosité ayant des effets sur la peine est un critère très subjectif tourné sur l'avenir, qui emporte nécessairement une part d'aléa importante du fait de son imprévisibilité et de sa potentielle atteinte aux droits et libertés.

²¹² BURGAUD Emmanuelle, « *La variabilité du concept de dangerosité en droit pénal des origines à la fin du XIX^e siècle* », in « *Peine, dangerosité : quelles certitudes ?* », Essais de philosophie pénale de criminologie, Institut de criminologie de Paris, Dalloz, 2010, p. 210

238. Le rôle des antécédents judiciaires au procès. L'étude, par les juridictions, du passé d'un délinquant, sans que la récidive ou la réitération ne soient de mise apparaît comme le paroxysme de l'aspect sécuritaire du droit pénal, symbole d'anticipation à l'extrême des comportements déviants, à l'heure du désintéressement du libre-arbitre, sans quoi les individus ne sont plus que conçus pénalement à travers le prisme du risque qu'ils représentent. Les antécédents judiciaires sont regroupés en France dans un casier judiciaire automatisé recensant les condamnations prononcées par les juridictions pénales contre une personne. Il est principalement mis en place au service des magistrats qui ont accès à sa consultation au procès, et l'existence d'une condamnation pénale inscrite au casier paraît immanquablement devoir aggraver le sort pénal du mis en cause. Dès lors qu'une condamnation ne s'attache pas uniquement aux faits mais aussi à la personne de l'auteur, ses antécédents judiciaires apparaissent comme un élément essentiel d'individualisation de la peine. Selon une étude menée sur les pratiques décisionnelles fondée sur des entretiens et l'exploitation d'un échantillon d'environ 7 500 dossiers délictuels traités dans six juridictions durant les années 2000, il a été révélé que « *les magistrat.e.s fondent prioritairement leurs décisions sur des critères pénaux* »²¹³, à savoir principalement « *le casier judiciaire (...) le nombre de condamnations antérieures et la récidive* »²¹⁴ ou avec la tendance à ignorer plus facilement les caractéristiques personnelles du prévenu. L'enquête indique également que « *Nonobstant une éventuelle récidive, la présence d'une mention au bulletin n° 1 du casier multiplie le risque de prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme par 3,7, de deux mentions par 8,4 et de trois mentions par 37* »²¹⁵. Toutefois, la question qui survient est la suivante : *quid* du fondement d'une telle prise en compte du passé ? Autrement dit, pourquoi les juges se soucient-ils d'antécédents judiciaires alors même que l'individu, supposé disposé d'un libre-arbitre, est imprévisible et que son passé pénal ne détermine pas de manière certaine son futur ? La réponse se trouve dans la pratique judiciaire qui tend, surtout en matière de jugements rapides comme en comparutions immédiates, à une répression synonyme d'efficacité, fruit d'une étude bien plus survolée du dossier, ce qui conduit à une imbrication de critères tournés vers la protection sociale avant d'être tournés vers une réelle étude de l'auteur et des circonstances.

²¹³ GAUTRON Virginie, et RETIERE Jean-Noël. « *La décision judiciaire : jugements pénaux ou jugements sociaux ?* », Mouvements, vol. 88, no. 4, 2016, pp. 11-18.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Ibid.*

239. Une pratique critiquable. La récidive comme critère d'aggravation de la peine avait pour mérite d'être fondée sur des critères légalement établis et d'être justifiée malgré la réduction de l'individu à son état dangereux. Or, la tradition prétorienne d'étude des antécédents judiciaires servant de socle au prononcé d'une peine plus sévère reste, quant à elle, basée sur une prédiction incertaine de l'avenir. La peine, lorsqu'elle s'écarte de la seule prise en compte de la culpabilité de l'auteur pour l'acte qu'il a commis, et bascule vers une prise en considération de l'auteur pour ce qu'il est ou pour ce qu'il pourrait être ou commettre, dépasse le fondement même de la peine prononcée qui n'est, contrairement aux mesures de sûreté par exemple, pas supposée être fondée sur le critère de la dangerosité. Cette pratique contribue à penser le crime sous le prisme de sa « *victime potentielle* », dans une démarche préventive, en sévérant le droit par le biais de peines accrues pour les « cibles endurecies ». Cela soulève également des interrogations en matière de réinsertion, si la société se souvient de tout et que la dangerosité devient le critère de la peine, un arbitraire presque déshumanisant prendra le dessus. Le droit pénal, pensé comme une relation entre l'auteur et la société, fondé sur la responsabilité de l'auteur du seul fait de son libre-arbitre, se tarit. « *Le fichier est le gardien du temps, des émotions et des peurs. En voulant protéger la société, il la fige et la rétracte* »²¹⁶.

240. Conclusion du Chapitre 1. La peine prononcée par les juridictions a pour fondement classique la responsabilité de l'individu : elle est la contrepartie au comportement antisocial et donc à la volonté libre, puisque l'individu doté de libre-arbitre avait le choix d'agir mal ou non. Toutefois, le droit pénal moderne a tendance à prendre une tournure sécuritaire et à être influencé par des concepts favorisant l'anticipation du crime au lieu d'une réaction à ce dernier, et la protection de la société. La dangerosité, notion phare de cette conception du droit, a tendance à devenir un fondement de plus en plus ancré de certaines réactions pénales et influence notamment le prononcé de la peine. Au-delà de cet aspect, déjà critiquable, puisque la peine n'est pas supposée appréhender l'individu pour ce qu'il pourrait être ou pour ce qu'il pourrait hypothétiquement commettre mais pour ce qu'il a commis, le concept même de dangerosité reste stigmatisant et entraîne des dérives, y compris quant à son évaluation qui reste incertaine. Globalement, le caractère grandissant de la prise en compte de la dangerosité permet de démontrer un déclin de la prise en compte du libre-arbitre, concept remplacé ici à la faveur d'un droit pénal de la prévention. Au-delà

²¹⁶ SALAS Denis. « *Un nouveau modèle : le risque et la précaution* », Journal français de psychiatrie, vol. n°23, n°3, 2004, p.31

d'influencer le droit pénal au stade du jugement et du prononcé de la peine, la prise en compte de la dangerosité est encore plus marquée dans sa dimension postsentencielle puisqu'elle devient le fondement même de plusieurs mesures pénales et notamment des mesures de sûreté.

Chapitre 2 –

La dangerosité en tant que fondement de mesures pénales en matière post-sentencielle

241. Une nouvelle architecture judiciaire se dessine dont l'édifice réside sur une palette de mesures dont l'objectif principal est de contenir la dangerosité. En effet, dans sa décision du 21 février 2008²¹⁷, le Conseil constitutionnel a rappelé la distinction entre peines et mesures de sûreté. Une peine est prononcée par la juridiction de jugement au regard de la culpabilité de la personne tandis qu'une mesure de sûreté est en revanche dissociée de la culpabilité. Elle est prononcée au regard de la dangerosité de la personne, avec une finalité strictement préventive. C'est depuis les années 2000 que le droit pénal connaît un développement important des mesures de sûreté qui opèrent elles aussi un déplacement de la conception classique de la pénalité reposant sur le couple infraction/sanction, donc globalement fondé sur le libre-arbitre puisque fondé sur la responsabilité du fait de son acte entraînant une réprimande, vers une pénalité que certains auteurs qualifient de post-moderne, qui a lui substitué le couple risque/traitement. L'analyse de ces mesures pénales permettent de prouver qu'il existe un pan du droit pénal qui semble totalement désintéressé du concept de libre-arbitre qui est complètement dépassé par la dangerosité. L'objectif des mesures post-sentencielles n'est en effet pas de s'intéresser à la responsabilité d'un individu pour un acte librement commis mais bien de s'attarder sur le risque que cet individu représente indépendamment de son acte et d'axer son appréhension sur le système pénal sur son traitement et sa surveillance.

242. Il existe plusieurs types de mesures en ce sens, à savoir tout d'abord des mesures de réhabilitation qui se situent justement à mi-chemin entre le soin et la surveillance (Section 1), ainsi que des mesures plus strictes de neutralisation de l'individu qui représentent le paroxysme de la réduction de ce dernier à son état dangereux (Section 2).

²¹⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 à propos de la Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental

Section 1 – Les mesures de réhabilitation : entre soin et surveillance

243. Parmi les divers types de mesures de sûreté, certaines ont une visée plus réhabilitative et ont pour objectif principal de réadapter l'individu à la société. Ce sont souvent les individus considérés comme moins dangereux qui y sont soumis. Toutefois, ces mesures n'en sont pas pour autant moins contraignantes et peuvent être critiquées du fait du maintien d'un individu dans le système pénal qui n'est pourtant plus considéré comme responsable et redevable d'un acte. En ce sens, il peut apparaître un paradoxe entre les déclarations d'irresponsabilité, notamment du malade mental, qui est donc déclaré privé de son libre-arbitre, et la persistance de son suivi par le système pénal du fait du déplacement du critère de son appréhension vers un critère de dangerosité ou de nécessité de traitement (Paragraphe 1). De même, les mesures de surveillance pourront apparaître comme des doubles peines pour les condamnés qui subissent des mesures pénales outre leur responsabilité (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le paradoxe entre déclaration d'irresponsabilité pénale du malade mental et la persistance de son suivi par le système pénal

244. **Des mesures de sûreté spécifiques au malade mental.** La loi du 25 février 2008²¹⁸ est intervenue à la suite de divers crimes, résultant d'insuffisances des techniques de contrôle après cessation de la détention, qui ont conduit à l'établissement de plusieurs rapports officiels au sujet de la création de nouveaux instruments de contrôle. Outre les mesures concernant la rétention de sûreté²¹⁹, la loi du 25 février 2008 enrichit le Code de procédure pénale d'un ultime titre, dont le troisième chapitre concerne les mesures de sûreté pouvant être ordonnées par les juridictions en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. La décision d'irresponsabilité pénale pour trouble mental est censée faire sortir le mis en cause du système pénal, mais pourtant, ce dernier ne sera parfois pas totalement exonéré de l'application de toute mesure judiciaire à son cas. La mise en place de ce suivi pénal interroge par ailleurs sur un rapprochement de la dangerosité criminologique et de la dangerosité psychiatrique puisqu'ici le critère d'évaluation de la dangerosité pris en compte pour mettre en place des mesures de sûreté spécifiques est celui

²¹⁸ Loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental, JORF n°0048 du 26 février 2008.

²¹⁹ Cf. *Infra* Section 2

de la simple existence d'un état mental assez instable pour représenter une dangerosité psychiatrique sans pour autant que soit pris en compte un quelconque risque de réitération qui s'apparenterait à une dangerosité criminologique. Cette situation semble paradoxale puisque la seule maladie mentale ne devrait pas nécessairement justifier la mise à l'écart de la société d'un individu psychiatriquement atteint par l'application des mêmes mesures de sûretés que celles applicables aux personnes dont la responsabilité pénale peut être retenue²²⁰. Pourtant, les mesures de sûreté restent applicables au malade mental irresponsable, bien que basées sur le fondement d'une dangerosité parfois uniquement psychiatrique, ce qui reste critiquable à certains égards.

245. L'encadrement strict des mesures de sûreté spécifiques au malade mental.

L'article 706-136 du Code de procédure pénale énumère une longue liste de mesures de sûreté que peut prendre la juridiction pénale quand elle prononce une déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. On y retrouve par exemple l'interdiction d'entrer en contact avec la victime, de figurer dans certains lieux... Ces mesures, qui sont contraignantes, répondent toutefois à un cadre strict, quant à leur durée en premier lieu, qui ne saurait dépasser 20 ans en matière criminelle et 10 ans en matière correctionnelle. Elles ne peuvent être prononcées que sur avis d'un expert psychiatrique. Il existe toutefois une possibilité, pour le concerné, de demander à ce que la durée soit réduite²²¹. La méconnaissance par la personne des interdictions qui lui ont été imposées est sanctionnée de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende²²², mais le Conseil constitutionnel a posé une condition : il faut que le malade mental ayant violé son obligation ne tombe pas sous le coup de l'abolition de son discernement, son état doit s'être amélioré et il doit pouvoir être considéré responsable de son acte de transgression²²³. Il y a ici une double volonté de la part du législateur : d'une part, ces mesures permettent de répondre à l'exigence sécuritaire et préventive face à la dangerosité sous l'impulsion de la loi de février 2008, mais d'autre part, cet encadrement strict permet d'apporter une nuance quant au caractère critiquable du paradoxe du maintien du malade mental dans le système pénal puisqu'il reste protégé par la loi et que l'accent est davantage mis sur son soin en ce qu'il est précisé que « *ces interdictions, qui ne peuvent être prononcées qu'après une expertise*

²²⁰ RABAUX Juliette. « *La rétention de sûreté ou « la période sombre de notre justice »* », Journal du droit des jeunes, vol. 274, no. 4, 2008, pp. 36-48.

²²¹ Article 706-137 CPP

²²² Article 706-139 CPP

²²³ Conseil constitutionnel, décision n° 2008-562 DC, 21 février 2008, cons. 27.

psychiatrique, ne doivent pas constituer un obstacle aux soins dont la personne est susceptible de faire l'objet ». Toutefois, ces mesures restent grandement critiquables puisqu'elles s'apparentent à une forme de sanction pénale (interdiction, obligations...) fondée sur le seul critère de la dangerosité ce qui contrevient aux principes du droit pénal.

246. L'hospitalisation d'office sur décision judiciaire. Outre ces mesures de sureté, qui s'apparentent déjà à une forme de sanction, l'hospitalisation judiciaire, elle, n'a de but que le soin de l'atteint et la protection de la société des agissements de ce dernier. Elle peut, en effet, être mise en place si « *les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave à l'ordre public* »²²⁴. Jusqu'en 2008, le prononcé d'une hospitalisation d'office du malade mental criminel appartenait à l'autorité préfectorale. L'article 706-35 du Code de procédure pénale accorde désormais des pouvoirs identiques à la juridiction prononçant une décision portant déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. La juridiction doit se baser sur le rapport d'expertise Cette mesure de sureté est une atteinte complète à la liberté sous la forme d'une hospitalisation complète et qui plus est non-consentie. Selon le casier judiciaire national, 63 % des décisions inscrites d'irresponsabilité pénale ont prononcé une admission en soins psychiatriques à la demande du représentant de l'État sur la période 2012-2017²²⁵. L'hospitalisation d'office, qui reste très attentatoire et coercitive, illustre la volonté de mettre en place des mesures à mi-chemin entre le soin et la surveillance, voire la neutralisation mais soulève tout de même la question de l'utilité de l'irresponsabilité pénale qui n'en devient presque plus une au vu de l'appréhension post-sentencielle du malade mental par le droit pénal qui reste parfois totale par le biais des mesures de sureté.

247. Finalement, l'instauration de mesures de sureté attendant à la réhabilitation d'un individu, notamment quant à son traitement, est une démarche qui semble positive et justifiée. Toutefois, dans le cas de l'irresponsabilité pénale pour trouble mental, les mesures de sureté mises en place paraissent particulièrement attentatoires et contraignantes, ce qui reste paradoxal au vu du fait que le système pénal est censé se désintéresser d'un individu jugé non-coupable. Ainsi, les mesures de sureté peuvent dans ce cas-là interpeller quant à leur similitude avec une peine restrictive de liberté. Puisque la sanction ne devrait être basée

²²⁴ Article L3213-7 du Code de la santé publique

²²⁵ BICHET Clémence, et MONCANY Anne-Hélène. « *Le psychiatre face à l'irresponsabilité pénale pour trouble mental : concepts, enjeux, perspectives* », L'information psychiatrique, vol. 98, n° 2, 2022, pp. 99-106.

que sur le seul acte commis, une mesure trop stricte interroge sur l'importance trop grandissante donnée à la dangerosité qui ne devrait pas justifier une surpénalisation de l'individu concerné. La question se pose aussi quant à l'analyse de certaines mesures de surveillance.

Paragraphe 2 : Les mesures de surveillance comme double peine pour le condamné

248. La nouvelle architecture judiciaire fondée sur la notion de dangerosité a introduit, au-delà de mesures attendant au potentiel traitement du condamné, des mesures cette fois tournées sur une nécessité de surveillance et de maintien de l'individu ayant effectué sa peine sous la coupe du système pénal.

249. Le suivi socio-judiciaire, une mesure à mi-chemin entre peine et mesure de sûreté. Le suivi socio-judiciaire est une mesure instaurée par la loi n°98-468 du 17 juin 1998 destinée à lutter contre la récidive en cas d'infraction sexuelle et désormais prévue aux articles 131-36-1 du Code pénal et suivants. En effet, à partir des années 1990, la panique morale attenante à la dangerosité s'est étendue, passant des fous aux délinquants sexuels, qui ont donc été appréhendés comme des individus à caractère dangereux, assimilés à des prédateurs inévitablement récidivistes, mais aussi comme des « malades » qu'il faudrait soigner et surveiller sans discontinuer. Le suivi socio-judiciaire a donc été mis en place à titre de mesure de contrôle de nature judiciaire, sociale ou médico-psychologique qui débute après la libération du condamné pour une durée déterminée par la juridiction de jugement. Il peut être simple ou renforcé par une juridiction de soins, voire par un placement sous surveillance électronique mobile. La durée maximale du suivi est de dix ans en cas de condamnation pour un délit et de vingt ans pour un crime. Cependant, en matière correctionnelle, sa durée peut être portée à vingt ans par décision spécialement motivée. En matière criminelle, sa durée peut être portée à trente ans, lorsqu'il s'agit d'un crime sanctionné de trente ans de réclusion criminelle, et être sans limitation de durée, lorsqu'il s'agit d'un crime sanctionné de la réclusion criminelle à perpétuité. Le suivi socio-judiciaire relève à la fois de la peine complémentaire, puisqu'il peut être prononcé en complément d'une peine d'emprisonnement, et de la mesure de sûreté, puisqu'il permet d'exercer un

contrôle sur le condamné une fois sa libération intervenue²²⁶. Il s'agit ici de s'interroger sur la nature du suivi socio-judiciaire qui, bien qu'il soit qualifié de peine puisque prononcé par la juridiction de jugement, est exécuté de la même manière qu'une mesure de sureté notamment en ce qu'il entraîne des mesures de surveillance. Si les peines ont une finalité rétributive, et sont donc fonction de la gravité et des circonstances de l'infraction, les mesures de sûreté sont, en théorie, détachées de toute rationalité punitive. Or, le suivi socio-judiciaire est une mesure qui n'est pas totalement ni affranchie de la prise en considération de la gravité des faits ni d'un certain caractère punitif puisque son inobservation entraîne des sanctions, qui elle-même dépend de la gravité initiale de l'infraction (trois ans en matière délictuelle, sept ans en matière criminelle²²⁷). Cet entre-deux de nature du suivi socio-judiciaire est critiquable puisque ce dernier est fondé sur la dangerosité de l'individu et n'est donc pas censé prendre en considération la condamnation ni avoir de caractère punitif. Pourtant, son caractère de peine autorise cette mesure à être sanctionnatrice et à demeurer rattachée à l'acte commis. Ainsi, le suivi socio-judiciaire apparaît comme une double peine pour le condamné qui, ayant déjà exécuté sa peine, se retrouve soumis à une mesure, supposément de surveillance, mais qui s'apparente davantage à une peine alors même que le suivi socio-judiciaire ne lui est appliqué que sur le fondement d'une dangerosité qui reste potentielle.

250. Le cas illustrateur du placement sous surveillance électronique mobile. Mis en place par la loi du 12 décembre 2005, le placement sous surveillance électronique mobile peut être une modalité de surveillance du suivi socio-judiciaire qui s'applique donc à la sortie de prison de l'individu. Il ne peut être prononcé, dans ce cadre, qu'à l'encontre d'une personne majeure condamnée à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à 7 ans et dont la dangerosité a été constatée par une expertise médicale. Il est un exemple qui illustre le caractère quasi-punitif des mesures de sureté axées sur la surveillance et à visée uniquement préventive. On comprend ainsi le caractère de double peine qu'elles peuvent représenter pour le condamné qui effectue une vraie peine du fait de son acte infractionnel mais qui continue d'être soumis à des mesures quasi-punitives du seul fait de sa prétendue dangerosité.

²²⁶ GAUTRON Virginie, « *Gravité et suivi post-sentenciel : le cas du suivi socio-judiciaire* », Alix J., Darsonville A. (dir.), Éd Mare & Martin, 21 décembre 2021

²²⁷ Article 131-36-1 du Code pénal

251. L'étendue d'une dangerosité intrinsèque à la nature de l'infraction. À l'initiale, le suivi visait uniquement des infractions à caractère sexuel, mais une dizaine de lois ont procédé à l'extension progressive de son champ d'application, ainsi qu'à un durcissement de son régime, à des fins plus sécuritaires, notamment à la suite de scandales médiatiques. Sans aller jusqu'à reprendre la proposition du rapport Burgelin²²⁸, qui souhaitait atteindre « *tous les auteurs présentant un état de dangerosité criminologique* », le législateur a permis son prononcé pour une vingtaine de crimes ou délits. Finalement, la dangerosité est, dans le cas du suivi socio-judiciaire, intrinsèque à l'infraction commise et non plus individualisée et dépendante de l'individu. Cette étendue du champ d'application du suivi socio-judiciaire démontre une étendue de la notion de dangerosité en elle-même qui devient presque présumée. Le juge n'aura plus à justifier de la preuve d'une dangerosité avérée pour mettre en place une telle mesure, il lui suffira de se référer à la seule nature de l'infraction commise pour le mettre en place.

252. Alors, les mesures de surveillance de l'individu ayant déjà effectué sa peine peuvent être analysées comme de bons outils de prévention de la récidive ou du moins de protection de la société, mais au regard de leur fondement, la dangerosité, qui est très incertain, mis en balance avec leur sévérité, puisque ces mesures sont longues, exigeantes et peuvent surtout conduire à de lourdes sanctions en cas d'inexécution, elles semblent être une forme de sanction après la sanction, ce qui est bien entendu injustifié puisqu'une sanction ne prendra jamais appui sur le seul risque de passage à l'acte. Cette analyse évolutive des diverses mesures pénales nous conduit à l'étude des mesures les plus sévères correspondant à une neutralisation du condamné même après sa peine, qui sont au paroxysme de la réduction de l'individu à son état dangereux.

²²⁸ BURGELIN J.F, Rapport de la Commission santé-justice, ministère de la Justice, ministère de la Santé, 2005.

Section 2 - Les mesures de neutralisation comme paroxysme de la réduction de l'individu à son état dangereux

253. La loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sureté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental met en place deux nouvelles mesures de sureté à savoir la surveillance de sureté (Paragraphe 1) et la rétention de sureté (Paragraphe 2). L'adoption de cette loi suscitera de nombreux débats quant aux transformations qu'elle opère sur les fondements du droit pénal en passant « *d'une justice de responsabilité à une justice de sûreté* »²²⁹. La question de pouvoir prononcer des mesures de suivi voire d'enfermement à titre de mesures de sureté, et sur un temps illimité, qui plus est après l'accomplissement totale de la peine a conduit la doctrine à évoquer une « *peine après la prison* »²³⁰.

Paragraphe 1 : La surveillance de sûreté

254. Les modalités de la surveillance de sûreté. Ce sont les nouveaux articles 706-53-19 et suivants du Code de procédure pénale qui régissent la surveillance de sureté. Quant à ses conditions, Elle peut être prononcée à l'encontre des personnes condamnées pour un crime d'assassinat, meurtre, torture ou acte de barbarie, viol, enlèvement ou séquestration commis sur mineur ou sur majeur si le crime est aggravé, y compris par l'état de récidive. Elle permet de prolonger les obligations de la surveillance judiciaire ou du suivi socio-judiciaire, y compris les injonctions de soins et placements sous surveillance électronique mobile, si la personne a été condamnée à quinze ans de réclusion criminelle au moins, ou de prolonger les obligations de la libération conditionnelle avec injonction de soins de la personne condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité²³¹. Elle peut également être mise en place à titre supplétif s'il est mis fin à la rétention de sûreté « *dès lors que la personne présente toujours des risques de récidiver* »²³². Il faut toutefois prouver que la surveillance de sureté « *constitue l'unique moyen de prévenir la commission dont la probabilité est très*

²²⁹ BADINTER Robert, Le Monde, 25 février 2008

²³⁰ CASSIA Paul, « *La rétention de sûreté : une peine après la prison* », Commentaire, 2008 (122), p. 569-573.

²³¹ Mission de recherche du droit et de la justice, Fiche 3 « *La restructuration du droit pénal autour de la notion de dangerosité* », gip-recherche-justice.fr

²³² Article 706-53-19 du Code de procédure pénale

élevée de ces infractions »²³³. Sa particularité, contrairement aux autres mesures de sureté, est qu'elle est prévue pour une durée de deux ans mais renouvelable sans limitation dans le temps, tant que la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté estime que la dangerosité du condamné perdure.

255. Analyse de la condition de dangerosité par le prisme de la surveillance de sureté. Il est évoqué dans les articles précités que la surveillance de sureté doit donc être l'unique moyen de prévenir la commission « dont la probabilité est très élevée » de ces infractions. Cela interroge donc sur la caractérisation d'une dangerosité particulièrement élevée, ou du moins plus qu'une dangerosité ordinaire. Dans le cas où la surveillance de sureté surviendrait après une rétention de sureté, il faut rapporter la preuve que l'individu est très susceptible de commettre à nouveau l'une des infractions attenantes à la rétention de sureté : ici, le législateur ne conditionne donc plus le prononcé de la surveillance de sureté à un risque particulier ou à une particulière dangerosité. Il le conditionne sur le fondement du seul risque de commettre une infraction donnée (comme ce fut démontré également pour le suivi socio-judiciaire). Par cette manœuvre, le législateur facilite le passage d'une rétention de sureté à la mise en place successive d'une surveillance de sureté sur l'argument de la possible récidive, permettant ainsi le maintien d'un *continuum* de surveillance et de contrôle²³⁴. C'est ici un désintéressement de l'individu pour ce qu'il est (dangereux ou non), au profit d'une logique de gestion en faveur d'une appréhension totale et facilitée d'un individu, ce qui rentre dans une logique de neutralisation.

256. Dans la continuité de cette logique, la rétention de sureté a également été adoptée en 2008 et apparaîtra quant à elle comme la mesure la plus sévère et critiquable.

Paragraphe 2 : La rétention de sureté

257. Les modalités de la rétention de sureté. L'article 706-53-13 alinéa 1 du Code de procédure pénale pose une série de conditions à respecter quant à la mise en place d'une rétention de sureté. La première concerne la nature du crime concerné : l'article en cible des spécifiques qui sont l'assassinat, le meurtre, les tortures ou actes de barbarie, le viol,

²³³ Article 723-37 du Code de procédure pénale

²³⁴ HERVÉ Nicolas. « *Des nouveaux usages judiciaires de la dangerosité (1re partie)* », Les Cahiers de la Justice, vol. 3, n°3, 2011, pp. 141-155.

l'enlèvement ou la séquestration sur une victime mineure. L'alinéa 2 de l'article ajoute que pour les victimes majeures, ces mêmes crimes doivent être aggravés ou bien commis en récidive. En pratique, la pédophilie reste le domaine criminel le plus visé par cette catégorisation. En second lieu, la peine doit avoir été au moins égale à 15 ans de réclusion criminelle. Il faut une double gravité de l'infraction considérée à la fois objectivement et subjectivement en fonction des circonstances concrètes de commission, le crime doit traduire une certaine forme de perversité²³⁵. Quant à la procédure, il est dit que le jugement d'assises doit expressément avoir prévu dans sa décision de condamnation que le mis en cause pourra faire l'objet d'une telle rétention. Puis, au moins un an avant la libération prévue, le condamné devra être examiné par la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté afin qu'elle évalue sa dangerosité. C'est l'article 706-53-14 alinéa 2 du Code de procédure pénale qui prévoit l'exécution de cette évaluation, qui sera faite dans un centre spécialisé, et assortie d'une expertise médicale. C'est à cet instant que « *la particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive du fait d'un trouble grave de la personnalité* » sera ou non caractérisée. Cependant, les exigences tenant à la caractérisation de la nécessité d'une rétention sont étroites. Ainsi, la rétention doit constituer l'unique moyen de prévenir la commission d'une infraction, dont la probabilité est très élevée²³⁶. La décision du placement incombera ensuite à la juridiction régionale, qui devra être spécialement motivée²³⁷, et sera immédiatement exécutoire²³⁸. L'exécution de la rétention de sûreté consiste en un placement de la personne intéressée dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui sont proposées, de façon permanente, des prises en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure. Les centres répondent à une double finalité, d'abord d'élimination temporaire d'un criminel de la société, mais également d'administration de soins. Ce placement est prévu pour une durée d'un an renouvelable en cas de persistance de la dangerosité et du risque de récidive.

258. La question de la viabilité de la rétention de sûreté. La mise en place de la rétention de sûreté a suscité de nombreux débats quant à sa légitimité du fait du caractère privatif de liberté de la mesure de sûreté succédant à une peine d'ores et déjà exécutée. On se demande alors comment une privation de liberté totale, après la peine privative de liberté,

²³⁵ PRADEL Jean, « *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux* », Recueil Dalloz D. 2008. P.1000.

²³⁶ Article 706-53-14, al. 4 et 5 CPP

²³⁷ Article 706-53-14 CPP

²³⁸ Article 706-53-15 CPP

ne contreviendrait-elle pas aux principes fondamentaux du droit pénal ? En effet, lorsque la rétention est prononcée *ab initio* (soit sans qu'elle ne soit précédée d'une autre mesure telle que la surveillance de sûreté), elle est exclusivement fondée sur la dangerosité ce qui entre notamment en contradiction avec le principe de la présomption d'innocence qui exige que soit démontrée une nouvelle infraction pénale pour justifier un placement en rétention²³⁹. Robert Badinter s'interrogera d'ailleurs à ce sujet : « *que devient la présomption d'innocence, quand on est le présumé coupable potentiel d'un crime virtuel ?* »²⁴⁰. De plus, le principe même de légalité, sur lequel se fonde la responsabilité pénale, est techniquement entravé en raison de l'imprécision de la notion de dangerosité qui reste un concept avant tout positiviste, flou et incertain²⁴¹. L'ancienne contrôleur général des lieux de privation de liberté, Adeline Hazan, considère, dans son avis du 5 octobre 2015 relatif à la rétention de sûreté que « *le concept de dangerosité potentielle doit être considéré comme contraire aux principes fondamentaux du droit pénal français, en particulier ceux de légalité des délits et des peines et de proportionnalité de la réponse pénale* »²⁴². On constate notamment cette entrave au regard du fait que la « particulière dangerosité » est déduite du prononcé de la peine et présumée du fait de l'existence d'une peine supérieure ou égale à 15 ans pour l'un des crimes répertoriés. Par ailleurs, quant au placement en rétention de sûreté à la suite d'une surveillance de sûreté, il est établi que la violation par la personne de ses obligations ne peut constituer à elle seule un motif de placement en rétention de sûreté²⁴³. Pourtant, en pratique, l'examen de la situation individuelle des personnes ayant fait l'objet d'un placement en rétention démontre que « *dans ces situations, le seul non-respect des obligations imposées à une personne a suffi pour caractériser sa dangerosité* »²⁴⁴. Ainsi, le fondement même de la rétention de sûreté est contestable puisqu'il constitue une forme de présomption de dangerosité découlant en pratique soit de la condamnation de l'intéressé à une peine de plus de 15 ans, soit de son non-respect des obligations relatives à la surveillance de sûreté²⁴⁵. Cette objectivation de la dangerosité sur le fondement de critères empiriques est non-souhaitable et illégitime. Une autre critique tient au fait du caractère potentiellement

²³⁹ GOMEZ Élisabeth « L'imputabilité en droit pénal », Thèse La Rochelle, 17 novembre 2017, p.410

²⁴⁰ BADINTER Robert, *Le Monde*, 26 février 2008

²⁴¹ BONFILS Philippe, « *Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* », *RSC Dalloz* 2008, page 392

²⁴² www.cglpl.fr/2015/avis-relatif-a-la-retention-de-surete.

²⁴³ Circulaire de la DACG n° CRIM 08-17/E8 du 17 décembre 2008 sur la présentation générale des dispositions relatives à la surveillance de sûreté et à la rétention de sûreté, NOR : JUSD0830031C.

²⁴⁴ www.cglpl.fr/2015/avis-relatif-a-la-retention-de-surete.

²⁴⁵ GOMEZ Élisabeth « L'imputabilité en droit pénal », Thèse La Rochelle, 17 novembre 2017, p.100

indéterminé de la mesure qui aurait bien entendu vocation à violer plusieurs principes pénaux parmi lesquels le principe de proportionnalité.

259. La constitutionnalité de la rétention de sureté. Nonobstant les promesses répétées de sa suppression²⁴⁶ et les vives contestations qui l'entourent, la rétention de sureté est toujours en vigueur à l'heure actuelle. Le Conseil Constitutionnel a finalement été saisi de la conformité de la rétention de sureté par 11 députés le 11 février 2008 clamant que « *sans acte répréhensible, il n'y a pas de sanction* ». La question qui lui était posée était globalement de savoir si la rétention de sureté, au vu de ses conditions et de ses critiques, ne devait pas être assimilée à une peine. C'est dans une décision du 21 février 2008²⁴⁷ que les Sages considèrent que « *la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté ne sont pas des mesures répressives* » et « *que la rétention de sûreté n'est ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition ; que la surveillance de sûreté ne l'est pas davantage* ». Se référant à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, le Conseil constitutionnel maintient que le principe de la légalité des délits et des peines, pas plus que le principe de nécessité des peines, ne s'appliquent à la rétention de sûreté et aux mesures de sûreté, dès lors qu'il considère qu'elles n'ont pas de visée punitive mais préventive. La réforme n'a été qu'en partie censurée en raison du principe de non-rétroactivité de la loi pénale la plus dure : contrairement à ce que souhaitait le législateur la rétention de sûreté ne s'appliquera pas immédiatement aux personnes déjà jugées.

260. Alors, les dispositions de la loi du 25 février 2008, et notamment la rétention de sureté ayant pour unique fondement la dangerosité mais qui plus est apparaissant comme outrepassant le caractère qui ne doit rester que préventif des mesures de sureté apparaissent comme très critiquables au regard de leur volonté de neutralisation complète de l'individu. Au-delà de la fragilisation qu'elles créent au sujet de la frontière entre peines et mesures de sureté, ces mesures ne semblent, malgré tout, pas contrevenir à la loi.

261. Conclusion du Chapitre 2. La dangerosité à titre de fondement de mesures pénales post-sentencielles apparaît globalement justifiée puisque ces mesures ne visent

²⁴⁶Rapport sur la refonte du droit de peines élaboré par la commission présidée par Bruno Cotte et remis le 18 décembre 2015 au garde des Sceaux (cf. www.justice.gouv.fr, rubriques « Publications », « Rapports thématiques », « Remise du rapport sur la refonte du droit des peines »).

²⁴⁷ Conseil Constitutionnel, Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008

initialement qu'à accompagner l'individu concerné vers la diminution de cette dangerosité couplée avec une protection de la société. Toutefois, certaines mesures font l'objet de critiques légitimes, notamment du fait de leur particulière sévérité ou atteinte à la liberté non-justifiées par la commission d'un acte positif, mais par la présence d'une dangerosité, qui reste une notion imprévisible. La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) a ainsi rappelé à cet égard que « *le système judiciaire français se base sur un fait prouvé et non pas sur la prédiction aléatoire d'un comportement futur, et les membres de la CNCDH s'inquiètent de la mise en place de mesures restrictives de liberté sur une base aussi incertaine* »²⁴⁸. Finalement, la mise en place de telles mesures semble s'appuyer davantage sur des bases politiques que scientifiques, tendant vers la neutralisation des individus présumés dangereux même après l'exécution de leur peine dans un objectif sécuritaire et, bien entendu, sur des considérations désormais totalement exemptes de l'idée de libre-arbitre, qui est, au stade post-sentenciel, totalement remplacée par le concept de dangerosité quant à la mise en œuvre de mesures pénales.

²⁴⁸ Note de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, Paris, 10 janvier 2007.

Conclusion du Titre 2

262. Le concept de libre-arbitre, socle fondamental de la responsabilité, permettait de mettre en cause, pour justifier la sanction, l'existence de la volonté libre de l'individu qui devait être appréhendé par le système pénal en ce qu'il l'aurait lui-même voulu ou du moins en ce qu'il était en mesure de comprendre la nature infractionnelle de son acte. Toutefois, le droit pénal moderne embrasse une nouvelle structure fondée sur des attentes beaucoup plus sécuritaires et a tendance être influencé par des concepts favorisant l'anticipation du crime au lieu d'une réaction à ce dernier. La traduction criminologique de cette anticipation réside dans la dangerosité qui permettrait, du fait de l'analyse d'un Homme pour ce qu'il est et non plus pour ce qu'il fait, d'anticiper ses actes avant même qu'il ne les commette.

263. Le déplacement de l'intérêt du droit pénal qui passe de la réaction à la prévention et donc de la prise en compte du libre-arbitre vers la prise en compte de la dangerosité à titre de fondement de la réaction pénale est globalement critiquable. Le concept même de dangerosité est mal défini, ses contours sont flous et surtout, il n'est absolument pas certain. Cela soulève donc des questions d'éthique du fait de l'appréhension pénale d'un individu fondée sur une simple potentialité. Par ailleurs, il existe parfois des interférences entre la dangerosité et le prononcé de la peine, ce qui porte atteinte au fait que la peine devrait être fondée sur la responsabilité de l'individu, puni du fait de son comportement antisocial, et non pour ce qu'il pourrait commettre hypothétiquement.

264. L'étude de la matière post-sentencielle étant la plus concernée par ce phénomène démontre que l'usage de la dangerosité peut, dans une certaine mesure, être justifiée quant à l'accompagnement d'un individu dans un processus de soins ou face à une protection parfois nécessaire de la société. Or, d'un autre côté, une tendance à la neutralisation est constatable et la mise en place de telles mesures semble s'appuyer davantage sur des bases politiques que scientifiques, ce qui permet de prouver un désintéressement du libre-arbitre de la part du droit pénal qui devient un outil de gestion, de politique criminelle, au profit d'un droit de la prévention et de la neutralisation.

Conclusion de la Partie 2

265. La fragilisation du concept de libre-arbitre apparaît en philosophie et entre en contradiction avec le courant libéral. Les penseurs affirment que le libre-arbitre n'existe pas ou *a minima* que la vie et les choix de l'Homme sont biaisés par des considérations qui le dépassent. En droit pénal, cette pensée a eu un écho important, visible au travers de la pensée de l'école positiviste qui argue qu'il existe un déterminisme criminologique, endogène ou exogène. L'étude de ce courant de pensée est toutefois rapidement remise en question du fait de son manque d'éthique et ses considérations sont désuètes : ces idées ne doivent demeurer que des objets d'étude de la genèse de l'intégration du déterminisme en matière pénale et pourront pas, en pratique, transformer le droit pénal et devenir le fondement d'une responsabilité pénale viable. Au-delà de créer le débat autour de la question même de l'existence du libre-arbitre, c'est davantage l'influence de la philosophie déterministe qui aura un impact en matière pénale, au profit de nouvelles considérations.

266. Le droit pénal se transforme en effet au gré de l'évolution sociétale et subit de nouvelles influences. C'est le cas notamment des neurosciences qui peuvent être sollicitées à titre de moyen de preuve, bien que leur utilisation doive être très nuancée du fait qu'elles ne constituent qu'une analyse minoritaire du comportement humain, qui doit être mise en balance avec de multitudes d'autres phénomènes. Ce désintéressement de la notion de libre-arbitre ne s'effectuera donc pas réellement par la théorisation du déterminisme, il atteindra en réalité son paroxysme avec l'intégration de la notion de dangerosité qui influencera divers volets du droit pénal, de la peine prononcée, jusqu'à devenir le fondement même d'une grande partie de la matière post-sentencielle. Ce changement de prisme d'étude de l'individu démontre en fait un changement qui s'opère globalement en faveur d'un droit de l'anticipation, qui est désintéressé du libre-arbitre dans la mesure où l'important ne serait plus de réagir à un acte mais de prévoir le suivant. Le droit pénal passe de l'appréhension de l'individu pour ce qu'il fait de mal à l'appréhension de l'individu pour ce qu'il est ou pour ce qu'il pourrait faire de mal. Le critère de cette appréhension n'est finalement plus la volonté individuelle, il est remplacé par des considérations plus politiques de neutralisation et de prévention.

Conclusion générale

267. Il existe un socle libertarien classique en droit pénal qui a lui a permis de se développer, notamment sur la base de la philosophie, de sorte à ce que la liberté de l'Homme soit placée au cœur des enjeux de la matière. Le libre-arbitre, dans ce cadre-là, s'apparente à une pierre angulaire permettant à la fois de garantir cette liberté, en protégeant l'individu qui serait privé de se déterminer comme il l'entend, tout en étant un outil indispensable à prendre en compte pour faire régner l'ordre social puisque c'est de cette présomption de libre-arbitre de l'Homme que découlera la possibilité, pour l'État et pour la société, d'appréhender et de punir celui qui en abuse. La responsabilité pénale, en se fondant sur l'analyse de l'existence ou non du libre-arbitre, se place au cœur de l'enjeu du procès, en garantissant à l'auteur d'un acte une justice intègre qui n'accusera pas un Homme inconscient de violer les normes sociales. Cette conception libérale du droit pénal persiste à travers les âges et son étude permet en outre d'affirmer que le libre-arbitre en matière pénale est non seulement un concept reposant sur des bases presque intangibles, qui rendent la protection des droits des individus sacrée. Il semblerait que, sur le plan théorique, comme sur le plan pratique, le libre-arbitre est, et restera, un socle fondamental du droit pénal par le prisme de la responsabilité. Il est irremplaçable pour maintenir une justice non-arbitraire.

268. La fragilisation du libre-arbitre se doit d'être analysée sous un angle critique lorsqu'il est question de juger les Hommes à la lumière d'un déterminisme pur. Or, cela peut, dans une certaine mesure, être également interprété comme un progrès, une évolution du droit vers une prise en considération plus large de divers objets dépassant le simple socle du libre-arbitre. Ainsi, l'enrichissement du droit par son interférence avec les neurosciences ou la notion émergente de dangerosité peut apporter de nouveaux angles d'analyse, qui peuvent se révéler efficace et positifs notamment à l'égard d'une meilleure protection sociale. Toutefois, cette transformation du droit pénal a tendance à se faire eu gré d'influences politiques et leur ingérence a parfois conduit parfois à des, notamment en ce qui concerne le penchant que prend la matière pénale en modifiant le fondement sur lequel l'appréhension de l'individu se basera, sa vocation étant aujourd'hui, dans certains volets du droit pénal, davantage orientée vers la neutralisation des individus jugés dangereux.

269. Quant à la question de la potentielle disparition du libre-arbitre en matière pénale, la réponse est à nuancer. Il ne faut pas craindre une disparition totale de la notion de libre-arbitre en droit positif, car ce dernier est en réalité immuable et irremplaçable. Il est le fondement même de la justesse du droit pénal, le support de l'acception selon laquelle la sanction de l'individu pour son acte n'est plus établie aujourd'hui de manière uniquement objective, mais imprégnée, à toutes les échelles, d'une prise en compte de la subjectivité de l'auteur. Empêcher la prise en compte du libre-arbitre en droit pénal reviendrait à réinstaurer un droit pénal arbitraire, totalitaire. À ce stade, il semblerait possible de répondre par la négative à la problématique en disant que le libre-arbitre en droit pénal ne disparaîtra pas, ce qui donc est vrai dans une certaine mesure. Pour autant, s'il ne faut pas s'inquiéter de la disparition totale du libre-arbitre, il est tout de même question de constater à l'heure actuelle un dépassement certain de la notion. La nuance de la réponse se trouve alors dans l'observation, dans certaines branches du droit pénal, d'un abandon total d'une réflexion libérale. Le droit pénal repose alors toujours en totalité sur le libre-arbitre quant au domaine de la responsabilité, mais a tendance à prendre appui sur de nouveaux fondements tournés vers des politiques criminelles d'anticipation et de prévention, tels que la dangerosité, notamment dans sa dimension post-sentencielle, et ainsi à abandonner progressivement sa prise en considération du libre-arbitre à cet égard.

Bibliographie

Ouvrages

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, « *DSM-5 : manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux* », traduction par M.-A. Crocq et J.-D. Guelfi, 5e éd, Éd Elsevier Masson, 2015

ARISTOTE, « *Éthique à Nicomaque III* », 384-322 avant J-C.

AUGUSTIN D'HIPPONE « *Traité sur le libre arbitre* », traduction par Abbé Defourny et Abbé Raulx dans « *Œuvres complètes de Saint-Augustin* », Éd Guérin et Cie, 1864,

AUSSEL Jean-Marie, « *La contrainte et la nécessité en droit pénal* », in STÉFANI Gaston « *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal* ». Études de droit criminel, Dalloz, 1956

BAERTSCHI Bernard, « *La neuroéthique, Ce que les neurosciences font à nos conceptions morales* », Paris, Éd. La Découverte, 2009

BECCARIA Cesare, « *Des délits et des peines* », Traduit par M. Chaillou de Lisy, Institut Coppet, 1773

BERGERET Jean, « *La personnalité normale et pathologique* », Éd Dunod, 1974

BEZIZ-AYACHE Annie et RAVIT Magali « *Fiche 4. Théories criminologiques classiques : explication anthropologique du crime* », in « *Fiches de Criminologie* », Éd Ellipses, 2021

BLATIER Catherine, « *Introduction à la psychocriminologie* », Paris, Éd Dunod, 2010

BOULOC Bernard « *Droit pénal général* », Éd Dalloz, 25e éd., 2017

BURGAUD Emmanuelle, « *La variabilité du concept de dangerosité en droit pénal des origines à la fin du XIX e siècle* », in « *Peine, dangerosité : quelles certitudes ?* », Essais de philosophie pénale de criminologie, Institut de criminologie de Paris, Dalloz, 2010

CONTE Philippe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick, « *Droit pénal général* », Éd A. Colin, 4ème édition, 2002

CHANGEUX Jean-Pierre et RICOEUR Paul, « *Ce qui nous fait penser* », in « *La nature et la règle* », Paris, Éd Odile Jacob, 1998

DAMON Julien. « *Cesare Beccaria. La certitude de la peine* », in « *100 penseurs de la société* », Presses Universitaires de France, 2016

DANA Adrien-Charles, « *Essai sur la notion d'infraction pénale,* » LGDJ, tome 13, 1982

DANET Jean, « *La justice pénale entre rituel et management* », Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010

DE BEAUMANOIR Philippe, « *Les coutumes du Beauvoisis* », Tome 1, Éd J. Renouard, 1842

DELMAS-MARTY Mireille, « *Libertés et sûreté dans un monde dangereux* », Éd Seuil, collection « La couleur des idées », 2010

DELSOL Jean-Philippe, « *Civilisation et libre arbitre. Pourquoi l'Occident est différent* », Éd Desclée de Brouwer, avril 2022

DE MAILLARD Jacques, « *Némésis judiciaire ou le cauchemar d'une justice parfaite* », Le Débat, vol. 1, n°143, 2007

DESCARTES René, « *Méditations métaphysiques* », dans « *Œuvres de Descartes* », texte établi par Victor Cousin, Éd. Levrault, 1824

DREYER Emmanuel, « *Droit pénal général* », Éd Litec, 4e éd, 2016

DURKHEIM Émile, « *Les règles de la méthode sociologique* », Préface de la seconde édition, Les classiques des sciences sociales, 1894

DUROCHÉ Jean-Philippe, et PÉDRON Pierre. « *L'influence positiviste au XIXe siècle* », in « *Droit pénitentiaire* », Chapitre 4, Éd Vuibert, 2019

EAGLEMAN David, « *Pourquoi les sciences du cerveau peuvent éclairer le droit* » [Can brain sciences contribute to law], in « *Le cerveau et la loi - analyse de l'émergence du neurodroit* », Centre d'analyse stratégique, 2012

EDELMAN Gérald, « *Biologie de la conscience* », Paris, Éd Odile Jacob, 2008

FAUCONNET Paul., « *La responsabilité, Étude de sociologie* », Éd F. Alcan, 1920

FERRI Enrico, « *La sociologie criminelle* », Éd. A. Rousseau, Paris, 1893

GARRAUD René, « *Précis de droit criminel* », Éd Gallica, Onzième éd, 1912

GARRAUD René, « *Traité théorique et pratique du droit pénal français* », 3ème édition, Éd Sirey, 1913

GAUTRON Virginie, « *Gravité et suivi post-sentenciel : le cas du suivi socio-judiciaire* », Alix J., Darsonville A. (dir.), Éd Mare & Martin, 21 décembre 2021

GIDE André, « *Les caves du Vatican* », 1914

GIUDICELLI André, « *Incertitudes sur les frontières de l'intention* », in « *Dix ans après la réforme de 1994, quels repères dans le code pénal ?* », travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, t. XXIV, Éd Cujas, 2005

GKOSTI Georgia Martha, MOULIN Valérie, GASSER Jacques, « *Les neurosciences au Tribunal : de la responsabilité à la dangerosité, enjeux éthiques soulevés par la nouvelle loi française* », ScienceDirect, 27 octobre 2014

GOMEZ Élisabeth et MARIE C., « *L'évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité* », in GIUDICELLI André (dir.), « *Le champ de la prévention de la récidive dans sa dimension multi-partenariale* », PUR, Rennes, 2017

GRYNBAUM Luc, « La contrainte », Éd Economica, 2017

HOBBS Thomas, « *Le Citoyen* », 1642, chapitre 10, § 1, traduction Samuel Sorbière, Éd Groupe Flammarion, 1982

HOBBS Thomas, « *Le Léviathan* », 1651

JEANDIDIER Wilfrid, « *Les théories pénales du Code pénal de 1810 à nos jours* » in « *Droit pénal général* », 2ème éd, Éd Montchrestien, 1991

KANT Emmanuel, « *Critique de la raison pratique* », traduction par Picavet, Éd Felix Alcan, 1788

KANT Emmanuel, « *Critique de la raison pure* », 1781

LAURENT Alain, « *La philosophie libérale- Histoire et actualité d'une tradition intellectuelle* », Présentation, Éd. Les Belles Lettres, 1er janvier 2002

LE BIHAN Denis, « *Le cerveau de cristal – ce que nous révèle la neuroimagerie* », Éd Odile Jacob, 2012

LEPOINTE Éric, « *Leçons de philosophie* », Éd Delagrave, 1951

LEPOINTE Éric, « *Le diagnostic judiciaire des faits justificatifs* », RSC 1969

LEROY Jacques, « *Droit pénal général* », Éd Lextenso, 20/09/2022

LEYRIE Jacques, « *L'état dangereux criminologique. De la théorie à l'application* », in « *Médecine et droit* » n°17, 1996

LIBET Benjamin, « *L'esprit au-delà des neurones, une exploration de la conscience et de la liberté* », Éd Dervy, 2012

LOCKE John, « *Deuxième traité du gouvernement civil* », 1690

LOMBROSO Cesare, « *L'homme criminel* », 2e éd. Française, Éd Alcan Paris, 1895

MARX Karl, ENGEL Friedrich, « *L'Idéologie allemande* » (Die deutsche ideologie), trad. Renée Cartelle et Gilbert Badia, Paris, Les Éditions sociales, 1971

MARX Karl, « *Le 18 brumaire de Louis-Bonaparte* », Éd Sociales, 1969

MERLE Roger et VITU André, « *Traité de droit criminel –Droit pénal général* », Éd Cujas 7e éd., 1997

METZ René, « *La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval* », Annales de la faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg, 8, 1961

MUCCHIELLI Laurent, « *Vers une criminologie d'État en France ?* », Éd Politix, 2010

NIETZSCHE Friedrich, « *Par-delà le bien et le mal* », in « *Œuvres complètes de Frédéric Nietzsche* » trad. Henri Albert, Éd. Mercure de France, vol 10, 1913

ORTOLAN Joseph, « *Éléments de droit pénal* », 2ème édition, Éd. H. Plon, 1859

PLATON, « *La République* », Livre X, dans « *La République, livres VIII-X* » traduit par Émile Chambry, Éd. Les Belles Lettres, 1934

PRADEAU Jean-François. « *Les divins gouvernants : la philosophie selon Platon* », Éd. Lire Platon. Presses Universitaires de France, 2014

PRADEL JEAN, « *Droit pénal général* », Éd. Cujas, 21e éd., 2016

PRADEL Jean, « *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux* », Recueil Dalloz D. 2008

PRINS Adolphe, « *La défense sociale et les transformations du droit pénal* », Éd. Gallica, Bruxelles, 1910

RAINE Adrian, « *The psychopathology of crime : Criminal behavior as clinical disorder* », San Diego, Academic Press, 1993

Repertorium inquisitorium prauitatis haereticæ, 1494

ROBERT Jacques-Henri, « *Droit pénal général* », PUF, 6e éd., 2005

ROBERT Jacques-Henri, « *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal* », Éd. Panthéons-Assas, LGDJ, 2001

ROUSSEAU François, « *L'imputation de la responsabilité pénale* », Dalloz, 2009

ROUSSEAU Jean-Jacques « *Du contrat social* », 1762

ROUSSEAU Jean-Jacques « *Lettres écrites de la Montagne* », Lettre n°8

SAINT THOMAS D'AQUIN « *La somme contre les gentils* », 1258/1265

SARTRE Jean-Paul « *L'existentialisme est un humanisme* », Gallimard, Folio, Paris, 2010

SPINOZA, « *Éthique* » traduite par Charles Appuhn in « *Œuvres de Spinoza. - Nouvelle édition* », d'après l'édition de Heidelberg. - Paris Garnier, 1929

VACHERON Marie-Noëlle, CORNIC Françoise, GOUREVITCH Raphaël, « *La prise en charge des patients réputés dangereux* », in « *État dangereux suivant les différents troubles mentaux* », Éd. Masson, 2010

VINCENTINI Jean-Philippe, et al. « *Fiche 17. La contrainte* », in « *Fiches de droit pénal général* ». Éd. Ellipses, 2015

Encyclopédies et dictionnaires

Dicophilo, Dictionnaire de philosophie en ligne

Dictionnaire Le Larousse

DOUCET Jean-Paul, Dictionnaire de droit criminel

DUFRESNE Jacques, « *La liberté selon Platon et Descartes* », Encyclopédie de l' Agora, en ligne

GRANAROLO Philippe, « *Liberté (notion de base) – « Je dois », un postulat fondateur* », Encyclopédie Universalis

REY Alain, Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert, 2004

Articles de revues

BICHET Clémence, et MONCANY Anne-Hélène. « *Le psychiatre face à l'irresponsabilité pénale pour trouble mental : concepts, enjeux, perspectives* », L'information psychiatrique, vol. 98, n° 2, 2022

BONFILS Philippe, BOUREGOIS-ITIER Laura, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale/ Enfance délinquante, Chapitre 5 « *Responsabilité pénale des mineurs* », Section 1, n°164 et 165, Dalloz, mis à jour de mars 2024

BONFILS Philippe, « *Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* », RSC Dalloz 2008

BRAUNSTEIN Jean-François. « *Une vision médicale du monde. Le « cas » Lombroso* », Archives de Philosophie, vol. 73, n°4, 2010

CASTEL Robert, « *De la dangerosité au risque* », Actes de la recherche en sciences sociales, n°47-48, 1983

CLÉRO Jean-Pierre. « *Le calcul benthamien des plaisirs et des peines. Calcul introuvable ou seulement indéfiniment différé ?* », Archives de Philosophie, vol. 78, n°2, 2015

COCHE Arnaud. « *Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ?* », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, vol. 1, n°1, 2011

DALBIGNAT-DEHARO Gaëlle, « *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé* », Paris, LGDJ, 2004

GAUTRON Virginie, et RETIERE Jean-Noël. « *La décision judiciaire : jugements pénaux ou jugements sociaux ?* », Mouvements, vol. 88, no. 4, 2016

HASNAOUI-DUFRENNE Sajjad, avocat « *Affaire Sarah Halimi : peu important les raisons de la folie* » in Dalloz Actualité, 28 avril 2021

HEMERY, Yves. « *Irresponsabilité pénale, évolutions du concept* », Livre 48, in L'information psychiatrique, vol. 85, n°8, 2009

HERVE Nicolas. « *Des nouveaux usages judiciaires de la dangerosité (Ire partie)* », Les Cahiers de la Justice, vol. 3, n°3, 2011

KAPOSI Dorottya. « *Indifférence et liberté humaine chez Descartes* », Revue de métaphysique et de morale, vol. 41, n°1, 2004

LARRIEU, Peggy. « *Neurosciences et évaluation de la dangerosité. Entre néo-déterminisme et libre-arbitre* », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 72, n°1, 2014

LEBOHEC Jean-Baptiste. « *La responsabilité est-elle incompatible avec le déterminisme* », Archives de philosophie du droit, vol. 63, n°1, 2021

« *Le marxisme, un déterminisme absolu ?* », Révolution, tendance marxiste internationale, rubrique « *Théorie – Comment ça Marx ?* », 24 avril 2023. <https://www.marxiste.org/theorie/comment-ca-marx/2533-le-marxisme-un-determinisme-absolu>

LEROY Marie-Laure. « *La « dynamique psychologique » selon Bentham : une théorie de la motivation* », Cahiers critiques de philosophie, vol. 4, n°2, 2007

LETURMY Laurence. « *La dangerosité dans l'évolution du droit pénal français* », L'information psychiatrique, vol. 88, n°6, 2012

LINK BG et CULLEN FT, « *Contact with the mentally ill and perceptions of how dangerous they are* » J Health Soc Behav

MISTRETTA Patrick, « *Le schizophrène, le psychiatre et les démences du droit pénal (à propos de CA Aix-en- Provence, 31 mars 2014, n°150-2014)* », Dr. pénal, 2014

RABAUX Juliette. « *La rétention de sûreté ou « la période sombre de notre justice »* », Journal du droit des jeunes, vol. 274, no. 4, 2008

SAAS Claire, « *L'ajournement du prononcé de la peine. Césure et recomposition du procès pénal* », Dalloz, n°172, 2002

SALAS Denis. « *Un nouveau modèle : le risque et la précaution* », Journal français de psychiatrie, vol. n°23, n°3, 2004

SIWEK Paul « *Le libre-arbitre d'après Spinoza* », Revue philosophique de Louvain, 1947

VOYER Mélanie et al. « *Dangerosité psychiatrique et prédictivité* », L'information psychiatrique, 2009

Articles de presse

BADINTER Robert, Le Monde, 25 février 2008

SECKEL Henri, « *Comment se décide l'irresponsabilité pénale d'un criminel* », Le Monde, 6/07/2021

Textes législatifs et réglementaires

Code pénal

Code de procédure pénale

Code civil

Code de la santé publique

Circulaire de la DACG n° CRIM 08-17/E8 du 17 décembre 2008 sur la présentation générale des dispositions relatives à la surveillance de sureté et à la rétention de sureté, NOR : JUSD0830031C

Loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental, JORF n°0048 du 26 février 2008

Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JORF n°0157 du 8 juillet 2011

Loi n° 2022-52 du 24 janvier 2022 NOR : JUSX2116059L

Jurisprudence

Cass. Crim., 15 novembre 1856, B., no 358

Cass. Crim., 28 février 1861, D. P., 1861.1.140

Cass, Crim., 29 janvier 1921, BC n° 213

Cass, crim. 19 octobre 1922, DP 1922, I, p.233

Cass. Crim., 28 février 1936, D. P., 1936.I.44

Cass, Crim. « *Laboube* » 13 décembre 1956, 55-05.772

Cass. Crim., 18 décembre 1978, no 78-92.468, Bull. crim., 1978, no 357

Cass, Crim. 13 mars 1991, Bull. crim. N° 125

Cass. Crim. 15 avr. 2008, no 07-86.336, RSC, 2008. 910, obs. MAYAUD Yves

Cass., 9 février 2017, R.C.J.B., 2018, p. 37, note J.-L. Fagnart

Cass, crim. 1er février 2017 n°15-83.984, n°15-85.199 et n°15- 84.511.

Cass, Crim. 21 juin 2017, n° 16-84.158

Crim. 14 avr. 2021, FS-P+I, n° 20-80.135

Cour d'appel de Paris, 19 novembre 1952, Gaz. Pal., 1953.1.149

Conseil constitutionnel, décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 à propos de la Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental

Paris, 27 mai 1970, RSC 1971. 119, obs. Levasseur

Tribunal correctionnel de Château-Thierry, « *Affaire Ménard* » 4 mars 1898, S., 1899.2.1

Thèses

ALLAIN H., « *Biologie et pharmacologie des comportements violents* », thèse Rennes I, (non publiée), 2000.

BAUDRY Henri « *La force majeure en droit pénal* », thèse Lyon, 1938

FEZZANI Feriel, « *Les neurosciences en tant que moyen de preuve – Ou les implications juridiques de l'utilisation judiciaire des neurosciences* », Thèse Paris II Panthéon-Assas, soutenue le 6 avril 2019

GOMEZ Élisabeth « *L'imputabilité en droit pénal* », Thèse La Rochelle, 17 novembre 2017

JOURDAIN Patrice., « *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale* », Thèse Paris II, 1982

MARGAINE Clément, « *La capacité pénale* », Thèse Bordeaux-IV, 2011

PIGNATEL Laura « *L'émergence d'un neurodroit – Contribution à l'étude de la relation entre les neurosciences et le droit* », Thèse Aix-Marseille, le 10 décembre 2019

Rapports et avis

Avis CGLPL 5 octobre 2015 (www.cglpl.fr/2015/avis-relatif-a-la-retention-de-surete)

Commission nationale consultative des droits de l'homme, Avis sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental adopté par l'assemblée plénière le 7 février 2008

BUFFET François-Noël, Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à la bioéthique, n°381, 2011

BURGELIN J.F, Rapport de la Commission santé-justice, ministère de la Justice, ministère de la Santé, 2005

Rapport sur la refonte du droit de peines élaboré par la commission présidée par Bruno Cotte et remis le 18 décembre 2015 au garde des Sceaux (cf. www.justice.gouv.fr, rubriques « Publications », « Rapports thématiques », « Remise du rapport sur la refonte du droit des peines »).

Autres

CASSIA Paul, « *La rétention de sûreté : une peine après la prison* », Commentaire, 2008
Mission de recherche du droit et de la justice, Fiche 3 « *La restructuration du droit pénal autour de la notion de dangerosité* », gip-recherche-justice.fr
Note de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, Paris, 10 janvier 2007
Note de veille n°159 du Centre d'analyse stratégique, « *Perspectives scientifiques et éthiques de l'utilisation des neurosciences dans le cadre des procédures judiciaires* », Décembre 2009

Index

L'index indique les numéros des pages

A

Abolition : 14, 63, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 89, 93, 95, 96, 99, 156

Altération : 63, 65, 67, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 88, 92, 95, 96, 99

C

Contrainte : 11, 15, 28, 37, 45, 47, 52, 54, 58, 63, 80, 82, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 99, 101, 111, 113, 174, 176, 178

D

Dangerosité : 78, 91, 104, 117, 118, 119, 139, 140, 141, 142, 147, 148, 150, 154, 158, 160, 161, 162, 163, 166, 173, 175, 177, 178, 180

Déterminisme : 18, 34, 38, 42, 104, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 124, 125, 126, 128, 129, 131, 133, 134, 135, 136, 170, 171, 173, 180

Discernement : 16, 17, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 59, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 82, 90, 96, 99, 125, 156

E

Existence : 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 22, 24, 27, 29, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 45, 46, 47, 51, 52, 53, 56, 58, 59, 60, 61, 62, 66, 67, 68, 69, 70, 75, 76, 78, 80, 82, 83, 84, 85, 87, 91, 93, 96, 98, 99, 101, 103, 104, 105, 106, 110, 112, 114, 115, 118, 119, 124, 125, 126, 128, 131, 132, 133, 135, 141, 143, 149, 155, 164, 168, 170, 172, 178

I

Imputabilité : 14, 15, 17, 24, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 61, 62, 63, 67, 68, 69, 70, 80, 82, 83, 84, 85, 88, 89, 90, 92, 93, 94, 95, 96, 98, 99, 101, 106, 128, 143, 164, 165, 182

Irresponsabilité : 49, 51, 53, 58, 63, 64, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 80, 85, 87, 90, 91, 99, 131, 144, 146, 153, 154, 155, 156, 157, 161, 179, 181, 182

L

Libéralisme : 9, 16, 19, 20, 22, 24, 26, 27, 31, 39, 40, 42, 60, 79, 101, 102, 172, 173, 177

Liberté : 11, 12, 17, 18, 22, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 54, 56, 57, 58, 60, 62, 68, 77, 78, 82, 83, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 94, 95, 96, 99, 101, 102, 103, 105, 104, 108, 109, 110, 111, 112, 114, 119, 125, 130, 157, 159, 164, 166, 172, 177, 178, 179, 180

Libre-arbitre : 9, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 22, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 45, 46, 47, 48, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 66, 68, 72, 73, 74, 77, 78, 80, 82, 84, 86, 87, 88, 90, 93, 94, 95, 96, 98, 99, 101, 102, 103, 105, 106, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 122, 124, 125, 126, 128, 129, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 139, 144, 146, 148, 149, 151, 154, 155, 166, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 180

N

Négation : 18, 47, 105, 107, 108, 110, 114, 115, 117, 118, 119, 120

Neurosciences : 19, 105, 120, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 130, 132, 133, 135, 170, 173, 175, 176, 180, 182, 183

Neutralisation : 9, 79, 104, 119, 136, 137, 145, 154, 157, 160, 161, 162, 166, 169, 171, 173

P

Peine : 14, 32, 39, 40, 41, 42, 49, 54, 65, 68, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 79, 80, 99, 124, 136, 137, 139, 140, 142, 144, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 154, 155, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 164, 165, 166, 168, 171, 175, 179, 180, 183

Philosophie : 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 24, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 40, 41, 42, 50, 53, 60, 61, 95, 101, 102, 105, 107, 108, 109, 110, 111, 114, 116, 120, 122, 135, 148, 170, 172, 175, 177, 178, 179, 180

Politique : 1, 12, 19, 20, 26, 28, 36, 50, 118, 119, 145, 146, 148, 166, 169, 171, 173, 174, 177

Positivisme : 19, 115, 117, 119, 126, 135

Prévention : 19, 78, 119, 137, 139, 140, 143, 144, 146, 148, 151, 160, 168, 169, 171, 174, 176

Protection : 9, 27, 39, 71, 78, 104, 136, 137, 150, 151, 157, 160, 166, 169, 172, 173

R

Responsabilité : 9, 14, 15, 17, 18, 22, 23, 24, 26, 29, 31, 34, 36, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 56, 58, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 67, 68, 71, 73, 74, 75, 77, 80, 82, 84, 85, 86, 87, 90, 92, 93, 95, 96, 99, 101, 102, 103, 107, 110, 117, 118, 119, 120, 122, 124, 125, 128, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 144, 146, 151, 154, 155, 161, 164, 168, 170, 172, 173, 176, 177, 178, 179, 180

S

Sûreté : 69, 71, 137, 144, 150, 151, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 163, 164, 165, 181

T

Trouble : 17, 48, 51, 52, 53, 55, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 80, 89, 90, 99, 111, 125, 135, 140, 141, 142, 143, 144, 146, 153, 155, 156, 157, 161, 163, 164, 174, 178, 179, 181, 182

V

Volonté : 11, 12, 15, 16, 17, 30, 31, 32, 37, 38, 45, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 75, 78, 80, 82, 83, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 99, 101, 103, 104, 107, 109, 110, 115, 116, 120, 124, 125, 129, 130, 131, 132, 133, 135, 137, 151, 156, 157, 166, 168, 171

Table des matières

<i>Résumé</i>	3
<i>Remerciements</i>	5
<i>Abréviations</i>	7
<i>Sommaire</i>	9
<i>Introduction</i>	11

PARTIE I - LES VESTIGES D'UNE CONCEPTION LIBÉRALE DU DROIT PÉNAL REPOSANT SUR LA NOTION DE LIBRE-ARBITRE21

TITRE 1 - LE LIBRE-ARBITRE EN TANT QUE FONDEMENT ANCRE DE LA RESPONSABILITE PENALE.....	23
<i>Chapitre 1 – La philosophie libérale</i>	25
Section 1 - Les principaux fondements philosophiques quant à l'existence du libre-arbitre.....	26
Paragraphe 1 : Le concept de liberté absolue chez les philosophes antiques et médiévaux.....	26
Paragraphe 2 : La défense contemporaine du libre-arbitre	29
Section 2 - Le reflet philosophique de l'existence du libre-arbitre en matière juridique ...	34
Paragraphe 1 : Le rôle nécessaire de la justice quant à l'exercice de la liberté des individus	34
Paragraphe 2 : La pensée de l'école classique en tant que reflet de l'existence du libre-arbitre en matière pénale	37
<i>Chapitre 2 - Le rapport entre libre-arbitre et imputabilité d'une infraction à son auteur.....</i>	43
Section 1 - Le passage d'une conception objective à une conception subjective de la responsabilité pénale	44
Paragraphe 1 : La seule existence de l'acte comme critère de responsabilité dans sa conception archaïque.....	44
Paragraphe 2 : L'émergence de la prise en compte du libre arbitre comme critère de responsabilité dans sa conception classique.....	46
Section 2 - L'existence du libre-arbitre comme condition de l'imputabilité d'une infraction à son auteur	50
Paragraphe 1 : La condition de l'existence du discernement.....	50
Paragraphe 2 : La condition de l'existence de la volonté.....	53
<i>Conclusion du Titre 1</i>	57

TITRE 2 - L'ABSENCE DE LIBRE-ARBITRE COMME JUSTIFICATION QUANT A LA MISE EN ŒUVRE D'UNE RESPONSABILITE PENALE ATTENUÉE OU INEXISTANTE.....	59
<i>Chapitre 1 – Le discernement à l'épreuve des troubles mentaux</i>	61
Section 1 - L'abolition du discernement comme cause d'irresponsabilité pénale	62
Paragraphe 1 : La détermination des conditions d'abolition du discernement	62
Paragraphe 2 : Les effets juridiques de l'abolition du discernement	64
Section 2 - L'altération du discernement comme cause légale de diminution de peine	69
Paragraphe 1 : Des régimes spécifiques aux différents troubles.....	69
Paragraphe 2 : L'adaptation de la sanction pénale à l'altération du discernement.....	72
<i>Chapitre 2 – La volonté libre à l'épreuve de la contrainte</i>	77
Section 1 – L'absence de liberté physique de l'individu comme obstacle à la constitution de l'infraction.....	78
Paragraphe 1 : L'incompatibilité de la contrainte physique avec la formation de l'élément matériel de l'infraction	78
Paragraphe 2 : L'incompatibilité de la contrainte physique avec la formation de l'élément moral de l'infraction.....	81
Section 2 – L'absence de liberté psychique de l'individu comme obstacle à l'imputabilité de l'infraction.....	84
Paragraphe 1 : L'abolition de la volonté libre comme cause légale de non-imputabilité de l'infraction à son auteur	84
Paragraphe 2 : L'existence de la contrainte morale à travers l'état de nécessité	87
<i>Conclusion du Titre 2</i>	93
<i>Conclusion de la Partie I.</i>	95

**PARTIE II – LA PROGRESSION D'UN DROIT PÉNAL DÉSINTÉRESSÉ DE LA NOTION DE LIBRE-
ARBITRE97**

TITRE 1 – UN DROIT PENAL A L'AUNE DES THEORIES DETERMINISTES

.....**ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

<i>Chapitre 1 – La philosophie déterministe</i>	101
Section 1 : Les principaux fondements philosophiques quant à la négation du libre- arbitre.....	102
Paragraphe 1 : La liberté comme illusion.....	102
Paragraphe 2 : L'opposition au libre-arbitre par les considérations sociologiques.....	105
Section 2 – L'école positiviste en tant que reflet de la négation du libre-arbitre en matière pénale.....	108

Paragraphe 1 : La criminologie au service de la lutte contre le postulat de l'existence du libre-arbitre	108
Paragraphe 2 : L'école de la défense sociale.....	111
<i>Chapitre 2 – La pensée libre remise en cause par les neurosciences.....</i>	<i>115</i>
Section 1 – Le lien entre anomalie anatomique, prédisposition biologique et comportement criminel	116
Paragraphe 1 : L'étude des rapports entre neurosciences et droit.....	116
Paragraphe 2 : Les démonstrations expérimentales de l'implication des lésions cérébrales dans les comportements déviants.....	119
Section 2 - La remise en cause pure et simple du libre-arbitre par l'étude de l'activité cérébrale.....	122
Paragraphe 1 : La conscience comme épiphénomène résultant de l'activité cérébrale	122
Paragraphe 2 : Le pouvoir de réfréner une action induite automatiquement comme seul pouvoir de l'Homme	124
<i>Conclusion du Titre 1</i>	<i>127</i>
TITRE 2- LE DECLIN DU LIBRE-ARBITRE AU PROFIT D'UN DROIT PENAL FONDE SUR LA NEUTRALISATION ET LA PROTECTION DE LA SOCIETE	129
<i>Chapitre 1 – La dangerosité comme élément déterminant de la peine prononcée</i>	<i>131</i>
Section 1 – Le concept de dangerosité.....	132
Paragraphe 1 : Dangerosité psychiatrique et dangerosité criminologique.....	132
Paragraphe 2 : Le rôle des acteurs en charge de l'évaluation de la dangerosité	134
Section 2 - D'un droit pénal de la réaction vers un droit pénal de la prévention.....	138
Paragraphe 1 : La récidive comme traduction légale de la prise en compte de la dangerosité au stade du prononcé de la peine	138
Paragraphe 2 : L'étude du casier judiciaire comme traduction prétorienne de la prise en compte de la dangerosité au stade du prononcé de la peine	140
<i>Chapitre 2 – La dangerosité en tant que fondement de mesures pénales en matière post-sentencielle</i>	<i>145</i>
Section 1 – Les mesures de réhabilitation : entre soin et surveillance	146
Paragraphe 1 : Le paradoxe entre déclaration d'irresponsabilité pénale du malade mental et la persistance de son suivi par le système pénal	146
Paragraphe 2 : Les mesures de surveillance comme double peine pour le condamné	149
Section 2 - Les mesures de neutralisation comme paroxysme de la réduction de l'individu à son état dangereux.....	152

Paragraphe 1 : La surveillance de sûreté	152
Paragraphe 2 : La rétention de sûreté	153
<i>Conclusion du Titre 2</i>	<i>159</i>
<i>Conclusion de la Partie 2</i>	<i>161</i>
<i>Conclusion générale</i>	<i>163</i>
<i>Bibliographie</i>	<i>165</i>
<i>Index</i>	<i>175</i>
<i>Table des matières</i>	<i>179</i>